

 MIMESIS / QUADERNI DI BIOETICA

N. 24 (Nuova serie)

CENTRO INTERUNIVERSITARIO DI RICERCA BIOETICA

Sede (Direzione e Segreteria):

AOU Federico II Edificio 20, piano I – Via Pansini 5 – 80131 Napoli

Sala riunioni degli organi collegiali:

Cortile delle Statue, Via Mezzocannone, 8 – 80134 Napoli

UNIVERSITÀ CONVENZIONATE E ADERENTI: Università degli Studi di Napoli Federico II, Pontificia Facoltà Teologica dell'Italia Meridionale – Sez. S. Tommaso, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa – Napoli, Università degli Studi di Napoli 'L'Orientale', Università degli Studi Parthenope, Università degli Studi di Salerno, Università degli Studi del Sannio, Università degli Studi del Molise.

DIRETTORE: Andrea Patroni Griffi

VICE DIRETTRICE: Giuliana Valerio

CONSIGLIO DIRETTIVO: R. Bonito Oliva; P. Buono; L. Canzoniero; G. Carillo; C. Casella; A. Cavaliere; L. Chieffi; A. Cusano; L. D'Alessandro; M. del Tufo; P. Giustiniani; G. Guerra; V. Ivone; F.M. Lucrezi; C. Matarazzo; E. Mazzarella; V. Nigro; A. Papa; A. Patroni Griffi; S. Purcaro; V. Rotondo; N. Rotundo; G.F. Russo; G. Sciancalepore; A. Tartaglia Polcini; G. Villone.

COMMISSIONE SCIENTIFICA: P. Amodio; C. Bianco; G. Capo; V. Carofalo; G. Castaldo; A. Cesaro; N. Colacurci; C. De Angelo; F. De Martino; F. De Vita; F. del Pizzo; F. Galgano; L. Gatt; C. Ghidini; M. Intrieri; E. Imparato; L. Kalb; S. Marotta; F. Mazzeo; F. Russo; D. Scarpato; G. Sciaudone; G. Vacchiano; G. Valerio; V. Verdicchio; V. Zambrano; I. Zecchino; M.C. Zurlo.

MEMBRI COOPTATI NELLA COMMISSIONE SCIENTIFICA: G. Aliotta; C. Buccelli; G. Cacciatore; G. Cantillo; E. D'Antuono; E. Di Salvo; L. Ferraro; A. Lepre; G. Lissa; C. Polito; L. Romano; G. Rossi; A. Russo; P. Stanzione; A.M. Valentino; M. Villone.

RAPPRESENTANTI DEGLI STUDIOSI AFFERENTI E ADERENTI: R. Catalano; S. Prisco; R. Prodomo; E. Tagliatalata.

COMITATO CONSULTIVO

G. Attademo; R. Landolfi; F. Miano; P. Valerio

'QUADERNI DI BIOETICA' NUOVA SERIE

DIRETTORI: Claudio Buccelli, Lorenzo Chieffi, Enrico Di Salvo, Giuseppe Lissa, Andrea Patroni Griffi

COMITATO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE: X. Bloy (Université Toulouse Capitole) A. Bondolfi (Université de Genève); D. Borrillo (CNRS-CERSA, Université Paris II); A. Carmi (Chairholder of the Unesco Chair in Bioethics); S. Gandolfi Dallari (USP-Universidade de São Paulo); J. R. Salcedo Hernández (Universidad de Murcia); A. Mordechai Rabello (Università di Gerusalemme e di Safed); J. Robelin (Université de Nice Sophia Antipolis).



VULNERABILI

Questioni giuridiche, dilemmi bioetici

A cura di
Andrea Patroni Griffi

 **MIMESIS**

Il volume è stato finanziato dal Centro Interuniversitario di Ricerca Bioetica – CIRB.

*Alla cara memoria del
prof. Enrico Di Salvo,
Direttore del CIRB (2003-2009)*

MIMESIS EDIZIONI (Milano – Udine)
www.mimesisedizioni.it
mimesis@mimesisedizioni.it

Collana: *Quaderni di bioetica*, n. 24
Isbn: 9791222315171

© 2025 – MIM EDIZIONI SRL
Piazza Don Enrico Mapelli 75
20099 Sesto San Giovanni (MI)
Phone: +39 02 24861657 / 21100089

INDICE

Andrea Patroni Griffi

VULNERABILITÀ E DIRITTI SOCIALI NELLA DIMENSIONE COSTITUZIONALE
E BIOETICA: A MO' DI INTRODUZIONE E PRESENTAZIONE 9

CAP. I VULNERABILITÀ: NOZIONE E RAPPORTO CON LA DIGNITÀ DELL'UOMO

Emilia D'Antuono

AGIRE E PATIRE IL VIVERE. LE VICISSITUDINI DELLA VULNERABILITÀ 41

Lucio Romano, Maria Gensabella Furnari

VULNERABILITÀ E POLITICA DELLA CURA 61

CAP. II VULNERABILITÀ ANAGRAFICA

Francesca Di Lella

LA TUTELA EMERGENZIALE DEL MINORE IN DIFFICOLTÀ NEL NOVELLATO
ART. 403 DEL CODICE CIVILE 97

Maria Epifania

DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO DEL DISPONENTE ANZIANO
E VULNERABILE 111

Francesca Carimini, Stefania Giova

ANZIANI VULNERABILI E TUTELE CIVILISTICHE 125

*Alessia Maccaro, Francesco Giuliani, Francesco Ricciardi, Letizia
Lorusso, Giuseppe Fico, Leandro Pecchia*

LA VULNERABILITÀ DELL'ANZIANO. NOTE SULL'ACCETTABILITÀ
DELLE TECNOLOGIE BIOMEDICHE A PARTIRE DAL PROGETTO GATEKEEPER 145

Carmine Maiorano

AUTODETERMINAZIONE, DISCERNIMENTO DEL SOGGETTO MINORE IN SENSO
AMPIO E IMPATTO DELLE TECNOLOGIE NELLE DINAMICHE RELAZIONALI 157

Valerio Rotondo

INVECCHIAMENTO DELLA POPOLAZIONE E STRUMENTI CIVILISTICI
DI PROTEZIONE E PROMOZIONE DELLA PERSONA ANZIANA 167

Giuliana Valerio, Patrizia Calella,

Fabrizio Liguori, Concetta Paola Pelullo, Francesca Gallè
POVERTÀ INFANTILE, OBESITÀ E INATTIVITÀ FISICA: UN'EMERGENZA
DI SALUTE PUBBLICA 185

Mariangela Ziccardi

IL TESTAMENTO DELLE PERSONE VULNERABILI 203

CAP. III VULNERABILITÀ E GENERE SESSUALE

Roberta Catalano

LA VITTIMIZZAZIONE SECONDARIA DELLE DONNE VITTIME DI VIOLENZA
NELLA NARRAZIONE MEDIATICA: NUOVI PROFILI DI VULNERABILITÀ 221

Silvia Diaz Alabart

MINORES TRANSEXUALES EN LA LEY ESPAÑOLA (LEY 4/2023) 245

Francesca Galgano

INFIRMITAS SEXUS, LEVITAS ANIMI: LA DONNA, SOGGETTO VULNERABILE
NELL'ESPERIENZA GIURIDICA ROMANA? 277

Marianna Pignata

LA VIOLENZA DI GENERE TRA RETAGGI CULTURALI E DIBATTITO
GIURISPRUDENZIALE. LE IMPLICAZIONI GIURIDICHE TRA OTTO E NOVECENTO 295

Emilia Tagliatalata

VULNERABILITÀ RECLUSE. L'ESPERIENZA CARCERARIA DELLE DONNE 321



CAP. IV VULNERABILITÀ GEOGRAFICA E AMBIENTALE

Delio Salottolo

RIPENSARE LA “VULNERABILITÀ AMBIENTALE” NELL’ANTROPOCENE:
PARADOSSI E PROBLEMATIZZAZIONI 349

Massimo Rubino De Ritis

LA VULNERABILITÀ DELL’IMPRENDITORE MERIDIONALE: MA “RESTO AL SUD” 375

Francesco Catapano

VULNERABILITÀ DEI CIVILI NEI CONFLITTI ARMATI, IN PARTICOLARE
DELLE PERSONE CON DISABILITÀ, PROTEZIONI VIOLATE 391

Maria Anna Filosa

DIRITTO INTERNAZIONALE UMANITARIO E CONFLITTO ARMATO:
QUALE FUTURO? 415

Ubaldo Nazzaro

RILIEVI CRITICI SULLA DECRETAZIONE D’URGENZA IN MATERIA
DI IMMIGRAZIONE TRA CONTENIMENTO DEI FLUSSI E DIRITTO
PENALE DELL’“AUTORE” 441

Oswaldo Sacchi

occidunt non nullos, vùlnerant multos (Cic. pro Sest. 35.75).
RIFLESSIONI SULLA LEGGE MARZIALE E SULLA VULNERABILITÀ “LIQUIDA”
DEL CITTADINO 475

CAP. V VULNERABILITÀ PSICO-FISICA

Giovanni Villone

VULNERABILITÀ DEL PAZIENTE ONCOLOGICO 529

Tiziana Liccardo, Paolo Valerio

PRENDERSI CURA DELLA PROPRIA GENITORIALITÀ 545

Teresa Alesci

LE SITUAZIONI DI FRAGILITÀ DELL’IMPUTATO CON PATOLOGIE PSICO-FISCHE
NEL PROCESSO PENALE 563



CAP. VI
VULNERABILITÀ TECNOLOGICA

<i>Rossella Bonito Oliva, Tiziana Liccardo, Paolo Valerio</i> ESSERE VULNERABILI/SENTIRSI VULNERABILI IL CONTRIBUTO DELLA RICERCA GENETICA TRA PROMESSE, ATTESE E ASPETTATIVE NEI VISSUTI DEGLI ADOLESCENTI	591
<i>Lucilla Gatt, Ilaria Amelia Caggiano, Maria Cristina Gaeta, Paola Grimaldi, Anna Anita Mollo, Livia Aulino</i> VULNERABILITÀ TECNOLOGICA: UNA PROSPETTIVA DI DIRITTO PRIVATO	611
<i>Anna Anita Mollo, Mario Nicodemi, Daniela Pianezzi, Barbara Salvatore, Luigi Maria Sicca</i> RIFLESSIONI INTORNO ALL'UTILIZZO DI DATI SANITARI, GENETICI E GENOMICI. QUALE LIBERTÀ VI PUÒ MAI ESSERE SE L'OBEDIENZA LA SI COMPRA CON I PANI?	655
<i>Marianna Ciullo</i> IL FENOMENO DELLO SHARENTING: TRA TUTELA DEI DATI PERSONALI E SVILUPPO DELLA PERSONALITÀ DEL MINORE IN AMBIENTI DIGITALI	687
<i>Gianluca Mignone</i> VULNERABILITÀ E TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI RELATIVI ALLA SALUTE: MISURE TECNICHE ED ORGANIZZATIVE	697
<i>Rosario Franco</i> DIRITTO E <i>NEURO-IMAGING</i> : DAL SUPER-UOMO ALL'UOMO "AUMENTATO"	767
NOTIZIE DEGLI AUTORI	829



ANDREA PATRONI GRIFFI
VULNERABILITÀ E DIRITTI SOCIALI NELLA
DIMENSIONE COSTITUZIONALE E BIOETICA:
A MO' DI INTRODUZIONE E PRESENTAZIONE

Sommario: 1. Premessa – 2. Le condizioni di debolezza nella prospettiva dell'ordinamento costituzionale – 3. Soggetti deboli e nuove istanze di vulnerabilità – 4. I vulnerabili nella pluralità delle prospettive bioetiche e biogiuridiche

1. *Premessa*

Il dibattito bioetico non si interroga solo sui grandi dilemmi della vita, che riguardano le fasi estreme del suo inizio e della sua fine, oppure sui condizionamenti e le trasformazioni che le nuove tecnologie, sempre più invasive, inducono sulla vita che eravamo soliti definire “naturale” e che oggi invece faticiamo a distinguere da quella “artificiale”. Quest’ultima, infatti, è diventata anch’essa parte integrante e insostituibile di ciò che per gli antichi greci era il “*bios*”. Se a tutto questo aggiungiamo l’arrembante ingresso nell’orizzonte dell’umano della cosiddetta intelligenza artificiale, che arriva persino ad essere generativa, rischiamo che la vita artificiale prenda il sopravvento. Essa diventa uno specchio in grado di riflettere la vita naturale in tutte le sue multiformi caratteristiche, ma anche di trascenderla e trasfigurarla in forme nuove e impensabili. La frontiera della tecnologia fondata su modelli di intelligenza artificiale – predittiva, estrattiva, generativa – attrae la persona umana in un universo diverso, dove l’esistenza artificiale sembra quasi prevalere, in un’esistenza parallela, se si può dire, quasi quale specchio dell’umano che riflette sul gemello biologico.

Tutto questo continua a influire sulla nostra vita¹ e finisce per rientrare in quello che, con una fortunata espressione, Giovanni Berlinguer² aveva

1 Per ricordare e ricongiungersi idealmente ai lavori del precedente gruppo di ricerca CIRB, i cui esiti sono pubblicati in A. Patroni Griffi (a cura di), *Bioetica, diritti e intelligenza artificiale*, Quaderni di bioetica CIRB, Mimesis, Milano 2023.

2 G. Berlinguer, *Bioetica quotidiana*, Giunti editore, Milano 2000.



definito *bioetica quotidiana* o anche *bioetica pratica*, considerandone l'impatto sulla dimensione umana degli individui.

Ed è proprio in questo filone che si inserisce il tema dei vulnerabili, dei soggetti deboli e delle questioni bioetiche, biopolitiche e biogiuridiche che questi pongono e che vengono analizzate da diverse prospettive giuridiche, filosofiche e mediche in questo nuovo *Volume*. Esso si aggiunge al precedente pubblicato³ – che raccoglieva gli atti di un Convegno annuale del CIRB – e al volume dedicato a una specifica categoria di vulnerabili, i migranti⁴.

La vulnerabilità, anzi meglio, *le vulnerabilità*, da intendersi al plurale, non rappresentano soltanto una frontiera della bioetica quotidiana, ma ne costituiscono l'essenza, perché sono il riflesso concreto della considerazione della dignità della vita umana⁵, dell'*etica della vita*, della bioetica stessa. In questo contesto, il tema dei *vulnerabili* abbraccia anche questioni classiche della bioetica. È evidente, ad esempio, che nel quadro complessivo della condizione del fine vita il tema apparentemente dominante dell'autodeterminazione del malato terminale può emergere solo se si tiene conto delle specificità di una persona che si trova in una situazione di effettiva ed estrema vulnerabilità. Affrontare una tale condizione è il presupposto indispensabile all'individuazione di ogni possibile spazio di autodeterminazione, autenticamente libera, per la persona che versa in questa situazione estrema della vita.

L'indagine bioetica intende, quindi, esplorare i diversi profili di vulnerabilità nel contesto attuale, con attenzione alle varie discipline umanistiche, giuridiche, mediche, e non solo. Si pone così l'accento sui diversi profili e sulle relative tutele delle vulnerabilità economica, sociale, fisiopsichica, anagrafica, relativa tanto ai minori quanto agli anziani, tecnologica, ma anche quella connessa alla malattia, al genere, all'orientamento sessuale, al fine vita, alla guerra, alle migrazioni, ai cambiamenti ambientali, alla protezione della riservatezza dei dati sensibili e ad altri temi.

È fondamentale notare che tali diverse condizioni di vulnerabilità possono sovrapporsi tra loro, rendendo il soggetto ancor più fragile nelle con-

3 L. Chieffi (a cura di), *Bioetica pratica e cause di esclusione sociale*, Quaderni di bioetica CIRB, Mimesis, Milano 2012.

4 R. Bonito Oliva (a cura di), *Identità in dialogo*, Quaderni di bioetica CIRB, Mimesis, Milano 2012. Sulle nuove vulnerabilità alla luce dell'incombere dell'intelligenza artificiale cfr. *BiolaW Journal Rivista di Biodiritto*, num. spec. su *Vulnerabilità e Intelligenza artificiale*, n. 1, 2024 <https://teseo.unitn.it/biolaw/issue/view/222>.

5 Cfr. P. Häberle, *La dignità umana come fondamento della comunità statale*, in Id., *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Giuffrè, Milano 2003.

crete situazioni della vita quotidiana. Si pensi, ad esempio, a un detenuto omosessuale o che si trovi in condizioni di salute precaria; a un bambino che sia uno straniero non accompagnato e a tante altre situazioni di concomitanti fragilità.

Tali vulnerabilità possono essere sia temporanee, in quanto legate a condizioni transitorie, sia stabili nel tempo, quando derivano da situazioni che non possono essere modificate. Da qui la necessità di una considerazione articolata e dinamica delle vulnerabilità da parte del legislatore che non può fare a meno del ruolo fondamentale del giudice nell'applicazione delle norme generali ed astratte alle specificità delle situazioni umane concrete.

2. Le condizioni di debolezza nella prospettiva dell'ordinamento costituzionale

Con il termine vulnerabilità, che è lemma certamente polisemico e difficile da contenere in confini precisi⁶, si può fare riferimento a quei

6 Sul concetto di vulnerabili in una prospettiva non solo giuridica cfr. E. D'Antuono, *Genesi e genealogica del termine vulnerabilità*, in questo *Volume*, S. Rossi, *Forme della vulnerabilità e attuazione del programma costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2017; L. Antonini, *I deboli e vulnerabili nelle nuove frontiere dell'autodeterminazione: un bilanciamento complesso*, 3rd Quadrilateral Conference, Lisbona 10-12 ottobre 2019, su https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/ANTONINI_3rd_QuadrilateralConference_def.pdf, P. Scarlatti, *I diritti delle persone vulnerabili*, Editoriale Scientifica, Napoli 2022, Id., *Soggetti deboli, Costituzione ed istanze della vulnerabilità*, in *La Rivista "Gruppo di Pisa"*, n.1, 2023, G. Serges, *Vulnerabilità, soggetti "deboli" e giustizia costituzionale*, in C. Severino, H. Alcaraz (a cura di), *Systèmes de contrôle de constitutionnalité par voie incidente et protection des personnes en situation de vulnérabilité. Approche de droit comparé*, Aix-en-Provence 2021, F. Pizzolato, *Gli argini costituzionali alla delimitazione della vulnerabilità*, in *Ars interpretandi*, n. 2, 2019; Corte Costituzionale – Servizio Studi (a cura di M. Bellocci, P. Passaglia), *La tutela dei "soggetti deboli" come esplicazione dell'istanza solidaristica nella giurisprudenza costituzionale*, novembre 2006, L. Re, *Introduzione. La vulnerabilità fra etica, politica e diritto*, in M.G. Bernardini, B. Casalini, O. Giolo, L. Re (a cura di), *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, Roma 2018, K. Brown, K. Ecclestone, N. Emmel, *The many faces of Vulnerability*, in *Social Policy & Society*, 3, 2017, pp. 497 ss., B. Pastore, *Vulnerabilità, diritto, ragionamento giuridico*, in F. Mancuso, V. Giordano, (a cura di), *Ombre del diritto*, in *Teorie e Storia del Diritto Privato*, num. spec., 2022, G. Blando, G. Conza (a cura di), *La vulnerabilità alla prova dell'argomentazione giuridica*, Editoriale scientifica, Napoli 2020. Distingue "cinque figure della vulnerabilità", B. Pastore, *Vulnerabilità situata e risposte alle vulnerazioni*, in *Etica & Politica*, 1, 2020, pp. 283 ss.

soggetti che, per motivi diversi (età, genere, stato fisico o psichico, condizioni sociali, economiche, etniche, ambientali, territoriali, culturali, e altre), si trovano in una condizione, anche solo transitoria, di debolezza che rende più difficile l'esercizio dei diritti, anche fondamentali, pur a loro riconosciuti.

Le vulnerabilità e i diritti sociali, che pure presuppongono una condizione di debolezza della persona, sono concetti in realtà distinti, anche se interconnessi. La vulnerabilità si riferisce a una condizione di fragilità o esposizione al rischio che rende un individuo o un gruppo più suscettibile a danni, discriminazioni o svantaggi. Può derivare da eterogenei fattori economici, sociali, culturali, fisici, psicologici, territoriali, ambientali, tecnologici e ancora altri.

La vulnerabilità, anche nel linguaggio sociologico e filosofico, indica una condizione peculiare che, per una pluralità di fattori economico-sociali da intendersi in senso ampio, riguarda soggetti singoli o gruppi di individui che sono maggiormente esposti a rischi di esclusione, discriminazione o privazione di beni essenziali. I diritti sociali, in quanto garantiti nelle Costituzioni del secondo dopoguerra, mirano proprio a rimuovere, come noto, quegli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano, quindi, l'uguaglianza intesa in senso sostanziale e non circoscritta al suo mero profilo formale⁷. Il riconoscimento dei diritti sociali va nella direzione di rimuovere quegli ostacoli che "impediscono il pieno sviluppo della persona umana" (art. 3, co 2, Cost.).

Vulnerabilità e diritti sociali non sono dunque sinonimi né esprimono un'endiadi, ma sono termini diversi che si legano spesso a una pluralità di linguaggi di saperi anche distinti, ma che hanno una radice comune proprio sotto lo stesso profilo costituzionale. È possibile oververosia delineare una correlazione tra vulnerabilità e diritti sociali, nella prospettiva costituzionale, che si pone quale chiave di lettura centrale anche per comprendere il ruolo dello Stato nella tutela delle persone più fragili e nella promozione dell'uguaglianza sostanziale, caposaldo del passaggio dallo Stato liberale allo Stato pluralista a matrice sociale.

In tal senso, la collocazione costituzionale dei diritti sociali come strumenti per rimuovere tali ostacoli non può non riguardare anche le condizioni di vulnerabilità al fine di garantire la dignità della persona nel significato proprio e ampio assunto nell'ordinamento costituzionale.

7 Cfr. *ex multis* A. D'Aloia, *Eguaglianza. Paradigmi e adattamenti di un principio "sconfinato"*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2021.

Dalla prospettiva dello Stato di democrazia pluralista i “vulnerabili”⁸, così come i soggetti deboli, sono tutt’altro che degli invisibili per l’ordine costituzionale. I soggetti deboli sono titolari di diritti sociali, che è nozione giuridica classica ampiamente conosciuta e indagata e che si lega alla nascita stessa dello Stato sociale, della sua evoluzione e del suo ridimensionamento e lamentata crisi.

La Costituzione italiana del 1948 e, più in generale, il costituzionalismo soprattutto dell’Europa continentale del secondo dopoguerra si fondano infatti su di una tale nuova visione della persona non più presa in considerazione semplicemente nella *factio* riduttiva o, meglio, parziale dell’eguaglianza formale di tutti dinanzi alla legge, ma come destinatario e protagonista del nuovo ordine costituzionale, che “vede” le condizioni di debolezza dell’umano e individua strumenti perché siano giuridicamente considerate.

I diritti sociali, la libertà dal bisogno per usare l’espressione di Norberto Bobbio⁹ costituiscono in fondo il *quid proprium* del costituzionalismo del secondo dopoguerra e della Costituzione italiana del 1948; l’identità più forte che vale a distinguere il costituzionalismo europeo continentale da quello d’oltre manica e d’oltreoceano.

L’attenzione sulla tenuta costituzionale dei diritti sociali, lungi dall’esprimere una visione politica o ancor meno ideologica, è espressione invece di un elemento della stessa “*koinè*” che identifica in essenza la Costituzione repubblicana e più latamente lo stesso costituzionalismo dell’Europa continentale nel secondo dopoguerra¹⁰. Sicché indebolire lo Stato sociale nel senso di violare l’intangibile nucleo essenziale della tutela anche di tali diritti, pur nelle situazioni più complicate di crisi per i conti pubblici, significa

8 Ovverosia le persone che si trovano per una diversità plurale di fattori, che sono presi in considerazione nella molteplicità degli osservatori giuridico, filosofico, medico, e non solo, e analizzati in questo *Volume* nella ricordata prospettiva di bioetica pratica.

9 N. Bobbio, *Sui diritti sociali*, in G. Neppi Modona (a cura di), *Cinquant’anni di Repubblica italiana*, Torino 1996, p. 124.

10 Sulla polisemia e sul significato complesso della nozione di diritti sociali cfr. in ordine cronologico le seguenti voci enciclopediche: P. Biscaretti di Ruffia, *Diritti sociali*, in *Novissimo Digesto italiano*, V, *ad vocem*, Torino 1960; M. Mazziotti, *Diritti sociali*, voce dell’*Enciclopedia del Diritto*, vol. XII, Milano 1964, A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia giuridica*, *ad vocem*, vol. XI, Roma 1989, M. Benvenuti, *Diritti sociali*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, *ad vocem*, aggiornamento, Torino 2015, F. Politi, *Diritti sociali (dir. cost.)*, in *Enciclopedia Treccani. Diritto on-line*, *ad vocem*, 2017, che individua per l’appunto nei diritti sociali “situazioni eterogenee” previste nelle costituzioni del secondo novecento. Sul punto, si vd. anche M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, vol. II, Cedam, Padova 1995.

indebolire la stessa Carta costituzionale, rinnegarne il patto fondativo e, a ben vedere, le stesse ragioni più profonde dello “stare insieme” europeo¹¹.

Luigi Ferrajoli sottolinea il pericolo di quella che definisce una “utopia regressiva”¹², che né gli Stati di democrazia pluralista né la stessa Europa unita possono far propria, aprendo le porte a un pericoloso regresso nel livello di tutela dei diritti sociali già raggiunto nei singoli ordinamenti statali.

Non si nega l'elemento di condizionalità finanziaria insito nel perseguimento di politiche sociali strumentale alle prestazioni relative a tali diritti¹³. Ma tale elemento va correttamente ricostruito e inteso, a partire dal versante sovranazionale UE, il quale diventa tema pienamente costituzionale interno con la modifica apportata all'articolo 81 della Costituzione.

L'accesso al debito pubblico non è più nella disponibilità tendenzialmente ampia del legislatore, ma più efficacemente delimitato e condizionato nei criteri di accesso. Come noto, l'articolo 81 della Costituzione, così come modificato dalla legge cost. 20 aprile 2012 n.1, rubricata “Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale”, sancisce, nel primo comma, che “Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico” e, nel secondo comma, che “Il ricorso all'indebita-

11 Cfr. se si vuole A. Patroni Griffi, *Ragioni e radici dell'Europa sociale: frammenti di un discorso sui rischi del futuro dell'Unione*, in *Federalismi.it.*, n. spec. 4, 2018. P. Ridola, *La dignità dell'uomo e il “principio di libertà” nella cultura costituzionale europea*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino 2010.

12 L. Ferrajoli, *Manifesto per l'uguaglianza*, Laterza, Roma-Bari 2018, XI.

13 Anche se in realtà non tutti i diritti sociali si pongono quali diritti necessariamente prestazionali. A. Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”: più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2011, spec. pp. 3 ss. In particolare, l'Autore evidenzia che “un'analisi appena meno superficiale del tema obbliga a constatare non solo l'esistenza di diritti sociali che non sempre e necessariamente esigono interventi prestazionali (riposo, pari opportunità, non discriminazione, dei consumatori, dei piccoli risparmiatori, ecc.), ma, esattamente in modo speculare, anche l'esistenza di diritti fondamentali classici (‘non sociali’) che invece richiedono una prestazione. In questo senso la distinzione fra diritti ‘di libertà’ incondizionati e ‘diritti sociali’ condizionati sembra superata. Infatti, ‘tutti’ i diritti possono ‘costare’, pure quelli che, per la loro presunta auto-applicatività, sembrerebbero esaurirsi nel riconoscimento al singolo di una mera *facultas agendi*. Per esempio, la libertà di domicilio a ben vedere costa, in quanto serve a poco senza il diritto alla casa; ma anche celebrare un referendum – diritto di partecipazione – ‘costa’; parimenti la libertà di manifestazione del pensiero, se e quando esercitata attraverso i mezzi di comunicazione di massa tradizionali, comporta un minimo di costo e comunque resta vuota senza il diritto all'istruzione e all'informazione”.

mento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali". Nella disposizione novellata si utilizza quindi il termine "equilibrio" di bilancio, anche se la rubrica della stessa legge costituzionale n. 1/2012 richiama, invece, il concetto di "pareggio"¹⁴.

Se il quadro costituzionale è cambiato, in realtà per effetto di un trattato assunto dagli Stati e senza un *obbligo* di modificare la Costituzione¹⁵, rispetto a un rilevato ridimensionamento per ragioni finanziarie del livello di tutela dei diritti sociali per ragioni di condizionalità finanziaria, occorre comprendere quanto l'UE sia vera ragione e quanto invece si trasformi in puro alibi per scelte proprie del legislatore statale¹⁶.

Non vi è dubbio che esista una stretta interrelazione, ancor più nei cicli recessivi delle economie e di minore disponibilità delle risorse pubbliche, tra l'allocazione concreta di risorse finanziarie e tenuta dello Stato sociale e delle relative garanzie. Se certo il legislatore, nelle cangianti maggioranze di governo, ha discrezionalità¹⁷ nella realizzazione e modulazione delle politiche sociali, nello Stato di democrazia pluralista non è però onnipotente neppure in questo ambito, non potendo nelle sue concrete scelte andare in ogni caso a detrimento del nucleo essenziale dei diritti sociali come giurisprudenza consolidata costituzionale ha da tempo evidenziato¹⁸ anche nei

14 Su una "concezione irenica" del pareggio di bilancio, cfr. A. Morrone, *Pareggio di bilancio e stato costituzionale*, in *Rivista Aic*, n. 1, 2014.

15 M. Ainis, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Politica del diritto*, 1999.

16 C. Buzzacchi, *Ideologie economiche, vincoli giuridici, effettiva giustiziabilità*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, n. 4, 2016. Nel senso che, già con la moneta unica, l'Europa avrebbe "tolto radicalmente agli Stati la stessa possibilità di realizzare politiche redistributive e di riforma" v. da ultimo C. Iannello, *Lo stato del potere. Politica e diritto ai tempi della post-libertà*, Meltèmi, Sesto san Giovanni 2025, p. 50.

17 Cfr., *ex multis*, L. Carlassare, *Bilancio e diritti fondamentali: i limiti "invalicabili" alla discrezionalità del legislatore*, in *Giur. Cost.*, n. 6, 2016.

18 In particolare, si vd. il considerato 11 in diritto della sentenza n. 275/2016, in cui la Consulta specifica che: "Non può nemmeno essere condiviso l'argomento secondo cui, ove la disposizione impugnata non contenesse il limite delle somme iscritte in bilancio, la norma violerebbe l'art. 81 Cost. per carenza di copertura finanziaria. A parte il fatto che, una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto allo studio e all'educazione degli alunni disabili non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali, è di tutta evidenza che la pretesa violazione dell'art. 81 Cost. è frutto di una visione non corretta del concetto di equilibrio del bilancio, sia con riguardo alla Regione che alla Provincia cofinanziatrice. È la garanzia dei

confronti di chi non è cittadino¹⁹. La stessa introduzione in Costituzione di un vincolo contabile che incide sullo spazio di decisione politica di finanza pubblica non può intaccare o essere presa a pretesto per scelte legislative che incidano sul nucleo essenziale dei diritti sociali, dovendo tali scelte essere censurate dai Giudici delle leggi altrimenti calpestandosi l'essenza stessa dell'assetto della forma di Stato data²⁰.

diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione". Tra i vari commenti alla sentenza n. 275/2016, cfr. A. Lucarelli, *Il diritto all'istruzione del disabile: oltre i diritti finanziariamente condizionati*, in *Giur. Cost.*, n. 6, 2016.

- 19 Cfr. F. Biondi Dal Monte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza: la condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Giappichelli, Torino 2013, L. Montanati, F.E. Grisostolo, *I diritti degli stranieri di fronte al giudice costituzionale. Il ruolo della questione incidentale nel complesso del sistema di tutela dei diritti*, in C. Severino, H. Alcaraz (a cura di), *Systèmes de contrôle de constitutionnalité par voie incidente et protection des personnes en situation de vulnérabilité. Approche de droit comparé*, cit., spec. pp. 374 ss. e se si vuole A. Patroni Griffi, *Stranieri non per la Costituzione*, in *I diritti dell'uomo – cronache battaglie*, n. 3, 2009, p. 5 e in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Jovene, Napoli 2010, p. 987. La giurisprudenza costituzionale in materia di diritti sociali e stranieri è piuttosto consolidata. Si vd., *ex multis*, la sent. n. 432/2005, con cui viene dichiarata illegittima la legge regionale lombarda per gli invalidi nella parte in cui non include gli stranieri residenti nella Regione Lombardia fra gli aventi il diritto alla circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico di linea riconosciuto alle persone totalmente invalide per cause civili; la sent. n. 306 del 2008 con cui la Corte giudica manifestamente irragionevole subordinare l'attribuzione di una prestazione assistenziale quale l'indennità di accompagnamento al possesso di un titolo di legittimazione alla permanenza nel territorio, che richiede, ai fini del suo rilascio, la titolarità di un reddito; la sent. n. 40 del 2011 con cui viene dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'articolo 3 Cost., l'art. 4 della legge della Regione Friuli-Venezia Giulia 31 marzo 2006, n. 6 che introduce una preclusione destinata a discriminare, tra i fruitori del sistema integrato dei servizi concernenti provvidenze sociali fornite dalla Regione, i cittadini extracomunitari in quanto tali e i cittadini europei non residenti da almeno trentasei mesi; la sent. n. 44 del 2020, con cui è dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 3, primo e secondo comma, Cost., limitatamente alle parole "per almeno cinque anni nel periodo immediatamente precedente la data di presentazione della domanda", l'art. 22, comma 1, lett. b), della legge reg. Lombardia n. 16 del 2016, che stabilisce che i potenziali beneficiari dell'edilizia residenziale pubblica devono soddisfare il requisito della residenza anagrafica o dello svolgimento di attività lavorativa in Regione Lombardia per il predetto periodo.

- 20 Sul punto, cfr., *ex multis*, C. Salazar, *Crisi economica e diritti fondamentali – Relazione al XXVIII convegno annuale dell'AIC*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2013, A. M. Poggi, *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2017, F. Di Donato, *Crisi economica, sovranità statale e diritti sociali nell'era dell'austerità di bilancio e del neoliberalismo europeo*, in Osservatorio co-

Anzi, in realtà, la Corte costituzionale, sin dalla sentenza n. 1 del 1966, ha ragionato sull'originario articolo 81 della Costituzione in termini di "limiti sostanziali che il legislatore ordinario è tenuto ad osservare nella sua politica di spesa, che deve essere contrassegnata non già dall'automatico pareggio del bilancio, ma dal tendenziale conseguimento dell'equilibrio tra le entrate e la spesa"²¹. Un "equilibrio tra le entrate e le spese", che diventa nel 2012 espressamente in Costituzione "equilibrio di bilancio", ma che, pur dovendo tenere conto del "limite delle risorse disponibili"²² e pur lasciando al margine di discrezionalità del legislatore ogni valutazione finanziaria per contenere la spesa pubblica, non può però tradursi nel rinnegare la natura anche sociale della nostra forma di Stato.

Esiste un limite oggettivo derivante dalle risorse disponibili per le prestazioni sociali nel ragionevole bilanciamento complessivo tra i diritti e gli interessi costituzionali coinvolti. Ma tale limite e "condizionamento" non può giustificare ogni scelta legislativa, seppure motivata da esigenze di contenimento della spesa pubblica, che intacchi il nucleo essenziale del diritto e così l'essenza stessa della forma di Stato. Su questo peraltro dovendosi considerare che il reperimento delle risorse necessarie allo svolgimento delle politiche sociali, soprattutto "prestazionali", passa non solo per la logica dei tagli, ma anche in quella di un aumento delle entrate e, ancor prima, di un sistema fiscale giusto ed equo che non consenta, o quasi implicitamente ammetta, aree di elusione o addirittura evasione fiscale, ledendo l'obbligo costituzionale gravante su "tutti" di "concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva" attraverso un sistema tributario "informato a criteri di progressività", come recita l'articolo 53 della Costituzione²³.

stituzionale, n. 1, 2017, I. Ciolli, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2012, M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2016, D. Morana, *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2013, Corte Costituzionale, Servizio Studi, *Diritti sociali e vincoli di bilancio*, Ricerca di dottrina a cura di C. Marchese, Marzo 2015.

21 Punto 5 del Considerato in diritto.

22 Ad esempio, Corte cost. sent. n. 99/1995.

23 Su cui P. Boria, *Art. 53*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Utet, Torino 2006, L. Antonini, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Giuffrè, Milano 1996, L. Perrone, C. Berliri (a cura di), *Diritto tributario e Corte costituzionale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2006, B. Pezzini, C. Sacchetto (a cura di), *Il dovere di solidarietà, Atti del Convegno. Giornate europee di diritto costituzionale tributario, V ediz. Bergamo, 14-15 novembre 2003*, Giuffrè editore, Milano 2005; M. Cermignani, *Progressività*

La tutela dei diritti di ogni tipo non può prescindere dalla predisposizione di apparati e dal reperimento delle risorse necessarie.

Non solo i diritti sociali, ma anche la sicurezza ha un costo a carico della collettività. La vera questione resta, come già evidenziato, “la scelta politica di come allocare le risorse per l’ottimale tutela dei diritti”, tanto sociali quanto di libertà, e per lo svolgimento delle molteplici funzioni pubbliche e garanzia dei servizi sociali²⁴.

In tale quadro, sarebbe importante per gli Studiosi tornare a indagare oggi, anche sotto questo angolo di visuale, la teoria dei diritti sociali, che non è fine a sé stessa ma è in rapporto all’ambito di concreta garanzia, alla giustiziabilità degli stessi, alle modalità di svolgimento dei controlli di ragionevolezza in materia non tanto in relazione al rapporto tra diritto sociale e equilibrio di bilancio, quanto sempre al rapporto tra diritti e diritti, sociali e non.

Come noto, secondo l’impostazione classica, i diritti sociali sono posti quasi quali figli di un “dio minore”, in quanto diritti prestazionali e, quindi, condizionati a una condotta necessaria da assumere sol perché “costano”²⁵, e non diritti che importano di per sé obblighi di rispetto come per i diritti di libertà²⁶. Laddove, peraltro, oramai si è messo da tempo in evidenza come tutti i diritti, anche quelli di libertà, comportano un costo da sostenere²⁷.

Si tratta di una visione parziale della portata assunta dai diritti sociali con l’avvento delle Costituzioni degli Stati di democrazia pluralista che non tiene in adeguata considerazione lo stretto legame teleologico che i diritti sociali assumono, come ricordato, con il principio di eguaglianza sostanziale, di cui all’articolo 3 comma della Costituzione. Anzi, a ben vedere, l’interconnessione è tale che la mancata adeguata considerazione dei diritti sociali comporterebbe una lesione dello stesso articolo 3, comma 1, della Costituzione, nel suo riferimento alla “pari dignità sociale”, che si

del sistema tributario e giustizia redistributiva, in *Innovazione e Diritto – Rivista di diritto tributario e dell’economia*, 5, 2016, 80 ss. Sul concetto che le tasse in qualche modo sono il prezzo necessario della civiltà cfr. J.D. Sachs, *Il prezzo della civiltà. La crisi del capitalismo e la nuova strada verso la prosperità*, Codice edizioni, Torino 2012 ma anche J.E. Stiglitz, *Il prezzo della disuguaglianza. Come la società divisa di oggi minaccia il nostro futuro*, Einaudi, Torino 2014.

24 A. Patroni Griffi, *Ragioni e radici dell’Europa sociale*, cit., 38.

25 L. Califano, *Relazione di sintesi al XXVIII Convegno dell’AIC: in tema di crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2013, p. 1.

26 F. Pergolesi, *Alcuni lineamenti dei «diritti sociali»*, Giuffrè, Milano 1953, *passim*.

27 S. Holmes, C.R. Sunstein, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Il Mulino, Bologna 2000.

erge a guisa di ponte funzionale tra la stessa eguaglianza formale e quella sostanziale con il superamento della mera forma di Stato liberale.

In questo senso, è vero che tantissime questioni si pongono, nello scenario della crisi economica e bellica, che investe finanche le fondamenta sinora indiscusse dello Stato di democrazia pluralista²⁸. Ma non si può dimenticare, per l'appunto, che i diritti sociali si prendono carico proprio delle disegualianze, che vanno oltre la mera *fictio* presupposta dall'eguaglianza formale, e pongono le basi per il concreto esercizio dei diritti politici, affinché uno Stato di democrazia pluralista possa effettivamente definirsi tale.

3. *Soggetti deboli e nuove istanze di vulnerabilità*

Le Costituzioni dello Stato di democrazia pluralista, in tal senso, si caratterizzano, rispetto a quelle dello Stato liberale, per una diversa concezione dell'essere umano: non più solo l'individuo nella sua solitaria autonomia dai suoi simili e dall'autorità pubblica, bensì l'*homme situé*, delineato da Georges Burdeau²⁹. E ciò riguarda tanto i vulnerabili, tanto i soggetti deboli, che esprimono in ogni caso aspetti essenziali per il riconoscimento e la realizzazione della persona nella sua dimensione costituzionale che non può essere limitata alla mera visione di *homo oeconomicus*³⁰.

Soggetti deboli e vulnerabili sono la “prova da sforzo” della centralità costituzionale della persona che, nella lettura coordinata degli articoli 2 e 3 della Costituzione, rappresenta il vero fine ultimo dell'ordinamento costituzionale. Infatti, il combinato disposto dei principi fondamentali – contenuti nell'articolo 2, dei “diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità” e il connesso “adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”, a cui segue, all'articolo 3, il principio di uguaglianza sostanziale, al secondo comma, e l'eguaglianza formale, di cui al primo comma, comprensiva della stessa “pari dignità sociale”, – impone allo Stato, nel

28 Con riferimento non solo alle cosiddette “ossimoriche” democrazie illiberali. Cfr., *ex multis*, F. Zakaria, *The Rise of Illiberal Democracy*, in *Foreign Affairs*, 1997, G. Martinico *Il diritto pubblico identitario dei regimi illiberali* in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1, 2024, E. Greblo, *Democrazia “illiberale” o autoritarismo di maggioranza? Appunti per una discussione*, in *Politica e società*, n. 2, 2024.

29 G. Burdeau, *La démocratie. Essai synthétique*, Office de Publicité, Bruxelles 1956.

30 S. Marotta, *L'individuo senza Stato*, Editoriale scientifica, Napoli 2008, pp. 15 ss.

fondamento qualificante il suo stesso “Patto”, di non restare più spettatore, ma di “vedere” tali impedimenti e debolezze e anche di intervenire per rimuovere quelle disuguaglianze di fatto, che spesso possono derivare e rendere i soggetti ancor più deboli in presenza di situazioni di vulnerabilità³¹. Un Patto costituzionale “nuovo” rispetto a quello della precedente forma di Stato proprio perché presuppone politiche pubbliche volte a sostenere i più deboli, come disabili, anziani, disoccupati, persone in difficoltà economica, culturale, sociale e altro, compatibilmente con le risorse disponibili, ma senza in ogni caso intaccare almeno il nucleo essenziale di quelle “debolezze”, che si ergono a nucleo di diritti sociali in tal senso inviolabili³².

Se la vulnerabilità è una condizione personale o di gruppo che richiede tutela, i diritti sociali costituiscono non l'unico, ma uno straordinario strumento costituzionale per affrontarla. La vulnerabilità richiede interventi mirati per proteggere e sostenere chi si trova in queste condizioni di debolezza, spesso anche attraverso politiche di inclusione, assistenza e prevenzione che non coincidono necessariamente con le politiche sociali, ma che ad esse ben possono anche ricollegarsi. La condizione di debolezza propria della vulnerabilità può in concreto limitare l'accesso stesso ai diritti sociali e non solo a quelli. La vulnerabilità culturale o tecnologica, ad esempio, può condurre il vulnerabile a non avere accesso a forme di esercizio di diritti di partecipazione politica o di accesso ai servizi delle pubbliche amministrazioni³³, pur avendo titolarità dei relativi diritti. I diritti sociali, in un rapporto di interrelazione biunivoca, possono ridurre la condizione di vulnerabilità. Così, ancora a titolo esemplificativo, garantire un reddito di inclusione ai non abili al lavoro o l'accesso all'istruzione può aiutare a prevenire concrete situazioni di svantaggio. La protezione tanto dei soggetti deboli tanto delle persone vulnerabili si ricollega, infatti, all'idea della necessità di predisporre forme di tutela per individui che vivono in condizioni di inferiorità o svantaggio che impediscono in definitiva l'esercizio concreto degli stessi diritti di libertà. La Costituzione, infatti, “dimostra che la dimensione sociale e quella individua-

31 B. Caravita di Toritto, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Cedam, Padova 1984, L. Paladin, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Giuffrè, Milano 1965. Con riferimento alla condizione di povertà nella prospettiva del diritto costituzionale e amministrativo v. C. Franchini, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Editoriale scientifica, Napoli 2021 e R. Fattibene, *Povertà e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020.

32 D. Bifulco, *L'invulnerabilità dei diritti sociali*, Napoli 2003.

33 Cfr. *ex multis*, G. De Minico (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti. Banda larga e servizi a rete*, Jovene, Napoli 2010.

le dell'essere umano, l'aspirazione all'eguaglianza e la rivendicazione della libertà, non si possono disgiungere³⁴.

Non vi è dubbio che la nozione di “soggetti deboli” si evolva storicamente per includere nuove persone e gruppi sociali da considerarsi svantaggiati. La nozione di vulnerabilità si presenta come un concetto multifattoriale e ambiguo anche nelle prospettive future di tutela. Così, la tutela delle persone vulnerabili abbraccia una serie di situazioni più complesse e sfaccettate. Ciò ha comportato uno stimolo continuo per la stessa giurisprudenza³⁵ che ha avuto una progressiva, maggiore attenzione verso le persone che, per svariate ragioni, non sono in grado di esercitare pienamente i propri diritti, talora consentendo con un'ermeneutica costituzionalmente orientata la predisposizione di tutele anche in assenza di specifici interventi del legislatore.

4. *I vulnerabili nella pluralità delle prospettive bioetiche e biogiuridiche*

La presente opera collettanea, frutto di un lavoro di aderenti, afferenti e studiosi vicini al Centro Interuniversitario di Ricerca Bioetica – CIRB si articola in sei Capitoli, il primo dei quali dedicato alla definizione del concetto di vulnerabilità e gli altri cinque ad altrettanti diversi specifici profili del tema trattato³⁶.

Il primo Capitolo, intitolato Vulnerabilità: nozione e rapporto con la dignità dell'uomo, si apre con il lavoro di Emilia D'Antuono. Nell'economia dell'opera collettanea, questo saggio precede gli altri perché, essendo dedicato alla definizione del senso della parola polisemica vulnerabilità, sul piano filosofico, pone le premesse e le basi concettuali per le riflessioni

34 M. Luciani, *Le persone vulnerabili e la Costituzione*, Intervento di discussione della *Lectio magistralis* del Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo, Prof. Robert Spano, Roma, 22 aprile 2022, su https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/roma_2022-persone_vulnerabili_-_massimo_luciani_20220503170920.pdf.

35 Sul “diritto giurisprudenziale”, sul ruolo ineliminabile dei giudici nell’ “invenzione”, nel senso etimologico di “ritrovamento” di nuovi contenuti dei diritti, ma anche sui limiti della giurisprudenza in materia cfr. N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016 e se si vuole, con particolare riferimento alla bioetica, v. anche A. Patroni Griffi, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Editore Scientifico, Napoli 2016.

36 Si ricostruiscono di seguito, anche con passi tratti dai contributi, le linee emerse nello svolgimento della ricerca e si ringrazia per il prezioso supporto, nella stessa attività di coordinamento del gruppo, Roberta Catalano. Un grazie invece a Alesia Maccaro per l'attento controllo editoriale finale..

successive. L'identificazione della radice semantica della parola vulnerabilità, costituita dal termine latino *vulnus*, è il punto di partenza di un percorso che, transitando per la cultura classica, l'*ethos* religioso, il secolare impegno del pensiero filosofico, teologico, etico, giuridico, nonché per le pratiche molteplici di *pietas* e di solidarietà, anche istituzionalizzate, porta in particolare l'Autrice a disvelare un concetto di vulnerabilità generativo di *humanitas*. Da siffatta prospettiva, la frattura di civiltà segnata dal nazifascismo e dalle atrocità della Seconda guerra mondiale, appare come un passaggio epocale per la semantica di *vulnus* e di vulnerabilità, che in realtà segna al contempo anche il passaggio al costituzionalismo degli Stati di democrazia pluralista del secondo dopoguerra e pone le basi del processo di unificazione europea. Ciò in quanto lo sterminio di milioni di esseri umani, resi vulnerabili dalla revoca dell'appartenenza all'umanità vivisezionata in razze, ed il ricorso alla bomba atomica che dissolve uomini e mondi, ha attivato la consapevolezza della possibilità, tutta umana, di ferire fino all'annientamento quanto, per un immaginario secolare, era rimasto intangibile. Il *kosmos*, percepito dall'Antichità come perenne, proposto dalla Bibbia come creato e retto da un progetto divino, colto dalla scienza nel suo ordine matematico e fisico, diviene vulnerabile per ragioni che chiamano in causa scelte politiche. La trasformazione del lessema vulnerabilità rimanda, così, al contesto storico e ad un sentimento di lutto dell'Occidente, allo sgomento che accompagna l'irruzione sulla scena pubblica dell'esperienza del "disumanesimo" ed alla liquidazione di quell'idea di *humanitas*, che già in Cicerone implicava il riconoscere l'uomo in ogni uomo. Allo stesso tempo, il lessema vulnerabilità amplia il suo raggio di pertinenza, illuminando criticità della biosfera, del cosmo, nell'era nominata Antropocene, con un neologismo che evoca comunque la responsabilità dell'umano di ferire e la possibilità, per ora ancora aperta, di sanare ferite. Non potendo ricostruire in maniera esaustiva l'intera storia del concetto, l'Autrice concentra la sua attenzione su due snodi fondamentali: la dignità filosofica ormai acquisita dalla vulnerabilità; la vulnerabilità, la dipendenza e l'autonomia relazionale nella prospettiva del pensiero femminista. All'esito di questa analisi, Si rileva come il percorso storico e filosofico abbia reso possibile il concepimento e la realizzazione, sia pure ancora parziale, di politiche ispirate dal rifiuto della discriminazione. Ponendo il problema di pensare alle differenze, è nata la diffusa consapevolezza della necessità di riconoscerle e rappresentarle sul piano politico, terreno d'elezione per affrontare i temi che la vulnerabilità solleva. Ne è derivato un rilevante contributo all'idea stessa di democrazia, orientandola in maniera innovativa verso l'incorporazione della cura, quale dimensione trasformativa della vita comune. Lo

stesso fondamento costituzionale dei diritti sociali e più ancora della pari dignità sociale e del principio di eguaglianza in senso materiale risente, come visto, di tali radici che segnano il passaggio dal vecchio Stato liberale allo Stato di democrazia pluralista del costituzionalismo del secondo dopoguerra dell'Europa continentale, che drammaticamente sorge sulla distruzione e l'annientamento dell'umano proprio dei regimi nazifascisti. I vulnerabili non sono più indifferenti o addirittura invisibili a livello costituzionale anche rispetto a più recenti tentativi di ridimensionamento degli stessi diritti sociali.

In ideale continuità con queste riflessioni Lucio Romano e Maria Gensabella Furnari, nel saggio successivo, osservano che il tema della cura, avente nel nostro tempo un forte impatto nel dibattito etico-politico, è strettamente connesso a quello della vulnerabilità. In tale intreccio è la vulnerabilità ad aprire le vie alla cura sia in senso pratico, dal momento che è necessario prima individuare e interpretare le vulnerabilità per prendersene cura, sia in senso teorico, perché occorre comprendere i diversi significati della vulnerabilità, per poi passare ad esaminare cosa a sua volta significhi la parola cura e quali siano gli indirizzi politici da adottare per realizzarla. Pertanto, gli Autori si occupano, dapprima, di definire la vulnerabilità in prospettiva etica e, poi, di analizzare i modi per darvi rimedio. Da questo angolo visuale si rileva che l'affidarsi reciproco degli uomini nelle connaturali fragilità e vulnerabilità costituisce virtuosa circolarità dell'agire. Ognuno è "oggetto di cura" e "soggetto dell'aver cura", sia nei confronti dei singoli, sia per la comunità dei cittadini nella corresponsabilità del vivere sociale. Pertanto, l'esserci si realizza non solo nella intersoggettività (essere "con" gli altri) ma, ancor più, nella reciprocità (essere "per" gli altri), la quale presuppone e realizza il riconoscimento di un'umanità comune, ovvero di un'eguaglianza sostanziale nella intrinseca dignità di ogni persona. Dato che l'eguaglianza basata sulla relazione richiama la responsabilità, ne emerge una più concreta e sostanziale visione della cittadinanza, fondamento di una comunità politica che abbia concretamente come base e come obiettivo la cura di ognuno. Cura e vulnerabilità – definita quest'ultima da gradi diversi di debolezza, dipendenza, mancanza di protezione – divengono quindi dimensioni intrinseche alla soggettività umana, e l'esigenza di una politica della cura va a costituire il nucleo centrale di una rinnovata etica sociale.

Il secondo Capitolo, sulla Vulnerabilità Anagrafica, si apre con la riflessione di Francesca Di Lella sulla tutela emergenziale del minore in difficoltà nel novellato art. 403 c.c. L'Autrice prende le mosse dalla considerazione alla cui stregua, nell'attuale panorama giuridico, segnato dai mutamenti det-

tati dall'incalzante evoluzione di una società complessa, tecnologica, globalizzata e multietnica, si è ampliata la gamma dei contesti entro i quali i soggetti minori di età risultano esposti a situazioni potenzialmente lesive dei loro diritti fondamentali. I minori si trovano, quindi, a vivere condizioni di vulnerabilità diverse ed ulteriori rispetto a quelle sperimentate in passato, dalle quali emerge la necessità per l'ordinamento di apprestare nuovi e più adeguati strumenti di protezione; protezione da coniugare con le linee evolutive del moderno diritto di famiglia, tese a valorizzare la persona del minorenne, favorendo la sua partecipazione al percorso di crescita verso l'autonomia. In questa direzione converge la pluralità delle fonti internazionali, eurounitarie e nazionali. Sul piano giuridico e, in particolare, su quello del diritto privato, tra varie innovazioni, va segnalato un intervento del legislatore che ha inteso recuperare un vecchio istituto del codice civile al fine di imprimergli una nuova fisionomia e renderlo funzionale ad una immediata ed effettiva tutela del minore vulnerabile, così da assicurargli una messa in sicurezza non procrastinabile sotto lo scudo di una più incisiva garanzia giurisdizionale. Si tratta dell'intervento della Pubblica autorità a favore dei minori, di cui all'art. 403 c.c. all'analisi del quale è dedicato il lavoro.

Il saggio successivo, scritto da Maria Epifania, verte sulle problematiche connesse alle disposizioni anticipate di trattamento sanitario rese da un disponente anziano e vulnerabile. L'Autrice anzitutto delinea il contesto normativo rilevante, soffermandosi sulle regole dettate in materia di consenso informato, nonché sulla l. n. 219/2017 concernente le disposizioni di trattamento sanitario (DAT). Da siffatta prospettiva, si rileva l'elevato grado di importanza attribuito alla partecipazione attiva del paziente nelle decisioni "esistenziali" aventi ad oggetto i trattamenti sanitari da ricevere. Esaminando criticamente i profili sostanziali e formali delle dichiarazioni anticipate di trattamento, mette in luce altresì le esigenze di protezione del disponente anziano e vulnerabile ed i possibili strumenti di tutela.

Francesca Carimini e Stefania Gioia si occupano delle tutele civilistiche poste a presidio degli anziani vulnerabili. Si parte dall'osservazione che il periodo dell'esistenza successivo a quello della maturità ha registrato negli ultimi decenni il progressivo allungamento della vita media, sicché v'è la tendenza ad abbandonare l'idea di vecchiaia quale categoria unitaria ed unificante e a prediligere piuttosto la segmentazione della stessa in una pluralità di tipi – quali terza, quarta età, giovani anziani, anziani, grandi anziani – secondo una logica definitoria e classificatoria degli stati esistenziali fortemente sbilanciata verso l'incasellamento e la catalogazione. Quest'ultimo profilo desta non pochi dubbi e perplessità, sostanzialmente da ascrivere al precipuo rilievo assunto dal dato anagrafico, quale criterio guida della fattispecie. L'e-

tà, quale elemento determinante dell'identità, è insoddisfacente quando considerato di per sé, poiché da un lato essa rappresenta un dato esclusivamente biologico e, dall'altro, subisce l'impatto del dinamismo e del continuo mutamento delle categorie identitarie nelle quali ciascuno potrebbe riconoscersi. Inoltre, risulta pressoché impossibile, oltre che di incerta utilità, stabilire l'appartenenza categoriale alla quale ricondurre la condizione esistenziale di ciascuno, senza pensare, tra l'altro, che la soglia di passaggio tra i vari stadi è variabile e fortemente dipendente dalla cultura, dal contesto sociale e dalle condizioni personali. Da questo angolo visuale la vulnerabilità, proprio per il suo essere condizione universale di ogni individuo, può rivestire un ruolo di indubbio rilievo, quale strumento idoneo alla realizzazione di eguaglianza di opportunità. Nel configurare il paradigma della vulnerabilità quale "risorsa", risulta oltremodo necessario abbracciare la doverosa prospettiva solidarista, costituzionalmente fondata, nel cui ambito assumere la vulnerabilità stessa come condizione positiva e promuovere una concezione dell'eguaglianza sostanziale in base alla quale il "bisogno" è meritevole di solidarietà e le differenze rappresentano un valore da tutelare. Emerge, dunque, la necessità per il giurista di aprirsi alle nuove problematiche connesse alla terza età sulla via di un doppio binario sia individuando diritti e forme di protezione della persona anziana, anche in assenza di uno specifico dato normativo, attraverso la diretta applicazione dei principi fondamentali sia, allo stesso tempo, scongiurando il pericolo di configurare una nuova categoria per l'anziano *tout court*, al fine di evitare spazi di una nuova emarginazione. Le problematiche evidenziate inducono la dottrina a ricercare le soluzioni più idonee ad assicurare all'anziano vulnerabile la necessaria protezione. Pertanto, da una parte, v'è chi formula proposte di revisione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno volte a correggere le carenze rilevate; d'altra parte, v'è chi propone di rileggere, in prospettiva funzionale, sistematica e assiologica gli istituti già disciplinati dal codice. È aderendo a tale ultima impostazione che si ritiene possa essere raggiunto l'obiettivo di individuare diritti e forme di protezione della persona anziana, pur in assenza di uno specifico dato normativo, attraverso la diretta applicazione dei principi e dei valori fondamentali.

Alessia Maccaro, Francesco Giuliani, Francesco Ricciardi, Letizia Lorusso, Giuseppe Fico e Leandro Pecchia, partendo da una prospettiva che intende la vulnerabilità come principio etico presente in documenti e Carte internazionali, indagano sulla condizione degli anziani e sul loro rapporto in particolare con le tecnologie sanitarie. Il saggio presenta come caso di studio quello del progetto europeo *Gatekeeper*, relativo all'utilizzo di tecnologie per l'invecchiamento attivo e alla ricerca condotta presso l'IRCCS Casa Sollievo della Sofferenza in Puglia. I questionari rivolti alla popola-

zione che ha partecipato allo studio, orientati a valutare la loro percezione della qualità della vita e le competenze di alfabetizzazione sanitaria, consentono di sviluppare osservazioni originali ed interdisciplinari circa il supporto alla vulnerabilità.

A seguire, v'è il contributo di Carmine Maiorano che propone un ripensamento della tradizionale categoria del minore d'età e della teoria dell'invalidità dei contratti dallo stesso conclusi, alla luce del criterio del miglior interesse dello stesso operante come limite al mantenimento dell'atto, in funzione di protezione di una personalità in formazione o da tutelare particolarmente nelle sue facoltà residue/menomate. Da siffatta prospettiva, quasi il dogma, quale costruito o categoria logica assoluta e generale, dell'incapacità assoluta del minore in senso ampio – che trasforma l'età, in connessione naturale con il tempo, le relazioni, il contesto nel quale si inserisce e l'autodeterminazione del soggetto, in un aspetto incidente sullo *status personae*, in base a un giudizio predeterminato e astratto, legato soltanto alle fasi della vita del soggetto – risulta recessivo, a vantaggio di una valorizzazione del criterio della capacità di discernimento, di un'autodeterminazione consapevole e partecipata, che permetta all'individuo di compiere in autonomia ogni atto e attività per i quali, in concreto, sia in grado di assumere una decisione consapevole. In ogni caso, la tutela del minore così riformulata va attuata a mezzo del costante temperamento, in una logica di bilanciamento nel caso concreto, con i principi della certezza dei traffici giuridici, della tutela dell'affidamento della controparte, dell'economia degli atti e delle dichiarazioni.

Lo scritto di Valerio Rotondo mette in luce le molteplici tracce di rilevanza della condizione senile nell'ordinamento nazionale e sovranazionale, e rileva come non di rado la persona anziana sia accostata al concetto di vulnerabilità. Al fine di verificare se tale accostamento sia corretto, si impone la necessità di verificare cosa debba intendersi sul piano giuridico con l'aggettivo 'vulnerabile' e se possa ritenersi tale la persona anziana. La vulnerabilità è un concetto che, quando riferito alla persona umana rimanda, come visto, a quello di disuguaglianza, ovvero alla situazione oggettiva di svantaggio nella quale si trovano alcuni rispetto ad altri. Tale consapevolezza conduce ad affermare che mai si può essere vulnerabili in astratto, ma sempre rispetto a qualcuno o a qualcosa. L'aggettivo 'vulnerabile', conseguentemente, è termine valutativo che si precisa solo a mezzo di un giudizio di valore e della valutazione della condizione concreta nella quale viene a trovarsi la persona, in maniera stabile o transitoria. Al silenzio del legislatore – anche a garantire la piena flessibilità alla nozione nel momento giurisprudenziale della risoluzione del caso concreto – fa da contraltare l'ampio

utilizzo delle parole vulnerabilità e vulnerabile nella giurisprudenza anche costituzionale e di Strasburgo. Queste pronunce hanno progressivamente identificato categorie di soggetti vulnerabili, fondando svariate distinzioni. Tuttavia, l'attribuzione della condizione di vulnerabilità alla persona umana non può essere costruita come uno *status* costante e invariabile, ma come una condizione dipendente dal contesto relazionale e dalle caratteristiche personali del soggetto. Pertanto, occorre rifuggire da aprioristiche tipizzazioni di soggetti vulnerabili, in grado esclusivamente di assicurare l'interprete bisognoso di certezze e legittimare irragionevoli forme di paternalismo. Ne deriva che l'affermata necessità di parametrare al singolo caso concreto il giudizio di vulnerabilità porta a respingere qualsivoglia presunzione legale di vulnerabilità dell'anziano. La mera condizione senile, soltanto quando legata a circostanze diverse, ulteriori ed eventuali – come ad esempio lo stato di malattia – consente la qualificazione della persona in termini di soggetto vulnerabile. Si impone, quindi, un elevato grado di flessibilità della risposta protettiva; flessibilità che, nell'ordinamento italiano, può essere adeguatamente fornita dall'istituto civilistico dell'amministrazione di sostegno il quale, sul piano applicativo, appare idoneo a soddisfare le esigenze di tutela e di protezione dell'anziano vulnerabile.

Giuliana Valerio, Patrizia Calella, Fabrizio Liguori, Concetta Paola Pellullo, Francesca Gallè, studiano le cause per cui la povertà infantile, l'obesità e l'inattività fisica rappresentano ormai una vera e propria emergenza di salute pubblica, generando diffuse condizioni di vulnerabilità tra i minori. La loro indagine evidenzia che la situazione socioeconomica e culturale della famiglia influenza in modo determinante i comportamenti, che causano obesità e che passano per la possibilità di praticare attività fisica e adottare abitudini sane. Ciò deriva dal fatto che le famiglie a basso reddito e semmai con molti figli spesso si trovano ad affrontare condizioni di vita che limitano l'accesso a risorse essenziali, come cibo sano e opportunità per attività motorie e sportive. Questo squilibrio crea terreno fertile per l'insorgenza di situazioni di sovrappeso e obesità infantile, condizioni che a loro volta contribuiscono significativamente all'aumento del rischio di malattie. Gli Autori dimostrano che lo studio costante e approfondito della relazione tra *status* socioeconomico, attività fisica e salute, è indispensabile per comprendere quali politiche sociali adottare e in che direzione destinare le risorse pubbliche al fine di migliorare la salute generale riducendo le disuguaglianze sanitarie. Essi rilevano, altresì, che un approccio trasversale, comprensivo di fattori di natura non solo economica, ma anche di strategie mirate alla scuola, alla sanità e alle infrastrutture, permette di assicurare miglior sostegno a difesa delle famiglie e dei minori.

A chiudere il secondo Capitolo v'è il lavoro di Mariangela Ziccardi, dedicato all'esame delle problematiche e delle tutele connesse all'esercizio della libertà testamentaria da parte delle persone fragili. Lo scritto prende le mosse dalla nozione stessa di vulnerabilità, giungendo a constatare la sussistenza, a fronte della sua unicità, di una pluralità di declinazioni. In ragione di ciò, l'Autrice rileva come la dottrina e la giurisprudenza, nel tentativo di sopperire ad un legislatore disattento, cercano di rintracciare possibili ipotesi di debolezza del c.d. testatore fragile che possano incidere, potenzialmente, sulla genuinità del volere espresso nell'atto di ultima volontà. Da siffatta prospettiva, emerge che il dibattito scientifico si è prevalentemente focalizzato su due ipotesi: quella della vulnerabilità scaturente da una patologia psichica, e quella causata da "influenze esterne". Le molteplici soluzioni rimediali elaborate dagli interpreti per fronteggiare i bisogni di protezione così individuati vengono esaminate criticamente dall'Autrice che, per tal via, giunge a dimostrare che il concetto di vulnerabilità non è sinonimo di incapacità, con la conseguente necessità di un'attenta valutazione del caso concreto al fine di operare un ragionevole bilanciamento tra gli interessi coinvolti e, tenuto conto della funzione ascrivibile al negozio testamentario, di preferire, nel dubbio, soluzioni idonee a conservare l'ultima, irripetibile, volontà del disponente.

Il terzo Capitolo, dedicato a Vulnerabilità e genere sessuale, si apre con il saggio di Roberta Catalano sulla vittimizzazione secondaria delle donne vittime di violenza ad opera degli organi di comunicazione di massa. Una volta chiarito che la vittimizzazione secondaria è quel fenomeno per cui le donne, già traumatizzate da una violenza subita, si trovano ad essere accolte e trattate in modo inadeguato da parte delle istituzioni e dei professionisti che vi operano, nonché da parte degli organi di comunicazione che si trovano a raccontare la loro storia, l'Autrice rileva che questa forma di vittimizzazione aggiuntiva, inizialmente, era stata riscontrata solo in relazione alle fasi di presentazione della denuncia, delle indagini e del processo giudiziario; ma che, poi, ci si è accorti che essa può verificarsi pure per effetto del modo con cui i *media* veicolano al pubblico la notizia della violenza e delle relative vicende processuali. A dimostrazione di ciò, si compie un'approfondita analisi di numerosi casi esemplificativi di vittimizzazione secondaria ad opera dei *media* e, per tal via, si individuano gli elementi narrativi sintomatici del trattamento vittimizzante di una notizia. Dopo aver evidenziato i molteplici profili di vulnerabilità che ne derivano, l'Autrice esamina le possibili tutele giuridiche di cui le donne vittimizzate possono avvalersi.

Nel saggio successivo di Silvia Diaz Alabart, avente ad oggetto l'analisi della legge spagnola del 28 febbraio 2023, n. 4, per l'uguaglianza reale ed effettiva delle persone trans e per la garanzia dei diritti delle persone LGTBI, il *focus* è incentrato sugli articoli di detta legge dedicati alla tutela dei minori, che vengono esaminati al fine di verificarne la conformità ai principi sovraordinati e all'interesse dei minori medesimi. L'Autrice mette in luce, altresì, che la l. n. 4/2023 contrasta le situazioni di vulnerabilità dipendenti dal genere sessuale mediante l'attuazione di misure operanti in diversi ambiti, come lavoro, sanità, istruzione, aree rurali, turismo. Infine, specifica attenzione viene rivolta alla disciplina concernente la rettifica anagrafica della menzione relativa al sesso delle persone, del tutto innovativa rispetto alla legislazione precedente.

Francesca Galgano nel suo scritto rileva le diverse testimonianze provenienti dalla letteratura giuridica latina che presentano la donna come soggetto dalla capacità limitata e bisognosa, perciò, di assistenza anche nello svolgimento di quotidiane attività negoziali, nonché del tutto esclusa da alcune tipologie di uffici e compiti. *Infirmis sexus, imbecillitas corporis, levitas animi* sono le motivazioni comunemente addotte per giustificare a suo carico tale condizione giuridica di discriminazione e persino la sottoposizione alla tutela esercitata dal padre o dal marito, come l'antico diritto consuetudinario ha stabilito da tempo immemorabile e come sembra essere pienamente condiviso dall'opinione comune ancora nel pieno impero. Eppure, nonostante sia innegabile nell'esperienza giuridica romana il riscontro di una ideologia incentrata sul maschile, molte fonti restituiscono profili di donne emancipate, istruite, autonome economicamente, talora imprenditrici di successo, intellettuali, con ruoli sociali di indubbio prestigio. Fonti che inducono a una riflessione più approfondita sulla matrice della cd. vulnerabilità femminile nella Roma antica.

A seguire il saggio di Marianna Pignata, che illustra le implicazioni socio-culturali e giuridiche della questione di genere tra Otto e Novecento. In particolare, l'Autrice mette a confronto le norme del Codice Zanardelli e del Codice Rocco per dar conto della transizione dal reato di violenza carnale a quello di violenza sessuale e, quindi, per esaminare l'esperienza giurisprudenziale sedimentatasi al riguardo. Ne emergono i profili evolutivi sociali e culturali, prima che giuridici, delle questioni affrontate e il ruolo sempre più importante attribuito al consenso, quale baluardo dell'autonomia personale e della tutela dei diritti fondamentali connessi alla sfera sessuale. Dall'esame del fenomeno della violenza di genere e del relativo dibattito in ambito civilistico e penalistico di fine Ottocento, emerge una rappresentazione della "soggezione" femminile che evidenzia come, so-

prattutto in ambito penale, il diritto si proponesse il controllo della sfera della sessualità nella definizione e costruzione di reati come quelli di adulterio, aborto, stupro, seduzione o infanticidio. Pertanto, prima di arrivare al dettato costituzionale – che, attraverso l'emersione d'un "valore ideale" e principio supremo quale l'uguaglianza tra sessi, segnerà un elemento di rottura con una cultura discriminatoria fortemente consolidata –, si assisté appunto tra Otto e Novecento all'infausta legittimazione normativa della 'soggezione del corpo femminile'.

Il terzo Capitolo si chiude con il contributo di Emilia Tagliatela sulla condizione di vulnerabilità delle donne sottoposte a pena detentiva. L'Autrice prende le mosse dalla considerazione che il nesso tra vulnerabilità e universo carcerario si configura come un osservatorio privilegiato per tentare di comprendere le modalità che presiedono a forme istituzionalmente indotte di precarizzazione e svuotamento dell'identità. L'analisi dell'esperienza carceraria delle donne conduce l'Autrice a rilevare che il paradigma dell'*infirmas sexus*, con la sua evocazione di una intrinseca fragilità delle facoltà intellettuali e morali proprie della natura muliebre, ha lasciato un'impronta duratura nell'immaginario giuridico, e non solo, rispetto ai modi d'intendere la devianza e la criminalità femminili. Pertanto, la rappresentazione della detenuta entro coordinate che ne enfatizzano una vulnerabilità costitutiva, avvalorando una sorta di irredimibile *infirmas*, è ancora oggi largamente egemone. Tuttavia, ragionare esclusivamente in termini di *deficit*, risulta fuorviante in quanto finisce con l'occultare risorse e capacità che le donne in carcere ancora posseggono e che proprio all'interno di quel contesto dovrebbero imparare a riconoscere. La nozione di vulnerabilità si rivela dunque una risorsa ermeneutica preziosa, da maneggiare, però, con prudenza affinché non si trasformi in etichettatura essenzialistica, in stereotipia passivizzante. Capire quali fattori *rendono* le donne – ma più in generale tutti i detenuti – vulnerabili all'interno del contesto carcerario significa fare i conti con un orizzonte di obbligazione morale sia negativa che positiva. Così che la vulnerabilità chiama in causa non solo un intervento di protezione e tutela, ma anche un compito di relazione solidale, affinché anche il carcere possa diventare un luogo in cui rendere praticabili percorsi di capacitazione. Questo resta il compito più arduo eppure decisivo per immaginare uno spazio detentivo abitato da soggetti, piuttosto che da oggetti, di processi funzionali a un nuovo orientamento del sé, che consenta a detenute e detenuti la consapevole elaborazione del passato ed il conseguente ri-posizionamento del sé nel mondo.

Il quarto Capitolo, dedicato alla Vulnerabilità geografica e ambientale, ha inizio con il saggio di Delio Salottolo, che propone una visione filo-

sofica della vulnerabilità ambientale e sociale. Secondo l'Autore, l'epoca dell'Antropocene è caratterizzata da una serie di paradossi che soltanto una bioetica allargata può dal punto di vista teoretico e pratico affrontare. Lavorando a partire da una problematizzazione concettuale della "vulnerabilità", così come si è andata strutturando nell'ordine del discorso contemporaneo, e a partire dalle condizioni di possibilità dell'esperienza storica e temporale di *noi moderni*, l'Autore intende dimostrare come la rimozione di ogni dimensione sociale e politica di *produzione* di vulnerabilità abbia come esito l'istituzione di soggettività deboli *per natura* e, in quanto deboli, vulnerabilizzate, vittimizzate e dunque più facilmente governate o marginalizzate. Qual è, dunque, il compito dell'analisi filosofica e bioetica dinanzi alle vulnerabilità che si moltiplicano nell'epoca dell'Antropocene e della "società del rischio"? Quello di definire i quadri interpretativi e, definendoli, aprire all'azione possibile e trasformativa dell'universo simbolico e socio-politico per vincere sfide che potrebbero essere determinanti per chi non c'è ancora e per chi c'è e non conta.

Massimo Rubino De Ritis si occupa delle cause della maggiore vulnerabilità delle imprese meridionali rispetto a quelle insediate in altre aree geografiche. L'Autore analizza soluzioni possibili al problema dal punto di vista giuridico, ma anche con osservazioni di carattere storico-economico e sociologico, e con un taglio pratico attraverso l'utilizzo di dati economici. L'analisi si basa anche su considerazioni relative al ruolo dei poteri "politico", legislativo ed esecutivo e comprendendo anche le c.d. Autorità indipendenti, "potere giudiziario", "potere economico". La stampa, la radio, la TV sono prerogative del primo o del terzo potere. Il "potere diffuso" è costituito dalla Rete. Il "potere" della ricerca scientifica e della formazione professionale è l'unico tendenzialmente indipendente dagli altri, ma attualmente profondamente depotenziato al sud per le ragioni descritte e analizzate nel saggio.

Il saggio di Francesco Catapano è dedicato alla vulnerabilità dei civili nei conflitti armati, con particolare riguardo alle persone con disabilità. L'Autore rileva che i conflitti armati, nel tempo, hanno cambiato volto e natura, divenendo ai nostri giorni guerre "tecnologiche", per lo più a carattere internazionale. Oramai il campo di battaglia si è trasferito nei centri urbani e ciò ha provocato e provoca molte vittime nella popolazione civile composta da gruppi di persone vulnerabili come anziani, donne, bambini e persone con disabilità. L'oggetto dello studio è la protezione che, in base alla normativa internazionale, va accordata a questi gruppi di civili, tenendo conto del fatto che il conflitto armato è causa di menomazione, con conseguente disabilità, nonché fattore di complicazione e di aumento del

rischio per le persone affette da disabilità da prima della guerra. Il concetto di “disabilità” emergente dal diritto internazionale umanitario applicabile in contesti di conflittualità armata, viene messo a confronto con quanto disposto dal diritto internazionale in materia di Diritti Umani e, in particolare, dalla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità (New York, 13 dicembre 2006), per giungere ad evidenziare che tra tutte queste disposizioni esiste un rapporto di complementarità grazie al quale può essere conferita una tutela più ampia alle persone disabili.

Segue il saggio di Maria Anna Filosa che parte dalla considerazione delle barriere e dei rischi che le persone con disabilità affrontano nei conflitti armati, al fine di contribuire all’identificazione ed all’attuazione di tutele specifiche che, ai sensi delle norme del Diritto internazionale umanitario, possano incidere sulla condotta delle ostilità. Al riguardo, l’Autrice dimostra che è molto importante l’apertura di canali di comunicazione tra le persone con disabilità, gli OPD e le parti in conflitto, come accaduto in occasione delle consultazioni organizzate nel 2022 dal Relatore speciale delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, l’IDA, l’EDF, il Diakonia IHL Center e il CICR. Inoltre, si evidenzia che le interpretazioni del Diritto internazionale umanitario in funzione di protezione dei civili disabili dovrebbero essere incluse nei manuali militari sul diritto dei conflitti armati ed essere integrate nei meccanismi di coordinamento operativo tra i militari, gli OPD e altri attori civili, nonché tra le autorità governative militari e civili. Infine, pure il CICR potrebbe contribuire a far progredire l’attuazione del diritto internazionale umanitario in prospettiva di tutela della disabilità, come sta già avvenendo nell’ambito dei lavori di aggiornamento dei Commentari alle Convenzioni di Ginevra sulla condotta delle ostilità.

Ubaldo Nazzaro incentra la sua riflessione sulle peculiari condizioni di vulnerabilità dei migranti e sulle politiche al riguardo poste in essere dall’Italia e dall’Unione europea. In proposito l’Autore, dopo aver rilevato l’asservimento di tali politiche migratorie alle logiche di mercato, svolge un *excursus* sull’*iter* legislativo in materia di immigrazione anteriore alla decretazione d’urgenza del 2023 e, quindi, analizza le modifiche apportate dal D.L. 10 marzo 2023, n. 20, convertito, con modificazioni, nella L. 5 maggio 2023, n. 50, alle modalità di programmazione dei “flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri” e al sistema di accoglienza. All’esito di queste osservazioni, l’attenzione si sposta sull’esame dei profili evolutivi del diritto penale dell’immigrazione, con particolare attenzione al nuovo reato di “Morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina”. Infine, il saggio si chiude con l’esame critico delle norme del D.L. 5 ottobre 2023, n. 133, convertito,

con modificazioni, nella L. 1 dicembre 2023, n. 176, sui minori stranieri non accompagnati presenti sul territorio dello Stato, nonché sulle norme in materia di “centri di permanenza per i rimpatri” (C.p.r.).

Dopo una sintetica descrizione nel merito delle misure adottate in Ucraina per effetto della Legge Marziale (L. 3.3.2022, n. 2113-IX) e una più generale riflessione storico-giuridica sulla condizione di fragilità degli esseri umani, Osvaldo Sacchi si sofferma sulla necessità di far fronte ai problemi posti da quella che in sociologia è stata chiamata “società liquida”. Da siffatta prospettiva, l’Autore rileva come, a livello internazionale, a causa di dette dinamiche sociali, emergano nuove forme di fragilità che potrebbero essere definite come “vulnerabilità liquida” o “paura liquida”.

Alla Vulnerabilità psico-fisica è dedicato il quinto Capitolo, che si apre con il saggio di Giovanni Villone sulla vulnerabilità del paziente oncologico. La riflessione prende le mosse dalla concezione del *vulnus*, della ferita, per giungere attraverso un ampio *excursus* storico e l’esame della relazione tra cellule e DNA, a delineare il fenomeno patologico delle neoplasie. Da siffatta prospettiva, l’Autore mette in luce la desolante diversità del tumore che, a differenza di altre patologie, deriva dalle nostre stesse cellule che si trasformano in senso neoplastico. Non c’è un nemico esterno da cui difendersi. Per questo motivo la neoplasia fa più paura. Si passa così dal tumore al timore e al tremore, con una serie di slittamenti di senso che per i pazienti non sono affatto un gioco di parole, bensì la radice profonda della vulnerabilità in oncologia. In considerazione di ciò, il medico deve sentire su di sé il precipuo impegno etico di favorire nelle persone, sia sane sia ammalate, una reazione positiva rispetto a diagnosi e cura delle neoplasie, fosse solo per permettere una migliore ripresa del paziente. E questo impegno è tanto più importante nei casi, purtroppo tuttora presenti, di diagnosi-condanne. Il cinico aforisma, secondo cui il medico bravo è quello che non fa morire il paziente ma non lo guarisce mai del tutto, nel caso dell’oncologo si scontra con la realtà del più elevato rischio di mortalità del paziente oncologico, per cui questo tipo di specialista viene percepito come quello più venale. È evidentemente una forzatura e una ingiusta rappresentazione della realtà, ma il fondo di verità che si cela in tale amara considerazione sta nell’atteggiamento a volte distaccato e freddo di molti specialisti, che tendono a diagnosticare e trattare la malattia, anche con grande competenza, piuttosto che curare il malato. Più o meno coscienti portatori di un tale atteggiamento quasi spersonalizzante e alienante, si sono sentiti i tre famosi oncologi che, ammalatisi a loro volta di cancro, hanno ripensato alle modalità di relazione medico-paziente nello specifico delle affezioni neoplastiche. Al loro lavoro è opportuno si rifaccia l’intero mondo dell’oncologia, così da

rifondare una relazione sulle basi nuove della collaborazione tra curante e paziente, tra specialisti delle professioni sanitarie e ambiente che ruota intorno al malato.

Tiziana Liccardo e Paolo Valerio esaminano la condizione di vulnerabilità connessa all'essere genitori di figli con disabilità. La nascita di un figlio con disabilità può trovare la famiglia impreparata ad affrontare un evento che evoca tanto dolore e tanta rabbia in un momento carico di potenziale gioia e di molte aspettative. Questo evento impone ai genitori di attivare meccanismi di trasformazione profonda, che possono avere ripercussioni significative su tutte le sfere della vita, sollevando interrogativi sul progetto di vita individuale e familiare. La famiglia, quindi, si trova in una condizione di vulnerabilità, dove mantenere spazi personali diventa difficile e spesso si assiste a una divisione dei compiti per gestire la nuova realtà. Il contesto familiare gioca, però, un ruolo cruciale nel percorso di crescita del figlio. Pertanto, un intervento mirato al potenziamento delle risorse intrafamiliari può favorire una crescita armoniosa del figlio, stimolando le competenze e le capacità di tutti i membri della famiglia. Partendo da tale presupposto, non ci si può limitare ad intervenire sul sintomo o sulla situazione di difficoltà, ma occorre accompagnare i genitori nella strutturazione di azioni capaci di aiutarli a fronteggiare la nuova realtà. Al tempo stesso, le sollecitazioni ricevute dai genitori dicono che c'è ancora molto da fare per promuovere un cambiamento della società, affinché tutti possano sentire di fare parte di un paese/comunità che si prende cura del futuro dei loro figli, offrendo gli opportuni supporti e il dovuto ascolto.

Teresa Alesci si occupa nel suo saggio della condizione di vulnerabilità dell'imputato con patologie psico-fisiche nel quadro del processo penale. Le posizioni soggettive connotate da debolezza che, con caratteristiche diverse, emergono nella dinamica processuale sono determinate da diversi fattori. Tra questi ultimi un ruolo fondamentale riveste la condizione di salute, che può contribuire all'identificazione del soggetto "fragile". Dallo studio della disciplina in favore dei soggetti affetti da patologie fisiche, emerge uno scenario non sempre soddisfacente. Da un lato, il legislatore riconosce a tali soggetti una particolare tutela. In alcuni casi, la menomazione fisica può incidere sull'effettiva partecipazione del soggetto al procedimento penale; in altri casi, invece, l'invalidità rileva quale incompatibilità, ad esempio, con il regime carcerario. Dall'altro, però, persistono profili di criticità in relazione al delicato equilibrio tra esigenze di accertamento del reato e tutela della salute del singolo. I temi sono diversi. Emergono ad esempio i temi dell'accertamento della cosciente partecipazione al procedimento dell'imputato, del delicato rapporto tra *deficit* linguistico-uditivo e il principio di oralità, non-

ché della rilevanza delle condizioni fisiche nella vicenda cautelare tra diritto alla salute e esigenze processuali.

Il sesto e ultimo Capitolo è dedicato alla Vulnerabilità tecnologica e prende le mosse dalla riflessione di Rossella Bonito Oliva, Tiziana Liccardo e Paolo Valerio sulla condizione di vulnerabilità connessa all'impiego delle informazioni contenute nel genoma. Le nuove tecnologie genomiche, infatti, consentendo di accedere all'intero corredo genetico di una persona, hanno dato il via ad una vera e propria rivoluzione nel campo della medicina, poiché permettono di prevedere l'insorgenza futura di patologie. Ciò incide sulla percezione del futuro di ciascuno indipendentemente dal contesto in cui vive, con la conseguente dilatazione del sentimento di vulnerabilità sulla base di una dimensione temporale astratta e di una nozione di salute che ignora la possibilità che possa essere la dimensione sociale a cambiarne i parametri. Inoltre, la sensazione di vulnerabilità può divenire ancor più profonda per coloro che siano differenti da modelli precostituiti o non riconosciuti, poiché la non "normalità" scritta sulla base di una sequenza genetica può indurli a temere di non essere considerati meritevoli di una vita degna. Notevoli sono, quindi, le preoccupazioni su come debbano essere utilizzate le informazioni genetiche. Al tempo stesso, però, le nuove tecnologie consentono di identificare in modo sempre più raffinato la base genetica delle malattie e, pertanto, portano ad individuare i trattamenti sanitari più efficaci. Gli Autori si chiedono come far sì che l'impiego delle nuove tecnologie comporti un miglioramento delle condizioni di vita della collettività senza determinare l'insorgere di nuovi sentimenti di vulnerabilità. Essi affrontano la questione dalla particolare prospettiva offerta dalla visione del filmato *The DNA Journey*, che si apre con un quesito molto forte: *Would you dare to question who you really are?* A partire dalle numerose sollecitazioni scaturite dal filmato, viene proposta una riflessione sul DNA e sulle nuove tecnologie genomiche agli studenti delle scuole del territorio campano. Nel rapporto diretto con gli adolescenti emerge una diffusa sensazione di disorientamento rispetto al futuro. Da questo angolo visuale, gli Autori si chiedono se il "sapere di più" connesso al diffondersi delle nuove tecnologie genetiche debba comportare anche l'impegno a riconoscere lo spazio largo di una presa in carico di disposizioni, aspettative che, pur connesse alla genetica, investono in primo luogo il con-vivere in termini di distribuzione di risorse, di ascolto e di attenzione, in modo da mantenere aperto il rapporto con il futuro che appartiene alle vite concrete e vissute.

Il contributo di Lucilla Gatt, Ilaria Amelia Caggiano, Maria Cristina Gaeta, Paolo Grimaldi, Anna Anita Mollo e Livia Aulino esplora le applicazioni delle tecnologie nella prospettiva del diritto privato, indagando gli

ambiti in cui esse rischiano di impattare negativamente su diritti fondamentali degli esseri viventi, non solo umani. Il metodo utilizzato consente un approccio analitico che, nella cornice concettuale della vulnerabilità tecnologica dal punto di vista del diritto privato, mira ad individuare le principali tutele che l'ordinamento italiano, come inciso dal legislatore sovranazionale europeo, è in grado di fornire. Dall'uso di tali tecnologie derivano questioni giuridiche di notevole rilievo, che possono essere affrontate attraverso l'interpretazione del quadro normativo esistente a livello eurounitario e nazionale, per individuare percorsi e strumenti giuridici a garanzia dello sviluppo di una tecnologia sicura e affidabile nel rispetto di diritti e libertà fondamentali. Il lavoro si articola in tre sezioni: la prima è dedicata alle vulnerabilità tecnologica degli utenti attuali e futuri della neurotecnologie, per valutare il loro impatto sulle decisioni umane e sugli atti giuridici che la coinvolgono, verificando l'effettiva esistenza della volontà umana, con particolare riferimento a tre casi di studio; la seconda si sofferma sul rapporto tra procreazione e *gene-editing*; nell'ultima sezione la riflessione si incentra sulla più recente frontiera tecnologica degli organi umani riprodotti interamente in laboratorio (c.d. organoidi).

La riflessione di Anna Anita Mollo, Mario Nicodemi, Daniela Pianezzi, Barbara Salvatore e Luigi Maria Sicca è dedicata al trattamento di dati sanitari, genetici e genomici. Prendendo le mosse dagli esiti della collaborazione tra un filosofo (Gilles Deleuze) e uno psicoanalista (Félix Guattari), gli Autori recuperano il senso di una forma di resistenza finalizzata alla cura dell'eterogeneità nella costruzione dell'apparato dello Stato che, invece, opera strutturalmente nella direzione dell'omogeneizzazione. L'eterogeneità cui invitano Deleuze e Guattari resta una questione teorica fondamentale da trattare, anche in relazione alla tensione tra Scienza, Conoscenza e Coscienza. L'approccio teorico così descritto viene, quindi, riconsiderato dapprima in prospettiva privatistica, con particolare riguardo al trattamento dei dati genetici ed al difficile bilanciamento tra tutela della persona e mercato. Lo stesso tema è, poi, affrontato anche in prospettiva comparatistica, offrendo spunti *de iure condendo* nel solco della proposta di regolamento europeo. Infine, l'esame della riflessione psicologica, antropologica e filosofica porta gli Autori a rilevare la fragilità del pur necessario procedere interdisciplinare della ricerca in chiave etica, e la problematicità dei relativi processi di *organizing*.

A seguire, Marianna Ciullo si occupa del fenomeno, denominato *sharenting*, per cui le figure genitoriali immettono in ambienti digitali – soprattutto attraverso *social media* e *app* di messaggistica o di tracciamento – materiale vario, in particolare immagini e filmati, concernente i propri

figli minori di età. Questo fenomeno dà luogo ad una nuova, pericolosa forma di vulnerabilità, poiché il minore si trova ad essere proiettato, senza volerlo e senza saperlo, in un contesto sempre più monitorato, analizzato e manipolato, attraverso processi tecnologici finalizzati alla raccolta ed al trattamento dei suoi dati personali. Pertanto la condizione di vulnerabilità, già intrinseca rispetto al soggetto minore di età, risulta accentuarsi e proiettarsi nel suo futuro. Diverse sono le disposizioni normative e le tutele civilistiche che possono venire in rilievo per contrastare questo fenomeno ma, allo stato, esse appaiono ancora del tutto insoddisfacenti rispetto ai bisogni di protezione suscitati.

Gianluca Mignone nel suo lavoro osserva che i pazienti ed i malati, persone che vivono un periodo della vita di “straordinaria vulnerabilità”, necessitano di maggiore tutela anche sotto il profilo della privacy. L'indagine in merito al rapporto tra vulnerabilità e dati personali relativi alla salute, condotta con riferimento al contesto normativo e regolatorio (tenendo conto degli orientamenti giurisprudenziali, nazionali ed europei, dei provvedimenti del Garante per la protezione dei dati personali e dei Pareri del Comitato Europeo per la protezione dei dati personali) si concentra su temi ed argomenti specifici, individuando le singole situazioni soggettive di vulnerabilità. Si procede, quindi, all'esame della disciplina normativa italiana prima e dopo il Reg. UE 2016/679 ed il D.Lgs. n. 101/18, e si approfondisce il tema delle vulnerabilità connesse alle innovazioni tecnologiche nel settore della sanità digitale, con specifico riferimento ai dati sanitari elettronici ed alla condizione di fragilità dei pazienti reclutati nelle sperimentazioni cliniche.

Chiude Rosario Franco che dedica la sua riflessione alle nuove vulnerabilità originate dall'impiego sempre più diffuso e pervasivo delle neuroscienze e dell'intelligenza artificiale. Dopo aver ampiamente esaminato le molteplici applicazioni di queste nuove tecnologie, l'Autore osserva che l'essere umano, che ha da sempre cercato di comprendere sé stesso, ora ha di fronte, sul terreno concreto dei fatti, il post-umano, che pure costituisce un suo prodotto e che pare superare l'alternativa fondativa del diritto tra 'lecito' e 'illecito'. Per questo motivo, la scienza e la tecnica devono rinvenire al di fuori di sé stesse il criterio assiologico per ottenere legittimazione e, quindi, per garantire lo sviluppo sostenibile dell'umanità.



CAP. I
VULNERABILITÀ: NOZIONE E RAPPORTO
CON LA DIGNITÀ DELL'UOMO



EMILIA D'ANTUONO
AGIRE E PATIRE IL VIVERE
Le vicissitudini della vulnerabilità

SOMMARIO: 1. *Vulnus*: la ferita “inizio” di conoscenza ed etica. – 2. Una ferita più terribile della morte: genesi e genealogia della risignificazione di vulnerabilità. – 3. “La soggettività del soggetto è la vulnerabilità”: un nuovo inizio del filosofare. – 4. Vulnerabilità, dipendenza reciproca, autonomia relazionale nella prospettiva del pensiero femminista.

1. *Vulnus: la ferita “inizio” di conoscenza ed etica*

Tra le tante incertezze, perplessità di senso e uso della parola vulnerabilità, ampiamente presente nel dibattito pubblico, discussa da una bibliografia ormai immensa, incontrovertibile resta il rimando a *vulnus*¹, un termine che evoca immediatamente il carico di dolore e sventure che il “mattatoio”² della storia universale esibisce impietosamente. Ma *vulnus* è anche esperienza generativa e forza genealogica di *humanitas*.

Solo attraverso la ferita “l’occhio può afferrare e avvicinarsi al mondo”: il verso di Celan³, vittima e testimone dello squarcio nel corpo della civiltà europea costituito dalla Shoah, richiama la ferita come ragione di apertura conoscitiva e di scoperta di prossimità, di un avvicinarsi al mondo foriero di *novum* sul piano etico. La ferita è una feritoia, uno spiraglio nella compattezza dell’autoreferenzialità primigenia di ogni vivente e in specifico del vivente umano. È un grido, un’invocazione di soccorso, sonora o tacita,

1 Cfr. G. Maragno, *Alle origini (terminologiche) della vulnerabilità: vulnerabilis, vulnus, vulnerare*, in O. Giolo, B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci Editore, Roma 2018, pp. 13-35.

2 G.W.F. Hegel, *Lezioni sulla filosofia della storia*, La Nuova Italia, Firenze 1963, 4 voll., vol. I, p. 68.

3 Per la meditazione sui sensi del verso di Celan cfr. O. Pöggeler, *Il cammino di pensiero di Martin Heidegger*, Guida, Napoli 1991, p. 406. La poesia ricordata è *Schliere*, tradotta in italiano con *Macula*. Cfr. P. Celan, *Poesie*, Mondadori, Milano 1998, p. 269.

che desta il sé dall'immersione in se stesso, lo disloca in un orizzonte in cui l'alterità dell'altro gli si impone nella sua inaggrirabilità, quale che sia la reazione a tale presenza.

In realtà che il *vulnus* rechi in sé potenza conoscitiva ed etica è cosa che l'Occidente sa da millenni. La più classica delle fonti che individua nella ferita del dolore la potenza che apre alla conoscenza è l'inno a Zeus dell'*Agamennone* di Eschilo: *pathei matos* (πάθει μάθος), la "conoscenza attraverso il dolore"⁴.

Ma il *pathei mathos*, enunciato nella lingua della tragedia, circoscrive la potenza generativa del dolore, perenne *vulnus* della vita, nel perimetro del solo sapere. La ferita significa molto altro: istituisce relazione di riconoscimento tra umani, attiva *pietas*, ha una portata antropologica ed etica. L'orribile, fetida ferita di Filottete è nella tragedia sofoclea motivo di un abbandono, un gesto disumano che suscita punizione e, in modo larvato e del tutto embrionale, fa comparire ciò che poi l'umanità chiamerà rimorso. L'abbandono della vittima, decisione motivata da interessi bellici, è già percepita come colpa: lo stesso Odisseo, artefice di tanta ignominia, sente la necessità di dire che nel lasciare solo a Lemno un ferito così bisognoso d'aiuto ha obbedito agli ordini dei superiori⁵. Ebbene il *vulnus* diviene, nel ripensamento sofocleo del mito, un'occasione di incontro tra due: un ritrovarsi ugualmente umani. La ferita, che ha trafitto il corpo di un uomo, raggiunge e apre la coscienza di un altro. Neottolemo, tornato dopo dieci anni presso il guerriero abbandonato, con il fine truffaldino di togliergli l'arco di Eracle senza cui la vittoria su Troia, secondo l'oracolo, è irraggiungibile, prova ad ingannarlo per sottrargli quello che pure è l'unico mezzo per procacciarsi cibo. Ma il messaggio che la ferita trasmette schiude un varco nella ipseità polarizzata sull'obiettivo da raggiungere, sicché la sua coscienza si libera dalla cecità di un io che persegue un proprio scopo e si apre al riconoscimento del bisogno dell'altro. Compare così nell'antichità greca, sia pure nella lingua allusiva e a suo modo profetica della poesia, una *facies* duale dell'umano, un ritrovarsi due. Conseguente è il pentimento di Neottolemo, la sua decisione di denunciare il proprio inganno, di rispondere assumendosi l'onere della verità e dell'obbligo di aiuto.

4 Per l'Inno a Zeus cfr. Eschilo, *Agamennone*, vv. 160-183; H.G. Gadamer, che dedica al testo un'acuta riflessione, traduce: "Zeus conduce i mortali alla saggezza / avendo fissato una valida legge: / conoscenza attraverso dolore. [...] Verso coloro che hanno sofferto, Dike inclina conoscenza", H.G. Gadamer, *Verità e metodo*, Bompiani, Milano 2001, p. 412.

5 Fin dal Prologo Odisseo rimanda all'obbedienza, cfr. Sofocle, *Filottete*, vv. 6-7.

Alle ferite prese in carico da uno sconosciuto per una vittima anonima, la civiltà deve il comparire di una cifra dell'umano: "essere innanzitutto prossimo". Il contesto di questa svolta è quello segnato dall'idea che un Dio si fa corpo umano, nasce povero, muore di morte infamante. Irrompono, con l'"Ecce homo" evangelico, ferite che istituiscono una idea di umanità capace di accogliere in sé tutti e ciascuno nella sua unicità e dignità. La vulnerabilità cessa di essere quella fragilità irriducibile resa nei secoli marchio infamante, che il destino di nascita e di collocazione nel mondo impone a tanti, a troppi, e si fa richiesta di intervento a tal punto esigente da rendere la risposta, l'operativa presa in carico, condizione di salvezza. Nella parabola evangelica del Samaritano⁶, i *vulnera* soccorsi, senza domanda alcuna sull'identità del ferito, né su sue appartenenze tribali, né su ragioni dello scempio patito e il coraggio di ignorare possibili rischi nell'avvicinarsi a uno sconosciuto sia pur morente, introducono la figura etica della "prossimità". Dal varco della ferita ogni elemento di estraneità e di possibile inimicizia fuoriesce e compare il volto di un singolo in cui tutti possono riconoscersi, che così diviene innanzitutto e imperativamente "prossimo". Forse i *logoi* evangelici dipingono a chiaroscuro quell'ideale momento in cui l'umanità scopre che l'espressione "essere umano" comincia a significare "rispondere all'altro", o anche, "praticare la giustizia" nella forma primigenia suggerita dalla Bibbia: ascolto del grido che invoca soccorso, operando di conseguenza. Forse la parola responsabilità comincia proprio in quel racconto a caricarsi di sensi irriducibili alla semplice imputabilità giuridicamente definita per colpa o omissione e la "responsività", per ricorrere a una parola ampiamente presente nel lessico concettuale novecentesco, comincia a svelare la sua performatività umanizzatrice.

Cultura classica, *ethos* religioso, secolare impegno del pensiero filosofico, teologico, etico, giuridico, pratiche molteplici di *pietas* e di solidarietà, anche istituzionalizzate, rimandano a un *vulnus* che diviene generativo di *humanitas*. Molto tardiva la sua potenza umanizzatrice compare anche nell'ambito feroce della guerra e si impone con la rivendicazione di soccorso e cura per i feriti tutti, a prescindere da ogni appartenenza e da ogni bandiera, da ogni inerenza a categorie generali divoratrici di individualità. Per impegno di Ferdinando Palasciano⁷ e, in un contesto diverso, di Henry Dunant, la "neutralità

6 Cfr. Luca 10, 25-37.

7 In un celebre discorso tenuto il 28 aprile 1861 alla Accademia Pontaniana di Napoli, Ferdinando Palasciano (primario chirurgo dell'Ospedale degli Incurabili, che invocò la "neutralità medica" rispetto ai soldati tutti e subì per questo processo e condanna a morte, poi revocata) affermò la inviolabilità dei feriti di guerra: "Bisognerebbe che tutte le potenze belligeranti, nella dichiarazione riconoscessero

dei feriti” strappa l’uniforme che per secoli ha dissimulato le fattezze umane del soldato, autorizzando l’abbandono dei morenti sui campi di battaglia, occultando le infinite capacità di soffrire di corpo e anima, in una disindividuazione che anticipa la terribile indistinzione della morte. Infine la ferita, a chiunque inferta, va presa in carico, in maniera equanime, il messaggio che da essa proviene riconduce tutti a comune umanità.

2. Una ferita più terribile della morte: genesi e genealogia della risignificazione di vulnerabilità

Non va certo sottovalutata la rilevanza della vulnerabilità come tratto che accomuna gli umani, idealmente chiamandoli alla consapevolezza della comunità destinale disegnata da quei *vulnera vitae*, per ricorrere a parole di Lucrezio⁸, che gli antichi non risparmiavano nemmeno agli dei, benché liberi dalla perenne ferita della morte. L’unità del genere umano trova una delle sue pietre di costruzione nel riconoscimento della condivisa esposizione al *vulnus*. La comunità, che si fa *civitas* terrena e Stato, generando civiltà strutturata da saperi, arti, scienze, diritto, politica, trova forse una delle sue ragioni d’essere nella necessità di apprestare *remedia*, quali che siano stati mezzi ed esiti – diversi, spesso antitetici – di tanto impegno nel corso del tempo. E il tempo, le trasformazioni storiche, la collocazione della vulnerabilità in contesti spaziali e temporali, colti nelle loro tante varianti, costituiscono elementi ineludibili per comprendere la risemantizzazione e la portata dell’ampio ricorso a questa parola. Il nostro presente l’ha infine resa un paradigma tanto descrittivo, capace di illuminare storia e storie e sollecitare ripensamenti di temi fondamentali del discorso pubblico, quanto prescrittivo di prassi che esigono nuovi modelli istituzionali. Sul filo del tempo possiamo individuare un punto che ci dice qualcosa sulla genesi e in un certo senso anche sulla genealogia emozionale del ricorso, via via diffuso, a questo lessema.

reciprocamente il Principio di Neutralità dei Combattenti feriti per tutto il tempo della loro cura e che adottassero rispettivamente quello dell’aumento illimitato del Personale Sanitario durante il tempo di guerra”. Nel 1859 il ginevrino Henry Dunant, che aveva assistito alla battaglia di Solferino, al lungo tormento dei feriti, ed era a conoscenza delle tesi di Palasciano, scrive un libro di memorie, *Un souvenir de Solferino*, che ebbe un grande peso per l’istituzione della Croce rossa e per la firma della prima Convenzione di Ginevra nell’agosto 1864. Cfr. G. Mazzoni, G. Palasciano, P. Vanni (a cura di), *La neutralità dei feriti in guerra*, Edizioni Tassinari, Quaderni Henry Dunant, n. 13, Firenze 2013.

8 Tito Lucrezio Caro, *De rerum natura*, III, v. 63.

È stata, nel ventesimo secolo, un'esperienza di ferita più terribile della morte a dare contenuto specifico alla parola vulnerabilità, da "prendere sul serio" come tema filosofico, etico e giuridico-politico. Infine essa viene trasferita dal cielo della riflessione su vita e morte, dove per secoli è stata contigua o addirittura sovrapposta a fragilità, caducità, nella *civitas* abitata da essere umani pensanti e agenti, situati corpo e anima nel tempo e nello spazio della civiltà e delle sue istituzioni, con esplicito passaggio a una diversa coscienza di responsabilità e di vincolante presa in carico.

Nel Novecento, scrive Arendt, "le forme totalitarie del potere costituirono l'esperienza fondamentale e decisiva" perché fosse surclassata l'antica idea che è la morte il *vulnus* estremo, il "fenomeno più temuto", la misura stessa della vulnerabilità della vita. Il destino dell'umano ormai non è valutato più soltanto muovendo dall'irredimibile "dato ontologico" della "mortalità", ma a partire da esposizione a *vulnera* decisa da alcuni e patita da tanti, come testimoniano i sopravvissuti di lager, di gulag, di persecuzioni e stermini sempre ricorrenti, e come inequivocabilmente certifica l'uso del nucleare con l'esplosione della bomba atomica, capace di imprimere il marchio della vulnerabilità perfino alla terra.

Un passaggio epocale per la semantica di *vulnus* e di vulnerabilità è la frattura di civiltà, *Zivilisationsbruch*¹⁰, segnata dal nazifascismo e dalle atrocità della seconda guerra mondiale.

Lo sterminio di milioni di esseri umani, resi vulnerabili attraverso la revoca dell'appartenenza all'umanità vivisezionata in razze, la cancellazione dei diritti, la torsione snaturante della legge, chiamata a perseguire non l'azione compiuta o omessa ma ciò che "si è" venendo al mondo, espongono tanti a oltraggio e morte, nel contesto di ideologie capaci di marchiarli come "indegni", di renderli superflui, trasformandoli in scarti da smaltire nei forni crematori e in cavia per feroci sperimentazioni mediche.

9 "Oggi sappiamo che non è l'omicidio la cosa peggiore che un uomo possa perpetrare contro un suo simile, e che d'altra parte, non è neppure la morte il fenomeno più temuto dall'uomo": H. Arendt, *Il futuro alle spalle*, il Mulino, Bologna 1981, p. 189.

10 Per ricorrere al celebre titolo di Dan Diner, *Zivilisationsbruch: Denken nach Auschwitz*, Fisher Verlag, Frankfurt am Main 1988; ma cfr. anche Id., "Zivilisationsbruch". *La frattura di civiltà come epistemologia della Shoah*, in M. Cattaruzza et alii (a cura di), *Storia della Shoah. La crisi dell'Europa, lo sterminio degli ebrei e la memoria del XX secolo*, vol. I, *La crisi dell'Europa e lo sterminio degli ebrei*, UTET, Torino 2005, pp. 16-45.

Il ricorso alla bomba atomica, che dissolve uomini e mondi, collocando la storia sotto il minaccioso segno del nucleare¹¹, attiva la consapevolezza della possibilità umana, tutta umana, di ferire fino all'annientamento quanto per un immaginario secolare era rimasto intangibile.

Il *kosmos*, percepito dall'Antichità come perenne, proposto dalla Bibbia come creato e retto da un progetto divino, colto nel suo ordine matematicamente tracciabile, oggetto di una conoscenza che nella modernità assume la luminosità della scienza, diviene vulnerabile per ragioni che chiamano in causa scelte politiche. Sembra rompersi il tempo incomputabile dell'universo, il "perenne" retto da necessità si fa "temporale", entra nella "storicità" fatta di contingenze, minando certezze, prima fra tutte la fiducia ancestrale che la vita sia sempre capace di sanare le sue ferite¹².

La genesi della trasformazione del lessema vulnerabilità rimanda, dunque, al contesto storico prima ricordato, inalterabile nella sua fattualità così ampiamente documentata e ricostruita dalla storiografia.

La genealogia – se possiamo ricorrere con libertà a intuizioni e argomentazioni nietzschiane per cogliere attraverso questa parola l'attivarsi di istanze dell'anima e della civiltà emozionalmente potenti, capaci di produrre sommovimenti ed effetti innovatori – rimanda al sentimento di lutto dell'Occidente, allo sgomento che accompagna l'irruzione sulla

11 La vulnerabilità di uomini e mondi svelata dal bombardamento atomico segna una svolta: "l'impiego bellico della bomba – e l'atmosfera di incombente pericolo che ne deriva – per il suo carattere inedito ha segnato un mutamento profondo nella nostra storia. Lo ha fatto nelle motivazioni e nelle modalità della guerra, nelle relazioni internazionali, ma anche nelle scelte etiche e nei meccanismi psichici profondi che, insieme al rischio di una possibile catastrofe nucleare, affrontano la difficoltà stessa di 'concettualizzare' un evento di inaudita portata, il disagio, come ha scritto Hermann Kahn, di pensare *l'impensabile*": E. Fiandra, L. Nuti, *L'atomica scienza, cultura, politica*, Franco Angeli, Milano 2014, p. 10. Il filosofo Günther Anders è rimasto un riferimento costante nella discussione intorno alla bomba e al nucleare: cfr. G. Anders, *L'uomo è antiquato. Considerazioni sull'anima nell'era della seconda rivoluzione industriale* Il Saggiatore, Milano 1963, e in specifico *Essere o non essere: diario di Hiroshima e Nagasaki*, Einaudi, Torino 1961, con una prefazione di Norberto Bobbio, che a sua volta riflette criticamente anche sulle tesi espresse da Jaspers (cfr. K. Jaspers, *La bomba atomica e il destino dell'uomo*, Il Saggiatore, Milano 1960). Il testo di Bobbio è stato ripubblicato con il titolo *Pace o libertà. Introduzione al pensiero di Günther Anders*, in Id., *Etica e politica. Scritti di impegno civile*, Mondadori, Milano 2013, pp. 973-979.

12 La dimensione emozionale che permea il clima post-bellico e i primi anni della guerra fredda è splendidamente evocata da Arendt: l'umanità "sembrava divisa fra quelli che credevano nell'onnipotenza umana [...] e quelli per cui l'impotenza era diventata la maggiore esperienza della loro vita", H. Arendt, *Le origini del totalitarismo*, Edizioni di Comunità, Milano 1996, p. LI.

scena pubblica dell'esperienza del "disumanesimo"¹³, alla liquidazione di quell'idea di *humanitas*, che già in Cicerone implicava il riconoscere l'uomo in ogni uomo.

L'"incredulità"¹⁴, lo sgomento per Auschwitz e per Hiroshima, esperienze di nientificazione evocate spesso con la medesima denominazione di olocausto – termine antico usato per provare a dire il *novum* entrato nel Novecento nella sfera dell'essere ma privo di parola che ne veicoli sensi inediti –, il terrore di fronte al dispiegarsi di potenzialità del male¹⁵, che si rivelano attive anche nell'ambito della scienza e della sua sempre praticabile soggezione al potere politico, suscitano disperanti affermazioni sull'impossibilità "di fare poesia"¹⁶, evocata come parola ad altissima intensità umana, per citare la più celebre e ricordata espressione adorniana, sineddoche di infinite altre dichiarazioni di lutto inelaborabile, di implosione della civiltà. Lutto, sgomento, paura non estenuano la speranza, che mai ha smesso di animare resistenze "con e senz'armi"¹⁷ e che potentemente attiva la volontà di creare un ordine umano del mondo, di dare nuovi sensi e più solide difese all'*humanitas*.

Dalla conoscenza di ciò che vulnerabilità significa ormai e dalle potenti istanze emozionali che l'accompagnano, si impone, a metà ventesimo secolo, come ineludibile il tema di un nuovo inizio da aprire cominciando da un altrove, tracciando la difficile mappa di un "altrimenti", straordinaria parola levinassiana che esprime la necessità di dislocazione di ragione teoretica, ragione pratica, ragione giuridico-politica su un terreno altro da quello della tradizione. E l'abbandono di un orizzonte saturo di sofferenza è richiesto come primo passo di un cammino di assunzione di responsabilità per quanto è stato, per quanto ormai può sempre essere e che si vuole mai più sia. Si accende una

13 Ricorro al neologismo che Primo Levi aveva pensato come titolo del volume che sarà *Vizio di forma* (appena riedito a cura di D. Scarpa, Einaudi, Torino 2024).

14 Per l'incredulità, comune a tanti, cfr. H. Arendt, "Che cosa resta? Resta la lingua materna". Una conversazione con Günter Gaus, in Ead., *Archivio Arendt 1939-1948*, Feltrinelli, Milano 2001, p. 48.

15 Per un'ampia, recentissima riflessione sull'ermeneutica novecentesca del male cfr. V. Franco, *Il male del Novecento*, Castelveccchi, Roma 2024. Alle <<figure>> della resistenza al male ho dedicato il volume: E. D'Antuono, *L'umano al tempo del disumano*, Lithos, Roma 2018.

16 Cfr. T.W. Adorno, *Critica della cultura e società* (1949), in *Prismi. Saggi sulla critica della cultura*, Einaudi, Torino 1972, p. 22.

17 L'espressione evoca il ruolo delle Resistenze tutte – militari, civili, esistenziali – a partire dal volume di J. Sémelin, *Senz'armi di fronte a Hitler. La Resistenza civile in Europa 1939-1943*, Edizioni Sonda, Milano 1993.

creatività generativa di nuovo, oltre il limite della reattività a quanto accaduto. Di tale creatività è parte quella risignificazione di vulnerabilità, che impegna nel corso dei decenni filosofia, antropologia, sociologia, economia diritto e politica, assurgendo infine anche a nucleo e filo rosso di bioetica prima e di biodiritto poi.

Così tra seconda metà del Novecento e inizi del nuovo millennio, la vulnerabilità non solo diviene categoria euristica, chiamata a inquadrare contesti che esigono un conoscere e un riconoscere rinnovati nelle loro concettualità, ma si trasforma in una sorta di leva per detronizzare antichi costrutti e aprire nuovi orizzonti. Assume altri sensi, accanto all'antico significato di connotazione ontologica che in quanto tale è sempre vera e sempre inadeguata per rendere conto di storie individuali e collettive nel tempo e nell'avvicinarsi delle civiltà. Alla parola si ricorre per illuminare situazioni, far emergere criticità, rivelare la sua appartenenza al tempo di una vita, di tante vite, per penetrare la realtà e i modi dell'essere feriti nel corpo, nell'anima, nell'identità di cittadini di un singolo paese e in definitiva del mondo. Da metatemporale si fa storica e contestuale, si *incarna* si potrebbe dire considerando la centralità del corpo che accompagna la sua risignificazione. Chiama in causa relazione e gestione delle relazioni, rivela pluralità di espressione e di livelli con una moltiplicazione di effetti che forse solo un'ottica intersezionale¹⁸ può inquadrare. In definitiva diviene il fulcro di una rappresentazione dell'umano nella *civitas* che esige perfino la decostruzione critica dell'idea stessa di soggetto di diritto, orgoglio della modernità. Di quella idea, soggetto di diritto appunto, che, nella sua pur gloriosa storia di "invenzione dello stesso codice dell'eguaglianza"¹⁹ e di parola che ha significato liberazione della "persona dalle servitù del ceto, del mestiere, della condizione economica, del sesso, che fondavano la società della gerarchia, della disuguaglianza"²⁰, ha tuttavia, come tanta analisi critica dimostra, simulato universalità e mascherato disparità reali.

18 Per tematizzazione e impiego di intersezionalità cfr. K. Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex*, in "University of Chicago Legal Forum", 1, 1989, pp. 139-167; H. Lutz, *Intersectionality's (Brilliant) Career – How to Understand the Attraction of the Concept?*, Institute of Sociology, Goethe University, Frankfurt 2014; M.C. La Barbera, P. Caravantes, J. Espinosa-Fajardo, L. Cassain, *Dalla teoria alla prassi: un viaggio di andata e ritorno verso l'istituzionalizzazione dell'intersezionalità*, in "AG AboutGender", 11(22), 2022, pp. 145-186; P. Parolari, L. Scudieri, *Pluriversi culturali e agency delle donne: tra intersezionalità e interlegalità*, in "Ragion pratica", 1, 2024, pp. 5-21.

19 E. Resta, *Poteri e diritti*, Giappichelli, Torino 1996, p. 91.

20 S. Rodotà, *Dal soggetto alla persona*, Editoriale Scientifica, Napoli 2007, p. 13.

In definitiva, il lessema vulnerabilità amplia il suo raggio di pertinenza, illuminando criticità della biosfera, del cosmo, nell'era nominata Antropocene, con un neologismo che evoca comunque la responsabilità dell'umano di ferire e la possibilità, per ora ancora aperta, di sanare ferite. Un'estensione di ambito, dunque, per una parola antica e nuova, che svela e obbliga e che comunque ha potenzialità euristiche e performative che non si possono ignorare, malgrado le perplessità che sono emerse in relazione a usi e sensi di essa.

Certo è che viva e dolente come l'umanità, la parola vulnerabilità richiede la considerazione di snodi interpretativi di ordine filosofico, ma anche l'individuazione dei suoi significati nei tanti documenti prodotti dal diritto dei diritti umani, dalle Costituzioni post-belliche definite anche, non a caso, Carte della dignità, da legiferazioni e giurisprudenza²¹. Imprescindibile è l'attenzione alla sua appartenenza a una "costellazione" – per ricorrere qui a un potente strumento concettuale elaborato da Walter Benjamin²² – di concetti e principi quali dignità, libertà, persona, solidarietà che, per essere colti nelle loro potenzialità teoriche e pratiche, non debbono essere considerati separatamente. Nell'impossibilità di ricostruire in maniera esaustiva la storia del concetto²³, propongo una riflessione minima su qualcuno degli snodi fondamentali di questa storia, muovendo da due prospettive filosofiche che particolarmente mi sollecitano.

- 21 Per la costruzione della semantica della vulnerabilità è fondamentale il contributo della giurisprudenza: in relazione all'Europa di particolare interesse è il saggio di C. Ruet, *La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in "Revue trimestrielle des droits de l'homme", a. XXVI, n. 102, 2015, pp. 317-340.
- 22 Per la disamina di "costellazione" cfr. M. Montanelli, *Astrologia razionale: la costellazione come metodo in Walter Benjamin*, in M. Tedeschini (a cura di), *La ricerca per costellazioni: metodo, scostamenti, casi di studio*, Istituto Italiano di Studi Germanici, Roma 2021, pp. 53-68; A. Pinotti (a cura di), *Costellazioni. Le parole di Walter Benjamin*, Einaudi, Torino 2018.
- 23 Trovo di straordinario interesse la storia dei concetti nel significato esplicitato da Reinhart Koselleck: "La storia concettuale spiega [...] come un concetto sia costituito di più strati, ossia di significati che derivano cronologicamente da tempi diversi". In tal modo la storia dei concetti "supera la rigida alternativa diacronia-sincronia, anzi richiama la contemporaneità del contenuto non-contemporaneo che può essere presente in un concetto" (R. Koselleck, *Storia dei concetti e storia sociale*, in Id., *Futuro passato*, Marietti, Genova, 1986, p. 107). Per una disamina filosoficamente argomentata di vulnerabilità: cfr. P. Raciti, *Le dimensioni della vulnerabilità e la vita buona: un'introduzione ai concetti*, in "Dialegesthai. Rivista telematica di filosofia" [in linea], a. XI (2009): <https://purl.org/mdd/paolo-raciti-02>.

3. “La soggettività del soggetto è la vulnerabilità”²⁴: un nuovo inizio del filosofare

La vulnerabilità assurge a primaria dignità filosofica sul piano teoretico ed etico innanzitutto in Emmanuel Lévinas. L'intensità e la pluralità di sensi che questa antica parola è chiamata a veicolare, sul piano filosofico prima e su quello del dibattito pubblico poi, ha una genealogia in codice – se posso dire così considerando la difficoltà del testo levinassiano – leggibile in controluce nella dedica del suo capolavoro filosofico *Altrimenti che essere o al di là dell'essenza* che apre, insieme a centinaia di splendide pagine levinassiane, un nuovo inizio del filosofare: “alla memoria degli esseri a me più prossimi tra i sei milioni di assassinati dai nazionalsocialisti. Accanto ai milioni e milioni di esseri umani di ogni confessione e di ogni nazione, vittime dello stesso odio dell'altro uomo, dello stesso antisemitismo”²⁵. A ferire, a rendere vulnerabili sono i sistemi di potere e il ricorso all'odio. C'è una vulnerabilità politicamente e socialmente indotta, conosciuta nella “carne” della civiltà, mi verrebbe da dire ricorrendo a un'espressione biblica. È di essa che deve farsi carico innanzitutto il pensiero, per “rispondere”, per chiarire responsabilità e soprattutto per procedere *altrimenti*, interrogando se stesso, ripercorrendo la propria storia, decostruendo i dispositivi configurati e ripetuti nei secoli, con cui hanno a che fare i *vulnera* consumati nel tempo in un intrigo complesso, non certo in relazione di causa ed effetto. Il “gesto speculativo”²⁶ da cui Lévinas muove è precisamente l'ascolto del “grido dei torturati”²⁷, inarticolata parola che esige trascrizione in lingua filosofica. Dipinto su tela da Edvard Munch negli ultimi anni dell'800, profezia di sventura pronunciata da una Cassandra che non ha parole, l'urlo del *vulnus* mette in discussione innanzitutto la filosofia, “lingua che in Grecia non si sa come si diede un punto di partenza giustificato”, proponendosi come depositaria della potenza di “enunciare la verità di tutti gli altri discorsi. Miracolo – o miraggio – dell'Occidente”²⁸.

24 “La soggettività del soggetto è la vulnerabilità”: E. Lévinas, *Altrimenti che essere o al di là dell'essenza*, Milano, Jaca Book, 1983, p. 63.

25 Ivi, p. V.

26 Per “gesto speculativo” cfr. E. Lévinas, *La filosofia di Franz Rosenzweig*, in Id., *Nell'ora delle nazioni. Letture talmudiche e scritti filosofico-politici*, Jaca Book, Milano 2000, p. 181.

27 Cfr. E. Lévinas, *Difficile libertà*, Jaca Book, Milano 2004, p. 180.

28 Ivi, p. 296. Preferisco tradurre “mirage” con “miraggio”, anziché “immagine” come recita la traduzione citata.

Per il pensatore la responsabilità della filosofia, ben più complessa di un'imputazione di "colpa", del tutto inadeguata e banalizzante, non è riconducibile a omissione²⁹, a cecità, bensì ad affermazione autoreferenziale del logos, originaria ma mai abbandonata nel tempo, resa possibile dalla negazione dell'alterità, dell'altro, di Altri. Dal "gesto speculativo" costituito dall'ascolto, Lévinas muove per disegnare l'*altrimenti*, l'orizzonte in cui compare e ha ruolo determinante una figura della soggettività icasticamente evocata dall'affermazione: "la vulnerabilità è la soggettività del soggetto"³⁰. È davvero un'evasione da vincoli, l'abbandono di una tradizione, svelata nella radice che ha generato violenza, tuttavia decostruita con quella straordinaria equanimità che lo porta ad affermare che negare la grandezza della filosofia è come disconoscere l'altezza dell'Himalaya³¹. Non è possibile, in questa sede, seguire lo sviluppo dell'itinerario filosofico levinassiano, nel cui contesto la tematizzazione della vulnerabilità è parte determinante, ma è obbligatorio ricordare che dall'affermazione che essa è la *soggettività del soggetto* muove un cammino di pensiero che dà sensi e ruoli inediti alla responsabilità. Quest'ultima, assunta a "principio di individuazione"³², via via tocca i vertici della "priorità rispetto alla libertà"³³, *specimen* di una rivoluzione. Ampliata e approfondita dalle urgenze inscritte nella vulnerabilità, la responsabilità consente a Lévinas di configurare quell'"umanesimo dell'altro uomo", il cui senso è, a voler-

29 È Arendt a individuare nella filosofia una "omissione" conseguente alla mancanza di elaborazione di "un concetto puro della realtà politica", concetto che d'altronde "non poteva avere poiché essa ha parlato dell'uomo costretto dalla necessità, e ha trattato della pluralità solo incidentalmente" cfr. H. Arendt, K. Jaspers, *Carteggio*, Feltrinelli, Milano 1989, p. 105. La più discussa imputazione di responsabilità alla filosofia è quella di György Lukács, *La distruzione della ragione*, Einaudi, Torino 1974.

30 E. Lévinas, *Altrimenti che essere o al di là dell'essenza*, cit., p. 63

31 E. Lévinas, *L'asimmetria del volto. Un'intervista*, a cura di J. Hansel, <https://mondodomani.org/dialegethai/articoli/emmanuel-levinas-01>.

32 La responsabilità diviene principio di individuazione: "Riguardo al famoso problema: 'l'uomo è individuato per mezzo della materia o per mezzo della forma?', io sostengo l'individuazione per mezzo della responsabilità per altri": E. Lévinas, *Tra noi. Saggi sul pensare all'altro*, Jaca Book, Milano 1998, p. 143.

33 La priorità della responsabilità rispetto alla libertà è forse la tesi che, sfidando la tradizione filosofica, giuridica e politica dell'Occidente, dà compiuta configurazione etica all'"altrimenti": "la responsabilità precede la coppia libertà-non libertà" (E. Lévinas, *Altrimenti che essere o al di là dell'essenza*, cit., p. 145); "parlo della responsabilità come della struttura essenziale, primaria, fondamentale della soggettività"; "Io sono responsabile di altri senza aspettare il contrario, anche se mi dovesse costare la vita": E. Lévinas, *Etica e infinito. Dialoghi con Philippe Nemo*, Castelvocchi, Roma 1984, p. 108.

si affidare a una sintesi estrema, espresso dalla perentoria affermazione: “Solo l’umanesimo dell’altro uomo è umano”³⁴. I dubbi, le angosce dell’“umanesimo dello sgomento”³⁵, ma anche le ambiguità dell’“umanesimo dei superbi”³⁶, costruito dall’egemonia concettuale e storica della centralità del “medesimo” che assimila a sé l’alterità violandola, per riproporre il lessico levinassiano, si sciolgono perché la figura dell’umano ridisegnata è sostenuta da un baluardo: “l’uomo per eccellenza – la sorgente dell’umanità – è forse l’Altro”³⁷.

4. Vulnerabilità, dipendenza reciproca, autonomia relazionale nella prospettiva del pensiero femminista

La vulnerabilità, correlata a una radicale revisione del lessema dipendenza, viene elaborata con modulazioni inedite nell’ampio spettro di riflessioni proposte dai femminismi³⁸, da quel “pensiero delle donne”, per ricorrere ad un’espressione molto usata, che, pur non sottovalutando azione, lotte e prassi, evoca storiografia, filosofia, antropologia, diritto, etica, politica, sociologia, teologia, saperi costruiti procedendo da un’ottica di genere³⁹. Ottica potentemente decostruttiva della tradizione e, con modalità

34 E. Lévinas, *Dio, la morte e il tempo*, Jaca Book, Milano 1996, p. 249.

35 L’espressione è usata e chiarita nei suoi significati da Mariuccia Salvati in una conversazione con Alfonso M. Iacono, Pier Giorgio Solinas dal titolo “Tra persona e individuo” in *Persona*, “Parolechiave”, 10/11, 1996, pp. 13-43.

36 E. Lévinas, *Difficile libertà*, cit., p. 213.

37 E. Lévinas, *Trascendenza ed altezza* in *Libertà e comandamento*, Inschibboleth, Roma 2014, p. 51

38 Femminismo è “un sistema di idee”, un “movimento sociale e politico” (K. Offen, *European Feminisms 1700-1950. A Political History*, Stanford University Press, Stanford 2000, pp. 20-23) che ha declinazioni e interpretazioni plurime; nell’impossibilità in questo contesto di sviluppare il rimando a unità e pluralità di percorsi uso il plurale. Per pensiero delle donne come complesso “di ricerche e di riflessioni” e come “incrocio di diverse discipline, filosofia, sociologia, psicologia, nonché di posizioni politiche e scritti giornalistici”, che ha “prodotto conoscenze” su cui sono state e continuano ad essere poste “domande significative ai saperi costituiti” cfr.: C. Mancina, *Oltre il femminismo. Le donne nella società pluralista*, il Mulino, Bologna 2002, p. 4

39 Mi riferisco a genere nell’accezione che ha assunto con i primi *gender studies* e nel suo divenire categoria storiografica (J. Scott, *Il “genere”: un’utile categoria di analisi storica*, in P. Di Cori (a cura di), *Altre storie. La critica femminista alla storia*, CLUEB, Bologna 1996, pp. 307-347), dunque in relazione alla questione della disparità secolare imposta alle donne. Illuminante è la definizione della Convenzione di Instambul: “con il termine ‘genere’ ci si riferisce a ruoli, comportamen-

proprie, generativa di prospettive storiche e culturali tanto innovative da legittimare il ricorso all'espressione "rivoluzione delle donne"⁴⁰.

Intanto, la storia delle donne⁴¹, ambito specifico di ricerca, con il suo rigore storiografico ma anche con le tante storie portate alla luce in forza di impegno intellettuale pluridisciplinare e ricostruite in opere assurte a filone identificativo della cultura occidentale (e ormai non solo), può essere considerata luogo di evidenza di vulnerabilità indotte, generate dall'attribuzione di un *vulnus*, inscindibilmente fisico e metafisico⁴², inflitto innanzitutto al "femminile", categoria unificante più della metà del genere umano⁴³.

ti, attività e attributi socialmente costruiti che una determinata società considera appropriati per donne e uomini" (*Convenzione di Istanbul*, 2011, art. 3, lett. c). Via via nel tempo ha assunto significati più ampi in relazione alla problematizzazione del binarismo sessuale e al rifiuto della corrispondenza rigida tra sesso, genere, orientamento sessuale, evidenziato dalle teorizzazioni Lgbtiq+. Preziose le pagine di Gianna Pomata che evidenziano come le identità di genere si costruiscano reciprocamente, in forza di relazioni e di pratiche quotidiane, chiamando in causa rapporti di potere, sistemi di norme, istituzioni, linguaggi e culture. Cfr. G. Pomata, *La storia delle donne: una questione di confine*, in G. De Luna, P. Ortoleva, M. Revelli, N. Tranfaglia (a cura), *Il mondo contemporaneo*, vol. X, Gli strumenti della ricerca, La Nuova Italia, Firenze 1978, pp. 1435-1469.

- 40 Lo storico inglese Eric Hobsbawm, nel ricostruire le rivoluzioni sociali e quelle culturali del Novecento, (cfr. i capitoli *La rivoluzione sociale 1945-1990* e *La rivoluzione culturale* in E.J. Hobsbawm, *Il secolo breve*, Rizzoli, Milano 1995, pp. 339-376; 377-404), considera le trasformazioni della vita individuale e collettiva realizzate dal movimento delle donne "il risultato più duraturo degli anni della radicalizzazione politica" (Ivi, p. 391). Per le tante rivoluzioni che hanno dato significati diversi alla parola "rivoluzione" e per la portata della "rivoluzione femminista" cfr. S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari 1999, pp. 85-98.
- 41 Dell'immensa letteratura in merito nomino solo due classici: G. Duby, M. Perrot *et alii* (a cura di), *Storia delle donne*, 5 voll., Laterza, Roma Bari 1995; G. Bock *Le donne nella storia europea*, Laterza, Roma Bari 2003 e il volume, godibile e rigoroso, di V. Franco, *Care ragazze. Un promemoria*, Donzelli, Roma 2011.
- 42 Lo stigma di inferiorità "naturale" delle donne, tema che attraversa la storia per millenni, trova collocazione nella lingua giuridica come *infirmas*: M. Graziosi, *Infirmas sexus. La donna nell'immaginario penalistico*, in "Democrazia e diritto", vol. 33, n. 2, 1993, pp. 99-143; Ead., *Fragilitas sexus. Alle origini della costruzione giuridica dell'inferiorità delle donne*, in N.M. Filippini, T. Plebani, A. Scattigno (a cura di), *Corpi e Storia. Donne e uomini dal mondo antico all'età contemporanea*, Viella, Roma 2002, pp. 19-38, cfr. anche la raccolta P. Biavaschi, P. Bozzato, P. Nitti (a cura di), *Infirmas sexus. Ricerche sugli stereotipi di genere in prospettiva multidisciplinare*, Mimesis, Milano 2020.
- 43 Metà del genere mano, espressione ricorrente nel noto testo del 1869 di Stuart Mill (J. Stuart Mill, *La servitù delle donne*, Edizioni Clandestine, Cinisello Balsamo 2019), descrive non il nostro presente, ma – mi sia consentito l'ottimismo

Pilastro per così dire speculativo dei femminismi può essere considerata la destrutturazione della soggettività che, elaborata dal pensiero filosofico e ripresa nelle sue declinazioni giuridico-politiche, viene individuata come strumento concettuale e operativo di occultamento della differenza di genere. Conquista della filosofia e del diritto in Occidente, la soggettività astratta e neutra viene disvelata nella sua *facies* di falsa universalità, che, simulando un'uguaglianza solo formale, dissimula disparità reali. Di quella soggettività il pensiero delle donne fa emergere così la sostanziale identificazione con la realtà storico-culturale di soggetti che occupano posizioni preminenti all'interno della società in forza innanzitutto di un perdurante assetto patriarcale, che è paradigma primigenio di disuguaglianze, esclusioni e perfino persecuzioni.

La critica non investe solo l'uso politico del soggetto astratto, denunciato dai femminismi e altresì da tante voci della riflessione politica e giuridica⁴⁴, come vettore di disparità reali nelle prassi storiche. Il pensiero delle donne giunge, con un'ottica concettuale propria, alla delineazione di una diversa configurazione della soggettività, in cui giocano un ruolo costitutivo vulnerabilità e dipendenza reciproca. Una configurazione che esige, oltre i confini dell'approccio teorico, riarticolazione di diritto e giustizia.

L'originaria richiesta di accesso a piena soggettività, innanzitutto in termini di riconoscimento di eguali diritti – variamente avanzata nel tempo, assunta alla dignità della *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne*⁴⁵ nel corso della Rivoluzione francese e perseguita con un

– il passato, non solo perché statisticamente le donne sono più della metà del genere umano, ma perché i criteri “quantitativi” per riconoscere dignità, rispetto, godimento di tutti i diritti sono stati infine ripudiati, almeno “culturalmente”, in relazione alle “persone”.

44 Cfr. M.G. Bernardini, O. Giolo (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pacini Editore, Pisa 2017. Resta lapidaria la pagina di Rodotà circa la soggettività non-inclusiva ma sostitutiva: “Vero è che, nel passaggio dalla figura astratta e unitaria del soggetto alla sua articolazione concreta nello stesso sistema giuridico, si coglieva subito uno scarto, una contraddizione. La realtà forzava la crosta formale, ed emergevano distinte figure soggettive che minavano l'unità e la comprensività della categoria. Per una lunga fase storica, il beneficiario della pienezza della soggettività è stato soltanto il borghese maschio, maggiorenne, alfabetizzato, proprietario. La soggettività delle donne era cancellata, con l'esclusione dalla sfera pubblica, con la ridotta capacità patrimoniale della donna maritata, con la mortificazione della sessualità” (S. Rodotà, *Dal soggetto alla persona*, Editoriale Scientifica, Napoli 2007, p. 15).

45 O. de Gouges, *Dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina* (1791), Il nuovo Melangolo, Genova 2007; V. Altopiedi, *Olympe de Gouges: storia e storiografia dell'autrice della Dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina*, in “Lessico di etica pubblica”, 2, 2018, pp. 72-81.

impegno di lotta e di pensiero che ha costellato più di due secoli – viene integrata dai femminismi, a partire dalla seconda metà del Novecento, da teoria e prassi rinviati a una inedita nozione di soggettività “incarnata” e plurale. Una soggettività *in primis* sessuata, specificata dalla inaggrabile realtà del corpo con cui si viene al mondo e delle condizioni di vita, nelle quali la costruzione sociale di genere è determinante, con tutto il carico della “storicità”, chiamata a costituire il grande antidoto a qualunque percorso di scarnificazione delle individualità e “naturalizzazione” di disuguaglianza.

Una soggettività che, muovendo dalla rivendicata dualità originaria del maschile e del femminile, mimetizzata dal dominio dell’“uno” imposto con il contrassegno falsificante di neutro, ha declinazioni plurime. Come plurimi sono i processi di soggettivazione riconosciuti dai femminismi quali strade percorribili per accedere alla delineazione del proprio sé e del proprio posto nel mondo, in quel mondo che va via via reso infine capace di giustizia sostanziale.

La vulnerabilità, soggettività del soggetto duale e plurale, ha una correlazione intrinseca con la risignificazione di dipendenza reciproca, matrice di relazioni intersoggettive: entrambe sono leva per detronizzare una visione del mondo e dare corso a una nuova concezione dell’umano e della vita comune.

La soggettività del soggetto⁴⁶, deposte le spoglie dell’autoreferenzialità, dissimulatrice di quella alterità originaria che i femminismi fanno

46 L’affermazione levinasiana la “vulnerabilità è la soggettività del soggetto” entra nell’orizzonte concettuale dei femminismi. In consenso e in dissenso con la filosofia di Lévinas ne accolgono valenze di significato e ne articolano istanze; ricordo, come figure paradigmatiche della relazione del pensiero femminista con il filosofo, Luce Irigaray e la sua presa di distanza (cfr. L. Irigaray, *Etica della differenza sessuale*, Feltrinelli, Milano 1989) e Judith Butler che realizza con lui un confronto di grande rilievo: cfr. almeno *Critica della violenza etica*, Feltrinelli, Milano 2003. Interessante è anche il rimando di Adriana Cavarero a Lévinas: cfr., tra altro, A. Cavarero, *Inclinazioni Critica della rettitudine*, Raffaello Cortina Editore, Milano 2014. Divengono irrilevanti singole obiezioni e qualche fraintendimento: Simone de Beauvoir reagisce duramente al riferimento di Lévinas al “mistero” del femminile. A suo giudizio il filosofo adotta “deliberatamente un punto di vista maschile senza porre in evidenza la reciprocità del soggetto e dell’oggetto. Quando scrive che la donna è mistero, è sottinteso che ella è mistero per l’uomo. Cosicché questa descrizione che vorrebbe essere obiettiva è in realtà una affermazione del privilegio maschile” (S. de Beauvoir, *Il secondo sesso*, Il Saggiatore, Milano 1999, p. 29). Per il significato del femminile cfr. C. Chaler, *Le figure del femminile in Lévinas*, Morcelliana, Brescia 2020.

comparire sulla scena del pensiero, almeno a partire dal Settecento⁴⁷ nella forma primigenia della differenza uomo-donna, implica un duale che diviene plurale, include vulnerabilità. Una volta che sia rinviata nel passato l'identificazione del sé con la volontà che si fa potenza di autoaffermazione, innescando la dinamica di dominio-soggezione, e la vulnerabilità sia configurata come costitutiva, la dipendenza cambia completamente segno. Colta fenomenologicamente tanto nell'esperienza della nascita⁴⁸, che rimanda ad altri, quanto nella necessità di cure indispensabili al nato umano, forse unico caso nel regno della vita di immaturità funzionale esigente lunghe cure parentali, la dipendenza, pensata alla luce della vulnerabilità e quindi non più omologabile a soggezione rinviante a dominio, diviene fonte di reimpostazione dell'etica, delle teorie della giustizia⁴⁹, della richiesta di rinnovamento di diritto e politica, fino al vertice filosofico-politico di delineazione di uno Stato che si faccia "responsivo"⁵⁰.

Potenza genealogica di relazione, dunque, non è la paura della morte e dei *vulnera*, che attiva reazione di aggressione, ma una dipendenza

47 "Il 'sé' e l'Altro", sostiene Geneviève Fraisse, "per interrogarsi assumono l'immagine della differenza sessuale", attraverso cui viene riproblematizzato "il ruolo della natura nel mondo umano e l'importanza dell'alterità nell'elaborazione speculativa": G. Fraisse, M. Perrot (a cura di), *Storia delle donne. L'Ottocento*, Laterza, Roma Bari 1996, pp. 89-90.

48 Accanto al rimando all'esperienza della nascita, interpretata dai femminismi, va ricordata la centralità della categoria filosofica della natalità, di matrice arendtiana (Cfr. H. Arendt, *Vita activa. La condizione umana*, Bompiani, Milano 1989, p. 182; per le implicazioni filosofiche della natalità opposta alla onnipresenza della categoria della mortalità nella tradizione filosofica cfr. Ead., *La vita della mente*, il Mulino, Bologna 1987, e in particolare per il radicarsi nella natalità della libertà in quanto "capacità stessa di cominciamento" cfr. p. 546), riposizionata nel pensiero femminista in Italia da Adriana Cavarero e diventata un *Leitmotiv* anche in funzione filosofico-politica: cfr. A. Cavarero, *Dire la nascita*, in P. Azzolini (a cura di), *Mettere al mondo il mondo. Oggetto e oggettività alla luce della differenza sessuale*, La Tartaruga, Milano 1990, pp. 96-131, e almeno il volume *Inclinazioni*, cit.; per un'ampia ricognizione del principio di natalità cfr. S. Zucal, *Filosofia della nascita*, Morcelliana, Brescia 2017.

49 Paradigmatica la riflessione di Martha Nussbaum con la richiesta di attenzione alla "individualità di ogni vita", alla singolarità della persona, contrassegnata sempre e comunque da vincoli di dipendenza e interdipendenza: M.C. Nussbaum, *Le nuove frontiere della giustizia. Disabilità, nazionalità, appartenenza di specie*, Bologna, Il Mulino 2007, p. 301.

50 M. Albertson Fineman, *Il soggetto vulnerabile e lo Stato responsabile*, in M.G. Bernardini, B. Casalini, O. Giolo, L. Re (a cura di), *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, If Press, Roma 2018, pp. 141-178.

che sollecita “cura”⁵¹, parola quest’ultima che, soprattutto in forza della riflessione femminista, viene sottratta all’antica clausura nell’ambito del privato, dove per secoli è stata impegno delle donne, e assume rilevanza pubblica, che ne incrementa le potenzialità. La cura, ripensata e ricollocata nella sfera del politico, accanto all’antica funzione riparativa, sviluppa capacità creative di un diverso ordine del mondo, come argomenta la tematizzazione di J. Tronto circa la possibile “democrazia della cura”⁵². La risignificazione della dipendenza reciproca dissolve, a mio parere, l’incompatibilità tra vulnerabilità e autonomia, inquietante tema entrato nel dibattito pubblico soprattutto in relazione a questioni bioetiche⁵³. Un dibattito pesantemente condizionato, a sua volta, da un’idea di

- 51 L’etica della cura, a partire dal volume di C. Gilligan, *Con voce di donna. Etica e formazione della personalità*, Feltrinelli, Milano 1991, ha molteplici declinazioni nella riflessione femminista: cfr. E. Pulcini, *Il potere di unire. Femminile, desiderio, cura*, Bollati Boringhieri, Torino 2003; E. Kittay, *La cura dell’amore. Donne, uguaglianza, dipendenza*, Vita e Pensiero, Milano 2010; J. Tronto, *Confini morali. Un argomento politico per l’etica della cura*, Diabasis, Parma 2006; C. Botti, *Prospettive femministe. Morale, bioetica e vita quotidiana*, Mimesis, Milano 2014; S. Laugier, P. Paperman P. Molinier (a cura di), *Qu’est-ce que le care? Souci des autres, sensibilité, responsabilité*, Payot, Paris 2021; P. Melchiori, S. Antoniazzi (a cura di), *Cura e democrazia. Il valore politico della cura*, Castelvecchi, Roma 2023.
- 52 J. Tronto, *Who cares? Come ripensare una politica democratica*, Castelvecchi, Roma 2023.
- 53 Trovo inaccettabile l’antitesi tra autonomia, che mai va considerata appannaggio solo di soggettività contrassegnata da “piena capacità”, e vulnerabilità, che ritengo vada riconosciuta e rispettata anche attraverso l’estensione di un’autodeterminazione in grado di cancellare quella condizione di esclusione reale che è ancora minaccia latente nei meccanismi di “incapacitazione”. Come la riflessione bioetica ha evidenziato fin dai suoi primordi, il consenso all’intervento medico sul proprio corpo è articolazione dell’autonomia. Non a caso al consenso ricorrono i giudici del Processo di Norimberga come difesa rispetto alla vulnerabilità generata dalla sperimentazione. Il Codice di Norimberga istituisce un nuovo soggetto, quanto meno morale come scrive Claire Ambroselli. “Dopo il processo di Norimberga è il posto dato al soggetto umano che pone un problema. Egli non è più un malato a cui proporre un trattamento. È divenuto soggetto umano che partecipa alla sperimentazione con lo sperimentatore e, a questo titolo deve essere informato, deve comprendere ciò che gli si chiede e deve consentire liberamente a ciò che lo sperimentatore propone” (C. Ambroselli, *Eugenismo, crime contre l’humanité et droits universelles*, in “Revue d’histoire de la Shoah”, n. 183, 2005, p. 472). Sottratta a poteri esterni, la facoltà decisionale viene trasferita alla persona: è una svolta determinante affinché via via il nuovo soggetto “morale” sia anche pienamente “giuridico”. Dignità e diritto di avere diritti sono baluardi perché vulnerabilità non sia concetto da poter giocare contro autonomia. La Dichiarazione di Barcellona rende principio bioetico la vulnerabilità (*The Barcelona Declaration*

autonomia che non rende giustizia alla grandezza filosofica e storica di questa parola. Diversa da autoreferenzialità e autarchia nel suo imporsi sulla scena del pensiero, essa ha avuto, nella sua formulazione concettuale, intrinseco rimando a una ragione, che, a Seicento inoltrato, La Bruyère⁵⁴ considerava universale perché capace di vivere in ogni clima ancor prima, quindi, che Kant disegnasse e ridefinisse l'universalità in termini di universalizzazione in qualche modo condivisa. Certo il piano dei concetti e dei principi non coincide con le declinazioni storiche che sono state in queste pagine ricordate innanzitutto in riferimento a "soggetto". Tuttavia quel piano non va ignorato, va piuttosto continuamente rivisitato, per essere colto in potenzialità e fallimenti, senza confondere il prima e il poi che accompagnano la vicenda storica degli esseri umani e delle idee da essi formulate. Autonomia – va sottolineato – è il concetto che ha segnato la fine della condizione di minorità coattivamente imposta dai poteri a singoli e popoli ed è kantianamente l'inizio di una nuova era per la libertà, per le libertà individuali e collettive, interiori e pubbliche⁵⁵. A me sembra che dal ripensamento femminista della dipendenza reciproca derivi una nozione di autonomia, riempita del significato di libertà esistenziale inscritto nella parola autodeterminazione, così presente nel lessico del pensiero delle donne, che con piena evidenza non rimanda a una soggettività forte e autoreferenziale, selettiva ed escludente, con vocazione di sovranità, ampiamente decostruita. Non chiama in causa – per stare all'etimo – un sé (*autòs*) rinviante al *nomos-logos* che incarnandosi nella storia ha via via rivelato quelle insufficienze denunciate da tanta riflessione filosofico-giuridica e storico-politica, ma un sé che si costruisce

on Policy Proposals to the European Commission on Basic Ethical Principles in Bioethics and Biolaw, adottata nel 1998), la *Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti umani*, adottata dall'UNESCO nel 2005, conferma la centralità del principio che vale per individui e popoli, coniugando vulnerabilità e autonomia. Per un riferimento a questi temi mi sia consentito rinviare a E. D'Antuono, E. Tagliatela *La trama filosofica della Dichiarazione universale sulla Bioetica e i diritti umani: autonomia, dignità, vulnerabilità*, "Laboratorio dell'ISPF", vol. XIV (15), 2017 (http://www.ispf-lab.cnr.it/2017_DNM.pdf).

- 54 "La prevenzione del paese, unita all'orgoglio della nazione, ci fa dimenticare che la ragione è di tutti i climi, e che si pensa giusto ovunque sono degli uomini": J. de La Bruyère, *I Caratteri*, Sonzogno, Milano 1934, p. 214.
- 55 Reinhart Koselleck sottolinea la svolta segnata dal "prima" quando il principio di autonomia "poteva essere inteso solo in senso filosofico-morale" al "poi" quando "diventa un postulato politico, cioè il postulato in base al quale la libertà interiore può sussistere solo se si realizza anche esteriormente" (R. Koselleck, *Il vocabolario della modernità. Progresso, crisi, utopia e altre storie di concetti*, Il Mulino, Bologna 2009, p. 75).

e via via si autodetermina in relazione, in una pluralità di relazioni e di pratiche di solidarietà reciproca. La ricaduta sul piano della vita comune di questa interpretazione dell'autonomia, ha conseguenze rilevantissime: è, innanzitutto, un antidoto al “frutto avvelenato” della “fuorviante rappresentazione degli individui come esseri autosufficienti, che devono concentrarsi sull'eliminazione di ogni possibile interferenza”⁵⁶, perniciosamente riducendo in tal modo l'idea di libertà alla sua sola accezione negativa. Vulnerabilità, dipendenza reciproca diventano invece condizioni di ampliamento e approfondimento di pensiero e di esercizio della libertà.

Affiora così e si consolida una nozione di diritto e legge, di società e politica. Matura tanto la ripresa della critica dell'idea che l'obbligazione derivi dalla finzione del patto, quanto un'ampia decostruzione del contrattualismo e dell'idea di soggetto che ne costituisce il nucleo.

Allora è forse giusto chiudere questo rapido rimando alla rilevanza di vulnerabilità e dipendenza reciproca ricordando che, tra continuità sostanziate di ricerca di riconoscimento e giustizia, discontinuità segnate da balzi in avanti sulla via della costruzione di un ordine umano del mondo, la lotta delle donne per i diritti tra XVIII e XIX secolo e la conseguita legittimazione di differenze e diversità nel Novecento hanno anche prodotto il regime discorsivo che ha reso possibile il concepimento e la realizzazione, sia pure ancora parziale, di politiche ispirate dal rifiuto della discriminazione, dunque di politiche di “inclusione”. Teorie e prassi dei femminismi, ponendo il problema di pensare le differenze, hanno suscitato un'ampia consapevolezza della necessità di riconoscerle ed infine di rappresentarle tutte anche sul piano politico, terreno d'elezione per affrontare i temi che la vulnerabilità solleva. Hanno offerto altresì un rilevante contributo all'idea di democrazia come “forma politica del riconoscimento dell'altro”, orientandola in maniera innovativa verso l'incorporazione della cura, che, pensata e proposta come dimensione trasformativa della vita comune, può potentemente ridisegnarne il profilo.

56 A. Loretoni, *Ampliare lo sguardo. Genere e teoria politica* Donzelli, Roma 2014, p. 45.



LUCIO ROMANO, MARIANNA GENSABELLA FURNARI VULNERABILITÀ E POLITICA DELLA CURA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'idea di vulnerabilità in etica. – 3. Politica della cura.

1. *Introduzione*

In una stagione della vita, spesso incline al presentismo, diffuse frammentazioni sociali, individualismi e molteplici solitudini sembrano prevalere sulla fondativa dimensione relazionale e comunitaria dell'esistenza. Nuove tecnologie modificano radicalmente la nostra autocomprensione della vita e il modo in cui ci relazioniamo con gli altri¹. Cerchiamo solo di rafforzare e imporre le proprie e soggettive convinzioni a negazione dell'incontro e del dialogo.

Nel profondo disagio di tanti, si avverte la necessità di riprendere una sintassi della vita – spesso accantonata se non del tutto dimenticata – con cui poter coniugare la responsabilità di ognuno e di tutti per il bene comune; la solidarietà come principio sociale e come virtù morale; l'eguaglianza in dignità di tutte persone; la sussidiarietà e il valore della libertà che, espressione della singolarità di ogni persona umana, è rispettata quando a ciascun membro della società è consentito di realizzare la personale vocazione². La necessità è ancor più avvertita in un contesto culturale segnato da una diffusa percezione di dissoluzione di certezze e valori condivisi. In uno scenario internazionale segnato da guerre e insicurezze che ci rendono ancor più deboli e soli. Ricordando, poi, nuove questioni inerenti alle

-
- 1 L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*. Raffaello Cortina Editore, Milano 2017; R. Bodei, *Dominio e sottomissione*. Il Mulino, Bologna 2019
 - 2 Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace, *Compendio della Dottrina Sociale della Chiesa*. LEV, Città del Vaticano 2004, 110, n.200

innovazioni tecnologiche e relativi nuovi orizzonti dell'umano con inediti scenari anche sul versante politico³.

Si pongono ineludibili interrogativi sui vari campi del sociale. È possibile coniugare i diritti con la responsabilità comunitaria per il bene comune? Quale paradigma per una politica che possa concretamente declinare libertà e responsabilità? È pensabile e realizzabile la cittadinanza secondo la pluralità del *noi* a fronte dell'individualismo dell'*io*? Quale risposta alle sempre incombenti vulnerabilità sociali?

Una risposta a tali esigenti quesiti può essere compresa, a buona ragione, nella *politica della cura*. “Molti tempi e molti luoghi della vita sono segnati dalla sua carenza e quando la giusta cura manca il nostro esserci patisce la sofferenza perché viene a mancare l'essenziale. C'è dunque necessità di una differente politica dell'esistenza: una politica della cura”⁴.

Il tema della cura, che ha nel nostro tempo un forte impatto nel dibattito etico-politico, è strettamente connesso a quello, pure emergente, della vulnerabilità. In tale intreccio è la vulnerabilità a venire per prima, ad aprire le vie alla cura⁵. Ciò sia in senso pratico, dal momento che è necessario prima individuare e interpretare le vulnerabilità per prendersene cura, sia in senso teorico, perché occorre comprendere i diversi significati che la vulnerabilità ha per l'essere umano per poi passare ad esaminare cosa a sua volta significhi per noi cura.

2. *L'idea di vulnerabilità in etica*

2.1 *Gli enigmi di un termine*

Tra le idee del nostro tempo la vulnerabilità è una delle più pervasive: ricorre nei dibattiti, nei testi, tanto che si fa fatica a starle dietro, a capire cosa significhi la sua riscoperta oggi, in tanti, diversi ambiti del pensiero, dalla medicina alla sociologia, dall'etica al diritto e all'ecologia. Sembra

3 L. Romano, *Enhancement cognitivo e nuovo umanesimo digitale*. In A. Patroni Griffi (a cura di), *Bioetica, diritti e intelligenza artificiale*. Mimesis, Milano 2023, pp.137-149

4 L. Mortari, *La politica della cura*. Raffaello Cortina Editore, Milano 2021, XI

5 Cfr. M. Gensabella Furnari, *Vulnerabilità e cura*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ) 2008.

quasi che il termine sia una “parola contenitore”⁶, che comprenda in sé più significati, tra loro sovrapposti. Per fare un po’ di chiarezza occorre iniziare dal tentativo di darne una definizione, partendo dall’etimologia del termine. È ciò che fa Warren Thomas Reich, uno dei padri fondatori della bioetica nordamericana: “La parola *vulnerabilità* (dal latino *vulnerare*, ferire) significa letteralmente ‘suscettibile di essere ferito’. Figurativamente, essa rimanda alla *precarietà* di una condizione segnata dalla possibilità della violazione e del limite, spesso definita da gradi diversi di debolezza, dipendenza, mancanza di protezione”⁷.

La stessa derivazione etimologica nasconde, come è stato notato, una stranezza: nella lingua latina è presente l’aggettivo *vulnerabilis* e il verbo *vulnerare*, che a sua volta viene da *vulnus*, ferita, ma non il sostantivo⁸. Cosa significa questa stranezza del linguaggio? La vulnerabilità “in sé”, come concetto, sfugge forse alla presa ed è per questo difficile portarla a parola?

Se passiamo dal latino all’italiano, vediamo che il termine compare piuttosto tardi, tanto da poter essere definito quasi un neologismo⁹, e soprattutto che è stranamente preceduto dal suo contrario, “invulnerabilità”¹⁰. Anche qui un interrogativo si apre. Può un termine che definisce la negazione di un altro apparire prima? È forse più facile negare la vulnerabilità che affermarla¹¹?

- 6 Cfr. B. Pastore, *I molti volti della vulnerabilità*, in V. Lorubbio e M.G. Bernardini (a cura di), *Diritti umani e condizioni di vulnerabilità*, Erikson, Trento 2023, p.17.
- 7 Cfr. W.T. Reich, *Vulnerabilità*, in G. Russo (a cura di), *Nuova Enciclopedia di Bioetica e Sessuologia*, ELLEDICI/ Velar, Torino 2018, p. 2296. La voce, già presente nella prima edizione dell’*Enciclopedia di Bioetica e sessuologia* a cura di G. Russo (ELLEDICI/Velar, Torino 2004), riprende in parte un testo precedente di Reich: *Prendersi cura dei vulnerabili*, in “Annali di studi religiosi” 2002, vol. 3, pp.71-86. <https://books.fbk.eu/media/pubblicazioni/allegati/Reich.pdf> (ultima consultazione 2.5.2024).
- 8 Cfr. G. Maragno, *Alle origini (terminologiche) della vulnerabilità: vulnerabilis, vulnus, vulnerare*, in O. Giolo, B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, Carocci, Roma 2018, p.15.
- 9 Secondo i dizionari etimologici consultati da Giorgia Maragno il termine compare nella nostra lingua a partire dal 1922 (cfr. *ivi*, p.13).
- 10 Cfr. *ibidem*, p. 13. Per la dicotomia vulnerabilità/ invulnerabilità, ovvero il rapporto tra la “finzione dell’invulnerabilità” e la “dimenticanza della vulnerabilità” vedi A. Grompi, *V come vulnerabilità*, Cittadella Editrice, Assisi 2017, pp.75-82.
- 11 Come scrive Judith Butler, “nonostante sia impossibile negare la vulnerabilità, ciò accade regolarmente” (*L’alleanza dei corpi* (2015), tr.it. di F. Zappino, nottetempo, Milano 2017, p.230).

2.2 Le premesse del diffondersi dell'idea di vulnerabilità

Oscillando tra l'aggettivo, *vulnerabile*, e il sostantivo, *vulnerabilità*, l'idea si va diffondendo. Un percorso che, come vediamo dalla ricostruzione che ne dà Henk ten Have, è variegato, sia per i significati che assume che per gli ambiti in cui compare. Prima degli anni '70 il termine è usato in un'accezione ristretta, tecnica, in ambito medico e militare. A partire dagli anni '70 lo troviamo con un significato più ampio, riferito alla condizione personale del paziente, nella letteratura infermieristica e, sempre in quegli anni, ma con una maggiore attenzione al contesto, nel campo delle scienze sociali. Dagli anni '70 agli anni '80 la vulnerabilità diviene un'idea centrale nell'ambito emergente degli studi sui disastri, con un'attenzione chiara ai danni subiti dalla popolazione. Più deciso e ampio è il diffondersi dell'idea a partire dai primi anni '90, in connessione con la pandemia HIV/AIDS, i danni all'ambiente, i rischi per la salute globale, il problema di preservare le risorse naturali. A partire dal 2000 si ha un'ulteriore diffusione, riconducibile ai sabotaggi chimici di risorse naturali, ai conflitti in diverse parti del mondo, ai crimini organizzati, al terrorismo, al cyberbullismo¹². Pensiamo a quanto l'epidemia di HIV/AIDS e l'attacco alle Torri Gemelle dell'11 settembre abbiano influito sulle riflessioni di filosofi come Judith Butler sulla vulnerabilità¹³. Pensiamo anche all'ampio diffondersi della letteratura sulla vulnerabilità in seguito alla pandemia COVID-19 e, più di recente, all'allarme diffuso in tutti gli ambiti su possibili usi non-controllabili dell'intelligenza artificiale. Cosa accomuna eventi tanto diversi tra loro? Il senso condiviso di vulnerabilità: non ci siamo sentiti vulnerabili come individui separati gli uni dagli altri, ma ci siamo sentiti vulnerabili *tutti e insieme*.

La diffusa percezione della vulnerabilità che andava maturando in tali esperienze trovava una sua chiave di lettura nei profondi mutamenti del pensiero filosofico del Novecento¹⁴, in particolare nel cambio di prospettiva rispetto alla visione della modernità su ciò che caratterizza l'umano. All'insistenza su ciò che ci distingue dagli animali, si sostituiva la consapevolezza crescente, grazie all'evoluzionismo, agli studi di etologia animale, e da ultimo alle neuroscienze, di ciò che a loro ci accomuna: la corporeità con i suoi limiti.

12 Cfr. H.T. Have, *Vulnerability*, Routledge, London and New York, 2016, p. 22.

13 Cfr. J. Butler, *Vite precarie* (2004), tr.it. a cura di O. Guaraldo, Postmedia, Milano 2013.

14 Cfr. S. Dadà, *Etica della vulnerabilità*, Morcelliana, Brescia 2022, pp.11-64.

Decisivi in questo processo erano i mutamenti nella concezione di corporeità. Il punto di partenza era il superamento del dualismo cartesiano tra *res cogitans* e *res extensa*, che vedeva il rapporto tra il soggetto e il suo corpo in termini di proprietà/subordinazione. Possiamo qui solo citare alcune tappe fondamentali di tale superamento: la nota distinzione di Husserl tra *Körper* (il corpo oggetto) e *Leib* (il corpo proprio)¹⁵, le pagine della *Fenomenologia della percezione* di Merleau Ponty sul “corpo vissuto”¹⁶, le tesi di Sartre sul corpo come “essere per sé”¹⁷, quelle di Gabriel Marcel sul legame tra il soggetto e il suo corpo come rapporto di mezzo tra l’avere (il poter disporne) e l’essere (il non poter disporne)¹⁸.

Non più pensato come “res”, “il corpo che siamo”¹⁹ è visto come “confine”²⁰ tra me e gli altri, tra me e l’ambiente che mi circonda. È *corpo per sé*, ma anche *corpo per altri*: esposto agli altri, al loro ben-volere e alla loro cura e, all’inverso, alla loro malevolenza e alla loro violenza.

Notiamo anche l’emergere del tema della vulnerabilità in contemporanea ad un altro a cui è strettamente connesso, e che pure si inserisce in una mutata visione dell’umano e dei rapporti intersoggettivi: il tema della “cura”. Lo troviamo nelle pagine di due filosofi, che pure hanno dedicato poco spazio alla corporeità, ma molto alla riflessione sul nostro essere nel mondo e nel tempo, e quindi alla finitudine, così come all’essere *con gli altri*: Martin Heidegger e Emmanuel Lévinas. In *Essere e tempo* troviamo quella che è forse la più incisiva e decisa riflessione teoretica sulla cura: interpretando il Mito di Cura di Iginio, Heidegger coglie nella Cura l’essere dell’Esserci stesso, in quanto destinato per tutto il tempo della sua vita a *prendersi cura* delle cose e ad *aver cura* di sé e degli altri²¹. Altro punto di

15 Cfr. E. Husserl, *Idee per una fenomenologia pura e per una filosofia fenomenologica*, vol. II, *Libro secondo: Ricerche fenomenologiche sopra la costituzione*, nuova edizione a cura di V. Costa, tr.it. di E. Filippini, rev. V. Costa, Einaudi, Torino 2002.

16 M. Merleau Ponty, *La fenomenologia della percezione*, tr.it. di A. Bonomi, il Saggiatore, Milano 1980.

17 Cfr. J.P. Sartre, *L’essere e il nulla* (1943), tr.it. G. Del Bo, revisione a cura di F. Fergnani e M. Lazzari, il Saggiatore, Milano 2002.

18 Cfr. G. Marcel, *Giornale metafisico* (1927), tr.it. di F. Spirito, Edizioni Abete, Roma 1976.

19 Cfr. P. Prini, *Il corpo che siamo*, SEI, Torino 1991.

20 Cfr. H. Jonas, *Il principio responsabilità* (1979), tr.it. di P.P. Portinaro, Einaudi, Torino 1993.

21 Cfr. M. Heidegger, *Essere e tempo* (1927), ed.it. a cura di F. Volpi sulla versione di P. Chiodi, Longanesi, Milano 2019, par. 42, pp. 239-243.

riferimento fondamentale per la connessione tra vulnerabilità e cura sono le pagine in cui Lévinas delinea la sua etica della prossimità, e in cui il “volto nudo” dell’altro, mi rende vulnerabile alla sua vulnerabilità, costituendomi come soggetto responsabile²².

Sempre sul tema della cura è rilevante il contributo del pensiero delle donne. All’inizio degli anni ’80 il noto testo di Carol Gilligan *Con voce di donna*²³ introduce un’etica differente, che pone l’accento più sulle relazioni, la trama dei bisogni e delle responsabilità, che sui principi e le norme. A seguire un ampio filone di ricerca nell’ambito del pensiero femminile e femminista, non senza differenze e contrasti su come intendere il concetto di cura²⁴. Entrando sulla scena del pensiero filosofico le donne portano con sé la loro esperienza morale di soggetti particolarmente vulnerabili, anche per le discriminazioni subite, e al tempo stesso particolarmente capaci di resistere²⁵. Un’esperienza morale, per secoli

22 Cfr. E. Levinas, *Umanesimo dell’altro uomo* (1972), tr.it. A. Moscato, il melangolo, Genova 1985, in particolare p.73.

23 Cfr. C. Gilligan, *Con voce di donna* (1982), tr. it. A. Bottini, Feltrinelli, Milano 1987. Per le critiche rivolte al pensiero della Gilligan e la sua risposta cfr: AA.VV., *On “In a different Voice”: an Interdisciplinary Forum* in “Signs”, Winter 1986, vol.11, n.2; per una nuova riflessione a più voci su e con la Gilligan cfr. B. Beccalli – C. Martucci (a cura di), *Con voci diverse. Un confronto sul pensiero di Carol Gilligan*, La Tartaruga edizioni, Milano 2005.

24 Dell’ampia bibliografia degli scritti di filosofe sull’etica della cura citiamo qui solo: N. Noddings, *Caring*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles 1984; S. Ruddick (1989), *Il pensiero materno*, tr.it. di E. Manzoni, Red Edizioni, Como 1993; V. Held, *Etica femminista* (1993), tr.it. di L. Cornalba, Feltrinelli, Milano 1997; ID. *Justice and Care*, Westview Press, Oxford 1995; ID., *The Ethics of Care*, Oxford University Press, Oxford – New York 2006; J. Tronto, *Confini morali* (1993), ed. it. a cura di A. Facchi, Edizioni Diabasis, Reggio Emilia 2006; E. Kittay, *La cura dell’amore* (1999), tr.it., di S. Belluzzi, Vita e Pensiero, Milano 2010. In ambito italiano: R. Bonito Oliva (a cura di), *La cura delle donne*, Meltemi, Roma 2006; E. Pulcini, *La cura del mondo*, Bollati Boringhieri Editore, Torino 2009; ID, *Tra cura e giustizia*, Bollati Boringhieri, Torino 2020; A. Papa, *L’identità esposta. La Cura come questione filosofica*, Vita e Pensiero, Milano 2014; L. Mortari, *Filosofia della cura*, Raffaello Cortina Editore, Milano 2015; L. Palazzani, *Cura e giustizia*, Studium, Roma 2017; S. Tusino, *L’etica della cura*, Franco Angeli, Milano 2021.

25 Cfr. J. Butler, *L’alleanza dei corpi*, pp. 220-222. In un altro testo la Butler propone di “liberare il femminismo dalla sua arroganza primomondista e utilizzare le risorse della teoria femminista, e del suo attivismo, per ripensare il significato dei legami, dei vincoli, delle alleanze e delle relazioni, così come sono immaginate e vissute nell’orizzonte di un egualitarismo antimperialista” (*Vite precarie* p. 65). Le donne sarebbero quindi, come propone leggendo la Butler Wanda Tomasi, “maestre di vulnerabilità” (*Relazioni, dipendenza e vulnerabilità*, in O. Giolo e B.

relegata al silenzio, di vulnerabilità e cura che restituisce un'altra visione dell'etica, e più a monte di ciò che intendiamo per "umano". Un grande potenziale di rinnovamento è insito in questo "altro" sguardo, che vede in connessione e non più separati la sfera del *logos* e quella del sentire, come mostrano gli studi di filosofe donne sull'empatia e le emozioni²⁶: uno sguardo intento ad indagare, con una pluralità di toni e di sensibilità, i due grandi temi della vulnerabilità e della cura.

Queste premesse esperienziali e teoriche costituiscono lo sfondo attraverso cui l'idea di vulnerabilità va emergendo.

2.3 *Vulnerabilità e precarietà*

Tornando ora alla definizione che Warren T. Reich dà della vulnerabilità, cerchiamo di analizzarla evidenziando alcuni nodi problematici che l'idea porta con sé: nodi che emergono nel confronto con altre idee, considerate pure cifre della condizione umana. Il primo è in che rapporto sta la *precarietà* con la vulnerabilità²⁷? Il termine "precarietà" indica la provvisorietà, l'incertezza, di una condizione che rimane sospesa tra una situazione e l'altra. Riferito alla condizione dell'essere umano, così come alla condizione di ogni vivente, indica una "precarietà costitutiva", (*precariousness*)²⁸, ossia la possibilità insita in ogni vita di passare in ogni momento dall'esserci al non-esserci. La vulnerabilità coincide forse con la finitudine ed è per questo velata da una rimozione che le stranezze del linguaggio denunciano?

Sembra di sì, se andiamo alla definizione che ne dà, prima di Reich, la *Dichiarazione di Barcellona* del 1998, da Reich stesso indicata come "un evento importante nella promozione della categoria di vulnerabilità"²⁹.

Pastore, *Vulnerabilità*, p.111). Diremmo di più: potrebbero essere anche "maestre di resistenza" ed esercitare questo duplice magistero al servizio di un'etica globale, che tenti di far fronte alle disuguaglianze tra vulnerabili nelle diverse parti del mondo.

26 Vedi *inter alia* per l'empatia: E. Stein, *L'empatia* (1917), tr.it. di M. Nicoletti, Franco Angeli, Milano 2002; L. Boella, *Sentire l'altro*, Raffaello Cortina, Milano 2006. E per le emozioni: M. Nussbaum, *L'intelligenza delle emozioni* (2001), tr.it. di R. Scognamiglio, il Mulino, Milano 2004; E. Pulcini-S. Bourgault, *Cura ed emozioni*, il Mulino, Bologna 2018.

27 Sul rapporto tra vulnerabilità e precarietà si interroga Judith Butler, lasciando, a quanto ci sembra, l'interrogativo aperto (cfr. *L'alleanza dei corpi*, pp.173-174).

28 Cfr. *ivi*, p.173.

29 Cfr. W.T. Reich, *Vulnerabilità*, p. 2296.

Sottoscritta da ventidue studiosi europei alla fine di tre anni di studio promossi dalla Commissione Europea, la *Dichiarazione* stabilisce quattro principi bioetici fondamentali, affiancando ad autonomia, dignità, integrità, un “principio innovatore”³⁰, la vulnerabilità. Nel definirla, la *Dichiarazione* ne mette in luce il doppio significato, descrittivo e normativo: “La vulnerabilità esprime due idee fondamentali. (a) Esprime la finitudine e la fragilità della vita che, in chi è capace di autonomia, fonda la possibilità e la necessità di ogni morale. (b) La vulnerabilità è l’oggetto di un principio morale che richiede la cura dei vulnerabili”³¹.

Se ci fermiamo al primo significato, descrittivo dell’idea di vulnerabilità, vediamo confermata la sua identificazione con la finitudine, come il destino che rende precaria la vita. A questo punto sembra che la vulnerabilità non sia tanto “una nuova idea”³², come sostiene Reich, e che la “novità” consista semmai nel farne un principio morale fondamentale. Non possiamo infatti dimenticare che l’idea della precarietà/finitudine della vita attraversa come un filo rosso la tradizione filosofica e religiosa che abbiamo alle nostre spalle³³.

Ma davvero l’idea di vulnerabilità coincide con quella di precarietà / finitudine? Direi piuttosto che la vulnerabilità “indica” la precarietà³⁴: il pensare e, soprattutto, l’esperire la vulnerabilità, consentono che la possibilità ultima del non-esserci, che costantemente cerchiamo di dimenticare, sia “percepita” come “senso di precarietà (*precarity*)”³⁵. In quanto esposizione alle ferite, ai danni, la vulnerabilità rende in effetti precario,

30 *Ibidem*.

31 *The Barcelona Declaration on Policy Proposals to the European Commission on Basic Ethical Principles in Bioethics and Biolaw* (adopted in November 1998 by Partners in the BIOMED II Project), C. Articulations, <https://www.istituto-bioetica.it/documenti-di-riferimento/documenti-di-riferimento/187-documenti/556-the-barcelona-declaration-on-policy-proposals-to-the-european-commission-on-basic-ethical-principles-in-bioethics-and-biolaw> (sott. nostra; ultima consultazione 2.5.2024).

32 Cfr. W.T. Reich, *Vulnerabilità*, p. 2296.

33 Nel parere del Comitato Nazionale per la Bioetica dedicato al tema della vulnerabilità, l’identificazione con la precarietà porta a ridimensionarne la novità: “Il tema [della vulnerabilità] attraversa come un filo rosso tutta la tradizione (e in particolare quella sapienziale e mistica) dell’Occidente” (*Vulnerabilità e cura nel welfare di comunità. Il ruolo dello spazio etico per un dibattito pubblico*, 10 dicembre 2021, p.5: https://bioetica.governo.it/media/4439/p145_2021_vulnerabilita-e-cura-nel-welfare-di-comunita_it.pdf. (ultima consultazione 2.5.2024).

34 Per la Butler “l’esposizione del corpo è indice della sua precarietà costitutiva (*precariousness*)” (*L’alleanza dei corpi*, p. 173).

35 *Ibidem*.

provvisorio ogni equilibrio che il nostro organismo (se la pensiamo come *vulnerabilità fisica*) o la nostra faticosa costruzione di identità e di relazioni (se la pensiamo come *vulnerabilità esistenziale*³⁶) possa raggiungere. Ciò non significa però che coincida con la precarietà costitutiva della vita stessa (di seguito la indicheremo solo come precarietà), con il suo essere sempre provvisoria, perché aperta all'Evento morte. Piuttosto la vulnerabilità *ricorda* la precarietà, sottraendola alla rimozione. Nel pensarci/sentirci vulnerabili ci avvertiamo esposti non solo a ferite curabili, ma anche a ferite mortali. E quella possibilità ultima, il non esserci più, affiora alla mente.

Una differenza sottile, ma significativa, si scava, quindi, tra la precarietà che segna la nostra esistenza come "provvisoria", "a termine", e la vulnerabilità. È la differenza tra due potenzialità, connesse e tuttavia distinte: nella precarietà è la potenzialità di morte, che ogni vita porta in sé; nella seconda è la potenzialità di essere feriti, non l'esserlo già³⁷. L'una e l'altra sono potenzialità intrinseche alla condizione umana, come ad ogni vivente³⁸, che *solo* nell'essere umano (per quanto ne sappiamo) possono essere portate a pensiero. Ma accade che queste due idee, dalla forte ricaduta esistenziale, mostrino una *forza euristica* diversa. L'idea di precarietà/finitudine conduce a riflettere sul senso di una vita destinata a morte, a ridimensionare come provvisori tutti i significati a cui le nostre vite sono legate. Fino a negare il senso stesso della vita o a proiettarlo in un significato ultimo, in una vita oltre la morte.

L'idea della vulnerabilità ha in sé una forza, diremmo una *funzione euristica*³⁹, che va in un'altra direzione, e per questo può, in effetti, essere con-

36 Di *vulnerabilità esistenziale* parla Henk ten Have (*Vulnerability*, p. 100).

37 "Vulnerabile è l'essere umano in quanto corpo singolare aperto alla ferita. Non c'è però nessuna necessità del *vulnus* che il termine menziona, bensì solo la potenzialità di una ferita sempre incombente e legata alla contingenza" (A. Cavarero, *Orrorismo, ovvero della violenza sull'inerme*, Feltrinelli, Milano, p. 42).

38 "La vulnerabilità è dunque in primo luogo una potenzialità, ma è al tempo stesso costitutiva della nostra condizione di esseri corporei" (O. Guaraldo, *La vulnerabilità come paradigma fondativo*, in O. Giolo, B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, p. 57).

39 L'idea di vulnerabilità, intesa nella sua accezione ontologica ha, secondo Elena Pariotti, una "funzione euristica nei confronti delle forme di violazione della dignità e dei diritti umani": funzione che deriva dal peso che in tale accezione è rivestito dall'aspetto relazionale (cfr. *Vulnerabilità e qualificazione del soggetto: implicazioni per il paradigma dei diritti umani*, in O. Giolo, B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, p. 155-156). Anche il Comitato Nazionale per la Bioetica evidenzia la possibilità di "utilizzare il concetto di vulnerabilità in senso euristico, ossia come strumento critico per individuare e analizzare le condizioni istituzionali che potrebbero essere all'origine di una maggiore o minore vulnerabilità, più o meno temporanea, di persone o gruppi" (*Vulnerabilità e cura nel welfare di comunità*, p. 6).

siderata nuova, non solo come principio, ma anche come idea. La sua forza ricade nell'ambito della vita stessa, dal momento che conduce a cercare di individuare a quali ferite la vita nostra e degli altri è esposta, per cercare protezione e riparo. Si tratta, quindi, di una forza euristica che ha un senso etico-pratico, ai confini con la politica, e che non manca di andare, per il carattere universale della condizione che descrive, alla ricerca di principi etici condivisi. La vulnerabilità è quindi "parente" della precarietà. Per questo è così pesante da pensare e dire. Ma non coincide con la precarietà: la indica, la rende pensabile, situandosi un passo prima, in quell'esposizione che segna i dinamismi della vita stessa, rendendo provvisoria ogni situazione in cui cerchiamo stabilità e rifugio⁴⁰.

2.4 La vulnerabilità come condizione negativa

Tornando alla definizione data da Reich, troviamo un altro nodo da sciogliere: la vulnerabilità appare come una condizione segnata da "gradi diversi di debolezza, dipendenza, mancanza di protezione". L'esposizione al *vulnus* può assumere forme diverse, diseguali per grado, ma che indicano tutte negatività. La vulnerabilità è, quindi, una cifra negativa della condizione umana? In effetti è difficile se prendiamo sul serio l'etimologia del termine pensare che la vulnerabilità sia esposizione anche al positivo⁴¹. Qui occorre distinguere tra ciò che significa *l'esposizione in genere* e *quella specifica esposizione* che è la vulnerabilità.

Considerata in generale l'esposizione è l'apertura a ciò che ci circonda, che si traduce sia nella capacità di sentire e conoscere, che ci consente di vivere nel mondo co-abitandolo con gli altri, sia nell'esposizione al patire danni e ferite. Nell'esposizione specifica al *vulnus* l'apertura c'è, ma al negativo. Con ciò non si vuole negare che da quell'apertura derivi una forza che tende al positivo, che ci rende produttivi⁴² e anche creativi:

40 Lo vediamo in figure tragiche della vulnerabilità, del mondo greco, come Edipo, e del mondo ebraico, come Giobbe: uomini potenti, esposti alla perdita di tutto ciò che avevano e di tutto ciò che erano, e che nella perdita si interrogano sul senso ultimo della vita (cfr. A. Jori, *Vulnerabilità e storia della filosofia. To pathei mathos: imparare attraverso la sofferenza*, in O. Giolo, B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, pp. 37-55).

41 È la tesi che troviamo in diversi autori, tra cui la Butler. "La vulnerabilità non è associata in modo esclusivo alla possibilità di subire un danno [...] è funzione dell'apertura, dell'essere cioè aperti a un mondo che non è pienamente conoscibile o prevedibile" (J. Butler, *L'alleanza dei corpi*, p. 234).

42 Cfr. H.T. Have, *Vulnerability*, p. 17.

una forza che genera quella capacità di sentire e di innovare che segna ancora la differenza tra la naturale intelligenza umana e quella artificiale di robot senza corpo⁴³. Né significa misconoscere che proprio a partire dalla vulnerabilità si sviluppano forme di cooperazione e di comunità⁴⁴. Ma questa forza positiva sta nella capacità di superare il negativo a cui siamo esposti, nel trovare modalità e forme non solo di protezione, ma anche di cura, intesa nel senso pieno e positivo del termine. Diremmo che è la potenza dialettica del negativo di hegeliana memoria. Questo superamento del negativo che l'esposizione al *vulnus* indica è la *resilienza*⁴⁵, che qui intendiamo non come un aspetto della vulnerabilità, ma come la capacità di farle fronte.

2.5 *Vulnerabilità e autonomia*

Per cercare di comprendere la complessità della vulnerabilità, occorre in prima battuta comprendere quale mutamento il suo emergere comporti nella visione dell'umano. E non si può farlo se non si ripensa il rapporto tra vulnerabilità ed autonomia. Secondo Henk ten Have, se consideriamo la vulnerabilità come una caratteristica universalmente condivisa da tutti gli esseri umani, non è più ragionevole contrapporre il soggetto vulnerabile al soggetto autonomo. La vulnerabilità è, quindi, liberata da quell'accezione negativa con cui era entrata nel dibattito bioetico, e che derivava dal considerare l'autonomia come la condizione del *soggetto normale*⁴⁶. Vi è qui insomma un ribaltamento: in quanto caratteristica che segna la condizione di tutti gli esseri umani, in quanto esseri viventi, la vulnerabilità è una condizione *normale*. L'autonomia è una conquista *di alcuni, in alcune fasi della vita*: una conquista che avviene a partire dalla vulnerabilità, nel suo terreno.

Ma si tratta di un mutamento ancora *in fieri*, di cui possiamo intendere la portata rileggendo la storia dell'ingresso della vulnerabilità nel dibattito bioetico. Non è un caso che all'inizio non si parli della *vulnerabilità*,

43 Per colmare la differenza tra i due tipi di intelligenza, occorrerebbe, secondo Antonio Damasio, fornire ai robot un corpo "che per conservarsi, richieda regolazioni e aggiustamenti", ossia, paradossalmente, "aggiungere alla robustezza tanto apprezzata nella robotica un certo grado di vulnerabilità" (cfr. *Sentire e conoscere* (2021), tr.it. di I.C. Blum, Adelphi, Milano 2022, p. 183-184).

44 Cfr. H.T. Have, *Vulnerability*, p. 112.

45 Sulle diverse possibilità di intendere la resilienza in rapporto alla vulnerabilità cfr. *ivi*, pp. 27-28.

46 Cfr. *ivi*, pp. 11-112.

ma di *vulnerabili*, persone o gruppi di persone⁴⁷ considerati “diversi” perché non autonomi, non capaci di proteggersi da sé, non indipendenti. Nella letteratura bioetica il tema della vulnerabilità appare già alla fine degli anni ‘70 attraverso le “popolazioni vulnerabili”. Popolazioni considerate tali perché prive di autonomia, a cui si deve dare protezione, valutando con attenzione se e a quali condizioni inserirle in sperimentazioni mediche. È questa l’idea dei *vulnerabili* che ritroviamo prima nel *Belmont Report*⁴⁸, e poi, non più riferita esclusivamente a soggetti in sperimentazione, nel testo cardine del principalismo nordamericano di Beauchamp e Childres, *Principi di etica biomedica*⁴⁹.

Occorrerà attendere la *Dichiarazione di Barcellona* per passare dai *vulnerabili alla vulnerabilità* ed avere una definizione di quest’ultima che la indichi non come ciò che non è, privazione di autonomia, ma come ciò che è, “finitudine e fragilità della vita”. Una svolta che corrisponde ad un indebolirsi della distinzione tra “autonomi” e “vulnerabili”, “capaci” e “incapaci”, e che ne comporta un’altra, speculare, sul versante dell’autonomia. Pensata come la pienezza delle capacità che consentono l’autogoverno⁵⁰, l’autonomia non appare più come una condizione della maggior parte degli esseri umani adulti, in quanto dotati di ragione. Rimane piuttosto “un mero ideale, date le limitazioni strutturali imposte ad essa dalla *finitudine* umana e dalla *dipendenza* da condizioni biologiche, materiali e sociali, mancanza

47 Sulla problematicità della definizione di “gruppi vulnerabili”, spesso usata in diversi ambiti acriticamente, cfr. F. Macioce, *La vulnerabilità di gruppo*, G. Giappichelli Editore, Torino 2021. Il testo mette in luce sia i rischi di discriminazione e stigmatizzazione della nozione “gruppi vulnerabili”, sia le potenzialità di un suo uso ai fini della visibilità e dell’azione politica.

48 Cfr. Commissione Nazionale per la Protezione dei Soggetti Umani della Ricerca Biomedica e Comportamentale, *Rapporto Belmont: Principi etici e Linee guida per la protezione dei soggetti umani della ricerca* (18 aprile 1979), tr.it. in Istituto Superiore della Sanità, *Raccolta dei principali documenti internazionali sui principi etici della ricerca e dei principali documenti legislativi degli Stati Uniti e della Comunità Europea sulla bioetica*, a cura di Gabriella Scuderi, p.17 https://www.iss.it/documents/20126/45616/Pagina1_154Relazione98_5.pdf/b7310032-9f98-6e12-af13-bbbd616196d9?t=1581103017730 (ultima consultazione 2 maggio 2024).

49 Cfr. T.L. Beauchamp – J.F. Childress, *Principi di etica biomedica* (1994, 4° ed), ed.it. a cura di F. Demartis, Casa Editrice Le Lettere 1999.

50 “L’autonomia non dovrebbe essere interpretata solo nel senso liberale del permesso dato al trattamento e/o alla sperimentazione. Si dovrebbero considerare cinque qualità: 1) la capacità di creare idee e obiettivi per la vita, 2) la capacità di intuizione morale, ‘autolegislazione’ e *privacy*, 3) la capacità di riflessione e azione senza coercizione, 4) la capacità di responsabilità personale e coinvolgimento politico, 5) la capacità di consenso informato” (*The Barcelona Declaration*).

di informazioni per ragionare ect. Dobbiamo riconoscere la persona umana come un *corpo vivente in situazione*⁵¹.

Emerge qui chiaramente la derivazione dei principi etici dalla concezione antropologica. Il mutamento segnato dalla *Dichiarazione di Barcellona* riguarda sì i principi, sostituendo a quelli nordamericani che dominano il primo periodo della bioetica (autonomia, non maleficenza, beneficenza, giustizia⁵²), altri che rispecchiano la tradizione filosofica europea (autonomia, dignità, integrità, vulnerabilità), ma più in radice riguarda la concezione dell'essere umano. Ripensato come essere razionale e, al tempo stesso, gravato dall'esperienza del limite connessa alla sua corporeità, l'essere umano non è considerato di per sé pienamente autonomo, ma in tensione verso la piena autonomia.

Possiamo dire che non esista più l'indicazione dei vulnerabili come soggetti o gruppi a parte, diversi? In effetti tutti i mutamenti culturali sono lenti, e lo sono soprattutto quando riguardano quell'ambito delicatissimo che è la visione dell'umano. Nella stessa *Dichiarazione di Barcellona* troviamo, nella parte della definizione della vulnerabilità come principio, un'oscillazione dalla *vulnerabilità* ai *vulnerabili*. Alle affermazioni che la vulnerabilità "in chi è capace di autonomia, fonda la possibilità e la necessità di ogni morale", ed "è l'oggetto di un principio morale che richiede la cura dei vulnerabili", fa seguito una definizione dei vulnerabili come "coloro la cui autonomia, dignità o integrità possono essere minacciate"⁵³. Ma se la vulnerabilità è la fragilità e la finitudine della vita, di ogni vita, ha senso ancora parlare di "vulnerabili" come soggetti distinti da prendere in cura? Non siamo tutti vulnerabili e come tali tutti dipendenti gli uni dalle cure degli altri?

L'idea di vulnerabilità inizia quindi a delinearsi, ma non senza ambiguità. Tra queste vi è il suo carattere duplice, insieme *descrittivo* e *normativo*: è un'idea che descrive un aspetto fondamentale della condizione umana, ma è anche un principio etico che indica a chi è autonomo il dovere di prendersi cura dei vulnerabili. Forse basterebbe dire dei "più vulnerabili" per uscire dall'ambiguità?

Quel "più" è di fatto difficile da scrivere e prima ancora da pensare, e le ambiguità permangono. Insita in ogni vivente, la vulnerabilità sfugge. È

51 *The Barcelona Declaration* (sottolineature nostre).

52 Cfr. T.L. Beauchamp – J.F. Childress, *Principi di etica biomedica* (1994, 4° ed), ed.it. a cura di F. Demartis, Casa Editrice Le Lettere 1999.

53 *The Barcelona Declaration*.

ovunque e in nessun luogo, difficile definirla⁵⁴. Inevitabile appare un continuo oscillare dalla “vulnerabilità” alle forme “particolari” in cui sembra possibile identificarla, finalmente evidente e definita, “le vulnerabilità”, o ai “vulnerabili”, i soggetti che ne portano il peso.

La tendenza che prevale è soffermarsi sulle vulnerabilità specifiche: una tendenza che trova giustificazione nella loro evidenza, ma anche nell’istanza etica del dare rimedio alle disuguaglianze che mettono in luce. È questa la strada che la vulnerabilità percorre nel suo passaggio dalla *Dichiarazione di Barcellona* a due importanti documenti dell’UNESCO, la *Dichiarazione universale sui diritti umani e la bioetica* del 2005⁵⁵ e il Report dell’International Bioethics Committee dell’UNESCO (IBC) *The Principle of Respect for Human Vulnerability and Personal Integrity* del 2013⁵⁶.

La *Dichiarazione universale sui diritti umani e la bioetica* del 2005 riprende il tema della “vulnerabilità”, dalla *Dichiarazione di Barcellona*, evidenziando il suo essere condizione comune e principio fondamentale. All’affermazione della “vulnerabilità della persona umana” fa subito seguito, nell’art 8, la raccomandazione sulla protezione “per gli individui e i gruppi *in situazione di particolare vulnerabilità* e per il rispetto della loro integrità”⁵⁷. Una raccomandazione ineccepibile dal punto di vista etico, ma che non lascia spazio a considerazioni sull’interazione tra i due aspetti della vulnerabilità, quello comune, universale, e quello particolare.

Basterebbe forse insistere sul darsi della vulnerabilità “in situazione” per sganciare la vulnerabilità particolare dalla persona o gruppo che ne

54 Cfr. V. Grompi, *V come Vulnerabilità*, p. 20.

55 UNESCO, *Universal Declaration on Bioethics and Human Rights*, 19 October 2005, http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (ultima consultazione 2 maggio 2024). Riprendo la traduzione italiana dal Centro per i Diritti Umani dell’Università di Padova: *Dichiarazione universale su bioetica e diritti umani*, in https://unipd-centrodirittiumani.it/it/strumenti_internazionali/Dichiarazione-Universale-sulla-bioetica-e-i-diritti-umani-2005/192 (ultima consultazione 2 maggio 2024). Per un commento alla Dichiarazione cfr.: E. D’Antuono – E. Tagliatela, *La trama filosofica della Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti umani: autonomia, dignità, vulnerabilità*, Laboratorio dell’ISPF, XIV, 2017, http://www.ispf-lab.cnr.it/2017_DNM.pdf (ultima consultazione 2 maggio 2024).

56 UNESCO, *The Principle of Respect for Human Vulnerability and Personal Integrity. Report of the International Bioethics Committee of UNESCO (IBC)*, 2013, <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000219494> (ultima consultazione 2 maggio 2024).

57 Cfr. UNESCO, *Dichiarazione universale su bioetica e diritti umani*.

porta il peso, liberandoli dal rischio dello stigma e della discriminazione. Un'insistenza che porterebbe anche a riflettere sulla possibilità, a cui siamo esposti tutti, di passare da un momento all'altro, per un motivo o per l'altro, dalla condizione di comune vulnerabilità, ad una situazione in cui l'esposizione alle ferite è più evidente e maggiore la dipendenza da chi può/deve proteggerci. Questa riflessione è forse ovvia, ma potrebbe condurre ad una maggiore consapevolezza nelle nostre relazioni tra chi vive situazioni di minore vulnerabilità e chi ne vive altre in cui il peso è più grave.

Le oscillazioni tra le due interpretazioni della vulnerabilità sono presenti anche nel Report dell'International Bioethics Committee dell'UNESCO (IBC) *The Principle of Respect for Human Vulnerability and Personal Integrity*, dedicato all'art. 8 della *Dichiarazione sui diritti umani e la bioetica*. Nel Report si riconosce che una riflessione sulla vulnerabilità come caratteristica essenziale della natura umana può accrescere la consapevolezza di un destino e di una responsabilità comuni, aiutare a combattere le discriminazioni e funzionare da ponte tra stranieri morali⁵⁸. Tuttavia, tale aspetto della vulnerabilità rimane sullo sfondo e l'attenzione è focalizzata sulle "vulnerabilità speciali", sui fattori determinanti e sui possibili rimedi, secondo un intento che più che teoretico è pragmatico: sollecitare gli Stati e tutti i soggetti interessati a proteggere gli interessi delle popolazioni vulnerabili nel contesto dell'assistenza sanitaria, della ricerca e dell'applicazione delle tecnologie emergenti nel settore biomedico.

L'interrogativo che può porsi è se una riflessione sull'interazione tra i due volti della vulnerabilità non possa avere una valenza etico-politica. Se non sia proprio in quell'interazione, in quel passaggio dall'universale al particolare e viceversa, uno dei segreti della forza euristica dell'idea di vulnerabilità, ciò che consente di individuare le sue forme specifiche, anche là dove non appaiono, e di soppesare la gravità di quelle manifeste.

2.6 Vulnerabilità e dipendenza

Un altro aspetto problematico dell'idea di vulnerabilità è il suo rapporto con la dipendenza. Vulnerabilità e dipendenza dicono lo stesso? Per tentare di rispondere può essere utile un confronto con il pensiero di Martha Fineman. Il suo testo *The Myth of Autonomy* contrappone al mito dell'uomo

58 UNESCO, *The Principle of Respect for Human Vulnerability*, p. 13.

forte, indipendente, autonomo, che domina la società americana, una teoria della dipendenza: “Tutti noi siamo stati dipendenti come bambini e molti di noi saranno dipendenti come anziani, se saremo malati o soffriremo di disabilità”⁵⁹. Questa dipendenza riguarda tutti, ma lo Stato liberale la relega nella sfera del privato, consegnandola alla famiglia. Occorre, secondo Fineman, trarla fuori perché lo Stato e le istituzioni si facciano carico sia della dipendenza inevitabile dei cittadini, che della dipendenza derivata di chi se ne prende cura.

Ma per la dipendenza si ripete ciò che abbiamo notato per la vulnerabilità: un darsi complesso, in forme diverse, che fa sì che alla dipendenza dovuta all'età, o alla malattia, o ancora alla disabilità si sovrappongano, interagendo, altre dipendenze, di tipo economico, psicologico, emotivo, o altro ancora, generando disuguaglianze che un'uguaglianza puramente formale nasconde all'ombra del mito dell'autonomia. Contro il mito originario che è alla base del contrattualismo, e che rivede nella *Dichiarazione di Indipendenza degli Stati Uniti d'America*, Martha Fineman sostiene che non nasciamo né liberi, né uguali: “Noi cominciamo come diseguali. I vincitori e i perdenti divengono tali in larga parte per i benefici e i privilegi o gli svantaggi e i pesi dati dalla posizione familiare in una società con un'estrema e diseguale distribuzione di beni sociali ed economici”⁶⁰.

Smontare il mito dell'autonomia significa attaccare i presupposti della libertà del volere e dell'agire che rendono possibile un autentico governo di sé, l'autosufficienza e l'indipendenza, e affermare che la dipendenza non è da attribuire ad alcuni, incapaci di bastare a sé stessi, ma è di tutti e non può quindi costituire stigma. “Noi vogliamo e abbiamo bisogno di reti di relazioni economiche e sociali che ci sostengano”⁶¹.

In un momento successivo del suo pensiero la Fineman avverte l'esigenza di passare dalla dipendenza alla vulnerabilità, per rafforzare la sua critica al soggetto liberale. Pensa che la vulnerabilità sia “teoreticamente più potente del concetto di dipendenza”⁶². Perché? La vulnerabilità ha forse una maggiore evidenza, che rende difficile nasconderla nel privato? Si tratta in effetti di una differenza sottile, che si ritaglia all'interno di una so-

59 M.A. Fineman, *The Autonomy Myth. A Theory of Dependence*, New York-London, The New Press 2004, p. 35.

60 *Ivi*, p. 6.

61 *Ivi*, p. 28.

62 M.A. Fineman, *Il soggetto vulnerabile e lo Stato responsabile* (2010) tr.it. a cura di B. Casalini, L. Re, in M.G. Bernardini, B. Casalini, O. Giolo, L. Re (a cura di), *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, IF PRESS, Roma, 2018, p. 165.

miglianza e di una stretta connessione: entrambe sono universali, ma solo la vulnerabilità è costante, mentre la dipendenza inevitabile è episodica, sporadica e in gran parte evolutiva⁶³.

È proprio così? Certo, se la dipendenza inevitabile è “solo” la dipendenza da altri per soddisfare bisogni primari (quella che sperimentiamo tutti all’inizio della vita, la maggior parte verso la fine, molti nella malattia e nella disabilità), Fineman ha ragione: la dipendenza è episodica. Ma si può obiettare che c’è una dipendenza inevitabile e costante che è iscritta, come la vulnerabilità, nel nostro essere “corpi viventi in situazione”, come abbiamo letto nella *Dichiarazione di Barcellona*, e diremmo anche “in relazione”. Non siamo dipendenti solo all’inizio e alla fine della vita e quando la malattia o la disabilità ci colpiscono, ma in modo diretto o indiretto, mediato o immediato, dipendiamo dagli altri, indipendentemente dall’età e ancor prima che la ferita avvenga, quando è in potenza, e dobbiamo proteggerci dal suo attuarsi.

Susan Dodds sostiene che vulnerabilità e dipendenza sono insite nella condizione umana e che la dipendenza è “una forma della vulnerabilità”⁶⁴. Possiamo individuarla nella vulnerabilità “all’altro”, nella possibilità che ci protegga o meno dalla possibilità delle ferite. Tuttavia, una differenza si pone tra questi due concetti, così simili. La dipendenza sta alla vulnerabilità come l’effetto alla causa: siamo dipendenti dall’altro perché siamo esposti alle ferite e al danno.

Ma di quale dipendenza stiamo parlando? Dobbiamo infatti distinguere tra la *dipendenza generica* e la *dipendenza specifica*. La prima è inevitabile: tutti siamo presi non in modo episodico, ma sempre, nell’*interdipendenza*, una rete più o meno ampia in cui gli uni dipendiamo dagli altri. Nella *dipendenza specifica*, invece, dipendiamo da un altro o da altri ben individuabili. La *dipendenza generica* è quindi una forma della vulnerabilità comune, o un effetto ad essa direttamente connesso. Diversa è la *dipendenza specifica*, che può essere collegata a vulnerabilità specifiche da cui può derivare in modo più o meno stringente.

Certo della *dipendenza generica* avvertiamo meno il peso: è quasi una rete di sostegno di cui non ci accorgiamo se non quando si smaglia, cede in qualche punto. Possiamo anche pensarla in un senso più ampio, come una rete in cui dipendenze e impegni di cura si incastrano a vicenda, in

63 Cfr. M.A. Fineman, *The vulnerable subject: Anchoring equality in the human condition*, in “Yale Journal of Law and Feminism”, vol.20, n.1, p. 9.

64 S. Dodds, *Dependence, Care and Vulnerability*, in C. Mackenzie-W. Rogers-S. Dodds (eds.), *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford-New York, Oxford University Press 2014, p. 182.

cui gli uni dipendiamo dagli altri, non solo tra esseri umani, ma tra tutti i viventi. È l'intreccio "tra la vita dell'altro, tutte le altre vite e la mia [...] un intreccio che è irriducibile all'appartenenza nazionale o all'affiliazione comunitaria"⁶⁵. Un intreccio che va oltre la stessa famiglia umana: "siamo pur sempre legati gli uni agli altri e ai processi vitali che eccedono l'umano"⁶⁶. Anche di questo, ci accorgiamo poco, a meno che non ci sia uno strappo, come accade nelle epidemie o nelle crisi climatiche. Solo allora avvertiamo quanto l'interdipendenza, il continuo inavvertito scambio tra i viventi, serva a proteggere e a far fiorire la vita. Sappiamo tutti quanto sia importante comprenderlo per tempo.

La domanda è anche un'altra: ce ne accorgiamo tutti, sempre, poco? Sappiamo che non è così. La rete per molti non sostiene: si smaglia, cede, o si stringe, costringendo vite invece di sostenerle. L'interdipendenza è costellata da disegualianze. Non è sempre un'esperienza felice. Molte volte, e soprattutto per molti sulla terra, la violenza, la fame rendono precaria la vita. Dobbiamo allora rafforzare la rete che sostiene la vita, riparando le disegualianze, tendere continuamente ed ostinatamente ad "un'interdipendenza sostenibile in termini egualitari"⁶⁷.

Tornando alla vulnerabilità e al suo rapporto con la dipendenza crediamo che ciò che rende possibile la distinzione sia anche ciò che ha motivato la Fineman a passare, per rafforzare la sua critica alla società liberale, dalla dipendenza alla vulnerabilità. La vulnerabilità precede la dipendenza, come la causa precede l'effetto: è più forte, più evocativa, più ampia, perché non è solo esposizione agli altri/dipendenza dagli altri, ma trovando radice nel nostro essere corpo, è anche esposizione al tempo, al caso, a ciò che all'interno o all'esterno di noi accade.

2.7 Il paradosso della vulnerabilità

Un altro aspetto problematico che la definizione di vulnerabilità indica è il darsi della vulnerabilità secondo gradi diversi di debolezza, dipendenza, mancanza di protezione. Qui troviamo indicati i due sensi diversi in cui possiamo intenderla: come condizione comune, "universale" o "ontologica" (*la vulnerabilità*), e come condizione particolare, che si presenta di volta in volta secondo gradi diversi (*le vulnerabilità*). Già su questa distinzione occorre porsi una domanda: comune a chi?

65 J. Butler, *L'alleanza dei corpi*, p. 172

66 *Ivi*, p. 173.

67 *Ivi*, p. 190.

È chiaro che il discorso etico-politico sulla vulnerabilità riguarda la nostra esperienza come esseri umani. Sarebbe allora più giusto per evidenziare la dimensione comune, indicarla, come propone Henk ten Have non come *vulnerabilità ontologica*, ma come *vulnerabilità antropologica*⁶⁸? La proposta ha una sua motivazione. Parlare di vulnerabilità ontologica porterebbe a convalidare ciò che a suo avviso è un errore: fondare il discorso etico sull'ontologia. Per Henk ten Have, che in questo segue Lévinas, ma anche Butler e Fineman, etica e ontologia si danno insieme nell'esperienza di vulnerabilità ed è impossibile districare il loro intreccio⁶⁹.

La motivazione è interessante, ma qualcosa di importante, a nostro avviso, viene a cadere nel preferire la dizione di vulnerabilità antropologica. La vulnerabilità è cifra della nostra condizione umana così come di ogni vivente, o più precisamente, lo è della nostra condizione di umani, in quanto "corpi viventi". Anche per il discorso etico-politico vi è qui un significato che non si può obliterare: la consapevolezza di una vulnerabilità che ci accomuna a tutti i viventi pone le basi per comprendere un'interdipendenza che si allarga al di là della famiglia umana. Qui l'etica prende avvio dalla *vulnerabilità della vita*, nella varietà delle sue forme, e non è azzardato ripensarla, come propone Hans Jonas, fondata, contro la legge di Hume, nell'ontologia⁷⁰.

Tornando indietro ai due sensi in cui possiamo intendere la vulnerabilità, quello universale o ontologico e quello particolare, abbiamo visto come il secondo senso tenda a prevalere sul primo per la sua maggiore evidenza. Da qui la possibile soluzione dell'enigma di un aggettivo che precede il sostantivo, che ritroviamo nella lingua latina, ma anche dell'altro, di una negazione che precede l'affermazione, che ritroviamo nella nostra lingua. Queste difficoltà sono ancora riscontrabili nel linguaggio comune. Sentiamo spesso parlare "dei vulnerabili", come di persone o gruppi particolari. Paradossalmente la dizione "i vulnerabili" è stata usata durante la pandemia per indicare persone che avevano patologie o disabilità, o età che più le esponevano al contagio. Cosa si dimenticava, proprio in quel periodo in cui tutti eravamo esposti? Una semplice parola: "più". Era giusto certo assegnare priorità ai *più vulnerabili*, sbagliato indicarli come *vulnerabili*.

68 Cfr. H.T. Have, *Vulnerability*, p. 108.

69 Cfr. *ivi*, p. 106.

70 Cfr. H. Jonas, *Il principio responsabilità*, pp. 55-63; cfr. anche P. Becchi, *La vulnerabilità della vita, Contributi su Hans Jonas*, La scuola di Pitagora editrice, Palazzo Serra di Cassano 2008.

Questa etichetta se può funzionare come campanello di allarme, per indicare la necessità di protezione e cura⁷¹, evidenziando così la funzione euristica-pratica dell'idea di vulnerabilità, può significare "stigma" se applicata ad una persona o ad un gruppo dimenticando la dimensione comune di vulnerabilità.

È importante quindi fare attenzione, anche nel linguaggio, a porre in relazione le due dimensioni, "universale" e "particolare" della vulnerabilità. Martha Fineman parla di una questione "un po' paradossale": "se la vulnerabilità umana è universale, costante e complessa, essa è anche particolare. Se tutti gli esseri umani si trovano in una posizione di costante vulnerabilità, in quanto singoli siamo posizionati in modo diverso"⁷². È la tensione contraddittoria, che segna in profondità questa idea. Rinvia a ciò che più ci accomuna e, al tempo stesso, a ciò che, dandosi in forme diverse e con gradi diversi, più ci differenzia. È fattore di eguaglianza e di solidarietà nella forma universale e, al tempo stesso, veicolo di diseguaglianze e di prevaricazione nel darsi in forme particolari.

Rimane essenziale dal punto di vista etico-politico non dimenticare che la vulnerabilità universale è distribuita in modo diseguale. Judith Butler parla di una distribuzione tattica della precarietà⁷³: ciò vale anche per la vulnerabilità che alla precarietà rinvia. Occorre non solo comprendere le ragioni di tali diseguaglianze, se corrispondano a logiche di potere o a mancanze ingiustificabili di sostegno sociale, ma anche fare di tutto per ripararle.

Ad uno sguardo più attento possiamo dire che la vulnerabilità ha non due, ma molti volti⁷⁴: il primo, la vulnerabilità universale, fa da sfondo teorico agli altri, tanti quante sono le vulnerabilità particolari. Ha un significato ripensare a ogni forma particolare con uno sguardo a quella universale? Da quale prospettiva e con quale approccio guarderemo alla/alle vulnerabilità? Certo, il tema può essere preso in esame da diversi approcci. Tanti quanti gli ambiti disciplinari in cui l'idea circola, ma ne prendiamo qui in esame solo due: l'approccio filosofico e quello sociologico. Notiamo dei rischi in entrambi. L'approccio filosofico insiste sull'aspetto universale, ontologico della vulnerabilità, dandone una visione che può apparire

71 Cfr. H. T. Have, *Vulnerability*, p. 8.

72 M.A. Fineman, *Il soggetto vulnerabile*, p. 169.

73 J. Butler, *L'alleanza dei corpi*, p. 188.

74 Cfr. B. Pastore, *I molti volti della vulnerabilità*.

astratta, sganciata dal contesto reale, priva di quella forza euristica-pratica che dovrebbe caratterizzarne l'idea. L'approccio sociologico, che può essere considerato come l'approccio-tipo per le vulnerabilità particolari, corre il rischio opposto di individuare, tipizzare troppo persone o gruppi, esponendoli al rischio di stigma e discriminazione⁷⁵.

L'ipotesi più convincente è quella di cercare di porre in essere un'interazione dialettica tra i due approcci. Tale interazione potrebbe creare *ponti tra più e meno vulnerabili*. Riducendo lo stigma si ridurrebbe la paura che porta con sé e che rende difficile per chi è più vulnerabile manifestare la sua vulnerabilità e chiedere supporto. Una riduzione che renderebbe anche più facile l'empatia tra chi è meno vulnerabile e chi lo è di più.

2.8 I molti volti della vulnerabilità

L'International Strategy for Disaster Reduction delle Nazioni Unite nel 2004 definisce la vulnerabilità come "l'insieme delle condizioni e dei processi risultanti da fattori fisici, sociali, economici e ambientali, che aumentano la suscettibilità di una comunità all'impatto dei rischi"⁷⁶. Ne deriva l'immagine di un fenomeno sociale che non solo ha molti volti, ma è anche stratificato, caratterizzato dall'interazione di diversi fattori⁷⁷. È possibile districarsi nello studio di un fenomeno così complesso?

Possono essere utili a tale fine le riflessioni di Rogers, Mackenzie e Dodds in cui troviamo un'interessante distinzione fra tre differenti tipi di vulnerabilità, "intrinseca, situazionale e patogena". Tipi differenti ma sovrapponibili, tra i quali è sempre possibile un'interazione⁷⁸.

La vulnerabilità intrinseca deriva da fonti insite nella condizione umana (la corporeità, l'essere soggetti di bisogno, la dipendenza dagli altri, la natura affettiva e sociale). La sua entità varierà secondo una serie di fattori come l'età, il genere, lo stato di salute, la disabilità. Ma dipenderà

75 Cfr. C. Mackenzie-W. Rogers-S. Dodds, *Introduction: What Is Vulnerability, and Why It Matters for Moral Theory*, in EAD. (eds), *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford-New York, Oxford University Press 2014, pp. 4-7.

76 Cfr. International Strategy for Disaster Reduction (ISDR), *Living with risk: A global review of disaster reduction initiatives*, vol I, New York-Ginevra, ONU, 2004, cit. in B. Pastore, *I molti volti della vulnerabilità*, p. 17.

77 Cfr. B. Pastore, *I molti volti della vulnerabilità*, p.17.

78 Cfr. W. Rogers-C. Mackenzie-S. Dodds, *Why bioethics needs a concept of vulnerability*, "International Journal of Feminist Approaches to Bioethics", 2012; 5 (2), Special Issue on Vulnerability, p. 24.

anche dalla resilienza e dalla capacità di reagire nonché dall'entità del supporto sociale disponibile⁷⁹.

Nella vulnerabilità intrinseca il paradosso della vulnerabilità, il suo essere insieme universale e particolare, prende concretezza: le fonti sono comuni a tutti gli esseri umani, e tuttavia la vulnerabilità assume forme diverse a seconda delle condizioni in cui la persona vive, che possono variare per una serie di fattori interni ed esterni. È evidente che è oltremodo difficile distinguere il peso dei diversi fattori nel determinare il grado della vulnerabilità, la possibilità di vivere più o meno bene l'esposizione alle ferite connesse ad età, problemi di genere, di salute, di disabilità.

In tutto questo sembra che il *dipendere dagli altri* sia il tratto della vulnerabilità intrinseca che fa da ponte tra vulnerabilità comune e vulnerabilità particolare. L'esposizione alle ferite richiede protezione e cura per tutti, ma varia a seconda della possibilità che incontra negli altri. Certo possiamo, e in certo senso dobbiamo, proteggerci e aver cura di noi stessi se ne abbiamo la capacità, ma sappiamo che nessuno può bastare a se stesso. Sia l'autonomia che la vulnerabilità si danno all'interno delle relazioni.

La dipendenza dagli altri collega anche la vulnerabilità intrinseca agli altri tipi indicati da Rogers, Mackenzie e Dodds: la *vulnerabilità situazionale* e la *vulnerabilità patogena*. Anche qui i confini sono sfumati ed evidenti le interazioni tra i diversi tipi. Cosa intendiamo, infatti, per vulnerabilità situazionale? Se intendiamo l'essere in situazione ci troviamo di fronte ad un'altra fonte insita nella condizione umana, dal momento che, come ricorda Jaspers, non possiamo non essere sempre in situazione⁸⁰. Sarebbe forse meglio ricondurre anche la situazione, come il supporto sociale, tra i fattori che possono aggravare o diminuire la vulnerabilità intrinseca? Certo, possiamo vedere la vulnerabilità situazionale come un altro concetto *ponte* tra vulnerabilità universale e particolare. Un ponte che si interseca con l'altro, della dipendenza dagli altri, dal momento che il supporto degli altri, a livello di rapporti interpersonali e sociali, diventa determinante nella possibilità di vivere più o meno bene la situazione.

L'ultimo tipo di vulnerabilità, la *patogena*, è forse la più interessante, perché mette in luce come la cura stessa possa tradursi in una vulnerabilità raddoppiata. Qui il problema non è l'assenza di risposta, ma l'errore nella risposta: una cura che, invece di dare protezione, rimedio, rafforza

79 *Ibidem*

80 Come leggiamo in Jaspers il primo limite che non possiamo superare è il nostro "essere-in-situazioni", il non poter "mai uscire da una situazione senza *entrare in un'altra*" (K. Jaspers, *Filosofia* II, (1932), tr.it. di U. Galimberti, Mursia, Milano 1978, p. 678).

la vulnerabilità esistente o ne genera nuove. Le fonti di vulnerabilità patogena vengono individuate a due livelli: “relazioni interpersonali e sociali disfunzionali caratterizzate da mancanza di rispetto, pregiudizio o abuso”, o “situazioni sociopolitiche caratterizzate da oppressione, dominio, repressione, ingiustizia, persecuzione o violenza politica”⁸¹. Anche qui la dipendenza dagli altri è il filo rosso che consente di cogliere gli intrecci tra i vari volti della vulnerabilità. Ma forse il filo rosso non è uno, forse i fili sono due: la dipendenza e la cura che dovrebbe dar risposta positiva alla dipendenza e rimedio alla vulnerabilità. Due fili che nella vulnerabilità patogena si aggrovigliano.

2.9 Vulnerabilità e Cura

Tenere in ordine i fili, dare risposta alle vulnerabilità, prevenire le ferite e darvi riparo: è questo il compito della cura che può, non è detto che sempre accada, aiutarci ad attraversare, gestire la dipendenza, rendendo migliore la nostra vita e il mondo che ci circonda.

Come dicevamo all’inizio, la vulnerabilità apre le vie alla cura: e questa apertura è ciò che ne fa un passaggio, dal negativo, attraverso il negativo, al positivo. È il secondo senso per cui possiamo parlare della forza euristica dell’idea di vulnerabilità. Non aiuta solo a trovare, interpretare le vulnerabilità, ma aiuta anche a trovare modi per darvi rimedio. In questo senso opera la cura che, secondo la definizione che ne danno Fisher e Tronto è “una specie di attività che include tutto ciò che facciamo per mantenere, continuare e riparare il nostro ‘mondo’ in modo tale da poterci vivere nel modo migliore possibile. Quel mondo include i nostri corpi, noi stessi, il nostro ambiente, tutto ciò che cerchiamo di intrecciare in una rete complessa a sostegno della vita”⁸².

Non è un’opera facile, dal momento che, come abbiamo visto in molti punti del nostro esame della vulnerabilità, tutto passa dalle relazioni con gli altri, dall’interdipendenza tra esseri più o meno vulnerabili, più o meno capaci di cura, in un mondo in cui situazioni economiche sociali e politiche rafforzano le disuguaglianze. E spesso quell’opera del mantenere, continuare e riparare è condotta solo per sé cercando di sfruttare le disuguaglianze.

81 W. Rogers-C. Mackenzie-S. Dodds, *Why bioethics needs a concept of vulnerability*, p. 25.

82 B.M. Fisher, J.C. Tronto, *Toward a Feminist Theory of Care*, in E.K. Abel, M.K. Nelson (eds), *Circles of Care: Work and Identity in Women's Lives*, State University of New York Press, Albany 1990, p.40, cit. in J.C. Tronto, *Confini morali*, p. 118.

ze, non di ridurle. Così come molti sono i volti della vulnerabilità molti sono anche i modi del nostro “aver cura”, gli uni degli altri. Heidegger indica tra questi “l’essere l’uno per l’altro, l’uno contro l’altro, l’uno senza l’altro, il trascurarsi l’un l’altro”⁸³.

Non sempre prevalgono i modi positivi, spesso oscilliamo verso quelli negativi e, ancora più spesso, soprattutto quando gli altri sono stranieri, lontani, verso quelli dell’indifferenza. E qui l’etica della cura non può che sconfinare in una politica della cura, indicando la via di scelte che siano sempre più nel segno della solidarietà, rivolte ad abitare *insieme* un mondo che sia migliore per tutti.

3. Politica della cura

Servizio, sollecitudine, premura significano sostanzialmente *cura*: essenziale modalità costitutiva della relazionalità. Modo originario e caratterizzante l’essere umano. Emblematica e suggestiva la rappresentazione nel Liber Fabularum di Hyginus in cui si affida *homo* a *Cura* che per prima gli aveva dato forma (*Cura enim quia prima finxit, teneat quamdiu vixerit*). È l’archetipo in cui ognuno è figlio di *cura* secondo una relazione di reciproco sostegno, in contrapposizione alla guerra di tutti contro tutti (*every one against every one*) come nel Leviatano di Thomas Hobbes.

È l’affidarsi reciproco degli uomini nelle connaturali fragilità e vulnerabilità in una virtuosa circolarità dell’agire. Ognuno è “oggetto di cura” e “soggetto dell’aver cura”, sia nei confronti della singola persona, sia per la comunità dei cittadini nella corresponsabilità del vivere sociale. Ognuno è agente morale chiamato a prendersi cura della cosa pubblica, vale a dire di quanto è comune alla collettività⁸⁴.

È la cura per la *res publica* richiamata dal Presidente Mattarella: “Ciascuno ha bisogno degli altri. Le cure che la Repubblica è riuscita ad assicurare a tanti italiani ci pongono adesso di fronte alla necessità, comune, di avere cura della Repubblica”⁸⁵.

83 M. Heidegger, *Essere e tempo*, par.26, pag. 153.

84 A. Vicini, *Cura-cure*. Enciclopedia di Bioetica e Scienza Giuridica, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2010, Vol. III, p. 742

85 S. Mattarella, *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella in occasione della cerimonia per la Festa della Repubblica*, 2 giugno 2021

Il nostro esserci si realizza non solo nella intersoggettività (essere “con” gli altri) ma, ancor più, nella reciprocità (essere “per” gli altri). Siamo ontologicamente relazionali in cui la singolarità individuale non preesiste all’altro ma si realizza nel bisogno di ciò che solo gli altri possono dare, consentendo alla nostra vita di prendere forma. Una prerogativa essenziale che si sviluppa all’essistere dell’altro e nell’averne cura con responsabilità. “Il mio essere responsabile non dipende, dunque, da una mia decisione, ma è una mia condizione: è l’altro, per il fatto stesso di esistere, che mi impedisce di non esserlo”⁸⁶.

Nella reciprocità si realizza il riconoscimento di una umanità comune ovvero un’eguaglianza sostanziale nella intrinseca dignità di ogni persona. Come riportato all’art. 3 della nostra Costituzione: “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzioni di sesso, di razza, di lingua di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali [...]” Parimenti, nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo all’art.1: “Tutti gli uomini nascono liberi ed eguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione e di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza”.

Il principio di eguaglianza, cardine della Costituzione, non significa però assoluta parità di trattamento, piuttosto – adeguandosi ai vari aspetti della vita sociale – significa trattare in modo eguale situazioni eguali e in modo diverso situazioni diverse. Parificare ingiustamente situazioni obiettivamente differenti, significherebbe creare discriminazioni per quelle persone che necessitano di una tutela specifica, prevedendo l’impegno dello Stato sia per eliminare ogni situazione di privilegio che offenda la pari dignità sia per promuovere politiche di sostegno e di aiuto che consentano piena e libera affermazione della persona. Per dirlo con Don Milani, “non c’è nulla che sia più ingiusto quanto far parti uguali fra disuguali”. Un’eguaglianza basata sulla relazione che richiama la responsabilità⁸⁷.

86 S. Natoli, *Parole della filosofia o dell’arte di meditare*. Feltrinelli, Milano 2004, p. 139

87 “La domanda basata sulla relazione è: quali diritti mi spettano in virtù del mio stato di “eguale”, diritti tali da essere conformi a quelli di tutti gli altri individui che godono del mio stesso stato di egualità? Invece la domanda è: quali sono le mie responsabilità verso coloro con cui mi trovo in relazioni particolari e quali sono le responsabilità nei miei confronti, cosicché io possa essere assistito e vedere accolte le mie esigenze anche quando io mi occupo e rispondo alle esigenze di chi dipende da me?” in S. Dadà, *Etica della vulnerabilità*, cit., p. 86

Come è stato proposto dal teologo e pedagogista José Laguna, “si può ipotizzare un passaggio dalla triade dignità-diritti-democrazia a quella composta da vulnerabilità-cura-democrazia? Ciò significa un nuovo orizzonte, un cambio di paradigma della convivenza democratica, non più legato all’immaginario del contratto sociale, ma a un modello distintivo che gravita intorno agli assi antropologici della vulnerabilità, dell’imperativo etico della cura e dell’orizzonte politico di una democrazia a partire dalla cura. [...] Si tratta di un modello relazionale, conviviale e politico che ha al centro la cura, l’interdipendenza e l’ecodipendenza come essenza di ciò che è umano”⁸⁸.

Da cui una più concreta e sostanziale visione della cittadinanza, fondamento di una comunità politica che abbia concretamente come base e come obiettivo la cura di ognuno. Evidentemente e prioritariamente quella dei più fragili. “La modernità ha creduto che bastasse enunciare sul piano giuridico l’esistenza di una cittadinanza globale perché tutti gli esseri umani si sentissero accolti, ma la dolorosa realtà di milioni di vite che non sono riconosciute o protette ne smentisce la reale esistenza. Portando la richiesta di cura-riconoscimento nella configurazione della cittadinanza fino alle sue estreme conseguenze, possiamo giungere alla conclusione che dove non c’è cura, non c’è nemmeno cittadinanza. [...] Quando parliamo di inclusione della cura nella sfera politica, non ci limitiamo a considerare l’introduzione in sistemi già costituiti di leggi o di istituzioni con al centro la cura. Si intende porre la cura come principio guida degli ordinamenti costituzionali, al pari dei diritti fondamentali”⁸⁹.

È una visione sostanziale di cittadinanza che comprende la dignità intrinseca, inalienabile di ogni essere umano e la sua cura. Invece, secondo una visione funzionalista, la dignità sarebbe funzione di specifiche caratteristiche/capacità predeterminate o convenute a livello socioculturale. Con il riconoscimento della dignità intrinseca ogni essere umano ha valore e preziosità universale (ontologica) che gli appartiene per natura da cui la coincidenza con la qualità che è attribuito proprio di ogni persona, qualsiasi sia la sua condizione. Con la dignità attribuita, invece, ogni

88 J. Laguna, *Dove non c’è cura, non c’è democrazia*. Aggiornamenti Sociali, 2023, 8-9: pp. 476-483. L’autore richiama la *cuidadania* (cittadinanza), neologismo della lingua spagnola, che evoca un fondamento dello stare insieme che si trova nella cura (*cuidado* in spagnolo) una nuova maniera di comprendere la cittadinanza.

89 *Ibidem*

essere umano acquisisce un valore convenzionale, determinato e conferito per attribuzione da singoli o dalla società per la posizione sociale, il potere, il merito, ecc.

Per dirlo con la Dichiarazione del Dicastero per la Dottrina della Fede, “una “dignità infinita” inalienabilmente fondata nel suo stesso essere e che spetta a ciascuna persona umana, al di là di ogni circostanza e in qualunque stato o situazione si trovi. Principio che è pienamente riconoscibile anche dalla sola ragione e che si pone a fondamento del primato della persona umana e della tutela dei suoi diritti”⁹⁰.

Ciò non esclude che ci possano essere altre e diffuse interpretazioni di dignità umana. Tra queste, nell’ottica delle nostre riflessioni, un ruolo particolare ha quella che viene definita “dignità sociale”. Ovvero “le condizioni sotto le quali una persona si trova a vivere. Nella povertà estrema, per esempio, quando non si danno le condizioni minime perché una persona possa vivere secondo la sua dignità ontologica, si dice che la vita di quella persona così povera è una vita ‘indegna’. Quest’espressione non indica in alcun modo un giudizio verso la persona, piuttosto vuole evidenziare il fatto che la sua dignità inalienabile viene contraddetta dalla situazione nella quale è costretta a vivere”⁹¹.

Infatti, sono le effettive condizioni concrete nel rapporto con gli altri, ovvero nella socialità, che contribuiscono concretamente a creare vulnerabilità ovvero a incrementarle o eventualmente a ridurle⁹². Da cui la inevitabile correlazione con la responsabilità, la giustizia, l’eguaglianza. E il confronto, non certo secondario, con il conflitto sociale e l’esercizio del potere. Perché “non si può ignorare che le condizioni economiche, culturali, sociali, i contesti di vita, e più in generale la sfera politica, siano tutti aspetti che determinano la nostra maggiore o minore vulnerabilità”⁹³. Da cui si rileva che la vulnerabilità può essere considerata una vera e propria categoria politica. “Vulnerabilità non solo come nucleo problematico, bensì come punto di partenza per ripensare il politico. La politica della cura, infatti, introduce nello spazio pubblico la questione della dipendenza facendone una questione di *welfare* [...] La cura assume una duplice

90 Dicastero per la Dottrina della Fede, Dichiarazione “*Dignitas infinita circa la dignità umana*”. Roma 2.4.2024

91 J. Laguna, *Dove non c’è cura, non c’è democrazia...*

92 S. Dadà, *Etica della vulnerabilità*, p. 65

93 *Ibidem*

funzione: è lo strumento critico che permette di identificare le disegualianze ed è anche il rimedio per esse⁹⁴. È la politica della cura intesa come valore fondativo di un'etica sociale il cui orizzonte è rappresentato dalla realizzazione politica di una buona società⁹⁵.

Potremmo quindi definirla una “politica” che si fonda sul concetto molto concreto di “cura promiscua”, vale a dire una cura che riguarda tutte e tutti. Pertanto, una cura “indiscriminata” ossia che non discrimina. Un imperativo etico ed una responsabilità politica, della collettività così come delle istituzioni⁹⁶.

Ma come rendere possibile l'avvento della cittadinanza nella cura? “La cura potrà avere un impatto sulla sfera politica, divenendo un principio strutturale delle istituzioni sociali, se sarà sottratta alla sfera opzionale della benevolenza, se si frantumano le prescrizioni culturali che la relegano all'arbitrarietà altruistica e la confinano alla dimensione domestica. La politicizzazione della cura richiede che essa compia il salto dalla *domus* alla *polis*”⁹⁷.

Nel sociale sono sempre incombenti situazioni esistenziali in cui tendono a prevalere sperequazioni e prevaricazioni. Proprio l'aver cura dell'altro consente di realizzare una comunità in cui si realizza l'incontro dell'*io* con il *tu* per riconoscere il *noi* solidale e responsabile. Questa impostazione subisce una frattura a fronte della costante tentazione di autosufficienza e persino di onnipotenza da parte di alcuni o di tanti, secondo le varie fasi storiche. Fino a pretese assolutiste, ovvero teoria e pratica di un potere sovrano – *absolutus* da ogni vincolo – che mettono tra parentesi il nostro indispensabile reciproco dipendere.

Politica della cura non è un modo di sentire che possa ridursi al sentimentalismo. Né, d'altra parte, è il paradigma utopico di una speranza generosa e per sé stessa irrealizzabile al confronto con la cruda realtà sociale condizionata da varie forme di utilitarismo; dal dialogo che si fa scontro; dal consenso che diventa mero esercizio di potere; dal bene co-

94 *Ibidem*

95 J. Tronto, *Confini morali. Un argomento politico per l'etica della cura*. Diabasis, Parma 2006

96 The Care Collective, *Manifesto della cura. Per una politica dell'interdipendenza*. Alegre, Roma 2021

97 J. Laguna, *Dove non c'è cura, non c'è democrazia...*

mune che si diluisce fino a trasformarsi perfino in bene privato. Sì, quel bene comune che è bene di ognuno e di tutti, vale a dire il vantaggio che ciascuno trae per il fatto di far parte di una comunità e non può essere scisso dal vantaggio che altri pure ne traggono. È l'interesse di ognuno che si realizza insieme a quello degli altri. "Il singolo, nel suo isolamento, non è mai libero; lo può diventare soltanto se mette piede sul terreno della *polis* e se lì agisce"⁹⁸.

Pertanto, politica della cura è paradigma concreto, guida antropologicamente fondata nella natura di ogni essere umano e per ogni cittadino. La sua applicazione significa sia organizzare condizioni affinché l'agire con cura possa essere realizzato, vale a dire "prendersi cura di" (*caring about o taking care of*), sia pratica realizzazione "nel vivo delle relazioni vissute" ovvero "prestare cura" (*caring for o care giving*) che "prendersi cura con" (*caring with*).

È attraverso la cura responsabile di ogni altro che l'amicizia sociale e la fraternità delineano gli orizzonti di una comunità popolare e democratica in cui operano cittadini liberi. La cura dell'altro si fonda sul dialogo, ovvero sulla capacità di uscire da sé ovvero "tempo di incontro"⁹⁹. Il dialogo che fonda la politica della cura rileva l'attenzione verso l'altro e la comprensione delle differenze nella vicinanza tra persone. Potremmo dire: fusione di orizzonti¹⁰⁰.

Abbiamo detto che *cura* non è paradigma utopico. Diversi i testimoni che l'hanno concretamente interpretata, nel realismo del tempo vissuto, per il bene comune. Ci è caro ricordare, ad esempio, la cura per la *polis* di Giorgio La Pira come nel memorabile discorso al Consiglio Comunale di Firenze del 24 settembre 1954: "[...] non avete il diritto di dirmi: signor Sindaco, non si interessi delle creature senza lavoro, senza casa, senza assistenza (vecchi, malati, bambini). È il mio dovere fondamentale questo: dovere che non ammette discriminazioni e che mi deriva prima che dalla mia posizione di capo della città – quindi capo della unica e solidale famiglia cittadina – dalla mia coscienza di cristiano: c'è qui in gioco la sostanza stessa della Grazia e dell'Evangelo!"

98 H. Arendt, *Che cos'è la politica?* Edizioni di Comunità, Milano 1995, p. 77

99 Francesco, *Videomessaggio al TED2017 di Vancouver*: Osservatore Romano, 27 aprile 2017, p. 7

100 H.G. Gadamer, *Fusioni di orizzonti*. Aracne, Roma 2012

È visione della comunità che, come nella sua originale declinazione di *communitas* (*cum – munus*), rimanda alla reciprocità di un obbligo, di un dovere, di un dono e che rappresenta l'opposizione di ciò che è comune a ciò che è proprio e che implica un impegno nei confronti di ogni altro¹⁰¹. Siamo esseri mancanti, in continuo stato di bisogno e non siamo esseri finiti e autosufficienti¹⁰². Samaritani, cittadini pertanto, che “non lasciano edificare una società di esclusione, ma si fanno prossimi e rialzano l'uomo caduto, perché il bene sia comune”¹⁰³. Soprattutto in una stagione della vita sempre più incline a consumarsi rapidamente in forme spettacolarizzate o rappresentazioni virtuali di un villaggio globale, complici più o meno consapevoli di nuove schiavitù sociali, di subdoli totalitarismi, alla ricerca di simulacri di speranza.

Alla visione inclusiva del farsi prossimo nella politica della cura si oppongono l'individualismo, che nega la costitutiva socialità della persona e fa prevalere i diritti di autonomia degli individui sui doveri sociali di beneficenza; l'utilitarismo che, basandosi sul calcolo costi/benefici, si prefigge la massimizzazione dell'utile complessivo giustificando anche scelte selettive a favore di alcuni contro altri o gruppi sociali deboli. La politica della cura trova opposizione anche in quell'economia che asserve l'uomo al primato del profitto; nell'assolutismo, esercizio illimitato, discrezionale e, per ciò stesso, eccessivo e nocivo del potere; nell'autoritarismo, che schiaccia la libertà; nell'autocrazia, in cui l'auto-investitura viene determinata da consensi contraffatti o estorti¹⁰⁴.

Cura e vulnerabilità – definita quest'ultima da gradi diversi di debolezza, dipendenza, mancanza di protezione – sono indivisibili in quanto dimensioni intrinseche alla soggettività umana¹⁰⁵. Per dirla con Emmanuel Levinas, la vulnerabilità stabilisce una responsabilità asimmetrica in cui ognuno è responsabile dell'altro senza attendere nulla in cambio.

Emerge, in sintesi, l'esigenza di una politica della cura, responsabile, che può rappresentare il nucleo centrale di una rinnovata etica

101 R. Esposito, *Comunità*. In R. Esposito, C. Galli (a cura di), *Enciclopedia del pensiero politico*. Laterza, Bari 2000, 134

102 L. Mortari, *Filosofia della cura*, pp. 11-47

103 Francesco, Lettera enciclica *Fratelli tutti*. Assisi, 3 ottobre 2020, n.67

104 G. Sartori, *Democrazia. Cosa è*. Rizzoli, Milano 2007

105 M. Gensabella Furnari, *Vulnerabilità e cura*. Rubettino, Soveria Mannelli 2008

sociale¹⁰⁶. Ciò si traduce nell'imperativo morale di assumere la responsabilità ovvero garantire il proprio impegno per l'altro che ci interpella (*respondēre*), valutando le situazioni particolari e soppesando tutti i fattori in gioco (*res-rem ponderare*). Non come astratta applicazione di un principio universale ma come relazione con la singola persona e la sua situazione del tutto particolare. L'etica della responsabilità si declina come etica della promessa e dell'impegno, della scelta vocazionale che significa anche "resistere" (*responsare*) alle difficoltà che l'impegno implica¹⁰⁷.

Si richiama la doverosità di interventi concreti secondo il dettato della Costituzione (Art. 3) che assegna alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini. Si prevede, pertanto, l'impegno dello Stato a eliminare ogni situazione di privilegio che offenda la pari dignità ma anche a promuovere politiche di sostegno. Tuttavia, non significa demandare ogni responsabilità e iniziativa solo allo Stato. Invece si richiede la corresponsabilità di ognuno, in un *welfare* comunitario.

Si delinea, così, anche la preziosità della politica del quotidiano, l'agire ordinario con cui si costruisce la vita nelle difficoltà di ogni giorno. Su altro versante, poi, la politica delle istituzioni in cui sono assunte decisioni volte all'intera comunità. Entrambe, però, non rappresentano percorsi contrapposti o divergenti. Piuttosto, convergono nell'individuare e realizzare le condizioni contestuali e organizzative che facilitano le politiche di cura¹⁰⁸. Si richiede "una tessitura corale, dialogica, ricca di differenze, paziente, faticosa [...] illuminata dalla fiducia in ciò che gli esseri umani possono ancora rivelare di sé stessi e del mondo"¹⁰⁹.

Premesso che il paradigma di cura rappresenta l'essenza della politica, la difficoltà è di articolare etica privata ed etica pubblica entro un quadro valoriale coerente. Ciò riconduce al tema fondamentale del confronto tra

106 J. Tronto, *Caring democracy*. New York University Press, New York 2013

107 F. Turoldo, *Bioetica ed etica della responsabilità. Dai fondamenti teorici alle applicazioni pratiche*. Cittadella, Assisi 2011. Sulla fondazione ontologica del principio responsabilità, cf. H. Jonas, *Il principio responsabilità*. Einaudi, Torino 2009.

108 L. Ortari, *La politica della cura*, p. 176

109 R. Mancini, *Senso e futuro della politica: dalla globalizzazione a un mondo comune*. Cittadella, Assisi 2002, 82

l'individualismo pratico – inteso come tendenza a rifugiarsi nel microcosmo privato dei bisogni e degli interessi – e l'interdipendenza, il multiculturalismo e la globalizzazione¹¹⁰. Detto più esplicitamente, l'identità propria di ogni persona umana si connette in modo inscindibile con l'alterità¹¹¹ e “l'essere umano impara a riconoscere sé stesso in relazione alle altre creature”¹¹².

La politica, che non è mera scienza dell'organizzazione del potere, non può eludere l'esigenza di comprendere che il destino di ognuno è legato a quello di tanti altri prossimi con cui insieme condividiamo il vivere sociale. C'è una sofferenza umana diffusa, vasta, spesso accantonata nell'inventario delle preoccupazioni sociali.

Nell'epoca del “*post*” – dal postmoderno alla postdemocrazia, dal postumano al postmorale – emerge l'esigenza di una reciprocità aperta e inclusiva che consenta a tutti – partecipando allo stesso titolo – di godere del medesimo status nell'orizzonte comune di un mondo aperto.

Ecco la necessità urgente e concreta di farsi carico, senza discriminazioni, degli emarginati, degli invisibili, dei migranti, delle periferie esistenziali; dei giovani che espatriano alla ricerca di lavoro; della generazione Neet (*Not in Education, Employment or Training*: giovani che non studiano, non lavorano e non frequentano percorsi di formazione professionale); delle violenze e delle sperequazioni sociali di cui sono ancora vittime le donne; dei diritti fondamentali negati o conculcati; dell'ambiente “casa comune”¹¹³. Questo significa anche riprendere la democrazia di prossimità per lo sviluppo sociale¹¹⁴. La prossimità immediata è un valore sostanziale, un bisogno inscritto in ogni persona, che precede e supera ogni sociologia o contingente solidarietà politica¹¹⁵.

110 L. Alici, *Filosofia morale*. La Scuola, Brescia 2011, p. 307

111 A. Lind, *Paul Ricoeur nel magistero di Papa Francesco*. La Civiltà Cattolica 2021, 4109, pp. 369-380

112 Francesco, Lettera enciclica *Laudato si*. Roma, 24 maggio 2015, n.85

113 *Ibidem*

114 S. Zamagni, *Sviluppo sociale e democrazia di prossimità*. In F. Delbono, F. Lazzari, G. Tamburini (a cura di), *Il futuro oltre la crisi*. CLUEB Casa Editrice, Bologna 2009.

115 A. Lind, *Paul Ricoeur nel magistero di Papa Francesco*, cit., p. 371

Le politiche della cura sono un impegno contro “il disincanto e la mancanza di speranza”. È un impegno che si può realizzare “con la stessa cura che il viandante di Samaria ebbe per ogni piaga dell’uomo ferito. [...] Le difficoltà che sembrano enormi sono l’opportunità per crescere, e non la scusa per la tristezza inerte che favorisce la sottomissione”¹¹⁶.

Politica della cura è diaconia per il bene comune. “La cura non è un’opzione, è un imperativo. Prendersi cura o non prendersi cura determina non solo la qualità delle nostre democrazie ma, più radicalmente, la vitalità del nostro futuro come specie”¹¹⁷.

116 Francesco, Lettera enciclica *Fratelli tutti*. Assisi, 3 ottobre 2020, n.78

117 J. Laguna, *Dove non c’è cura, non c’è democrazia ...*



CAP. II

VULNERABILITÀ ANAGRAFICA



FRANCESCA DI LELLA

LA TUTELA EMERGENZIALE DEL MINORE IN DIFFICOLTÀ NEL NOVELLATO ARTICOLO 403 DEL CODICE CIVILE

SOMMARIO: 1. Le nuove dimensioni della vulnerabilità minorile. – 2. La riscrittura dell'art. 403 c.c. da parte del legislatore nel 2021: le ragioni di fondo della novella. – 3. Il nuovo testo della norma: la ridefinizione dei presupposti applicativi. – 4. (*Segue*) La giurisdizionalizzazione dell'intervento delle autorità, in funzione di una più certa tutela delle situazioni critiche.

1. Nell'attuale panorama giuridico, segnato dai mutamenti dettati dall'incalzante evoluzione di una società sempre più complessa, tecnologica, globalizzata e multiethnica, si è amplificata la gamma dei contesti entro i quali i soggetti minori di età risultano esposti a situazioni pregiudizievoli e di potenziale lesione dei loro diritti fondamentali.

Tradizionalmente considerati “soggetti deboli”¹, in virtù del naturale processo di maturazione ancora incompiuto, i minori si sono trovati a vi-

1 Cfr. D. Poletti, *Soggetti deboli*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Giuffrè Francis LeFebvre, Milano 2014, p. 962 ss. A fronte di un uso sempre più diffuso in ambito giuridico del sintagma “soggetti deboli”, l'Autrice evidenzia la fluidità della categoria, dovuta alla variabilità delle sue manifestazioni, legate ai cambiamenti sociali, a condizioni generali e particolari del vivere, al sopravvenire di situazioni di rischio: sì che, accanto a debolezze di vecchio genere se ne affiancano di nuove, e, in entrambi i casi, esse possono presentare carattere permanente o transitorio. La dimensione complessa della debolezza, del resto, è riflessa specularmente nella Carta costituzionale, che contempla una grande quantità di norme dedicate ai soggetti deboli, rivelando attenzione verso le varie età e condizioni della persona, e per l'esistenza umana in generale, considerata nei suoi molteplici aspetti. Lo stesso art. 3 Cost. contiene già un elenco, seppure non esaustivo, di posizioni di debolezza, orientando l'individuazione di categorie svantaggiate, da cui è possibile trarre un criterio di identificazione delle fattispecie nelle quali concretamente si profila un'esigenza di protezione. Nel disegno della Costituzione le figure della debolezza, dunque, emergono come le principali destinatarie dell'opera del legislatore volta alla rimozione degli ostacoli che ne impediscono il pieno sviluppo (ivi, p. 968).

vere condizioni di ulteriore vulnerabilità rispetto al passato², che hanno evidenziato la necessità da parte dell'ordinamento di apprestare nuovi e più adeguati strumenti di protezione. Una protezione da coniugare con la loro promozione, secondo le linee evolutive del moderno diritto di famiglia, tese a valorizzare la persona del minorenne, favorendo la sua partecipazione nel percorso di crescita verso l'autonomia: in tale senso converge la pluralità delle fonti internazionali, europee e nazionali³.

È indubbio che numerosi fattori contribuiscano alla emersione di nuove dimensioni della vulnerabilità⁴. Per fare alcuni esempi, pensiamo alla ridefinizione o alla frantumazione delle figure genitoriali⁵, nel moltiplicarsi dei modelli familiari⁶ o nel momento patologico della disgregazione del

2 Per un ampio quadro d'insieme, v. E. Battelli, *I diritti dei minori nell'ordinamento italiano, europeo e internazionale*, in Id. (a cura di), *Diritto privato delle persone minori di età. Diritti, tutele, nuove vulnerabilità*, Giappichelli, Torino 2021, *passim*.

3 Cfr. M. Bianca, *Le fonti del diritto civile minorile*, in A. Cordiano, R. Senigaglia (a cura di), *Diritto civile minorile*, Esi, Napoli 2022, p. 1 ss. Tra le principali fonti, basti qui ricordare la Convenzione approvata a New York, in seno all'Assemblea generale delle Nazioni Unite, il 20 novembre 1989, ratificata dall'Italia con la legge 27 maggio 1991, n. 176, nella quale il *best interest of the child* è sancito come il criterio cui improntare ogni tipo di decisione, legislativa, amministrativa, giudiziaria; la Convenzione europea di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori del 25 gennaio 1996, ratificata dall'Italia con la legge 20 marzo 2003, n. 77; la c.d. "Carta di Nizza" del 2000, il cui art. 24 ribadisce la preminenza dell'interesse superiore del minore, con l'obiettivo di garantirgli la protezione e le cure necessarie al suo benessere. Nondimeno, sul piano delle fonti nazionali va ricordata la fondamentale riforma sullo *status* unico di figlio: v. la legge 10 dicembre 2012, n. 219 e il d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, che hanno portato il minore al centro della scena familiare, eliminato le residue discriminazioni tra categorie di figli, riveduto la funzione genitoriale transitata nella "responsabilità genitoriale", riscrivendone le coordinate per adattarla ai mutati contesti sociali e giuridici.

4 Riprendendo l'etimologia del sostantivo "vulnerabilità", come predisposizione a essere facilmente ferito, offeso, attaccato o sopraffatto, Cass., 22 settembre 2021, n. 25734, in "Mass. Giust. civ.", 2021, ha affermato incidentalmente che tale attitudine è riferibile tanto al piano fisico quanto a quello emotivo. Su come la categoria della vulnerabilità si adatti a definire meglio, rispetto a quella rigida dell'incapacità, la condizione delle persone minori di età nell'evoluzione delle varie fasi della loro crescita, v. R. Senigaglia, *I principi e le categorie del diritto civile minorile*, in A. Cordiano, R. Senigaglia (a cura di), *Diritto civile minorile*, cit., p. 57 ss.

5 Cfr., in particolare con riguardo ai mutamenti indotti dalle moderne tecnologie della riproduzione umana, v. G. Di Rosa, *Famiglia (bioetica e diritto)*, in *Enc. dir., I Tematici*, IV, *Famiglia*, diretto da F. Macario, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2022, p. 389 ss.

6 Sul tema, v., più di recente, N. Lipari, *Famiglia (evoluzione dei modelli sociali e legali)*, in *Enc. dir., I Tematici*, IV, *Famiglia*, cit., p. 417 ss.; S. Patti, *La famiglia: dall'isola all'arcipelago?*, in "Riv. dir. civ.", a. LXVIII, n. 3, 2022, p. 507 ss.

nucleo affettivo di riferimento⁷; alle diseguaglianze economiche che caratterizzano le società più avanzate, acuite da andamenti di mercato a volte anche inaspettati e, perciò, capaci di generare nuove sacche di povertà⁸; ai fenomeni migratori, che recano l'esigenza di perseguire obiettivi di reale integrazione nel tessuto sociale dei minori migranti, a maggior ragione se privi di figure adulte di riferimento⁹. Si pensi, ancora, alla diffusione di forme di criminalità che vedono i minori talvolta rivestire i panni delle vittime, tal altra quelli di autori di reati anche assai efferati¹⁰; alle aggressioni che scaturiscono da un uso distorto delle tecnologie¹¹, sino al delinearsi di

7 Cfr. C. Irti, *Nuovi modelli familiari e tutela del minore nella crisi del rapporto di coppia*, in A. Cordiano, R. Senigaglia (a cura di), *Diritto civile minorile*, cit., p. 159 ss.

8 Cfr. M.R. Mottola, *Povertà (I agg.)*, in *Digesto on-line*, Utet, Torino 2017, p. 1 ss., che sottolinea che la povertà, da intendere come mancanza dei mezzi di sussistenza per vivere appieno un'esistenza libera e dignitosa, produce a cascata disagio sociale e aree di emarginazione, che sussidi e previdenze non riescono poi a eliminare. Lo stato di povertà, quindi, non implica solo la carenza di beni materiali, ma anche l'esclusione dal contesto sociale, economico, professionale e politico della comunità cui pure si appartiene. Ancora, indigenza, mancanza di occupazione lavorativa, debiti, dipendenze e ludopatie possono provocare lo sgretolamento delle famiglie, traducendosi in trascuratezza, se non abbandono, dei membri più fragili della compagine.

9 Al riguardo, va ricordata la legge 7 aprile 2017, n. 47, recante "Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati", che ha come destinatari questa categoria di minori, cui dedica norme specifiche, emanate per l'appunto "in ragione della loro condizione di maggiore vulnerabilità". Sui contenuti della legge e sul fenomeno della crescente migrazione giovanile sia consentito il rinvio a F. Di Lella, *Minori stranieri non accompagnati: strumenti privatistici per la tutela delle identità culturali*, in "Diritto e religioni", a. XIII, n. 2, 2018, p. 209 ss., nonché Ead., *I minori stranieri non accompagnati tra vulnerabilità e resilienza*, in F. Bilotta, F. Raimondi (a cura di), *Il soggetto di diritto. Storia ed evoluzione di un concetto nel diritto privato*, Jovene, Napoli 2020, p. 117 ss.

10 Cfr. M. Paladini, *Profili civilistici delle fattispecie penali minorili*, in A. Cordiano, R. Senigaglia (a cura di), *Diritto civile minorile*, cit., p. 211 ss.

11 V., *ex multis*, I. Garaci, *Il «superiore interesse del minore» nel quadro di uno sviluppo sostenibile dell'ambiente digitale*, in "Nuove leggi civ. comm.", a. XLIV, n. 4, 2021, p. 800 ss., che mette in luce come per i minori, sebbene considerati tecnologicamente esperti, si accentui nell'ambiente digitale la loro condizione di vulnerabilità, ed esplora la vasta gamma dei rischi connessi all'uso delle nuove tecnologie. Lo spazio virtuale favorisce, poi, quello sdoppiamento tra identità reale e fittizia che è di più difficile percezione tra i giovanissimi, comportando maggiori pericoli e, dunque, acutizzando una condizione di fragilità di personalità che sono ancora in via di formazione: v., di recente, M. Giandoriggio, *I minori d'età e i social network: l'insostenibile leggerezza del post*, in "Danno resp.", a. XXVIII, n. 3, 2024, p. 296 ss.

fattispecie illecite di nuovo conio¹²; ai divari sociali e culturali e alle differenze nell'erogazione dei servizi essenziali, che persistono tra luoghi dello stesso Paese¹³.

Per ognuna di tali cause, o per il combinarsi di esse, la posizione del minore può, dunque, risultare vulnerata e comportare la preclusione o la limitazione nell'esercizio o nel godimento dei diritti, potendo arrivare finanche a tradursi nel mancato accesso a beni primari e a quant'altro sia legato alla soddisfazione di quei bisogni fondamentali, non solo di carattere materiale, che ineriscono ai compiti di mantenimento e di accudimento, e all'apporto affettivo indispensabile nella formazione della personalità di ogni essere umano.

A fronte di un quadro così ampio e complesso, sul versante politico si intensificano le azioni rivolte a fronteggiare le situazioni di vulnerabilità. Al riguardo, assai significativa è la strategia promossa ormai da molti anni dall'Unione europea, che ha prodotto una serie di raccomandazioni a tutela dell'infanzia. Basti solo ricordare, perché più vicine al tema della presente indagine, la Raccomandazione della Commissione europea del 20 febbraio 2013, n. 2013/112/UE, intitolata "Investire nell'infanzia per spezzare il circolo vizioso dello svantaggio sociale"¹⁴, che contiene un monito agli Stati membri ad adottare politiche volte a eradicare la povertà e l'esclusione sociale, invitandoli ad attuare misure integrate di sostegno per i nuclei fragili, per evitare che i minori siano allontanati dalla famiglia di origine; e, più di recente, la Raccomandazione del Consiglio europeo del 14 giugno 2021, n. 2021/1004/UE, che ha istituito la "Garanzia europea per l'infanzia" (*European child guarantee*)¹⁵. Quest'ultima, in particolare, ha dato impulso a un'iniziativa di carattere sperimentale finanziata dall'UE, alla quale l'Italia ha partecipato nella fase pilota da poco conclusa, che ha come obiettivo quello di garantire ai minori definiti bisognosi – sulla scorta della presenza di taluni indici rivelatori di situazioni di disagio/svantaggio – l'accesso a una serie di servizi essenziali (alimentazione sana, alloggio adeguato, cure sanitarie e istruzione gratuite etc.)¹⁶.

12 Cfr. F. Sanchini, *Salute psicologica del minore e cyberbullismo: profili giuspubblicistici*, in A. Bucelli (a cura di), *Identità e salute del minore. Problematiche attuali*, Pacini, Pisa 2021, p. 325 ss.

13 V., *amplius*, M.R. Mottola, *op. loc. cit.*

14 In G.U.U.E. 2 marzo 2013, n. L 59/5.

15 In G.U.U.E. 22 giugno 2021, n. L 223/14.

16 Informazioni ulteriori sono reperibili sul sito *lavoro.gov.it*, ed ivi è possibile trovare anche la documentazione inerente alle azioni che sono state messe in campo nel lungo periodo per implementare concretamente le indicazioni contenute nella Raccomandazione.

Sul piano giuridico e, in particolare, quello del diritto privato, tra varie innovazioni, va segnalato un recente intervento del legislatore, che ha inteso recuperare un vecchio istituto del codice civile, considerato di applicazione residuale nella prassi e divenuto obsoleto, al fine di imprimergli una nuova fisionomia e renderlo funzionale a garantire una immediata ed effettiva tutela del minore che venga a trovarsi in situazioni di difficoltà tali da esigere una messa in sicurezza non procrastinabile, sotto lo scudo di una più incisiva garanzia giurisdizionale. Si tratta dell'intervento della Pubblica autorità a favore dei minori, di cui all'art. 403 c.c., al cui rinnovamento dedicheremo in questa sede alcune prime essenziali considerazioni, per la peculiare contiguità al tema della "vulnerabilità".

2. Con la legge delega 26 novembre 2021, n. 206¹⁷, in un contesto di radicale riforma del processo civile, il legislatore ha colto l'occasione per rivedere anche norme di diritto sostanziale¹⁸. L'art. 1, comma 27, del provvedimento (c.d. Riforma Cartabia dal nome della Guardasigilli), difatti, ha riformulato l'art. 403 del codice civile, norma risalente al 1942¹⁹, rimasta finora immutata nonostante le tante trasformazioni in senso evolutivo del diritto delle persone e della famiglia. Di tale disposizione viene

17 "Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata".

18 Cfr., *ex multis*, per una visione ampia dell'intervento legislativo, C. Cecchella, *Le nuove norme sul processo e il Tribunale in materia di persone, minorenni e famiglie*, in "Riv. dir. proc.", 2° serie, a. LXXVIII, n. 3, 2023, p. 1090 ss. La riforma traspone nel processo la visione marcatamente paidocentrica maturata sul piano del diritto sostanziale: v. M. Sesta, *La riforma e il diritto di famiglia. La prospettiva paidocentrica dal diritto sostanziale al diritto processuale*, in "Nuove leggi civ. comm.", a. XLVI, n. 4-5, 2023, p. 1054 ss.

19 La norma, rubricata "Intervento della Pubblica autorità a favore dei minori", nella versione originaria così recitava: "Quando il minore è moralmente o materialmente abbandonato o è allevato in locali insalubri o pericolosi, oppure da persone per negligenza, immoralità, ignoranza o per altri motivi incapaci di provvedere all'educazione di lui, la pubblica autorità, a mezzo degli organi di protezione dell'infanzia, lo colloca in luogo sicuro, sino a quando si possa provvedere in modo definitivo alla sua protezione". Nella letteratura, v. in part. G. Cattaneo, sub art. 403 c.c., in *Comm. rif. dir. fam.* Cian, Oppo, Trabucchi, IV, Cedam, Padova 1992, p. 570 ss.; G. Ferrando, *Affidamento dei figli*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 1997, p. 60; A. Spangaro, sub art. 403 c.c., in *Cod. fam.* Sesta, 3ª ed., Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2015, p. 1568 ss.; M. Dell'Utri, sub art. 403 c.c., in *Comm. c.c.* Gabrielli, *Della famiglia Artt. 231-455*, 2ª ed., a cura di G. Di Rosa, Utet, Torino 2018, p. 1402 ss.

modificato il primo ed unico comma, e ad esso vengono aggiunti sette commi, dedicati ad aspetti procedurali, scanditi da inediti passaggi sotto l'egida dell'autorità giudiziaria²⁰.

Lo scopo della modifica risiede nella volontà del legislatore di incanalare sui binari della tutela giurisdizionale una tipologia di intervento tempestivo sino ad allora affidato ad organi amministrativi – salvo un controllo giudiziale *ex post*, non codificato ma nascente da una radicata consuetudine e non ancorato ad alcuna tempistica –, implicitamente fondato su di una generica urgenza di provvedere, che si era rivelato di incerta applicazione sul terreno pratico²¹ e, talvolta, fonte di inaccettabili distorsioni e abusi, gravemente lesivi dei diritti dei minori²².

- 20 Per i primi commenti della dottrina, v. A. Cordiano, *La riforma n. 206 del 2021 sui provvedimenti minorili urgenti: alcuni approdi e altre criticità*, in “Dir. fam. pers.”, a. L, n. 2, 2022, p. 811 ss., spec. p. 825 ss.; E. La Rosa, *Le misure di protezione civilistiche del minore in difficoltà*, in A. Cordiano, R. Senigaglia (a cura di), *Diritto civile minorile*, cit., p. 296 ss.; M.F. Magnelli, *Allontanamento dalla famiglia e collocazione del minore: il diritto alla relazione e la tutela dell'identità personale*, in “Rass. dir. civ.”, a. XLII, n. 4, 2022, p. 1417 ss.; A. Thiene, *Giudici e servizi sociali al crocevia: il legislatore riscrive l'art. 403 c.c.*, in “Nuove leggi civ. comm.”, a. XLV, n. 2, 2022, p. 309 ss.; L. Villa, C. Cascone, *Il nuovo articolo 403: una prima lettura*, in “dirittogiustiziaecostituzione.it”, 7 marzo 2022, p. 1 ss.; A. Cordiano, *I provvedimenti urgenti a tutela del minore in difficoltà*, in “Nuove leggi civ. comm.”, a. XLVI, n. 4-5, 2023, p. 863 ss.; V. Iorio, *La tutela del minore nel nuovo testo dell'art. 403 c.c.*, in “Familia”, a. VIII, n. 1, 2023, p. 31 ss.
- 21 Per una ricognizione delle tante incertezze esegetiche che hanno aperto la strada a prassi applicative disomogenee e scoordinate si rinvia a V. Iorio, *op. cit.*, p. 35 ss.
- 22 Il riferimento è a casi oggetto di inchieste anche giornalistiche, che hanno avuto ampia risonanza mediatica, come la più recente vicenda di Bibbiano: per una ricostruzione dei fatti v. A. Torre, “*Angeli e demoni*” – *Caso Bibbiano: sistema giuridico vigente*, in “Diritto&Processo.com”, 10 ottobre 2019. In precedenza, v. anche il caso definito da Cass., 16 ottobre 2015, n. 20928, in “Danno resp.”, a. XIX, n. 12, 2015, p. 1097 ss., con nota di V. Carbone, *Allontanamento del minore dalla famiglia ex art. 403 c.c. e responsabilità del sindaco*; nonché v. anche il commento alla decisione di L. Lenti, *Allontanamento di urgenza di cui all'art. 403 cod. civ. e contatti tra genitori e figli. A proposito di Cass. n. 20928/2015*, in “Nuova giur. civ. comm.”, a. XXXII, n. 3, 2016, II, p. 463 ss. Ed invero, secondo A. Cordiano, *I provvedimenti urgenti a tutela del minore in difficoltà*, cit., p. 870 s., la retorica di fondo della novella è proprio quella di una sostanziale diffidenza verso gli operatori, che avrebbe richiesto di essere supportata da programmi condivisi di formazione e da sostegni in termini di risorse e di personale. Anche V. Iorio, *La tutela del minore nel nuovo testo dell'art. 403 c.c.*, cit., p. 32, ha sottolineato come la modifica dell'art. 403 c.c. riveli l'intenzione del legislatore di arginare la prassi degli affidamenti illegittimi, verificatasi in alcune zone del Paese.

La necessità, dunque, di assoggettare alla verifica di un Giudice i provvedimenti della pubblica autorità²³, la maggior parte dei quali assunti con criteri di professionalità e buona fede ma pur sempre dettati da contingenze che – almeno in apparenza – sembravano non poter ammettere ritardi, costituisce la principale ragione di fondo della novella, che in tal modo tende a evitare il rischio di scelte improprie o eccessivamente avventate, e mira a ripristinare entro tempi stringenti il necessario contraddittorio tra tutte le parti coinvolte nelle vicende che danno luogo inizialmente al provvedimento di urgenza. Va aggiunto che l'abbandono di un metodo di tipo inquisitorio, che consentiva l'allontanamento *ex abrupto* di un minore dalla famiglia senza la previsione di un tempestivo controllo da parte di un giudice, si colora di una carica anche simbolica, salutata con favore dalla dottrina²⁴, poiché recepisce i mutamenti sul piano sociale e giuridico della considerazione della persona del minore di età.

Del resto, il testo originario dell'art. 403 c.c. rispecchiava in modo chiaro una concezione arcaica della famiglia, indifferente ai bisogni complessivi del gruppo e, in particolare, alle esigenze genitoriali di assistenza e di educazione dei figli²⁵; una concezione, in altri termini, ancora non penetrata dai valori costituzionali, inverte nella necessità di promuovere azioni dirette al sostegno delle famiglie in difficoltà, al fine di rinsaldare l'unità della compagine e favorire la realizzazione del diritto del minore a crescere nella propria famiglia²⁶.

23 Ai sensi dell'art. 403 c.c., si è tradizionalmente ritenuto che nel concetto di pubblica autorità rientrassero gli organi di Pubblica sicurezza, sotto la responsabilità del Questore in carica, e i Servizi sociali del Comune, sotto la responsabilità del Sindaco *pro tempore*.

24 A. Thiene, *Giudici e servizi sociali al crocevia: il legislatore riscrive l'art. 403 c.c.*, cit., p. 317.

25 In tal senso, A. Thiene, *op. ult. cit.*, p. 318, che definisce la norma “un pezzo di anticaglia, ultimo retaggio del periodo fascista”. La concezione pubblicistica della famiglia è riflessa, d'altronde, nella Relazione al codice civile (Libro I, n. 197), che chiarisce che scopo della norma era la tutela dell'infanzia abbandonata o allevata in modo non conveniente, da perseguire nell'interesse della sanità fisica e morale della stirpe: v. M. Bianca, *Osservazioni sulla proposta di modifica dell'art. 403 del codice civile, in materia di intervento della pubblica autorità a favore dei minori A.C. 4299*, in “giudicedonna.it”, a. III, n. 2-3, 2017, p. 1 ss.

26 Costituisce ormai una solida acquisizione, ma è il frutto di una lunga evoluzione, il diritto del minore a crescere nella propria famiglia e, qualora non sia possibile, a crescere, comunque, in una famiglia: in tal senso, vanno letti gli istituti dell'adozione e dell'affidamento familiare. Si tratta di un diritto fondamentale, in quanto la famiglia è da considerare un bene essenziale per la vita affettiva e l'armoniosa formazione della persona. Tale diritto si configura come assoluto, esperibile nei

In particolare, accanto all'ipotesi classica dell'abbandono morale e materiale, il richiamo ai locali insalubri e pericolosi o alla inadeguatezza delle persone dalle quali il minore è allevato appariva più che altro penalizzante per i nuclei familiari dotati di scarse risorse economiche, oppure punitivo verso genitori privi di talune caratteristiche personali e/o culturali, ma magari non necessariamente inetti sotto il profilo affettivo e dell'accudimento²⁷.

È pur vero, come è stato notato in dottrina, che nel corso del tempo, sebbene ne fosse evidente il carattere residuale e cautelare²⁸, la disposizione è stata comunque utilizzata per una varietà di fattispecie, sia di carattere estemporaneo che connotate da cronicità²⁹. L'art. 403 c.c. ha fornito la base giuridica a interventi della pubblica autorità in situazioni quali, ad esempio, l'assenza di adulti di riferimento alla chiusura pomeridiana dell'asilo, oppure l'arresto di persone presso un domicilio nel quale erano presenti anche minori, il rinvenimento di minori dediti ad accattonaggio, sino al noto caso di storia giudiziaria che ha riguardato la giovane Karima El

confronti di tutti i terzi, pubblici e privati; nei confronti dello Stato, in particolare, si concretizza nella pretesa a non subire provvedimenti di adozione, affidamento o allontanamento fuori dei casi previsti dalla legge. Il diritto a crescere nella propria famiglia assume, altresì, la veste di diritto di solidarietà, poiché reclama in positivo l'intervento dello Stato per la rimozione delle difficoltà personali ed economiche che si frappongono alla sua attuazione: cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile – La famiglia*, 7^a ed., a cura di M. Bianca e P. Sirena, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2023, pp. 383 s. e 475 ss. Per un quadro generale degli interventi dello Stato e del percorso virtuoso avviato per evitare gli allontanamenti dei minori dalla famiglia di origine, mediante azioni di supporto alla genitorialità, v. A. Thiene, *Famiglie vulnerabili e allontanamento dei bambini. Note a margine della L. 29 luglio 2020, n. 107, in attesa di una riforma necessaria*, in "Nuove leggi civ. comm.", a. XLIV, n. 1, 2021, p. 33 ss., nonché Ead., *Gli affidamenti*, in A. Cordiano, R. Senigaglia (a cura di), *Diritto civile minorile*, cit., p. 299 ss., spec. p. 303 s.

- 27 Sul ripensamento di questi aspetti, foriero di successive innovazioni, v. C.M. Bianca, *Le condizioni di indigenza non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia*, in "Familia", a. I, n. 1, 2016, p. 3 ss.
- 28 Cfr., per tutti, F. Ruscello, *Gli interventi della "Pubblica autorità" a favore dei minori. "Uso" e "abuso" dell'art. 403 c.c.*, in "Dir. fam. pers.", a. XLIV, n. 2, 2016, p. 891 ss., spec. p. 902, per il quale il ricorso all'art. 403 c.c. andava inteso in forma molto restrittiva e giammai come una scorciatoia per evitare, se non per aggirare, le garanzie offerte dal Tribunale per i minorenni. Solo ragioni di gravità della situazione e di urgenza di intervenire potevano giustificare l'intervento, in ogni caso da motivare adeguatamente.
- 29 Cfr. L. Lenti, *Allontanamento di urgenza di cui all'art. 403 cod. civ. e contatti tra genitori e figli*, cit., p. 465 s., che evidenziava l'esistenza di prassi assai diversificate sul territorio nazionale.

Maroug³⁰. Come pure, secondo una prassi invalsa nell'ultimo decennio, a séguito dell'intensificarsi e del venire a galla del fenomeno delle violenze domestiche, lo strumento ha risposto all'esigenza di una collocazione in sicurezza *ad horas* in comunità protette di donne con figli minori, per sottrarli a situazioni pregiudizievoli³¹.

Una certa capacità di adattamento della norma, poi, è stata confermata più di recente anche dal suo richiamo in dottrina a proposito della protezione dei minori stranieri non accompagnati³². Il minore straniero che giunge da solo nel territorio dello Stato italiano, stante l'esplicito divieto legislativo di respingimento alla frontiera, ben può rientrare nella nozione di "minore moralmente o materialmente abbandonato". Tanto legittima l'autorità amministrativa a collocarlo prontamente in un luogo sicuro, al fine di proteggerlo dal pericolo di lesione dei suoi diritti fondamentali, in attesa che venga chiarita la sua posizione e siano individuate le misure più idonee alla sua tutela. L'art. 403 c.c. è parso rispondere perfettamente a siffatta esigenza, essendo concepito per far fronte a situazioni contingenti e di urgenza, tali da richiedere un provvedimento tempestivo, ma di carattere provvisorio e di durata limitata; nell'ipotesi considerata, la praticabilità della misura non è stata esclusa dalle previsioni speciali e dalle ulteriori garanzie di cui alla menzionata l. n. 47/2017, semmai esigendo un coordinamento tra le disposizioni³³.

Restava, però, in definitiva – accanto ai riconosciuti spazi di operatività dell'intervento nella prassi – il nodo di una mancata disciplina del percorso della validazione giudiziaria successiva di misure di allontanamento molto incisive per i minori, talvolta prodromiche a successivi provvedimenti di ablazione o di sospensione della responsabilità genitoriale. A colmare questo vuoto normativo è, dunque, intervenuta la novella del 2021.

30 Questi ed altri casi sono riportati da A. Cordiano, *La riforma n. 206 del 2021 sui provvedimenti minorili urgenti: alcuni approdi e altre criticità*, cit., p. 826. Ulteriore casistica in L. Lenti, *op. cit.*, p. 467 ss.; F. Ruscello, *op. cit.*, p. 903 s.; M. Dell'Utri, *sub art. 403 c.c.*, cit., p. 1406 s.

31 La prassi è segnalata da J. Long, *Uno sguardo problematico sulle novità della riforma del processo civile d'interesse per il diritto familiare e minorile sostanziale*, in "Familia", a. VII, n. 1, 2022, p. 161 s.

32 Cfr. R. Senigaglia, *Considerazioni critico-ricostruttive su alcune implicazioni civilistiche della disciplina sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati*, in "Jus civile", a. VI, n. 6, 2017, p. 716 ss.; A. Cordiano, "The best interest of unaccompanied foreign child" e gli istituti di diritto minorile: un caso di convergenze (quasi) parallele, in "Dir. succ. fam.", a. IV, n. 2, 2018, p. 423 ss.

33 A. Cordiano, *op. loc. ult. cit.*

3. La ridefinizione dei presupposti applicativi, di cui al comma 1 della norma, non muta in modo particolarmente significativo le condizioni di attivazione della misura. Il nuovo testo così recita “Quando il minore è moralmente o materialmente abbandonato o si trova esposto, nell’ambiente familiare, a grave pregiudizio e pericolo per la sua incolumità psico-fisica e vi è dunque emergenza di provvedere, la pubblica autorità, a mezzo degli organi di protezione dell’infanzia, lo colloca in luogo sicuro, sino a quando si possa provvedere in modo definitivo alla sua protezione”³⁴.

In realtà, la rinnovata formula rivela non solo un ammodernamento del linguaggio, ma sembra anche più adatta a comprendere tendenzialmente fattispecie emergenti del disagio minorile. Se è rimasto invariato il presupposto dell’abbandono morale e materiale³⁵, l’esposizione nell’ambiente familiare a gravi pregiudizi e pericoli in connessione con la potenziale lesione della incolumità psico-fisica del minore si presta a una lettura coerente con la revisione contenutistica del concetto di salute, la cui visione in senso olistico – certo, non presente nella mente del legislatore del 1942 – si è andata progressivamente affermando nel corso del tempo. Almeno in astratto, il riferimento pare idoneo ad abbracciare forme di disagio, sofferenze o disadattamento giovanile, che possono covare silenti e poi manifestarsi in modo improvviso, richiedendo una protezione immediata, oppure lesioni, o anche autolesioni, dell’integrità ascrivibili a patologie del fisico o della mente non curate. Ancóra, una sorgente di rischio per il benessere psico-fisico del minore potrebbe rinvenirsi in vicende dolorose o contrasti

34 Cfr. A. Cordiano, *I provvedimenti urgenti a tutela del minore in difficoltà*, cit., p. 865 s., per la quale la nuova formulazione rimanda a situazioni genericamente abbandoniche o nelle quali il grave pregiudizio e il pericolo per l’incolumità si manifestino qualificando l’intervento come impellente ed indifferibile.

35 In ordine a tale presupposto è condivisibile l’interpretazione precedente alla modifica della norma, secondo cui lo stato di abbandono di cui all’art. 403 c.c. non coincide con quello richiesto dalla disciplina in tema di adozione (art. 8 e ss., l. n. 183/1984), bensì è integrato dalla constatazione di una mera situazione fattuale, contraddistinta dall’esigenza di intervenire con tempestività senza poter attendere i tempi di una valutazione da parte dell’autorità giudiziaria. Il collocamento in luogo sicuro è, cioè, strumento emergenziale e provvisorio, che opera in attesa dell’applicazione delle ordinarie misure di protezione. Cfr. M. Renna, *Forme dell’abbandono, adozione e tutela del minore*, in “Nuova giur. civ. comm.”, a. XXXV, n. 6, 2019, II, p. 1368 s. In giurisprudenza, in ordine ai presupposti giustificativi per l’adozione dei provvedimenti ex art. 403 c.c., nella sua nuova formulazione, v. Trib. Minorenni Caltanissetta, 26 agosto 2022, in “Dir. fam. pers.”, a. L, n. 3, 2022, p. 1004 ss.; sulla perdurante natura residuale del rimedio, v. Cass., 8 novembre 2023, n. 31036, in “Mass. Giust. civ.”, 2024.

familiari in merito a questioni di particolare importanza³⁶. Insomma, il richiamo alla integrità, nella sua più ampia accezione, quantomeno induce a guardare con maggiore attenzione alla condizione personale del minore, e non soltanto alle contingenze esterne di contesto, testimoniando un ribaltamento rispetto alla prospettiva originaria della norma.

È stato, poi, rilevato che il riferimento dell'esposizione del minore a un pregiudizio nell'ambiente familiare recepisce quella interpretazione estensiva che si era andata affermando nella pratica, soprattutto per le situazioni di violenza domestica e di genere, maltrattamenti e abusi³⁷, emerse con maggiore frequenza agli onori delle cronache.

Per altro verso, il richiamo all'ambiente familiare non ha mancato di suscitare qualche perplessità in dottrina, poiché restringerebbe l'ambito del presupposto – che si pone come alternativo a quello dell'abbandono morale o materiale –, sia per la necessità di provare la eziologia tra l'esposizione al grave pregiudizio/pericolo e tale ambiente, che ostacolerebbe la tempestività dell'intervento, sia perché escluderebbe le potenziali lesioni dell'incolumità psico-fisica che si verificano in un ambiente extrafamiliare, precludendo l'intervento di cui all'art. 403 c.c. ogniquale volta sia provato che la suddetta esposizione avvenga al di fuori della cerchia familiare³⁸. Lo spunto è suggestivo e coerente col tenore letterale della disposizione. Il dubbio esegetico potrebbe essere superato attraverso un'interpretazione del riferimento all'ambiente familiare, da considerare nel senso di contesto malsano nel quale vive il minore, connotato da incuria, grave disattenzione, insufficiente sorveglianza sui comportamenti o mancanza totale di controlli da parte dei titolari della responsabilità genitoriale: sì che l'esposizione a pregiudizi e pericoli – pur quando avviene all'esterno di quell'ambiente – sarebbe riconducibile al mancato assolvimento dei compiti inerenti a tale funzione e, dunque, al fatto di vivere in un contesto familiare non in grado di preservare l'incolumità psico-fisica del minore.

In ogni caso, l'ancoraggio ora esplicito “all'emergenza di provvedere” vale con certezza a circoscrivere il perimetro di attivazione dell'intervento entro limiti di congruità e di ragionevolezza, che siano coerenti con i caratteri dell'eccezionalità, urgenza e indifferibilità del rimedio, considerato

36 Cfr. C. Murgo, *Diritti dei minori e allontanamento dalla famiglia di origine*, in “Familia”, a. VIII, n. 2, 2023, p. 226 s.

37 J. Long, *Uno sguardo problematico sulle novità della riforma del processo civile d'interesse per il diritto familiare e minorile sostanziale*, cit., p. 162; A. Cordiano, *op. loc. ult cit.*

38 In tal senso, cfr. V. Iorio, *La tutela del minore nel nuovo testo dell'art. 403 c.c.*, cit., p. 42 ss.

che la misura del collocamento in luogo sicuro va ad impattare in maniera significativa sulla vita del minore, allontanandolo dalla famiglia, e, al contempo, deve fungere da ponte – in maniera adeguata – alla ricerca delle soluzioni definitive per la sua protezione, che andranno assunte dall'autorità giudiziaria solo dopo una valutazione più ponderata e fondata su un esame completo delle circostanze del caso concreto.

4. Un rapido cenno, infine, va fatto – sorvolando in questa sede da tecnicismi di diritto processuale e da dubbi interpretativi insorti³⁹ – alla più evidente novità apportata dalla novella all'art. 403 c.c.⁴⁰, consistente nell'aver disciplinato e contingentato entro una tempistica ben definita⁴¹ il procedimento giudiziario che deve far séguito all'intervento di urgenza effettuato ai sensi del comma 1 della disposizione.

Lo scopo, come accennato in precedenza, è quello di introdurre il contraddittorio tra le parti coinvolte, a tutela sia della posizione del minore che dei diritti degli esercenti la responsabilità genitoriale, in un'ottica di salvaguardia e promozione della “funzionalità” della famiglia di origine, soprattutto nei momenti di maggiore difficoltà, al fine di recuperarne – ove possibile – le residue potenzialità formative⁴².

39 Per alcuni dei quali si rimanda a A. Cordiano, *I provvedimenti urgenti a tutela del minore in difficoltà*, cit., p. 867 ss.; A. Thiene, *Giudici e servizi sociali al crocevia: il legislatore riscrive l'art. 403 c.c.*, cit., p. 325 ss.; L. Villa, C. Cascone, *Il nuovo articolo 403: una prima lettura*, cit., p. 3 ss.; B. Ficarelli, *Riforma del processo della famiglia, minorenni e persone e poteri officiosi del giudice*, in “Judicium”, a. XIII, Sez. Aggiornamenti del 9 maggio 2023, p. 1 ss.; V. Iorio, *La tutela del minore nel nuovo testo dell'art. 403 c.c.*, cit., p. 50 ss.

40 M. Sesta, *La riforma e il diritto di famiglia. La prospettiva paidocentrica dal diritto sostanziale al diritto processuale*, cit., p. 1057, per il quale il dato più rilevante è proprio l'introduzione di un procedimento che coinvolge, oltre all'autorità amministrativa, il pubblico ministero e il Tribunale per i minorenni.

41 Sul punto non sono mancate le critiche degli addetti ai lavori, che reputano troppo rigidi e brevi i tempi previsti, come riferisce J. Long, *Uno sguardo problematico sulle novità della riforma del processo civile d'interesse per il diritto familiare e minorile sostanziale*, cit., p. 163.

42 In tal senso le linee di tendenza dell'ordinamento, sulle quali cfr. E. Quadri, *Una riflessione sull'interesse del minore e la dimensione familiare della sua tutela*, in “Nuova giur. civ. comm.”, a. XXXVI, n. 6, 2020, II, p. 1330 ss. Cfr. M.F. Magnelli, *Allontanamento dalla famiglia e collocazione del minore: il diritto alla relazione e la tutela dell'identità personale*, cit., p. 1430 ss., per un più specifico riferimento all'art. 403 c.c., per il quale il nuovo sistema congegnato, alla luce della salvaguardia del superiore interesse del minore, risponde a criteri di efficienza dell'operato dei pubblici poteri. V., inoltre, in una prospettiva ampia, F. Astone, *Minore (relazioni con la comunità familiare)*, in *Enc. dir., I Tematici*, IV, *Famiglia*, cit., p. 803 ss.

Molto sinteticamente ne riassumiamo i principali passaggi. La disposizione novellata prevede, al comma 2, che la Pubblica autorità che ha adottato il provvedimento emergenziale ne dia immediato avviso orale al Pubblico ministero presso il Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie⁴³ nella cui circoscrizione il minore ha la residenza abituale; la stessa autorità è tenuta, altresì, a trasmettere al P.m. – entro le ventiquattro ore dal collocamento del minore in sicurezza – il provvedimento stesso, corredato di ogni documentazione utile e di una sintetica relazione che descrive i motivi dell'intervento. Il P.m., ai sensi del comma 3 della norma, potrà – entro le successive settantadue ore – disporre la revoca del collocamento oppure chiedere al Tribunale la convalida del provvedimento; in tale ultimo caso, è abilitato ad assumere informazioni e disporre accertamenti. Con il medesimo ricorso, egli potrà pure formulare richieste ai sensi degli artt. 330 e ss. c.c.

A sua volta, il Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie, entro le successive quarantotto ore, con decreto del Presidente o di un giudice da lui delegato, deve provvedere sulla richiesta di convalida, nominare il curatore speciale del minore e il giudice relatore, disporre la comparizione delle parti entro quindici giorni, con previsione di oneri vari per le notifiche di rito (comma 4, art. 403 c.c.). Ai sensi dei successivi commi 5 e 6, all'udienza fissata è previsto l'interrogatorio libero delle parti, la possibilità di assumere informazioni, ascoltare il minore, ove necessario con l'ausilio di un esperto. Quindi, entro quindici giorni, il Tribunale in composizione collegiale deve assumere le decisioni del caso, avverso le quali è ammesso reclamo alla Corte di appello.

Significativa la previsione di cui al comma 7 della norma, ai sensi del quale il mancato rispetto della tempistica individuata fa perdere efficacia al provvedimento di urgenza emesso dalla pubblica autorità; in questo caso, il Tribunale dovrà adottare provvedimenti temporanei e urgenti nell'interesse del minore. Qualora il minore sia collocato in comunità di tipo familiare, quale ipotesi residuale da applicare in mancanza di alternative, opereranno le norme in tema di affidamento familiare (v. il successivo e ultimo comma della disposizione).

Dall'*iter* descritto, pertanto, viene restituita molto più nitidamente l'immagine dello strumento *ex* art. 403 c.c. come fase di un più complesso e articolato procedimento, all'interno del quale esso finisce per essere assorbito. L'ordinanza emessa ai sensi della disposizione *de qua*, in altri termini, si presenta come passaggio di una sequenza funzionale a garantire una

43 V. l'art. 50, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, che ha sostituito con tale nuova denominazione quella precedente di "Tribunale per i minorenni".

pronta assistenza al minore, nelle more dell'adozione di ogni opportuno e più meditato provvedimento del Giudice competente⁴⁴. Tale rappresentazione risulta ora confermata anche dalla Suprema Corte in una recentissima decisione, nella quale – in un *obiter dictum* – viene affermato il carattere provvisorio, urgente ed endoprocedimentale del provvedimento amministrativo di messa in sicurezza di minori, nel caso di specie collocati presso alcuni parenti⁴⁵.

44 Cfr., seppure riferito alla precedente formulazione della norma, Trib. Ferrara, 2 dicembre 2020, in “DeJure.it”.

45 Cass., 4 aprile 2024, n. 8908, in “Diritto & Giustizia”, fasc. n. 66, 2024, p. 1 ss., con commento di F. Ferrandi, *Il provvedimento di reclamo che conferma l'allontanamento a tutela dei minori deve statuire anche sulle spese di lite?*



MARIA EPIFANIA
DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO
DEL DISPONENTE ANZIANO E VULNERABILE*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il consenso informato del paziente quale diritto della persona. – 3. Disposizioni anticipate di trattamento: natura giuridica, contenuto e tempo della formulazione. 4. La condizione di vulnerabilità del disponente anziano non autosufficiente e rilievi conclusivi.

1. Al fine “di relativizzare i problemi della persona anziana”, bisogna “svincolare la valutazione degli atti e delle attività da rigide, astratte e prefigurate categorie”¹. Occorre ricordare che “costruire una categoria dell’anziano e una normativa esclusiva per l’anziano *tout court* potrebbe costituire fonte di nuova emarginazione. Tra gli esseri umani, la Costituzione non consente distinzioni in base all’età, né in termini positivi né negativi”². Alla luce di tali riflessioni, ci si soffermerà – senza alcuna pretesa di esaustività – su alcuni aspetti della l. n. 219 del 2017, dedicando particolare attenzione alle disposizioni anticipate di trattamento redatte da persona anziana e vulnerabile.

Al fine di superare la tradizionale astrattezza della categoria del “soggetto giuridico”³ è importante rilevare che l’età non ha alcun rilievo sulla capacità giuridica della persona fisica. L’età, invero, “non incide sull’attitudine alla titolarità delle situazioni soggettive, ma può limitarne o esclu-

* Il presente contributo si inserisce nelle linee di ricerca del Progetto Age-It (Ageing Well in an Ageing Society”), cofinanziato dall’Unione europea – Next Generation EU, nell’ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), Investimento Partenariato Esteso PE8 “Conseguenze e sfide dell’invecchiamento”.

1 P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, III, *Situazioni soggettive*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 22.

2 P. Perlingieri, *o.l.u.c.*

3 P. Perlingieri, *Il diritto del minore all’assistenza: aspetti problematici ed attuativi*, in Id., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, p. 295; F. Parente, *Diritti della persona anziana, tutela della salute e autonomia della volontà*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 463.



derne l'esercizio, in funzione della natura dell'interesse tutelato e della concreta capacità di discernimento dell'individuo"⁴.

2. Per delineare il contesto nel quale sono state introdotte le disposizioni anticipate di trattamento, occorre soffermarsi sul consenso informato del paziente. Quest'ultimo, "quale vero e proprio diritto della persona"⁵, trova il suo fondamento negli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione, come "sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute". Ogni individuo ha il diritto di essere curato e di ricevere informazioni adeguate riguardo alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché sulle eventuali terapie alternative. Queste informazioni devono essere "le più esaurienti possibili" per garantire una scelta libera e consapevole da parte del paziente e, di conseguenza, la sua stessa libertà personale, in conformità all'articolo 32, secondo comma, della Costituzione⁶. Anche la Carta dei diritti fondamentali dell'UE evidenzia come il consenso libero e informato del paziente all'intervento medico non debba essere considerato soltanto come un requisito di liceità del trattamento ma come un vero e proprio diritto fondamentale dei cittadini europei, correlato al diritto all'integrità della persona. Riafferma la centralità della tutela della dignità e identità della persona anche la Convenzione sui diritti umani e la biomedicina, firmata a Oviedo il 4 aprile 1997 (ratificata in Italia con la legge del 28 marzo 2001 n. 145), in base alla quale gli interventi terapeutici non possono essere eseguiti senza il consenso dell'interessato che deve essere personale, informato, libero, attuale e sempre revocabile. Tra le altre fonti rilevanti, poi, vi sono la Convenzione dell'Aja del 13 gennaio 2000 sulla protezione internazionale degli adulti e la Convenzione di New York sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006, ratificata con la legge del 3 marzo 2009, n. 18.

Ad ogni modo si rileva come la disciplina applicabile, in assenza di una normativa specifica, sia rimasta a lungo controversa⁷, specialmente laddove il rifiuto delle cure potesse determinare la morte del paziente.

4 Cosí F. Parente, *o.l.u.c.* Il pensiero riportato è di P. Perlingieri, *o.l.u.c.* V. Altresí Id., *Diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, cit., p. 31.

5 Cosí P. Perlingieri, *Diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, cit., p. 31.

6 Cosí, testualmente, Corte cost., 22 ottobre 1990, n. 471, in *Foro it.*, 1991, I, c. 14; Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, *ivi*, 2009, I, c. 1328 ss.

7 Come rileva A. Musto, *Le disposizioni anticipate di trattamento e il ruolo del notaio*, in *Tratt. dir. succ. don.* diretto da G. Iaccarino, Utet, Torino, 2023, p. 675 ss., in passato, in mancanza di precise disposizioni di legge, la questione principale riguardava "l'esercizio del diritto di autodeterminazione terapeutica preventiva, in previsione cioè di una eventuale e futura incapacità. In discussio-

Secondo una prima interpretazione, fondata sull'indisponibilità del bene-vita, il medico è obbligato a somministrare trattamenti sanitari salvavita indipendentemente dalla volontà del paziente, considerando tale intervento lecito ai sensi dell'art. 54 c.p. Al contrario, secondo un orientamento più recente condiviso dalla giurisprudenza⁸ che considera l'autodeterminazione terapeutica un diritto fondamentale della persona, desumibile dagli artt. 2, 13, e 32, comma 2 Cost.⁹ – il paziente non solo può scegliere tra varie opzioni di trattamento medico, ma ha anche la facoltà di rifiutare eventualmente la terapia e “decidere consapevolmente di interromperla” in qualsiasi fase della vita, inclusa quella terminale¹⁰.

ne erano validità e vincolatività di siffatte dichiarazioni quando sono contenute in un testamento biologico”. Per un’analisi delle varie posizioni in dottrina, v. S. Palma, *Testamento biologico e amministrazione di sostegno: limiti e soluzioni alternative*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1809. V., tra gli altri, anche V. Verdicchio, *Testamento biologico e consenso informato (aspetti delle decisioni di fine vita nel diritto italiano tra jus conditum e jus condendum)*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 657, secondo il quale, pur in assenza di una normativa specifica, riconosceva l’ammissibilità del testamento biologico. “Ciò in base sia al diritto di rango costituzionale – precedentemente illustrato – all’autodeterminazione terapeutica (della quale, come già ricordato, il testamento biologico sarebbe, secondo una diffusa opinione, l’estrema proiezione), sia alle previsioni della Convenzione di Oviedo del 1997, che fa espresso riferimento alle direttive anticipate di trattamento all’art. 9, il quale (nella traduzione italiana non ufficiale) stabilisce: “I desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell’intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione”. Un espresso riconoscimento del testamento biologico si rinviene poi nel codice deontologico medico del 18/05/2014 (come già in quello precedentemente in vigore), il cui art. 30 è appunto intitolato alle “Dichiarazioni anticipate di trattamento”.

- 8 Così, pressoché testualmente, Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, cit., c. 1328 ss.
- 9 Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., c. 125 ss. Per un puntuale commento, v. S. Deplano, *Diritto all'autodeterminazione terapeutica e suoi limiti*, in G. Perlingieri e G. Carapezza Figlia, (a cura di), *L'interpretazione secondo Costituzione nella giurisprudenza*, I, cit., p. 97 ss.
- 10 Nel contesto menzionato, si osserva la parziale legalizzazione del c.d. suicidio assistito, attraverso una nota e controversa decisione della Corte costituzionale, la n. 242 del 22 novembre 2019, che ha valorizzato l'autodeterminazione dell'individuo. Per approfondire, v. Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, in *Guida dir.*, 2020, 3, p. 54 ss. Tale decisione ha dato séguito, in mancanza del tanto auspicato intervento del legislatore, a quanto anticipato dalla Consulta in una precedente ordinanza del 16 novembre 2018, n. 207. V., sul punto, Corte cost., ord., 16 novembre 2018, n. 207, in *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 566 ss., con note di G. Carapezza Figlia, *Diritto al suicidio assistito? La tutela della persona alla fine della vita*, ivi, p. 580 ss. V., da ultimo, A. Leuzzi, *Il fine vita tra antichi dilemmi e nuove proposte*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli,

In forza di tale lettura degli artt. 357 e 424 c.c., si riconosce al tutore la possibilità di porre in essere atti non patrimoniali in nome e per conto del rappresentato e, altresì, di rifiutare trattamenti sanitari nel caso in cui ciò corrisponda alla presunta volontà del paziente. Tale impostazione, “apprezzabile per l’approccio metodologico teso ad una applicazione del personalismo costituzionale (art. 2 cost.)”¹¹ è stata tuttavia oggetto di critiche da una parte della dottrina¹², la quale – in assenza di una specifica disciplina – riteneva ammissibile il ricorso a strumenti alternativi in grado di permettere la pianificazione. Tale conclusione si fondava su una interpretazione dell’art. 408, comma 1, c.c., secondo cui “l’amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata”.

3. Nel contesto di tale lungo e complesso dibattito¹³, caratterizzato da

2024, p. 39 ss.; C. Romano, *Autodeterminazione del paziente, disposizioni anticipate di trattamento, aiuto farmacologico a morire*, in *Notariato*, 2022, p. 117.

- 11 Così P. Perlingieri, *Diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, cit., p. 32.
- 12 Cfr. G. Bonilini, *Testamento per la vita e amministrazione di sostegno*, in AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006, p. 189 ss.
- 13 Come rileva C. Romano, *Le disposizioni anticipate di trattamento*, Studio n. 136-2018/C del Consiglio nazionale del Notariato, in *CNN Notizie del 5 dicembre 2018*, p. 1, la l. n. 219 del 2017 “giunge all’esito di un ampio dibattito, etico e giuridico, nel corso del quale sono entrati sovente in tensione i temi del diritto alla salute e della indisponibilità del bene vita, la cui composizione è stata diversamente raggiunta da quanti muovono da un approccio religioso o laico alla materia. Non a caso, il legislatore fa rinvio agli articoli 2, 13 e 32 della costituzione, rispettivamente dedicati al riconoscimento dei diritti inviolabili dell’uomo, all’inviolabilità della libertà personale, alla tutela della salute, quale “fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività”, al rispetto della persona umana nei trattamenti sanitari (art. 32 comma II cost.). La legge mira a realizzare un delicato punto di equilibrio tra questi principi, onde garantire “il diritto alla vita, alla salute, alla dignità ed all’autodeterminazione della persona” (art. 1)”. V. F. Parente, *Il testamento di vita*, in *Diritto delle successioni e delle donazioni*, 2a ed., a cura di R. Calvo e G. Perlingieri, II, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, p. 873 ss. e 885. L’A. identifica “nel contesto valoriale della carta costituzionale” il presupposto normativo del testamento di vita “in quanto atto di esercizio di un diritto costituzionale di autodeterminazione medico-sanitaria ed espressione negoziale di una dimensione di autonomia privata” come negozio giuridico unilaterale atipico.

istanze della giurisprudenza¹⁴ e della dottrina¹⁵ – finalizzate ad “attuare concretamente quel sistema di tutela espresso sul piano del diritto sostanziale dagli artt. 2, 13, 32 della costituzione”¹⁶ – è stato introdotto il c.d. testamento biologico¹⁷ con la l. del 22 dicembre 2017, n. 219,

- 14 V. Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Corriere giur.*, 2007, p. 1686, con nota di E. Calò, *La Cassazione vara il testamento biologico*; in *Foro it.*, 2008, I, 125, con nota D. Maltese, *Convincimenti già manifestati in passato dall'incapace in stato vegetativo irreversibile e poteri degli organi preposti alla sua assistenza* e ivi, I, c. 2610, con commento di S. Cacace, *Sul diritto all'interruzione del trattamento sanitario "life-sustaining"*; in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, p. 363, con nota E. Palmerini, *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*; in *Nuova giur. comm.*, 2008, p. 83, con nota di A. Venchiarutti, *Stati vegetativi permanenti: scelte di cure e incapacità*; in *Dir. famiglia*, 2008, con nota di P. Virgadamo, *L'eutanasia e la Suprema Corte: dall'omicidio del consenziente al dovere di uccidere*, p. 594. V. Cons. Stato, Sez. VI, 2 settembre 2014, n. 04460, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 74, con nota di P. Zatti, *Consistenza e fragilità dello "ius quo utimur" in materia di relazione di cura*; con nota di E. Palermo Fabris, *Risvolti penalistici di una sentenza coraggiosa: il Consiglio di Stato si pronuncia sul caso Englano*; con nota di R. Ferrara, *Il caso Englano innanzi al Consiglio di Stato*, e P. Benciolini, *"Obiezione di coscienza?"*.
- 15 V., ad esempio, AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, con prefazione di Veronesi U., Milano, 2006 e, ivi, v. G. Bonilini, *"Testamento per la vita" e amministrazione di sostegno*.
- 16 Trib. Firenze, 22 dicembre 2010, in *Nuova giur. comm.*, 2011, I, p. 483, con nota di D. Infantino, *Direttive anticipate e amministrazione di sostegno*. V. Corte cost., 14 dicembre 2016, n. 262, in *Dir. e giustizia*, fasc. 100, 2016, p. 13, secondo la quale “data la sua incidenza su aspetti essenziali della identità e della integrità della persona, una normativa in tema di disposizioni di volontà relative ai trattamenti sanitari nella fase terminale della vita – al pari di quella che regola la donazione di organi e tessuti – necessita di uniformità di trattamento sul territorio nazionale, per ragioni imperative di eguaglianza, *ratio* ultima della riserva allo Stato della competenza legislativa esclusiva in materia di “ordinamento civile”, disposta dalla Costituzione. Il legislatore nazionale è, nei fatti, già intervenuto a disciplinare la donazione di tessuti e organi, con legge 01/04/1999, n. 91 (Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti), mentre, in relazione alle dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario, i dibattiti parlamentari in corso non hanno ancora sortito esiti condivisi e non si sono tradotti in una specifica legislazione nazionale, la cui mancanza, però, non vale a giustificare in alcun modo l'interferenza della legislazione regionale in una materia affidata in via esclusiva alla competenza dello Stato”.
- 17 Come rileva C. Romano, *Legge in materia di disposizioni anticipate di trattamento: l'ultrattività del volere e il ruolo del notaio*, in *Notariato*, 2018, p. 16, la terminologia comunemente usata per riferirsi a tali disposizioni include espressioni come “testamento biologico” o “biotestamento”, e anche “testamento di vita” (*living will*). Queste definizioni, benché descrittive, non sono tecnicamente corrette sul piano tecnico-giuridico. Diversamente da un atto mortis causa, che

recante *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento* (c.dd. DAT)¹⁸. Tale normativa rappresenta “un delicato punto di equilibrio tra vari valori complessi, come il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all’autodeterminazione della persona”, operando un significativo cambiamento nella “tradizionale concezione asimmetrica” della relazione tra medico e paziente, verso una “medicina condivisa”¹⁹. Nel confronto tra l’inviolabilità della vita e il rispetto della volontà dell’individuo, l’intera normativa è focalizzata sul “coinvolgimento del paziente nelle decisioni esistenziali” riguardanti i trattamenti sanitari da ricevere. Il legislatore, poi, qualifica come “trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l’idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici”, ritenendo lecito l’atto basato sull’interesse a morire naturalmente e, dunque, a preservare la propria dignità.

La disciplina del consenso informato (art. 1) evidenzia l’importanza di una manifestazione di volontà attuale; nelle disposizioni anticipate di trattamento (art. 4, l. n. 219 del 2017) si dà rilevanza a una volontà espressa in previsione di una futura incapacità di autodeterminarsi; nella pianificazione condivisa delle cure (art. 5, l. n. 219 del 2017), il consenso del paziente assume un carattere programmatico²⁰.

Le disposizioni anticipate di trattamento – quali “forme di autodeterminazione terapeutica preventiva [...] implicanti decisioni dell’ora per

regola gli interessi dell’autore per il tempo in cui avrà cessato di vivere, le disposizioni di fine vita integrano “una manifestazione di volontà destinata ad avere efficacia quando l’autore è ancora in vita, relativa alle cure cui lo stesso intende sottoporsi”. Nonostante ciò, l’uso del termine “testamento biologico” è indubbiamente suggestivo poiché sottolinea un aspetto fondamentale dell’istituto: “l’ultrattività del volere rispetto alla capacità dell’autore, la proiezione nel futuro di siffatta volontà, tale da dilatare i confini dell’autodeterminazione individuale oltre la perdita della coscienza”. V. altresì F. Parente, *Le disposizioni anticipate di trattamento: struttura, contenuto, forme e pubblicità*, in *Dir. fam. succ.*, 2020, p. 1401.

18 V.C. Verde, *Profili civilistici delle direttive anticipate di trattamento*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, p. 885.

19 Per questi rilievi, v. C. Romano, *Autodeterminazione del paziente, disposizioni anticipate di trattamento, aiuto farmacologico a morire*, in *Notariato*, 2022, p. 117. Cfr. V. Verdicchio, *Testamento biologico e consenso informato (aspetti delle decisioni di fine vita nel diritto italiano tra jus conditum e jus condendum)*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, 2, p. 637 ss.

20 Per questi rilievi v., pressoché testualmente, C. Romano, *Autodeterminazione del paziente, disposizioni anticipate di trattamento, aiuto farmacologico a morire*, cit., p. 117.

allora²¹” – costituiscono “un negozio giuridico *inter vivos*, a struttura soggettiva unilaterale, avente causa sanitaria” ed effetti differiti al momento in cui il disponente, “per il sopravvenire di eventi compromettenti, resterà privo di capacità di agire, ossia perderà l’idoneità ad esprimere validamente la propria volontà di autodeterminazione sanitaria”²². In effetti, si ritiene in dottrina²³ che l’utilizzo del termine “disposizione” in luogo di “dichiarazione” miri ad evidenziare “la vincolatività e il contenuto prescrittivo del documento redatto ‘ora per allora’”, dove il termine “dichiarazione”, diversamente, richiami “un volere non vincolante che rende di fatto evanescente l’oggetto della dichiarazione formulata dalla persona”. Probabilmente sarebbe stato più adeguato e in linea con le intenzioni del legislatore usare il termine “direttiva”, che indica una volontà orientativa e vincolante, dove l’autodeterminazione del paziente si armonizza con l’autonomia professionale del medico, il quale, in determinati casi può discostarsi dal contenuto della disposizione²⁴.

- 21 Cosí C. Verde, *Profili civilistici delle direttive anticipate di trattamento*, in *Dir. fam. succ.*, 2018, p. 891. V. M. Rinaldo, *Biotestamento, Il valore della vita “dignitosa” e della libertà personale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 126, secondo la quale “la DAT è un atto *inter vivos* solo se aderiamo all’argomentazione secondo cui è atto di ultima volontà unicamente il testamento, il quale produrrà i propri effetti quando il testatore avrà cessato di vivere. Una DAT trova esecuzione quando il disponente ancora è in vita ed anzi è di frequente volta a disciplinare le scelte del “fine vita”. Non è possibile fare a meno di precisare che le istanze del dichiarante avranno effetto solo quando avrà perso non soltanto la capacità di esprimersi ma anche la capacità cognitiva. Se mediamente non è ancora possibile discorrere di morte, qualora l’incapacità del soggetto è tale da privarlo in maniera irreversibile di qualsivoglia attività fisica e mentale (per esempio una persona in stato vegetativo), si può allora affermare che la DAT rappresenta concretamente un atto di ultima volontà”.
- 22 Cosí F. Parente, *Le disposizioni anticipate di trattamento: struttura, contenuto, forme e pubblicità* cit., p. 1406. Per una analisi delle varie opinioni in dottrina sulla natura giuridica delle disposizioni anticipate di trattamento, v. A. Musto, *Le disposizioni anticipate di trattamento e il ruolo del notaio* cit., p. 684 ss.
- 23 A. Leuzzi, *o.c.*, p. 118.
- 24 Per questi rilievi v., pressoché testualmente, A. Leuzzi, *o.l.u.c.* V., a riguardo, R. Lenzi, *Disposizioni anticipate di trattamento ed effettività del consenso*, in *Notariato*, 2020, p. 138, secondo il quale: “la possibilità per il medico di disattendere le disposizioni anticipate è infatti limitata ad ipotesi tipizzate costituite dalla palese incongruità delle stesse, dalla mancata corrispondenza con la situazione clinica attuale ovvero per una evoluzione della scienza medica, tale da consentire l’adozione di terapie, non prevedibili al tempo di formazione delle dat, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita. al di fuori di tali limitate ipotesi la conformazione alle dat è vincolata”.

Per quanto concerne la redazione delle disposizioni anticipate di trattamento, da parte di persone non affette da disabilità, la l. n. 219 del 2017 prevede: l'atto pubblico notarile; la scrittura privata con sottoscrizione autenticata da notaio; la scrittura privata non autenticata, consegnata personalmente dal disponente all'ufficio di stato civile del comune di residenza o, eventualmente, alle strutture sanitarie (art. 4, comma 6, l. n. 219 del 2017)²⁵. Il disponente, pertanto, dopo aver ricevuto adeguate informazioni mediche²⁶ sulle conseguenze delle proprie decisioni, è libero di autodeterminarsi in previsione della propria eventuale e futura incapacità, esprimendo la propria volontà – ora per allora²⁷ – riguardo a trattamenti sanitari, consenso o rifiuto rispetto ad accertamenti diagnosti-

25 Così, pressoché testualmente, F. Parente, *Le disposizioni anticipate di trattamento: struttura, contenuto, forme e pubblicità* cit., p. 1409.

26 In assenza di in mancanza di indicazioni da parte del legislatore, secondo R. Lenzi, *Disposizioni anticipate di trattamento ed effettività del consenso*, cit., p. 141, è escluso che “il soggetto ricevente le dat possa pretendere la prova dell'avvenuta attività informativa e, in mancanza, rifiutarsi di ricevere l'espressione di volontà del disponente. Non sembra possa invece escludersi il dovere del ricevente di informare il disponente della necessità di acquisire una preventiva adeguata informazione medica e la possibilità, e forse il dovere, di rifiutarsi, qualora lo stesso dichiari di non avervi provveduto; da cui consegue l'opportunità di far rendere al disponente, nell'atto di ricevimento delle dat, dichiarazione di aver acquisito le adeguate informazioni mediche. al fine di far emergere dal documento il conseguimento delle informazioni mediche necessarie alla formulazione delle disposizioni è senz'altro consentito il richiamo o l'allegazione di documenti medici, ovvero l'indicazione del nominativo del medico con il quale il disponente si è confrontato preventivamente”.

27 Invero, come rileva A. Musto, *Le disposizioni anticipate di trattamento e il ruolo del notaio* cit., p. 690, “tra i presupposti, manca ogni riferimento, sul piano oggettivo, alla attualità e gravità delle condizioni di malattia, e, sul piano soggettivo, alla effettività e persistenza d'una volontà assistita da un consapevole percorso di sostegno psico-logico, precedente o successivo, al confezionamento delle disposizioni anticipate di trattamento”. Secondo R. Lenzi, *Disposizioni anticipate di trattamento ed effettività del consenso*, cit., p. 139, in assenza di un diverso dato normativo, che ne legittimi la compressione, è prevalso l'orientamento secondo cui “le dat possono essere validamente rese da una persona sana, in previsione di una futura patologia anche in considerazione del fatto che “la decisione è resa meditata e consapevole non soltanto dall'esperienza della malattia ma anche da una congrua informazione medica, da cui è possibile trarre tutte le notizie necessarie per ponderare adeguatamente le scelte conseguenti. Il legislatore in sostanza fissa un limite, non temporale ma funzionale, alle disposizioni di fine vita, per cui una volta assicurata la consapevolezza e ponderazione delle scelte non sussistono ulteriori limitazioni per accedere allo strumento delle dat”.

ci o scelte terapeutiche e a specifici interventi sanitari. Lo stesso, inoltre, può designare un “fiduciario”. Si tratta di una persona di propria fiducia che possa rappresentare nelle relazioni con il medico e le strutture sanitarie il disponente per il caso in cui quest’ultimo dovesse venirsi a trovare in uno stato di incapacità di esprimere la propria volontà in ordine ai trattamenti sanitari.

4. In base all’art. 4, comma 1, l. n. 219 del 2017, l’autore²⁸ delle disposizioni anticipate di trattamento deve essere una “persona maggiorenne e capace di intendere e di volere”²⁹. Invero, in relazione alla rilevanza normativa dell’età anagrafica, occorre riflettere sul mutamento qualitativo della nozione di capacità naturale, la quale andrebbe intesa come “attitudine intellettuale e volitiva (art. 428, comma 1, c.c.)”³⁰. Non si tratta di “un parametro statico, ma dinamico”, che, nel tempo, “si modifica co-

28 L’assenza di riferimenti allo *status civitatis* consente di ritenere che possano redigere le DAT non solo i cittadini italiani ma anche gli stranieri e gli apolidi stabilmente residenti. Sul punto v., da ultimo, A. Leuzzi, *o.c.*, p. 119.

29 Il riferimento alla capacità di intendere e di volere nel testo di legge, secondo A. Leuzzi, *o.c.*, p. 19 s., andrebbe criticato perché “non offre adeguata tutela a quegli individui fragili, anziani, che versano talvolta in condizione di solitudine e di abbandono, con una ridotta capacità la quale tuttavia non intacca quella di intendere e di volere”. La norma, secondo l’a., non specifica criteri per determinare e attestare il tipo e il grado di capacità naturale della persona, evidenziando la difficoltà di coordinare il piano fattuale-clinico con quello legale. Questo mette in luce l’inadeguatezza della categoria legale della capacità naturale nel rappresentare la complessità delle condizioni fattuali e cliniche delle persone, specialmente in riferimento a quelle “zone grigie” degli stadi iniziali del decadimento cognitivo che non possono essere direttamente classificate all’interno delle categorie legali. “Allora il legislatore avrebbe probabilmente fatto meglio a superare la rigidità della categoria legale, ricorrendo a nozioni altre, quali per esempio la capacità di discernimento o quella di prendere decisioni libere e consapevoli, passabili di valutazione in termini individuali e concreti. Valutazione ritenuta indispensabile anche per evitare, sul versante opposto, che il semplice patema d’animo dovuto alla presa di coscienza della malattia di cui si soffre o le condizioni di alterazione emozionale e psicologica che possono derivare dal ricovero in ospedale assumano rilievo come elementi tali da inficiare la piena capacità di intendere e di volere e, conseguentemente, la valida redazione delle DAT. Diversamente, infatti, e interpretando in modo eccessivamente rigoroso il requisito della capacità “naturale”, si finirebbe per considerare invalide le disposizioni anticipate formulate all’atto dell’ingresso in ospedale oppure perché realizzate da persona consapevole della propria malattia”.

30 Per questi rilievi F. Parente, *Diritti della persona anziana, tutela della salute e autonomia della volontà*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 464.

stantemente, ora accrescendosi ora affievolendosi”³¹ essendo “espressione oltre che del patrimonio biologico anche delle acquisite esperienze e sensibilità”³². In altre parole, la capacità effettiva di ogni persona “si evolve perché a evolversi è la personalità dell’uomo”³³. L’età, dunque, non incide di per sé sull’attitudine alla titolarità delle situazioni soggettive. “Il loro effettivo esercizio può essere limitato o in parte escluso, non già muovendo da predeterminate, astratte, rigide e a volte arbitrarie valutazioni legate alle diverse fasi della vita, bensì in base alla correlazione, da valutarsi attentamente, tra la natura dell’interesse nel quale si sostanzia la concreta situazione e la reale capacità di intendere e di volere, di effettuare scelte e comportamenti relativi alle situazioni soggettive interessate”³⁴. Risulta, pertanto, determinante tracciare una netta distinzione tra l’anziano autosufficiente e quello affetto da disabilità³⁵. Per il primo, infatti, non esiste alcuna giustificazione valida per imporre restrizioni alla sua capacità di agire basate meramente sull’età. Tali limitazioni sono ammissibili soltanto qualora sia evidente una mancanza di capacità di intendere e di volere³⁶. Per quanto concerne, invece, la condizione della persona anzia-

- 31 P. Perlingieri, *Diritti della persona anziana, diritto civile e stato sociale*, in Id., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, p. 356; G. Lisella, *La minore età e la capacità di agire*, in Id. e F. Parente, *Persona fisica*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, II, 1, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, p. 205 ss.
- 32 P. Perlingieri, *o.l.u.c.*
- 33 P. Perlingieri, *o.l.u.c.*; F. Parente, *Diritti della persona anziana, tutela della salute e autonomia della volontà*, cit., p. 464.
- 34 Così P. Perlingieri, *Diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 19. Sul punto v. Id., *Diritti della persona anziana, diritto civile e stato sociale*, (1990), in Id., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, p. 360; G. Lisella, *Rilevanza della “condizione di anziano” nell’ordinamento giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, p. 794 ss.; P. Stanzone, *Le età dell’uomo e la tutela della persona: gli anziani*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, p. 444 ss.; G. Sanfilippo, *Autonomia contrattuale e tutela dell’anziano*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 100 ss.
- 35 Come rileva P. Perlingieri, *Diritto civile nella legalità costituzionale*, III, cit., p. 24, “Va tenuta distinta l’ipotesi di rilevanza esclusiva dell’età, alla quale ci si intende riferire, dall’ipotesi nella quale all’età si aggiunge uno stato psico-fisico patologico e comunque tale da incidere sulle “normali” capacità. Come l’età minore non è sinonimo di assenza di malattia, così di regola l’età senile non è sinonimo di malattia e quindi di handicap. Questo, se c’è, introduce ben più gravi problemi, i quali tuttavia prescindono dall’età”.
- 36 P. Perlingieri, *Diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, cit., p. 20.

na non autosufficiente il problema rientra (seppur non esclusivamente) in quello più ampio della salute, delle strutture sociali, e coinvolge altresì il ruolo del nucleo familiare che svolge attività di assistenza e protezione. D'altronde, la presenza di una patologia cronica non è una caratteristica esclusiva della persona anziana e prescinde dall'età³⁷.

In questa direzione si inscrivono le leggi ordinarie vigenti e i principi costituzionali contenuti negli artt. 2, 32 e 38, comma 2, cost. L'utilizzo di strumenti di protezione maggiormente flessibili, come l'amministrazione di sostegno, permette in questi casi di non esaurire il problema nella tutela della salute, ma di considerare che la persona anziana, affetta da una patologia o meno, merita il rispetto della sua dignità³⁸.

Bisogna, dunque, sconfessare l'idea che all'avanzare dell'età coincida necessariamente un affievolimento delle capacità intellettive³⁹. Sono molteplici i casi di persone – come gli anziani non autosufficienti – che presentano delle fragilità, hanno bisogno di cure e di assistenza ma, al contempo, manifestano una tendenziale lucidità e autonomia decisionale. In tali ipotesi, come evidenziato anche dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, laddove il soggetto, seppur anziano, abbia la capacità di poter soddisfare le proprie esigenze psicofisiche, culturali, relazionali, allora l'amministrazione di sostegno, seppur 'abito su misura' della persona, va negata⁴⁰. In tali casi, pertanto, non vi sono dubbi in merito alla capacità di redigere le disposizioni anticipate di trattamento⁴¹.

37 P. Perlingieri, *o.l.u.c.*

38 P. Perlingieri, *o.l.u.c.*

39 Come evidenziato da P. Perlingieri, *o.l.u.c.* "La stessa definizione di anziano è problematica, perché esprimibile non unicamente in termini di età della vita, ma anche e soprattutto di conservazione delle strutture e delle funzioni psico-fisiche, delle potenzialità fisiche e intellettive. [...] la capacità effettiva si evolve perché a evolversi è la personalità dell'uomo. Questi, tuttavia, conserva pari dignità e ha diritto a che il suo sviluppo non trovi limiti che non siano dettati nel suo effettivo ed esclusivo interesse, sia pure in correlazione agli analoghi interessi degli altri. Una rilettura costituzionale dei limiti alla capacità stabiliti in forma rigida, di quelli preclusivi di atti e di attività e di quelli interruttivi, costituisce ancora un impegno da svolgere".

40 Cass., 31 dicembre 2020 n. 29981, con nota di S. Sanfilippo, *Per una rinnovata lettura assiologica dell'amministrazione di sostegno: l'anzianità e la mera cura patrimonii non sono indici rivelatori della necessità di attivazione del sostegno*, in *Fam. pers.*, 2021, p. 1048, ove si rileva che "il sostegno non [può] essere disposto nei confronti di chi si trovi nella piena capacità di determinarsi, anche se in condizioni di menomazione fisica dovute all'età avanzata".

41 Nell'ipotesi, poi, nella quale il disponente dovesse essere "affetto da disabilità fisiche non incapacitanti, ma impeditive delle normali relazioni comunicative",

Diversamente, ove le condizioni della persona anziana e vulnerabile richiedano l'apertura di una misura legale di protezione, sarà necessario verificare in concreto se sussista o no la capacità di redigere le DAT.

La l. n. 219 del 2017, per quanto concerne il soggetto inabilitato⁴², da una parte prevede la possibilità per quest'ultimo di esprimere il consenso informato alle cure senza necessità di assistenza da parte del curatore (art. 3, comma 4); dall'altra, l'art. 3, comma 5 consente al rappresentante legale dell'inabilitato di manifestare il rifiuto alle cure. In effetti, tenendo conto del rapporto di regola (capacità) ed eccezione (incapacità)⁴³, si condivide pienamente l'interpretazione⁴⁴ secondo la quale il soggetto inabilitato, in mancanza di indicazioni contrarie, così come può esprimere il consenso informato, può formulare le DAT, fatto salvo che non si dimostri che, al momento della redazione, si trovi in una condizione di incapacità naturale⁴⁵.

Il beneficiario di amministrazione di sostegno, invece, gode di una capacità di agire "residuale", ben potendo porre in essere "tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria" dell'amministratore, conformemente a quanto stabilito nel decreto del giudice tutelare⁴⁶. Ne consegue che – alla stregua di quanto accade per la capacità di

quanto al regime formale, rileva F. Parente, *Le disposizioni anticipate di trattamento: struttura, contenuto, forme e pubblicità*, cit., p. 1413 s., da cui il rilievo, che "le dichiarazioni anticipate di trattamento "possono essere espresse attraverso videoregistrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare" (art. 4, comma 6, l. n. 219 del 2017). Potrà trattarsi, oltre che di videoregistrazioni, di sistemi di scrittura braille, di altri codici di scrittura tattile, di dispositivi informatici, di apparati telematici o di ulteriori tecnologie avanzate di comunicazione". Tale disciplina riguarda solo il regime in deroga della forma dell'atto, ma non incide "sulla capacità di agire del disponente, ed è giustificata dall'esigenza di favorire la concreta redazione delle disposizioni anticipate di trattamento, malgrado la condizione di disabilità".

42 Per quanto riguarda il soggetto interdetto e le altre esclusioni che si ricavano dalla disposizione legislativa v. F. Parente, *Le disposizioni anticipate di trattamento: struttura, contenuto, forme e pubblicità*, cit., p. 1408 s.

43 Come rileva, infatti, C. Romano, *Le disposizioni anticipate di trattamento*, cit., p. 23, dall'art. 591 c.c. si evince "che la capacità di testare costituisce la regola, mentre i casi di incapacità rappresentano l'eccezione e, come tali, sono tassativi e non suscettibili di estensione analogica". In tal senso v. in giurisprudenza, tra le numerose decisioni, Cass., 5 novembre 1987, n. 8169, in *Mass. Giur. it.*, 1987.

44 Così C. Romano, *Le disposizioni anticipate di trattamento*, cit., p. 26, F. Parente, *Le disposizioni anticipate di trattamento: struttura, contenuto, forme e pubblicità*, cit., p. 1408.

45 Così C. Romano, *Le disposizioni anticipate di trattamento*, cit., p. 26.

46 Seppur con riferimento alla capacità di donare, risulta quanto meno opportuno ricordare quando affermato da Corte cost., 10 maggio 2019, n. 114, in *Fam. dir.*,

disporre per testamento⁴⁷ – il beneficiario di amministrazione di sostegno potrà validamente esprimere le proprie disposizioni anticipate di trattamento, salvo che il decreto non escluda per quest'ultimo la competenza esclusiva di decidere riguardo alla cura della propria persona⁴⁸.

Tale ultima circostanza è presa in considerazione dalla l. n. 219 del 2017. L'art. 3 comma 4, infatti, prevede che il consenso informato possa essere manifestato oppure rifiutato dall'amministratore di sostegno, "tenendo conto della volontà del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere o di volere". Dal momento che una simile disposizione non è stata prevista anche in tema di disposizioni anticipate di trattamento – attesa la natura personalissima dell'atto – si ritiene condivisibile l'opinione in dottrina⁴⁹ secondo la quale sarebbe da escludersi qualsiasi intervento da parte dell'amministratore di sostegno, sia in termini di assistenza che di rappresentanza.

2019, p. 745, secondo cui "lo strumento [dell'amministrazione di sostegno] è volto a proteggere senza mortificare la persona affetta da una disabilità che può essere di qualunque tipo e gravità. Pertanto il Giudice può adeguare la misura alla situazione concreta della persona e modificarla nel tempo, sacrificando nel minor modo possibile la capacità di autodeterminazione del beneficiario".

47 Si ritiene infatti, ove il decreto non richiami l'incapacità prevista dall'art. 591 c.c. per gli interdetti, che il beneficiario di amministrazione di sostegno conservi la capacità di testare. V., a tal proposito, Cass., 21 maggio 2018, ordinanza n. 12460, in *Corr. giur.*, 2019, p. 60, con nota di M.N. Bugetti, *Sulla privazione ex decreto in capo al beneficiario dell'amministrazione di sostegno della capacità di testare e di donare*, secondo cui il giudice tutelare può escludere la capacità di donare del beneficiario di un'amministrazione di sostegno solo "in presenza di situazioni di eccezionale gravità, tali da indurre a ritenere che il processo di formazione e manifestazione della volontà possa andare incontro a turbamenti per l'incidenza di fattori endogeni o di agenti esterni". Con riferimento al problema della "vulnerabilità" senile e la capacità di testare, v. M. Cinque, *Il ruolo del notaio nel testamento pubblico e il problema della capacità naturale dell'ageing testator*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 1035; Id., *Capacità di disporre per testamento e "vulnerabilità" senile*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 362; M. Girolami, *I testamenti suggeriti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 562 ss.; A.M. Benedetti, *La protezione del testatore (ir)ragionevole? Incapacità naturale e problemi di prova*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 743 ss.; G. Perlingieri, *A proposito delle interferenze tra testamento e contratto*, in S. Giova, Id. e L. Tullio (a cura di) *Autonomia negoziale e successioni mortis causa*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 30. V. altresì S. Giova, V. Rotondo e M. Epifania, *La protezione legale nelle relazioni di cura agli anziani*, in C. Tomassini, M. Albertini e C. Lallo (a cura di), *Avanzare insieme nella società anziana. Considerazioni multidisciplinari sulla domanda di assistenza agli anziani in Italia*, Bologna, il Mulino, 2024, p. 165 ss.

48 Così C. Romano, *Le disposizioni anticipate di trattamento*, cit., p. 26.

49 C. Romano, *o.l.u.c.*

In conclusione, si rileva come il percorso legislativo volto alla tutela delle persone “vulnerabili”⁵⁰ abbia subito notevoli cambiamenti nel corso degli anni. Inizialmente centrato esclusivamente sulla protezione del patrimonio della persona fragile, si è poi evoluto verso un approccio diretto alla cura della persona con l’introduzione dell’amministrazione di sostegno che – per quanto presenti tuttora non poche criticità – rappresenta uno strumento di protezione molto flessibile e capace di rispondere alle singole necessità e aspettative del beneficiario.

Del resto, come ricorda anche la giurisprudenza della Corte di legittimità, esiste un principio generale, che trova il suo fondamento nell’art. 2 cost., che impone di rispettare la sfera di libera volizione della persona beneficiaria di amministrazione e “di conservarne il più possibile la capacità di agire, poiché quella che è stata declinata dalla dottrina come “tutela dei diritti dei più fragili” passa necessariamente attraverso la valorizzazione della loro dignità e l’adozione di provvedimenti ‘su misura’”. Questi ultimi devono essere proporzionati e adeguati alle effettive, concrete ed attuali esigenze del beneficiario, con l’obiettivo di salvaguardare, sempre nei limiti del possibile, la capacità e l’autodeterminazione della persona⁵¹.

Occorre ricordare che “la necessità di rimuovere gli ostacoli al pieno sviluppo della persona (artt. 3, comma 2, e 2 cost.) – ancor più della stessa tutela della sua salute (art. 32 cost.) – costituisce l’unica legittimazione costituzionale dello statuto di protezione e di promozione, che deve quindi essere funzionalizzato a tale esigenza”⁵².

50 Occorre evidenziare che l’elaborazione di un concetto di vulnerabilità, in grado di assumere valore giuridico, non può prescindere dalla peculiare condizione nella quale viene a trovarsi la persona umana, per la quale necessita di particolare protezione. Così testualmente: S. Giova, *Minori in condizione di particolare vulnerabilità*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2022, 3, p. 168. V. altresì N. Lipari, *Vulnerabilità esistenziale e strumenti di tutela*, in *Annali Sisdic*, 2018, 2, p. 4; Ar. Fusaro, *L’atto patrimoniale della persona vulnerabile*, Jovene, Napoli 2019, p. 1 ss., spec. p. 7 ss., ove si definisce la vulnerabilità come “quella carenza di difesa, quella debolezza che nasce dalla persona di soddisfare dei bisogni, vuoi nella relazione con l’ambiente esterno, vuoi nelle relazioni sociali o affettive”.

51 Così, pressoché testualmente, Cass., 19 gennaio 2023, n. 1667, in *Dejure online*.

52 P. Perlingieri, *Diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, cit., p. 14.

FRANCESCA CARIMINI, STEFANIA GIOVA*

ANZIANI VULNERABILI E TUTELE CIVILISTICHE

SOMMARIO: 1. Vecchiaia e anzianità: profili di un'indagine. – 2. Vulnerabilità e fragilità della persona umana. – 3. Gli anziani vulnerabili nel sistema ordinamentale. – 4. Anziani vulnerabili e amministrazione di sostegno. – 5. Il mandato di protezione in previsione di una futura incapacità.

1. Vecchiaia e anzianità: profili di un'indagine

Il concetto di “anzianità”, che nel linguaggio comune evoca inesorabilmente quello di “vecchiaia”, simboleggia quella fase dell'umana esistenza nella quale compaiono i primi segni di una possibile debilitazione progressiva delle funzioni vitali fisiche e, talora, ahimé, intellettive dell'individuo. Nella storia del pensiero questo particolare periodo della vita è stato disegnato secondo accezioni non soltanto diverse ma assai spesso contrastanti, rappresentando l'idea di vecchiaia non un'evoluzione lineare, bensì una concezione complessa che vede alternarsi rispetto e indifferenza, derisione e venerazione, abbandono e assistenza sociale; e ciò a causa di una pluralità di elementi quali la struttura della famiglia, la trasmissione della cultura, i modelli di bellezza e tanto altro.

La storia è testimone di tale insita contraddittorietà già dai mondi antichi, laddove, invece, lo stereotipo vorrebbe configurare le persone anziane sempre venerate. Documenti storici, ivi compresi la letteratura ed il teatro, attestano che così non è: diverso è risultato, infatti, l'approccio nei riguardi di chi invecchia bene e di chi no, poiché al rispetto ed alla considerazione dei primi si contrappone l'esclusione sociale dei secondi. Siffatta doppiezza culturale e sociale, reiteratasi nel corso dei secoli, suggerisce di riflettere scientemente sul ruolo sociale assegnato agli anziani nella storia del mondo occidentale e di interrogarsi se sia stata soltanto l'epoca moderna, e con essa l'esaltazione della giovinezza, a produrre il discredito di tutto ciò

* Il contributo, frutto di una riflessione congiunta, è da attribuire per i paragrafi da 1 a 3 a Francesca Carimini e per i paragrafi 4 e 5 a Stefania Giova.

che riguarda lo *status* di anziano, o ancora se il conflitto generazionale sia fenomeno esclusivo del tempo attuale o invece abbia precedenti in epoche più o meno remote.

Il primo modello mitico di “vecchio” trova la sua personificazione in Omero, *kalòs géron* (il “bel vecchio”), un uomo segnato dall’età, ma con una espressione di saggezza e di quella considerazione che la società greca arcaica riservava ai *gerontes* ma anche ai giovani che incarnavano l’ideale della *kalakagathìa*¹.

¹ Le immagini della vecchiaia nella percezione filosofica e artistica sono estremamente variegata, non solo per l’avvicinarsi storico di paradigmi diversi, ma anche per la coesistenza di interpretazioni contrastanti all’interno della medesima epoca storica. Una complessità tutt’altro che risolta, in cui riproduzioni grottesche convivono con celebrazioni e apologie, in un labirinto di concezioni che caratterizza ancora oggi il ritratto polarizzato della vecchiaia: esperienza e rispettabilità da un lato, fragilità e orrore dall’altro. Nella medicina della Grecia classica la vecchiaia era considerata una patologia: il *Corpus Hippocraticum* individua la causa principale dell’invecchiamento in una progressiva perdita di calore e di forza vitale che rende il corpo dell’anziano sempre più freddo e secco, simile alla salma di un cadavere.

Molto fertile in età ellenistica fu anche la rappresentazione di donne anziane ripugnanti e non più desiderabili: megere, depravate e corrotte, quasi che il deturpamento esteriore fosse lo specchio di un deterioramento morale. D’altro canto, la riflessione politica di Platone identificava i reggenti migliori con i filosofi anziani di età superiore ai 50 anni e negava ogni valore al decadimento corporeo, ritenendo che l’essenza e la verità dell’uomo risiedessero unicamente nell’anima e nelle virtù interiori. Nel *Menone*, inoltre, asseriva che “conoscere è ricordare”, e nessuno, più dell’anziano, è ricco di memoria e dunque depositario di sapere e conoscenza. A Sparta, poi, si realizzò il modello perfetto di *gerontocrazia*. Anche Cicerone riconosceva solo al *senex* le qualità fondamentali per guidare la società e le generazioni future: saggezza, autorità, prestigio, esperienza e competenza. Nel *De Senectute* scrive che la vecchiaia appare triste e infelice almeno per quattro motivi: allontana dalle attività quotidiane, indebolisce il corpo, priva di quasi tutti i piaceri, pone l’uomo ad un passo dalla morte. Cicerone smonta ad uno ad uno questi luoghi comuni, con un’impresa di riabilitazione della vecchiaia che insiste sull’importanza della prevenzione e dello stile di vita per una terza età serena, attiva e in salute. La lezione del grande oratore romano consiste esattamente in ciò: dire addio alla freschezza della gioventù non vuol dire necessariamente piombare in un baratro di inadeguatezza fisica e psichica: è possibile anche elaborare una versione di sé sana e prospera, non più decadente ma più matura. Già nel mondo classico, dunque, la vecchiaia non è solo un dato biologico ma anche un destino psicologico e storico-culturale, che può essere condizionato da pratiche, approcci e strategie. Ed è proprio qui che germoglia per la prima volta l’idea di un invecchiamento attivo, affiorata a più riprese nel corso della storia, in mezzo a raffigurazioni di anziani malridotti, decrepiti e pubblicamente derisi.

Da sempre e convenzionalmente la vita degli esseri umani è stata suddivisa in segmenti allacciati all'età anagrafica della persona; si pensi già ad Aristotele, il quale ne *La retorica* individuava i tre momenti salienti nella giovinezza, maturità e vecchiaia, con riguardo alla quale, in ossequio al senso naturalistico, sottolineava essere la *phthisis*, la debolezza, a stravolgere le capacità intellettuali e ad alterare il carattere dei vecchi.

Ad oggi, tuttavia, poiché il periodo dell'esistenza cronologicamente successivo a quello della maturità ha registrato negli ultimi decenni il progressivo allungamento della vita media di ciascuno – per una serie di fattori, tra i quali, non da ultimi, l'aumento dell'aspettativa di vita ed il fenomeno dell'invecchiamento della popolazione – v'è la tendenza ad abbandonare l'idea di vecchiaia quale categoria unitaria ed unificante e a prediligere piuttosto la segmentazione della stessa in una pluralità di tipi – quali terza, quarta età, giovani anziani, anziani, grandi anziani – secondo una logica definitoria e classificatoria degli stati esistenziali poco attenta alle peculiarità del caso concreto quanto piuttosto incline e fortemente sbilanciata verso l'incasellamento e la catalogazione². Il profilo indicato desta

2 V., in argomento, A. Pisu, *Vulnerabilità, salute e autodeterminazione della persona anziana*, in P. Corrias, E. Piras (a cura di), *I soggetti vulnerabili nell'economia, nel diritto e nelle istituzioni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2021, la quale sottolinea che, anche in virtù dei continui progressi della scienza medica, la cd. Terza età è venuta ad includere una fascia di persone sempre più ampia all'interno della quale, trattandosi di una realtà non omogenea, può essere importante, ad alcuni fini e per talune scienze, tracciare delle differenziazioni, sì che talvolta si discorre perfino di "quarta età". Senza dubbio, in un discorso sulla fragilità, i c.d. Grandi anziani possono meritare una separata considerazione in quanto – per fattori naturali e sociali – costituiscono un collettivo che, presentando specificità e peculiarità rispetto ad altre generazioni di persone in età senile, risulta esposto a una condizione di maggiore vulnerabilità; tuttavia, anche per loro, le peculiari esigenze di protezione non dipendono mai solo dall'età, ma dalla senilità associata ad altri fattori. Secondo l'a. la situazione può sembrare speculare a quanto accade nella minore età nella quale da tempo si distingue in dottrina, e da ultimo anche a livello normativo, la condizione del c.d. Grande minore da quella del soggetto infra-dodicenne, soprattutto al fine di valorizzare l'effettiva capacità di discernimento del minorenni temperando la rigidità del tradizionale concetto di incapacità legale di agire. Tuttavia, il parallelo non deve essere enfatizzato trattandosi di fasi della vita che divergono profondamente. Difatti, "mentre la minore età si caratterizza necessariamente come momento evolutivo-formativo della personalità dell'individuo, la terza età non involge necessariamente un deterioramento delle capacità psicofisiche tale da giustificare comunque un intervento integrativo o sostitutivo delle manifestazioni volitive della persona in relazione ai propri interessi", così G. Lisella, *Rilevanza della "condizione di anziano" nell'ordinamento giuridico*, in P. Stanzione (a cura di), *Anziani e tutele giuridiche*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1991, p. 74. Sul punto, anche M. Dogliotti, *I diritti dell'anziano*, ivi, p. 53 s.

non pochi dubbi e perplessità, sostanzialmente da ascrivere al precipuo rilievo assunto dal dato anagrafico, quale criterio guida della fattispecie; secondo altra prospettiva, infatti, l'età non può in alcun modo essere un aspetto inerente allo *status personae*, poiché essa, minore, matura o senile che sia, non incide di per sé sull'attitudine alla titolarità delle situazioni soggettive³. L'effettivo esercizio di quest'ultime potrà di certo essere limitato o in parte escluso non già muovendo da predeterminate, astratte, rigide e a volte arbitrarie valutazioni legate alle diverse fasi della vita, bensì in base alla correlazione, da valutarsi attentamente, tra la natura dell'interesse nel quale si sostanzia la concreta situazione e la reale capacità di intendere e di volere, di effettuare scelte e comportamenti relativi alle situazioni soggettive interessate⁴. L'età quale elemento determinante dell'identità è insoddisfacente quando considerato di per sé, poiché da un lato essa non rappresenta il dato esclusivamente biologico, e dall'altro subisce l'impatto del dinamismo e del continuo mutamento delle categorie identitarie nelle quali ciascuno potrebbe decidere di riconoscersi. Sotto il profilo indicato dunque non appare condivisibile l'opinione di quanti ritengono l'età crite-

- 3 P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2020, p. 19 ss. Cfr., altresì, *ex multis*, G. Lisella, *Rilevanza della "condizione di anziano" nell'ordinamento giuridico*, in "Rassegna di diritto civile", n. 4, 1989, p. 794 ss.; G. Sanfilippo, *Autonomia contrattuale e tutela dell'anziano*, ivi, n. 1, 1990, p. 100 ss.; V. Zambrano, *La tutela dell'anziano*, ivi, p. 200 ss.; L. Tafaro, *l'età per l'attività*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2003, p. 363 ss.
- 4 Fondamentale al riguardo è distinguere l'anziano autosufficiente dall'anziano in condizioni di *handicap*: per il primo non si giustificano limitazioni della stessa capacità di agire fondate esclusivamente su ragioni di età; le stesse si possono reputare legittime soltanto in assenza di incapacità di intendere e di volere. Utile risulterebbe rileggere le norme restrittive, in specie quelle dettate per i minori in chiave di legittimità costituzionale e verificare di volta in volta quali di esse siano applicabili all'anziano: si pensi all'illecito *ex art. 2048 c.c.*, alla valutabilità del concorso di colpa, agli atti della vita quotidiana e via dicendo. V., in argomento, P. Perlingieri, *Diritti della persona anziana, diritto civile e stato sociale*, in Id., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2005, p. 360 s. Quanto invece all'anziano non autosufficiente e all'inabile, il problema rientra in parte in quello più ampio della salute, delle strutture sanitarie e sociali, coinvolgendo altresì il ruolo della famiglia: ciò prescinde dal problema dell'età e attiene all'inabile in quanto tale, poiché la cronicità, l'irreversibilità della malattia e la stessa c.d. situazione terminale non sono caratteristiche esclusive dell'anziano (v., in argomento, G. Lisella, *Rilevanza della "condizione di anziano" nell'ordinamento giuridico*, cit., p. 803 ss.; P. Stanzone, *Anziani (assistenza agli)*, in "Enciclopedia del diritto", Aggiornamento, Giuffrè, Milano 1999, p. 112 ss.).

rio di giudizio primario impiegato per la categorizzazione delle persone, e quale base giustificativa della capacità del soggetto: risulta pressoché impossibile, oltre che di alcuna utilità, stabilire l'appartenenza categoriale alla quale ricondurre la condizione esistenziale di ciascuno, senza pensare, tra l'altro, che la soglia di passaggio tra i vari stadi è variabile fortemente dipendente dalla cultura e dal contesto sociale in cui ci si trova a vivere⁵.

2. Vulnerabilità e fragilità della persona umana

Il tema degli anziani, quali soggetti vulnerabili, rappresenta una compagine di rinnovato rilievo e precisa attualità, (e) non soltanto sotto il profilo normativo. La *querelle* – che da tempo interessa giuristi, sociologi, filosofi, medici ecc.–, non pare possa prescindere dalla ricerca del significato della medesima nozione: cosa si intende per vulnerabilità? Rappresenta essa circostanza universale che caratterizza la condizione umana?⁶ Esistono soggetti fragili per antonomasia? Ed ancora, in quale misura essa incide sul divenire della persona umana?

5 Così, M.G. Bernardini, *(In)visibili? La vulnerabilità alla violenza di chi non ha l'età*, in *geniusreview.eu*, n. 2, 2020, p. 6 ss., la quale sottolinea, puntualmente, come spesso le riflessioni relative all'età mettano in rilievo dei “non ancora” e dei “non più”, ossia dei “troppo” che rivelano l'eccedenza rispetto alla norma, l'inadeguatezza di chi non abbia la giusta età, la sua mancata corrispondenza rispetto ad un parametro di riferimento che certamente è presente, ancorché non esplicitato e del quale è possibile individuare, in un'ottica critica, l'antropologia sottesa. Gli stereotipi relativi alla vecchiaia socialmente più diffusi inducono ancora a ritenere che il crescente deterioramento delle capacità cognitive e relazionali dovuto alla senescenza – capacità considerate fondamentali per il riconoscimento dell'umanità – incida inevitabilmente sulla lucidità della persona anziana, rendendola manipolabile, e ingeneri in essa un regresso all'età infantile, così favorendo la perdita dei caratteri di piena umanità (in tal modo, dunque, al “non ancora” relativo alla persona minore si sostituisce il “non più” che contraddistingue quella anziana).

6 Efficacemente M. Ramuschi, *Sulla vulnerabilità della persona umana*, in *Rivista giuridica del Molise e del Sannio*, n. 2, 2023, p. 65 ss. Vulnerabilità è quella riconducibile alla persona umana: essa si potrebbe considerare come un “cassetto”, nel quale riporre vari elementi, sì che diversi sarebbero i soggetti ivi annoverabili. Nell'odierna società “liquida”, che è in costante evoluzione, sempre *in fieri*, connotata dal rischio e dall'incertezza, non esiste una persona invulnerabile. Tutt'al più, è possibile distinguere fra soggetti già colpiti dalla vulnerabilità (e, magari, già effettivamente “vulnerati”) e soggetti non ancora colpiti, poiché resilienti, ossia dotati di capacità e di determinati mezzi, con cui riescano ad affrontare le peripezie, dinnanzi alle quali, quotidianamente, la vita pone.

La consapevolezza della immanente connessione della vulnerabilità a questioni particolarmente complesse – inclusive di concetti quali resilienza, principio di non discriminazione, di eguaglianza – suggerisce di condividere l’approccio di quanti definiscono le tradizionali teorie, antitetiche rispetto alle attuali concezioni della giustizia sociale, non idonee a dare contezza della fragilità umana⁷. Il superamento del mito liberale del soggetto politico libero, indipendente ed autonomo, quale modello antropologico a fondamento di certe prospettive, apre la via ad un ripensamento radicale di taluni modelli e all’elaborazione di un nuovo paradigma della vulnerabilità, in base al quale la fragilità è da intendersi quale condizione positiva per la realizzazione di “parità di opportunità e di accesso”.

Il rinnovato orientamento, fondato sull’idea dell’individuo consapevole del proprio essere fragile, si dipana in altrettante elaborazioni⁸, le quali,

7 Così, A. Callegari, *Il paradigma della vulnerabilità: brevi riflessioni per una riconfigurazione del dilemma equality-difference*, in *questionegiustizia.com*, 2018, p. 2 ss.

8 La più importante tra le varie teorie è quella formulata da John Rawls, il quale fa riferimento a “beni primari” quali la libertà, le opportunità, la ricchezza, il reddito, il riconoscimento, il rispetto di sé (J. Rawls, *A theory of justice*, Haward University 1971), che generalmente non sono posseduti da persone che vivono nella marginalità della sofferenza umana, collocando la vulnerabilità all’esterno dell’uomo; nessun cenno, invece a beni relazionali, come, ad esempio, la cura, il quale diversamente sarebbe utile ad evidenziare una concezione anti-utilitaristica dell’uomo, spostando l’origine della vulnerabilità dall’esterno all’interno dell’umano. Jürgen Habermas ha il pregio di teorizzare in modo chiaro e puntuale il concetto di intersoggettività socializzante, sottolineando che l’individuo è immerso in una fitta rete di relazioni, e diventa persona esclusivamente nella socializzazione, cioè nell’interazione linguisticamente mediata. Entro tale ambito, il singolo si manifesta, oltre che nella sua crescente autodeterminazione e autonomia, altresì come soggetto vulnerabile e bisognoso di protezione e sicurezza (J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* a cura di L. Ceppa, Laterza, Bari 2013); la vulnerabilità umana è quindi intesa come condizione universale e costitutiva dell’essere umano. Il filosofo tedesco sostiene che la responsabilità presuppone una situazione di eguaglianza, reale o presunta dei soggetti, e ammette il reciproco riconoscimento di tutti coloro che possono o potrebbero essere interessati a partecipare al discorso comune al fine di stabilire norme giuste e a fondarne l’universalità. In particolare, egli considera la necessità del rispetto e il riguardo dell’uno per l’altro come risposta alla condizione universale di vulnerabilità degli esseri umani. Secondo una diversa prospettiva Hans Jonas collega la sua etica della responsabilità ad un rapporto impari di potere che esclude la reciprocità. Jonas che, nella sua critica alla teoria morale tradizionale, definisce la vulnerabilità un concetto selettivo e fonte di responsabilità verso le persone più deboli e fragili, identifica la responsabilità con la cura di un altro essere umano, o di entità astratte, come la natura, l’umanità, etc. In particolare, attribuisce alla cura due dimensioni che ne fanno una categoria propria di un’etica imperativa: da un lato, essa è legata alla fragilità dell’essere che è oggetto di cura, dall’altro, si configura come un dovere.

sebbene tra loro differenti sotto molteplici profili, condividono unanimemente l'idea che "la fragilità, fisica, mentale, emotiva, materiale, rappresenti una forma di insuccesso, qualcosa di deplorabile, un male che, se non eradicato, in quanto costitutivo della condizione umana, debba venire quantomeno 'anestetizzato'"⁹. È stato tuttavia correttamente evidenziato che la vulnerabilità, proprio per il suo essere condizione universale di ogni individuo, presenta un aspetto funzionale di indubbio rilievo, quale strumento idoneo alla realizzazione di eguaglianza di opportunità. Secondo la prospettiva indicata, orbene, ciò che va ricercato è proprio lo sviluppo della resilienza individuale attraverso la riscoperta dell'empatia, del coraggio e della compassione¹⁰; si che

in tal senso, la vulnerabilità umana, qui intesa *in context*, non dipende dallo *status* della persona, o dalla sua appartenenza ad una determinata categoria, ma rimanda al modo in cui le istituzioni sociali, create dal diritto e dallo stesso regulate, privilegiano certe posizioni, soggetti, o identità, impedendo un uni-

9 Testualmente, A. Callegari, *op. cit.*, p. 4.

10 In particolare si è evidenziato (D.E. Brown, *Human Universals*, mcgrawhill, New York 1991, pp. 5-6; Id., *Human Universals and their Implications*, in N. Roughley (ed.), *Being Humans: Anthropological Universality and Particularity in Transdisciplinary Perspectives*, de Gruyter, Berlin-New York 2000, pp. 156-174) che ciò che caratterizza il senso di appartenenza sono la vulnerabilità e il coraggio. La vulnerabilità o autenticità, intesa come l'accettazione per quello che si è, rappresenta la precondizione alla connessione con gli altri. Sopprimere la vulnerabilità porta invece alla disconnessione, all'autolesionismo e all'emersione della vergogna (Brown definisce la vergogna come "the intensely painful feeling or experience of believing we are flawed and therefore unworthy of acceptance and belonging"). La vergogna è un'emozione che chiunque, inevitabilmente, sperimenta nel corso della propria vita. Ciò che porta alla vergogna sono le aspettative, che sono a loro volta determinate e imposte dal genere: entro tale ambito, la vulnerabilità è considerata come qualcosa che provoca vergogna, e che deve essere evitata. Secondo Brown la vergogna ha origine dalla *fear of disconnection*, a cui va contrapposta la resilienza, intesa come adattamento positivo dell'individuo in risposta ad una situazione avversa, che si sviluppa attraverso l'empatia e la compassione. Il significato dei concetti di coraggio e di vulnerabilità proposti da Brown sono estremamente differenti da quelli comunemente utilizzati e socialmente costruiti dal genere maschile. Nel linguaggio ordinario, infatti, il coraggio è inteso nel senso di audacia o di "negazione della debolezza", mentre la vulnerabilità rappresenta una condizione soggettiva da evitare. A tali significati, la sociologa americana contrappone due definizioni diverse: il coraggio è inteso come il proprio sé, nella sua autenticità, mentre la vulnerabilità è il fondamento della connessione. In questo senso, la connessione, la vulnerabilità e il coraggio rimandano, nell'ambito dell'etica della cura, ad un rapporto tra pari, di simmetria e reciprocità tra i soggetti (nella loro comune imperfezione): da un lato, vi è chi necessita di cure, dall'altro, chi le fornisce (*caregiver*).

forme accesso ad un'uguaglianza di opportunità. Attraverso il paradigma della vulnerabilità si intende andare al di là dei concetti perniciosi di identità e di "categorie vulnerabili", al fine di prendere sul serio l'idea di uno Stato che si renda responsabile, da un lato, di rimuovere i meccanismi strutturali che creano ingiustizia sociale ed economica, dall'altro, di indirizzare le istituzioni sociali (famiglia, scuola, comunità) allo sviluppo della resilienza individuale, al fine di realizzare un'uguaglianza come *philia*¹¹.

Nel configurare un paradigma della vulnerabilità quale "risorsa" risulta oltremodo necessario prendere le distanze da un lato dai più comuni stereotipi, pregiudizi o aspettative, che inesorabilmente determinano la costruzione di ruoli e di identità preconfezionati e, dall'altro dalla concezione strettamente individualistica per abbracciare, invece, una prospettiva solidarista, assiologicamente orientata nel cui ambito assumere la vulnerabilità come condizione positiva e promuovere una concezione dell'uguaglianza sostanziale in base alla quale il "bisogno" è meritevole di solidarietà e le differenze rappresentano un valore da tutelare da parte di uno Stato responsabile¹².

11 Testualmente, A. Callegari, *op. cit.*, p. 5.

12 M.A. Fineman, *Il soggetto vulnerabile e lo Stato responsabile*, in M.G. Bernardini, B. Casalini, O. Giolo e L. Re (a cura di), *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, If Press, Roma 2018, p. 141 ss. Chiarisce subito uno Stato "more responsive" corrisponde a una società più eguale. I suoi obiettivi polemici sono, da una parte, l'uguaglianza intesa in senso meramente formale, dall'altra, il diritto antidiscriminatorio statunitense dove "ogni guadagno acquisito da un individuo che appartiene a una minoranza diventa una giustificazione per abbandonare la ricerca dell'uguaglianza sostanziale". Fineman auspica un maggiore coinvolgimento dello Stato nelle politiche volte a ottenere l'uguaglianza sostanziale e, guardando chiaramente al modello europeo, chiede un cambiamento della cultura politica, giuridica e istituzionale statunitense, che consenta ai poteri legislativo ed esecutivo di divenire il centro di propulsione e attuazione delle politiche di uguaglianza. In questo quadro, il potere giudiziario ha un ruolo di supervisione. Esso ha il compito di rispondere alle rivendicazioni degli individui, mettendo fine a quella che l'autrice chiama la "*jurisprudence of identity and discrimination*", poiché "la promessa dell'uguaglianza non deve essere condizionata dal fatto che si appartenga o meno a una categoria identitaria". L'uguaglianza deve essere intesa come universale. Il richiamo alla vulnerabilità serve allora, soprattutto a Fineman, per giustificare l'impegno dello Stato nei confronti dell'uguaglianza sostanziale. La necessità di rispondere alla vulnerabilità diviene così la base delle politiche di uguaglianza: l'impegno dello Stato in favore della uguaglianza "è radicato in una comprensione della vulnerabilità e della dipendenza". Esso ha come precondizione inoltre il fatto che si riconosca che "l'autonomia non è una caratteristica naturale della condizione umana, ma è un prodotto delle politiche sociali". Sulla questione, per ulteriori approfondimenti, si rinvia a L. Re, *Vulnerabilità e cura nell'orizzonte dello Stato costituzionale di diritto*, in "Politeia", XXXV, 133, 2019, p. 183 ss.

All'esito delle considerazioni esposte, se è vero che non può di certo essere sottaciuta l'esistenza di una dimensione finita e fragile degli esseri umani, i quali vivono in una condizione perenne di dipendenza, anche relazionale, che assai spesso rende negativa la loro esistenza, sì da comprometterne la dignità, l'integrità nonché l'autonomia, è vero altresì che nel nostro sistema ordinamentale la persona, la quale come valore assurge a ruolo fondamentale, dev'essere primariamente considerata, in specie quella vulnerabile, non soltanto attraverso il riconoscimento di una serie di diritti, ma attraverso la rimozione degli ostacoli al suo pieno e libero sviluppo. In un ambito, come quello *de quo*, ove la visione antropocentrica fa da padrona, occorre, senza dubbio alcuno, rifuggire da considerazioni meramente positivistiche, sì che opportuna risulta un'analisi logico-sistematica, al fine d'inserire, nel ragionamento del giurista, questioni inerenti alla relazionalità umana, alle relazioni sociali, alle situazioni esistenziali, ossia a questioni da correlarsi, sempre, ad una "soggettività concreta, molteplice, diversificata, frammentata". In tale contesto, in definitiva, giunge in rilievo la necessità di un costante dialogo fra diritto civile, filosofia (in specie, analitica e del diritto) e sociologia¹³.

3. Gli anziani vulnerabili nel sistema ordinamentale

È opinione diffusa quella che, in una certa misura, tende a sovrapporre la categoria dei soggetti deboli a quella delle persone vulnerabili: nel caso di specie l'anziano risulterebbe vulnerabile in quanto debole per antonomasia. In realtà seppure sussista una qualche assonanza, i due concetti vanno tenuti distinti, poiché sembra che la proposta corrispondenza non possa essere rintracciata se non sotto il profilo della garanzia di una più incisiva tutela dell'individuo nell'esercizio dei suoi diritti¹⁴.

13 M. Ramuschi, *op. cit.*, p. 65 ss. e *ivi* ampi riferimenti di dottrina e di giurisprudenza.

14 P. Scarlatti, *Soggetti deboli, costituzione ed istanze della vulnerabilità*, in *gruppodipisa.it*, n. 1, 2023, p. 170 ss. Chiarisce che il concetto di vulnerabilità appare decisamente più scivoloso giacché per definizione aperto, non precisamente circoscritto da un perimetro costituzionale di riferimento predefinito e riconoscibile (in senso analogo, M. Manetti, *I nuovi diritti nascenti dal mercato: illusioni e delusioni*, in "Giurisprudenza costituzionale", n. 6, 2019, p. 3387). Secondo l'a. differentemente dalla tutela del soggetto debole, riconducibile ad un'opera di categorizzazione e identificazione frutto di una scelta positivizzata nel testo della Costituzione e coerentemente sviluppata in senso espansivo dalla giurisprudenza costituzionale, la tutela della vulnerabilità nasce e si afferma grazie all'attività creatrice delle Corti dei diritti – ed in particolare della Corte di Strasburgo – pro-

In particolare, quando si discorre di vulnerabilità (degli anziani), la distanza dalla tradizionale tutela dei soggetti deboli appare evidente poiché, anche a livello costituzionale, la tutela di essi in funzione antidiscriminatoria non pare costituisca il referente privilegiato della protezione medesima, mentre emerge in modo preponderante la massimizzazione delle potenzialità di una relazione esclusiva con l'inviolabilità della dignità umana. In termini diversi è nel primato della persona e della sua dignità che origina la condizione dell'anziano quale soggetto vulnerabile e, conseguentemente, la giustificazione di uno speciale trattamento di tutela. Ciò detto, se è vero che la vulnerabilità rappresenta un aspetto strutturale della condizione umana, specialmente in considerazione delle diverse fasi della vita, è altrettanto doveroso osservare come, nell'ottica dell'ordinamento giuridico, alcuni soggetti si presentino in realtà *più vulnerabili* di altri, e per questa ragione siano destinatari di specifiche e diversificate tutele. In questo senso intesa, la nozione di vulnerabilità implica, da un lato, un orizzonte pressoché illimitato di possibilità, nel quale determinati individui si prestano ad essere considerati come *diversamente vulnerabili*, e, dall'altro lato, una verifica da condursi necessariamente caso per caso¹⁵.

Emerge dunque la necessità per il giurista di aprirsi alle nuove problematiche connesse alla terza età sulla via di un doppio binario: individuando diritti e forme di protezione della persona anziana, anche in assenza di uno specifico dato normativo, attraverso la diretta applicazione dei principi fondamentali e dei valori e, ad un tempo scongiurando il pericolo di configurare una nuova categoria e una legislazione esclusiva per l'anziano *tout court* al fine di evitare fonti di una nuova emarginazione. Secondo la prospettiva suggerita risulta di estrema importanza non irrigidire in schemi preconetti una condizione estremamente complessa – si pensi alla varietà di bisogni e situazioni riconducibili all'ultimo ciclo della vita –

prio al fine di assicurare una protezione più incisiva verso forme di debolezza e svantaggio non predeterminabili in astratto. Mentre la prima è in linea di massima concepita nel quadro nazionale degli interventi di protezione sociale e dei diritti sociali, la seconda investe la complessità dei diritti della persona, definendosi soprattutto alla luce della più recente esperienza di internazionalizzazione del sistema di (riconoscimento e) protezione dei diritti fondamentali. La tutela delle persone vulnerabili nasce e si colloca quindi in un orizzonte più vasto, dai confini ben più evanescenti rispetto alla protezione costituzionale dei soggetti deboli assicurata dallo Stato sociale, la cui proiezione in larga parte si esaurisce nel contesto del lavoro e nel rapporto con i soli diritti sociali, declinandosi in un'ottica di superamento delle disparità di fatto che di tale condizione di debolezza e svantaggio sono l'inevitabile risultato.

15 P. Scarlatti, *op. cit.*, p. 274.

quale non può essere ricondotta esclusivamente al tema della fragilità¹⁶. In termini di assiologia giuridica, l'anzianità può essere connotata soltanto come *categoria relativa*, scarsamente omogenea, irriducibile ad un contenuto uniforme, condizionata dallo stato di alterazione diacronica della corporeità, dalle patologie del patrimonio biologico e genetico, dal mutamento delle potenzialità psico-fisiche della persona, dalla qualità dell'organizzazione socio-assistenziale-sanitaria e dalla struttura produttiva e culturale della comunità¹⁷.

Relativizzare le questioni ed i problemi che involgono le persone anziane, si traduce da un lato, nello svincolare la valutazione delle attività da rigide, astratte e prefigurate categorie e, dall'altro nella considerazione della natura dell'atto posto in essere, poiché altro è l'atto di natura patrimoniale, altro quello di natura esistenziale. Proprio in considerazione del valore unitario della persona umana non possono essere sottovalutati né gli elementi strutturali dell'atto, la quantità e la qualità dell'oggetto, delle sue implicazioni e delle sue conseguenze, né le qualità soggettive del suo autore¹⁸. Diversa la condizione degli anziani autosufficienti rispetto a quelli non autosufficienti o inabili, in condizioni di *handicap* o, ancor più, ai non autosufficienti cronici. Nell'ottica suggerita, allora, il principio per il quale soltanto gravi compromissioni delle facoltà intellettive possono giustificare un limite al diritto di negoziare dell'anziano assume valenza di effettiva garanzia per il soggetto¹⁹. V'è di più: la gerarchia dei valori, che caratterizza il nostro sistema ordinamentale, ci impone di fare di volta in volta valutazioni differenti a seconda che il negozio abbia carattere patrimoniale oppure personale. Di qui, allora, risulta riduttivo discorrere della tutela dell'anziano soltanto secondo il parametro della capacità di agire, la quale trova la sua genesi in una logica patrimoniale, che mal si adatta alle situazioni esistenziali e all'esercizio dei diritti dell'uomo²⁰.

16 A. Pisu, *op. cit.*, p. 106.

17 Così F. Parente, *Dalla persona biogiuridica alla persona neuronale e cybernetica. La tutela post-moderna del corpo e della mente*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2018, p. 219 s.

18 P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, cit., p. 21.

19 P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, cit., p. 21.

20 La capacità di agire, ovvero di esercitare i propri diritti e doveri, risulta essere tipologia di capacità ispirata ad un'idea di uomo titolare di diritti patrimoniali, derivata dal paradigma dell'"individualismo possessivo", in quel momento prevalente, e dalla visione astratta di soggetto di diritto concepito in modo "quanto più possibile "unico" e indifferenziato". In quest'ottica, la *ratio* di questa capaci-

In altri termini l'assenza di patologie relative alla capacità negoziale dell'anziano non reca in sé che quest'ultimo non sia soggetto vulnerabile, in quanto portatore di interessi diversi, ma ancor più meritevoli di attenzione, promozione e protezione: si pensi alla libertà dal bisogno, alla sfera della dignità e quant'altro²¹. È opportuno, allora, rivedere la nozione di capacità, la quale, il più delle volte viene intesa quale abilità di decidere di carattere generale, che il soggetto possiede se è in grado di assumere decisioni rispetto ad una certa categoria di atti, in una ipotetica, astratta e generale situazione temporale, ambientale e relazionale. Ne consegue un concetto in astratto, una concezione artefatta di capacità, delimitata da una sorta di criterio-soglia, al raggiungimento del quale si definisce uno spartiacque divisorio tra soggetti capaci e incapaci²². Impostazione, quest'ultima che si contrappone alla più moderna prospettiva fondata sulla constatazione che un soggetto è ritenuto capace allo svolgimento di un certo compito se possiede determinate attitudini e abilità in una data e concreta situazione: ciò che va considerato, sempre e comunque, è la capacità in contesto, da valutare nel singolo caso concreto e che richiama la c.d. capacità di discernimento²³.

A nulla servirebbe la costruzione di una categoria dell'anziano; al legislatore e, ancor di più all'interprete spetta piuttosto una missione, quella di

tà è comprensibile: garantire certezza e stabilità nelle relazioni patrimoniali che coinvolgono più soggetti, perché permette di presumere, in modo assoluto, che a quell'età ogni individuo abbia completato quel processo di crescita e maturazione che gli permettono di compiere le attività che hanno un'influenza sul proprio regime patrimoniale in modo consapevole e responsabile.

- 21 P. Perlingieri *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, cit., p. 22 e ivi nota 62 per ulteriori riferimenti di dottrina.
- 22 C. Crocetta, *Persona vulnerabile, soggetto capace. Riflessioni sull'amministrazione di sostegno nel contesto italiano ed europeo*, in *dpceonline.it*, 2020, p. 72 ss.
- 23 P. Stanzione, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1975; Id., *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, in "Rassegna di diritto civile", n. 2, 1980, p. 455 ss.; Id., *Interesse del minore e statuto dei suoi diritti*, in "Famiglia e diritto", 1994, p. 378 ss.; Id., *Persona minore di età e salute, diritto all'autodeterminazione, responsabilità genitoriale*, in "Comparazione e diritto civile", 2013. La menzionata capacità relativa all'attitudine di una persona di capire, riflettere, valutare, agire in una situazione concreta, è stata inserita nel nostro ordinamento giuridico con la riforma del diritto di filiazione (l. n. 219 del 2012 e d.lgs. n. 154 del 2013) in merito al diritto del figlio di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano (recuperando quanto previsto nell'art. 12 CRC) e, da ultimo, ritrovabile anche nella l. n. 219/2017, al cui art. 3 il legislatore ha previsto il diritto alla valorizzazione delle "capacità di comprensione e di decisione" in capo al minore e all'incapace.

promuovere le condizioni per l'esercizio delle libertà e delle scelte individuali e apprestare gli strumenti che consentano la consapevole attuazione della personalità di ciascuno: laddove situazioni di vulnerabilità sociale siano tali da compromettere le libertà dell'individuo ciò risulta essere decisivo. È questa una sfida di non poco conto, considerato che la vulnerabilità non è mai astratta ma sempre specifica; il problema non è dunque quello di reagire con una proliferazione di leggi settoriali volte a tutelare le diverse tipologie di vulnerabilità, quanto piuttosto quello di ricercare la soluzione nei principi fondamentali anche in considerazione della continua e repentina evoluzione del dato fattuale rispetto al quale non sempre il dato normativo può intervenire in via istantanea.

L'impianto del nostro codice civile, non ancora pienamente rispondente alla pluralità delle esigenze emergenti degli anziani vulnerabili costituisce riprova (forse) della bontà delle osservazioni svolte. È confortante, tuttavia, constatare che le tradizionali logiche sostitutive (proprie della disciplina dell'incapacità di agire) hanno lasciato il passo ad un (seppur ancora *in itinere*) mutamento di prospettiva, caratterizzata dal sempre più ampio riconoscimento all'autodeterminazione individuale, nonché alla promozione di forme di sostegno di tipo "collaborativo" le quali, *in specie* in ambito non patrimoniale, consentono – laddove possibile – la partecipazione della persona vulnerabile ai processi decisionali che la riguardano e, in ogni caso, l'assunzione di decisioni coerenti con le preferenze, la volontà e l'identità biografica dell'interessato²⁴.

4. Anziani vulnerabili e amministrazione di sostegno

Il codice civile dispone che "la maggiore età è fissata al compimento del diciottesimo anno"²⁵ e che da quel momento si acquista la capacità di agire, la quale può essere limitata o perdersi soltanto al verificarsi di eventi collegati a stati patologici della persona, ma non in conseguenza del superamento di una determinata soglia anagrafica²⁶. Sì che la persona è idonea a compiere atti giuridici fino alla morte²⁷, a qualunque età sopraggiunga, a meno che non sia destinataria di provvedimenti limitativi della capacità.

24 A. Pisu, *op. cit.*, p. 109.

25 Art. 1, comma 1, c.c.

26 Secondo E. Giacobbe, *I vecchi e i giovani*, in "Il Diritto di famiglia e delle persone", n. 3, 2016, p. 905 "l'età [segna] la fine di un'incapacità, giammai l'inizio di essa".

27 Sulla capacità dell'anziano di testare, v. M. Ziccardi, *Il testamento delle persone vulnerabili*, *infra* in questo volume.

In realtà la persona anziana, più delle altre, subisce l'influenza di fattori esterni che possono condizionarne la volontà e per questo da tempo la dottrina si interroga sulla necessità di individuare misure di protezione in grado da un lato di prevenire tali condizionamenti e dall'altro di preservarne l'autodeterminazione.

Sebbene l'art. 404 c.c. non indichi espressamente l'anziano vulnerabile tra i soggetti che possono beneficiare di amministrazione di sostegno, questa rimane lo strumento giuridico ad oggi maggiormente utilizzato per la protezione dei suoi interessi. È stata introdotta nel nostro ordinamento con l. 9 gennaio 2004, n. 6, con lo scopo di preservare per il maggior tempo possibile la capacità di agire della persona bisognosa di protezione e di modulare l'assistenza della stessa in funzione della sua condizione di vita e delle sue concrete esigenze, rispettandone al contempo l'autonomia. I tradizionali istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione – fondati sull'esigenza di prevenire pregiudizi patrimoniali per l'infermo di mente – determinano infatti la perdita, totale o parziale, della sua capacità di agire, “senza alcuna possibilità di proporzionare l'intervento alle reali condizioni psico-fisiche del soggetto”²⁸, tanto che già dagli anni Settanta del secolo scorso erano considerati bisognosi di adattamenti a vantaggio di misure che tenessero conto della persona e non soltanto del suo patrimonio. Con l'amministrazione di sostegno si passa così dalla tutela del patrimonio dell'incapace a quella della sua persona (in linea con gli artt. 2 e 3 Cost.) preservando, almeno nelle intenzioni del legislatore, quanto più possibile l'autodeterminazione del soggetto in difficoltà²⁹, tenendo conto “dei suoi bisogni specifici e senza escluderlo, nei limiti del possibile, dalle attività civili”³⁰.

L'amministratore di sostegno, che può essere indicato anche dal beneficiario, deve tenere conto dei suoi bisogni e delle sue aspirazioni e, al contempo, assicurarne la piena tutela. L'istituto non genera gli automatismi tipici dell'interdizione e dell'inabilitazione, i quali impediscono agli incapaci il compimento di una serie di atti, senza contare che la loro coesistenza crea problemi di interferenza tra le discipline, dovuta al richiamo all'interno degli artt. 404, 414 e 415 c.c. della nozione di “infermità”. Il beneficiario, pertanto, può compiere senza assistenza atti personalissimi (può

28 P. Perlingieri e P. Stanzione, in P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, 12^a ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2024, pp. 146-147.

29 I. Prisco, *Amministrazione di sostegno e atti personalissimi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2018, p. 11 ss.

30 P. Perlingieri e P. Stanzione, *op. cit.*, p. 145.

sposarsi³¹, può fare testamento³² e può anche donare³³), anche se eventuali limitazioni al compimento di attività possono essere stabilite dal giudice tutelare qualora siano funzionali alla sua effettiva tutela (art. 411, comma 4, c.c.)³⁴. Il giudice, infatti, indica nel decreto di nomina gli atti che il beneficiario, valutate con rigore le sue concrete attitudini, può compiere soltanto con l'assistenza dell'amministratore di sostegno, mentre per i restanti avrà la piena capacità di agire, come pure per quelli necessari a soddisfare le esigenze della vita quotidiana (*ex* art. 409 c.c.). Il giudice tutelare, sin dall'emanazione della legge, è stato considerato una figura centrale della riforma dell'incapacità, essendo allo stesso demandato il compito di recepire i bisogni dell'incapace e di interpretarne le esigenze, sì che il decreto che dispone l'amministrazione di sostegno disegna "un abito su misura da confezionarsi sulle esigenze del beneficiario"; un programma personalizzato che non si limita alla salvaguardia dei beni, ma si estende alla tutela della persona, a salvaguardia della sua autonomia e indipendenza³⁵.

- 31 "Il beneficiario mantiene certamente la capacità di contrarre matrimonio. Sebbene il perseguimento del suo c.d. *best interest* non consenta a priori di escludere tale libertà, in circostanze particolari il divieto può essere imposto se conforme all'interesse dell'amministrato, alla luce dell'interesse protetto dalla norma": Cass., 2/10/2023, n. 27691, in *dirittifondamentali.it*.
- 32 Il beneficiario ha piena capacità di testare a meno che le sue condizioni psico-fisiche non gli permettano di esprimere una piena e consapevole volontà e il giudice tutelare, al fine di evitare condizionamenti esterni, abbia previsto d'ufficio una limitazione: Cass., 28/08/2020, n. 18042, in *osservatoriofamiglia.it*.
- 33 La Corte Costituzionale ha stabilito che "il beneficiario di amministrazione di sostegno conserva la sua capacità di donare, salvo che il giudice tutelare, anche d'ufficio, ritenga di limitarla tramite l'estensione del divieto previsto per l'interdetto e l'inabilitato": Corte cost., 10/05/2019, n. 114, in "Famiglia e diritto", 8/9, 2019, con nota di G. Bonilini, *Il beneficiario di amministrazione di sostegno ha, come regola, la capacità di donare*.
- 34 I. Prisco, *op. cit.*, p. 54 ss.; V. Rotondo, *Invecchiamento della popolazione e strumenti civilistici di protezione e promozione della persona anziana*, *infra* in questo volume; S. Giova, V. Rotondo e M. Epifania, *La protezione legale nelle relazioni di cura agli anziani*, in C. Tomassini, M. Albertini e C. Lallo, *Avanzare insieme nella società anziana. Considerazioni multidisciplinari sulla domanda di assistenza agli anziani in Italia*, Il Mulino, Bologna 2024, p. 165 ss.
- 35 Si che "il giudice tutelare, figura cui sono affidate funzioni riconducibili all'amministrazione di interessi più che alla soluzione di controversie tra parti che contendano su di un diritto, procede alla nomina dell'amministratore limitandosi ad individuare gli atti in relazione ai quali ne ritiene necessario l'intervento, senza peraltro determinare una limitazione generale della capacità di agire del beneficiario": Cass., 29/11/2006, n. 25366, in *federalismi.it*. In argomento cfr. F. Parente, *Amministrazione di sostegno e regole di governo dei fenomeni successori e donativi*, in "Rassegna di diritto civile", 3, 2005, p. 708 s.

L'introduzione dell'istituto è stata accolta da subito con favore sia dalla dottrina per le sue reali capacità di conformarsi alle specifiche esigenze della persona fragile³⁶, sia dalla giurisprudenza che vi ha intravisto una “‘rivoluzione’ [...] che impone di considerare la capacità di agire la “regola” cui fa eccezione ogni limitazione”, manifestando apprezzamenti per un “istituto che consente di elaborare un progetto adatto al singolo caso con una flessibilità attenta ai bisogni e alle richieste della persona”³⁷. Tuttavia l'esperienza più recente ha evidenziato come manchi nella realtà un progetto di sostegno e cura del soggetto fragile o infermo³⁸. La scarsità di risorse e la carenza degli organici nei Tribunali hanno reso di fatto impossibile per i giudici sovrintendere concretamente a ogni procedimento. Se nella fase di iniziale applicazione della legge si è assistito all'effettiva realizzazione della finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, successivamente, a causa anche del moltiplicarsi delle richieste, la situazione è notevolmente cambiata. I provvedimenti di nomina degli amministratori di sostegno sono oggi per lo più standardizzati, molti Tribunali utilizzano moduli prestampati, talvolta reperibili anche sul *web*, e non sempre viene adeguatamente garantito l'ascolto dell'anziano fragile se non attraverso un'indagine sommaria che non consente di conoscere i suoi reali bisogni, le sue aspirazioni.

Di conseguenza, il provvedimento del giudice tutelare difficilmente è in grado di prevedere misure adeguate al caso singolo e la capacità del bene-

-
- 36 La disciplina dell'amministrazione ha contribuito “all'erosione di un modello d'incapacità precostituita”: G. Bonilini, *Sub art. 404 c.c.*, in *Cod. civ. comm.* Schlesinger, Milano 2018, p. 33. “Sin da quando fu introdotta [...] ha conosciuto un successo applicativo senza precedenti [...]. Nei primi anni di applicazione questo ha sicuramente rappresentato un indice di successo dell'istituto, ma ora i numeri sono talmente elevati che si profila l'urgenza di rimeditare gli equilibri dell'intero sistema di protezione degli incapaci”, M. Girolami, *La scelta negoziale nella protezione degli adulti vulnerabili: spunti dalla recente riforma tedesca*, in “Rivista di diritto civile”, 5, 2003, p. 69.
- 37 Trib. Trieste, 5/10/2006, n. 913, in “Giurisprudenza italiana”, 1, 2007, p. 84 ss. con nota di P. Cendon, “*Sopraffondere all'amministrazione di sostegno? Il problema è che siamo ormai scesi dagli alberi...*”.
- 38 Ar. Fusaro, M. Girolami, G. Calabrese, *Gli istituti giuridici di sostegno agli anziani fragili: osservazioni e proposte*, in C. Tomassini, M. Albertini e C. Lallo (a cura di), *Avanzare insieme nella società anziana. Considerazioni multidisciplinari sulla domanda di assistenza agli anziani in Italia*, cit., p. 141 ss.

ficiario viene spesso compressa al punto da negargli in concreto il diritto ad autodeterminarsi³⁹.

Alle problematiche esposte si aggiungono i frequenti episodi di abuso della misura protettiva da parte degli stessi soggetti legittimati a proporre il ricorso (e cioè il coniuge, la persona stabilmente convivente, i parenti entro il quarto grado o gli affini entro il secondo), mossi dall'intento di salvaguardare i propri interessi di natura patrimoniale a scapito di quelli personali del beneficiario. Ciò ha portato inevitabilmente alla proliferazione di contrasti giudiziari che hanno avuto come parte in causa persone anziane. In alcune occasioni il giudice tutelare ha respinto la domanda di nomina dell'amministratore di sostegno sull'assunto che non ogni situazione di bisogno comporti la necessità di "istituzionalizzare una figura di assistente" di nomina giudiziale se il destinatario del provvedimento sia in grado di esercitare con pienezza i suoi diritti, anche mediante l'aiuto di familiari o di volontari. Non è a tal fine sufficiente, ad esempio, che il presunto beneficiario sia ultranovantenne con difficoltà di deambulazione se ciò non si accompagni a una effettiva patologia psichica. Per la nomina di un amministratore di sostegno infatti "occorre che la vulnerabilità provochi un ostacolo nell'esercizio dei diritti o precluda vantaggi o utilità"⁴⁰. Altre volte è stato revocato il decreto di nomina⁴¹ sul presupposto dell'assenza di patologie tali da menomare le facoltà intellettive dell'anziano e quindi della mancanza di un concreto pregiudizio⁴². E recentemente la Corte di Cassazione ha ribadito che la misura dell'amministrazione di sostegno deve essere decisamente esclusa, ove il soggetto che ne dovrebbe beneficiare si trovi nella piena capacità di determinarsi, anche se versi in condizioni di menomazione fisica; ne consegue che, salvo che non sia provocata da una

39 Ar. Fusaro, M. Girolami, G. Calabrese, *op. cit.*, p. 142 ss. La necessità di una misura di protezione specifica e funzionale alle esigenze del beneficiario è stata recentemente evidenziata anche da Cass., ord., 20/03/2024, n. 7414, (in *perso-naedanno.it*), sul presupposto che se il soggetto vulnerabile è in grado di autodeterminarsi e di esercitare con sufficiente autonomia determinati diritti, nonché di operare serenamente in aspetti della vita sociale ed economica, i compiti e i poteri dell'amministratore di sostegno devono essere proporzionati agli accertati deficit del beneficiario, di modo che la misura di protezione risulti funzionale agli obiettivi individuali di tutela, altrimenti implicando un'ingiustificata limitazione della capacità di agire della persona.

40 Trib. Vercelli, 16/10/2015, in *ilcaso.it*.

41 A seguito del ricorso in Corte d'appello presentato dallo stesso beneficiario.

42 Per un esame più approfondito della giurisprudenza e anche di una recente decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo, v. V. Rotondo, *Invecchiamento della popolazione e strumenti civilistici di protezione e promozione della persona anziana*, *infra* in questo Volume.

grave patologia psichica, tale da rendere l'interessato inconsapevole del bisogno di assistenza, la sua opposizione alla nomina costituisce espressione di autodeterminazione, che deve essere opportunamente considerata⁴³.

5. Il mandato di protezione in previsione di una futura incapacità

Le problematiche evidenziate hanno indotto la dottrina a ricercare le soluzioni più idonee ad assicurare all'anziano vulnerabile la necessaria protezione: da una parte sono in atto proposte di revisione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno volte a correggere le carenze sottolineate, parte della dottrina – sulla scorta di quanto fatto da altri Paesi europei – afferma la necessità di introdurre ulteriori misure in grado di assicurare effettiva tutela in caso di futura incapacità, altri infine – condivisibilmente – eleggono la via della rilettura in prospettiva funzionale, sistematica e assiologica di istituti già disciplinati dal codice⁴⁴. È aderendo a tale ultima impostazione che si ritiene possa essere raggiunto l'obiettivo di individuare, come è stato evidenziato, “diritti e forme di protezione della persona anziana, anche in assenza di uno specifico dato normativo, attraverso la diretta applicazione dei principi fondamentali e dei valori e, ad un tempo scongiurando il pericolo di configurare una nuova categoria e una legislazione esclusiva per l'anziano *tout court* al fine di evitare fonti di una nuova emarginazione”⁴⁵.

Una parte della dottrina auspica una riforma legislativa ispirata al diritto tedesco che disciplini il mandato di protezione⁴⁶ a tutela della futura incapacità del soggetto fragile⁴⁷.

43 Cass., ord., 10/9/2024, n. 24251, in *personaedanno.it*.

44 G. Perlingieri, *La modernizzazione della teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, in P. Perlingieri, E. Llamas Pombo, L. Mezzasoma, S. Gioia (a cura di), *La modernizzazione della teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, Atti del III° Congresso Ius Civile Salmanticense, 9 e 10 maggio 2024, Salamanca, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2024, p. 15 ss.

45 V., *retro*, § 3.

46 O mandato o procura “in previsione” o “preventivo/a” oppure anche “di precauzione”, visto che viene redatto quando il soggetto è ancora pienamente *compos sui*, come proposto da Ar. Fusaro, M. Girolami, G. Calabrese, *op. cit.*, p. 152; A. Criscuolo, *Profili non patrimoniali del mandato di protezione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2024, *passim*.

47 Anche la Convenzione de l'Aja del 13 gennaio 2000 sulla protezione internazionale degli adulti, firmata ma non ancora ratificata dall'Italia, favorisce l'introduzione di mandati finalizzati alla gestione di situazioni di vulnerabilità.

In realtà il nostro ordinamento già contempla la specifica possibilità di rappresentare un soggetto in caso di futura incapacità in questioni di carattere personale. È il caso della l. n. 76 del 2016 recante “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”, che al comma 40 dell’unico articolo 1 legittima la nomina del convivente quale “rappresentante con poteri pieni o limitati: a) in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere per le decisioni in materia di salute; b) in caso di morte, per quanto riguarda la donazione di organi, le modalità di trattamento del corpo e le celebrazioni funerarie”. Ancora, la l. n. 219 del 2017 recante “Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”, la quale prevede che il disponente possa designare un “fiduciario”, cioè una persona di propria fiducia che possa rappresentarlo nelle relazioni con il medico e le strutture sanitarie per il caso in cui dovesse venirsi a trovare in uno stato di incapacità di esprimere la propria volontà in ordine ai trattamenti sanitari⁴⁸.

Il mandato di protezione, invece, è un istituto a carattere negoziale con il quale una persona pienamente capace ne nomina un’altra di sua fiducia affinché assuma, nell’eventualità di una sua futura incapacità di agire, decisioni che lo riguardano sia di carattere personale sia di carattere patrimoniale⁴⁹.

Da qualche anno la dottrina si interroga sullo schema negoziale che dovrebbe avere il mandato di protezione, a partire ovviamente da quanto previsto dall’art. 1703 e 1704 c.c., nonché sulle problematiche connesse alla sua introduzione nel nostro ordinamento, quali il momento dal quale far decorrere l’efficacia del mandato (e cioè il momento dal quale decorre l’incapacità, oltre all’individuazione di chi tale incapacità deve certificare) anche in comparazione con quanto già fatto da altri Paesi europei.

Recentemente, il Sindacato italiano dei notai ha avanzato una proposta legislativa che prevede l’aggiunta di un Capo III al Titolo XI del libro primo del c.c. che stabilisce che non potranno essere applicate

48 Cfr. M. Epifania, *Disposizioni anticipate di trattamento del disponente anziano e vulnerabile*, *infra* in questo Volume. Sulla necessità di tenere distinti sul piano funzionale il ruolo del rappresentante e quello dell’incaricato per l’attuazione delle DAT, cfr. A. Criscuolo, *op. cit.*, p. 69 ss.

49 M. Girolami, *Dalla crisi dell’amministrazione di sostegno al mandato di protezione: un bilancio de iure condendo*, in “Rivista di diritto civile”, 5, 2021, p. 854 ss.; V. Rubertelli, *Il mandato di protezione e la tutela dei soggetti fragili: un buon esempio da emulare*, in “Notariato”, 6, 2023, p. 649 ss.; A. Criscuolo, *op. cit.*, p. 78, secondo il quale “Il mandato di protezione è strumento che può contribuire a modulare il sostegno secondo le aspettative individuali e a compiere scelte confezionate il più possibile sui più concreti e più meritevoli interessi della persona”.

le misure di protezione già previste dal codice civile a chi, in vista di una futura incapacità, abbia già conferito ad altri un mandato con rappresentanza con indicazioni vincolanti per la cura del proprio patrimonio e della propria persona. Mandato di protezione che a pena di nullità deve essere conferito con atto pubblico e può riguardare anche più persone, fisiche o giuridiche (per le quali possono essere già previsti sostituti in caso di cessazione), con poteri congiunti o disgiunti⁵⁰. La proposta prevede inoltre la possibilità per il mandante di affidare l'accertamento della sua capacità a uno o più guardiani ai quali si sostituirebbe il giudice tutelare in caso di loro impedimento o inattività. Gli atti compiuti in violazione delle disposizioni del mandato di protezione possono essere annullati su istanza del guardiano, del pubblico ministero e degli eredi del mandante. Il mandante può revocare il mandato di protezione o un mandatario in ogni tempo, con la forma prevista per il conferimento.

Di là dal pregio che può avere una proposta volta a individuare misure di protezione *ad hoc* in grado di dare risposte normative a una popolazione sempre più proiettata all'invecchiamento, si ritiene di dover condividere l'opinione di chi ha messo in evidenza che una rilettura dell'attuale disciplina del mandato "in una prospettiva funzionale, sistematica e assiologica, è già di per sé suscettibile di legittimare un uso funzionale di questo istituto alle esigenze di protezione in caso di futura incapacità [e] che diverse disposizioni in tema di mandato sono derogabili". L'art. 1722 c.c., ad esempio, che prevede tra le cause di estinzione "la morte, l'interdizione o l'inabilitazione del mandante o del mandatario", non vieta al contempo "che le parti possano stabilire una diversa efficacia e, quindi, concordare, come normalmente condiviso, tanto un mandato *post mortem*, quanto un mandato diretto ad operare (quale condizione) in caso di futura vulnerabilità o incapacità del mandante, similmente a quanto già accade con le c.dd. DAT (disposizioni anticipate di trattamento)"⁵¹.

50 V. *federnotai.it*.

51 G. Perlingieri, *op. cit.*, p. 19.

ALESSIA MACCARO, FRANCESCO GIULIANI, FRANCESCO RICCIARDI,
LETIZIA LORUSSO, GIUSEPPE FICO, LEANDRO PECCHIA*

LA VULNERABILITÀ DELL'ANZIANO

Note sull'accettabilità delle tecnologie biomediche a partire dal progetto Gatekeeper

Sommario: 1. La vulnerabilità come principio etico. – 2. Vulnerabilità e fragilità nell'anziano ammalato. – 3. Gatekeeper e *healthy ageing*. – 4. Caso di studio a partire dal Pilot Casa Sollievo della Sofferenza. – 5. La *compliance* dell'anziano con le tecnologie digitali sanitarie.

1. *La vulnerabilità come principio etico*

La vulnerabilità caratterizza la condizione di ogni essere umano, nel senso della sua intrinseca costitutiva finitudine, tuttavia nel tempo il concetto ha assunto diverse sfumature andando a connotare specifiche condizioni che possono attenerne ad un peculiare momento della vita (si pensi alla malattia o allo svantaggio economico) o ad alcune dimensioni esistenziali (come la disabilità) o che possono riguardare determinati gruppi (migranti, donne) che subiscono relazioni di dominio o sono esclusi o marginalizzati da talune dinamiche socio-politiche, economiche o persino psicologiche¹.

La vulnerabilità rimanda a un *vulnus*, ad una ferita o danno inferto che compromette la pienezza delle capacità del soggetto e, talvolta, mina la garanzia dei suoi diritti².

Difatti il concetto di vulnerabilità entra nel lessico dei documenti internazionali a partire dalla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del

* AM si è occupata dei paragrafi 1-2 (parte)-5; FG, FR E LL si sono occupati dei paragrafi 2 (parte) 3-4; LP e GF si sono occupati della concettualizzazione e della supervisione di tutto il saggio.

1 E. Ferrarese, *Vivere alla mercé. Figure della vulnerabilità nelle teorie politiche contemporanee*, “La società degli individui”, 38, 2010, pp. 68-87.

2 Sul tema della vulnerabilità cfr. M.C. Nussbaum, *La fragilità del bene. Fortuna ed etica nella tragedia e nella filosofia greca* (1986), trad. it. e intr. di G. Zanetti, il Mulino, Bologna 1996, rist. 2011.

1948 che, pur non menzionando esplicitamente il termine, si riferisce alla garanzia di diritti e libertà per i soggetti vulnerabili³.

Nel tempo altri documenti hanno, poi, fatto riferimento ai gruppi vulnerabili, come la Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti del Fanciullo (1989), la Dichiarazione di Helsinki (1964), la Convenzione di Oviedo (1997), la Dichiarazione di Barcellona (1998), la Convenzione sui Diritti delle Persone con Disabilità (2006), la Convenzione di Ginevra e i relativi Protocolli Aggiuntivi che si occupano della protezione delle persone vulnerabili in tempi di conflitto armato ed anche l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile (2015) che riconosce la necessità di affrontare le esigenze delle popolazioni vulnerabili per raggiungere gli obiettivi di sviluppo sostenibile. Accanto a ciò si considerino anche i numerosi documenti prodotti da organi delle Nazioni Unite, come l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR) e l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) che discutono la vulnerabilità in contesti specifici come migrazioni, salute e crisi umanitarie, sottolineandone il bisogno di protezione a livello internazionale.

Accanto al bisogno di garanzie giuridiche, la vulnerabilità appella l'etica nella misura in cui rappresenta una condizione esistenziale di bisogno e rimanda, pertanto alla relazione reciproca il che innesca una serie di rimandi alla responsabilità, alla solidarietà, alla cura⁴.

2. Vulnerabilità e fragilità nell'anziano ammalato

Per circoscrivere il vasto orizzonte della vulnerabilità si è ritenuto opportuno focalizzare l'attenzione su una specifica fase della vita, l'anzianità, che per sua natura costitutiva si connota come una fase della vita dalle "abilità vulnerate", dunque vulnerabile, ma anche in qualche modo disabile.

Il problema della disabilità è vasto e impegnativo, perché le menomazioni fisiche e mentali con cui alcune persone convivono per tutta la loro esistenza sono simili per tipo e grado alle disabilità di cui gli esseri umani "normali" fanno esperienza con il passare degli anni. Poiché le persone vivono sempre più a lungo, ciascun paese si ritrova a dover risolvere crescenti problemi di disabilità.⁵

3 T. Casadei (a cura di), *Diritti umani e soggetti vulnerabili Violazioni, trasformazioni, aporie*, Giappichelli, Torino 2012.

4 Cfr. S. Dadà, *Etica della vulnerabilità*, Morcelliana, Brescia 2022.

5 M.C. Nussbaum, *Creare capacità. Liberarsi dalla dittatura del Pil*, Il Mulino, Bologna 2012, p. 144.

È definito *anziano* il soggetto con un'età maggiore di 65 anni (anche se in alcune rivalutazioni recenti si prevede la possibilità di accettazione e cura in ambito geriatrico anche della popolazione di pazienti dai 55 anni in su)⁶. Tale definizione non si correla immediatamente con una condizione di malattia ma, a ben vedere, con quella di *vulnerabilità* che la disciplina medica di cura dell'anziano, ovvero la geriatria definisce *fragilità*, lemma invero così semanticamente prossimo a quello di vulnerabilità da apparirne suo sinonimo.

Quando si parla di fragilità nel paziente anziano è importante distinguere i vari aspetti che la rappresentano e che sono almeno due: il primo riguarda un tipo di fragilità legato alla patologia del paziente stesso, ovvero alle sue condizioni organiche compromesse (ad es. diabete, demenza, etc.); il secondo, invece, attiene ad una fragilità multidimensionale che ha come obiettivo quelle si riferisce ad una dimensione di valutare l'indipendenza del paziente stesso nella vita di tutti i giorni⁷. Anche questo ultimo aspetto, in fondo, riguarda la malattia, ma intesa in senso ampio, in linea con la nozione di salute dell'OMS che, come è noto, non si limita all'assenza di malattia o infermità e si riferisce ad una dimensione di benessere fisico, mentale e sociale⁸.

In ambito geriatrico vengono utilizzate una serie di scale di fragilità: la più completa e diffusa è la Edmonton Frail Scale (EFS)⁹ che è uno strumento di valutazione multidimensionale, sviluppato a scopo di screening della popolazione anziana, con il fine ultimo di adottare interventi mirati al miglioramento della qualità di vita e a ridurre il rischio di deterioramento del paziente¹⁰.

6 Manuali MSD Edizione Professionisti, "Introduzione alla geriatria – Geriatria". Consultato 21 gennaio 2024. <https://www.msdmanuals.com/it-it/professionale/geriatria/approccio-al-paziente-geriatrico/introduzione-alla-geriatria>

7 T.N. Robinson, J.D. Walston, N.E. Brummel, S. Deiner, C.H. IV Brown, M. Kennedy, e A. Hurria, *Frailty for Surgeons: Review of a National Institute on Aging Conference on Frailty for Specialists*, "Journal of the American College of Surgeons", 221, 6 (dicembre 2015): 1083. <https://doi.org/10.1016/j.jamcollsurg.2015.08.428>.

8 Cfr. su ciò WHO, *Constitution*: <https://www.who.int/about/accountability/governance/constitution>

9 S. Perna, M. D'Arcy Francis, C. Bologna, F. Moncaglieri, A. Riva, P. Morazzoni, P. Allegrini, et al., *Performance of Edmonton Frail Scale on frailty assessment: its association with multi-dimensional geriatric conditions assessed with specific screening tools*, "BMC Geriatrics" 17, 1 (4 gennaio 2017): 2. <https://doi.org/10.1186/s12877-016-0382-3>.

10 Edmonton Frail Scale (EFS), "Edmonton Frail Scale (EFS)", Consultato 21 gennaio 2024. <https://edmontonfrailscale.org>.

La EFS valuta diverse dimensioni della fragilità attraverso una serie di domande che vengono poste al paziente in sede di anamnesi. Le dimensioni valutate includono:

1. *Sfera Cognitiva*: Misura la funzione cognitiva attraverso domande relative alla memoria e all'orientamento. Non diagnosticando la funzione in sé, ma solo la percezione del paziente in base alle attività che è in grado di compiere tutti i giorni.

2. *Sfera emotiva*: Esplora l'aspetto emotivo attraverso domande sulla eventuale presenza o assenza di depressione e ansia.

3. *Assistenza personale*: Valuta l'indipendenza nelle attività quotidiane come vestirsi, mangiare e fare il bagno.

4. *Funzione fisica*: Esamina la forza muscolare, l'equilibrio e la mobilità. Anche in questo caso senza misurarle direttamente, ma facendo una stima delle attività che il paziente è in grado di fare.

5. *Salute generale*: Include domande relative a problemi di salute generali e la presenza di malattie croniche e/o l'assunzione di farmaci.

6. *Nutrizione*: Esamina lo stato nutrizionale attraverso domande sulla quantità e qualità dell'assunzione alimentare.

I punteggi totali sulla EFS possono variare, ma in generale, un punteggio più alto indica una maggiore fragilità¹¹. Una possibile scala di punteggio è la seguente: i pazienti con nessuna fragilità presentano un punteggio inferiore a 5, con apparente fragilità tra 6 e 11 e con grave fragilità maggiore di 12.

Come detto la EFS è uno strumento pratico che può essere utilizzato per valutare la fragilità e guidare la cura personalizzata e, eventualmente, pianificare interventi appropriati per migliorare la salute e la qualità di vita del paziente anziano. In generale la EFS rappresenta uno strumento di screening iniziale dello stato del paziente, essendo in grado di definire una panoramica generale della salute dello stesso, ma, nel caso in cui il paziente avesse un punteggio di fragilità alto, entrano in gioco una serie di test che hanno lo scopo di diagnosticare una condizione patologica specifica.

La fragilità rappresenta di per sé un quadro multidimensionale che descrive lo stato del paziente in generale indipendentemente dall'età anagrafica. Nonostante ciò, l'anziano ha una maggiore probabilità di avere un

11 S. Perna, M. D'Arcy Francis, C. Bologna, F. Moncaglieri, A. Riva, P. Morazzoni, P. Allegrini, *et al.* *Performance of Edmonton Frail Scale on frailty assessment: its association with multi-dimensional geriatric conditions assessed with specific screening tools*, "BMC Geriatrics" 17, 1 (4 gennaio 2017), pp. 2 ss.

punteggio più alto e di essere considerato un paziente fragile¹²; e questa probabilità subisce un incremento con l'aumentare dell'età stessa.

Negli ultimi anni si è approfondito l'aspetto della qualità di vita e si sono indagate le diverse dimensioni che in un paziente anziano concorrono a determinarne una riduzione nel tempo. In molti studi ci si è concentrati sulla misurazione della depressione e della demenza senile nella popolazione e nel misurare il loro possibile impatto non solo sulla qualità della vita ma anche sulla fragilità, cercando di stimare quanto queste due dimensioni siano importanti nella popolazione anziana¹³.

Le scale più comunemente usate nella diagnosi di demenza senile sono la Geriatric Depression Scale (GDS)¹⁴ e il Mini Mental State Examination (MMSE)¹⁵ per la diagnosi di deficit cognitivo iniziale del paziente. Depressione e demenza rappresentano un aspetto impattante nella vita di tutti i giorni del paziente anziano e, più in generale, nella sua qualità di vita.

3. Gatekeeper e healthy ageing

La fragilità dell'anziano, però, non è l'unico metro per valutare lo stato di una fase della vita che ha conosciuto un significativo allungamento negli ultimi decenni. Molto diffuso è, infatti, il concetto di *healthy ageing*, invecchiamento attivo che si riferisce al processo di sviluppo e mantenimento della capacità funzionale che consente il benessere nell'età avanzata. Questo concetto è stato ampiamente promosso dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS)¹⁶, secondo cui la capacità funzionale è la capacità di una persona di essere e di fare ciò che ha motivo di considerare

- 12 S.J. Richards, J. D'Souza, R. Pascoe, M. Falloon, F.A. Frizelle, *Prevalence of frailty in a tertiary hospital: A point prevalence observational study*, "Plos one", 14(7), 2019, e0219083.
- 13 C. Ustevic, N. Rajovic, D. Stanislavljevic, D. Tiosavljevic, A. Pavlovic, R. Tasic, T. Rajovic, *et al.*, *From Sarcopenia to Depressive Symptoms in Elderly: A Path Analysis*, "International Journal of Environmental Research and Public Health" 20, 2, 2023, pp. 972 ss.
- 14 H.G. Koenig, K.G. Meador, H.J. Cohen, D.G. Blazer, *Self-Rated Depression Scales and Screening for Major Depression in the Older Hospitalized Patient with Medical Illness*, "Journal of the American Geriatrics Society", 36(8), 1988, pp. 699-706.
- 15 T.N. Tombaugh, N.J. McIntyre, *The mini-mental state examination: a comprehensive review*, "Journal of the American Geriatrics Society", 40.9, 1992, pp. 922-935.
- 16 WHO, *Healthy ageing and functional ability*, 2020: <https://www.who.int/news-room/questions-and-answers/item/healthy-ageing-and-functional-ability>; E. Rudnicka, *et al.* *The World Health Organization (WHO) approach to healthy ageing*, "Maturitas", 139, 2020, pp. 6-11.

per lei importante. Ciò include la salute fisica, la salute mentale e cognitiva e la partecipazione sociale. Difatti, l'obiettivo dell'*healthy ageing* non è solo aumentare la longevità, ma migliorare la qualità della vita negli anni avanzati, il che significa promuovere un invecchiamento che sia libero da malattie e disabilità il più a lungo possibile, mantenendo l'autonomia e l'indipendenza, e garantendo il benessere mentale e sociale¹⁷.

Per raggiungere tale obiettivo, sono necessari approcci olistici che includono: la prevenzione e la gestione delle condizioni di salute croniche, la promozione di stili di vita sani (come una dieta equilibrata, l'esercizio fisico regolare e il non fumare) e di attività sociali, l'accesso a servizi di assistenza sanitaria di qualità.

In proposito, come è noto, l'assistenza sanitaria nelle ultime decadi sta conoscendo uno sviluppo in senso tecnologico senza precedenti e numerose ricerche sono rivolte proprio alla categoria di soggetti anziani che potrebbero trarre significativo beneficio dalle cure supportate dalle tecnologie.

In direzione dell'*healthy ageing* attraverso l'uso delle tecnologie digitali si rivolge il progetto Horizon 2020 Gatekeeper¹⁸ che coinvolge oltre 50.000 partecipanti, 8 paesi e 9 Reference Use Cases, ed è dedicato a connettere fornitori di assistenza sanitaria, aziende, imprenditori, cittadini e anziani e le comunità in cui vivono, al fine di creare un'arena aperta e basata sulla fiducia per combinare tecnologie (telemedicina, sensori per l'uso in casa e all'aperto, smartwatch, assistenti virtuali, applicazioni per la casa e strumenti di riabilitazione e allenamento a base IoT e AI) e esigenze degli utenti per garantire, attraverso il monitoraggio continuo e la personalizzazione dei trattamenti, un miglioramento delle cure e un potenziamento dell'*healthy ageing*¹⁹.

Tra i piloti che hanno partecipato al progetto GATEKEEPER si è distinto Casa Sollievo della Sofferenza. L'obiettivo principale del caso di studio del pilota svolto presso Casa Sollievo della Sofferenza è consistito nell'elaborazione di un algoritmo in grado di prevedere l'andamento di una variabile clinica, l'emoglobina glicata, che è indicativa della corretta o non corretta gestione della patologia in pazienti affetti da diabete di tipo 2. La particolarità di questo studio è che considera, accanto alle variabili cliniche "tradizionali", usate nella corrente pratica ospedaliera per la valutazione della patologia, anche alcuni parametri relativi all'attività quotidiana del paziente (frequenza cardiaca, passi e sonno) misurati con uno smartwatch. Lo studio ha coinvolto

17 A. Sixsmith, G. Gutman, *Technologies for Active Aging*, Springer, 2013.

18 GK 2019-2024: <https://www.gatekeeper-project.eu/>

19 <https://www.youtube.com/@gatekeeperproject8231/videos>

100 pazienti, i quali hanno indossato questo dispositivo fornito nell'ambito del progetto per un periodo che varia dai 12 ai 18 mesi. La fase di raccolta dati è stata completata ed ora gli esperti del settore, in collaborazione con i clinici, stanno elaborando l'algoritmo di predizione del valore della variabile clinica associata al diabete di tipo 2 (emoglobina glicata).

4. Caso di studio a partire dal Pilot Casa Sollievo della Sofferenza

A latere rispetto agli obiettivi descritti, il pilota ha previsto anche una valutazione dell'impatto sui pazienti della soluzione tecnologica proposta.

Durante la valutazione iniziale e ad ogni visita di follow-up, sono stati raccolti dei questionari riguardanti la percezione dell'utente sulla Qualità della Vita (EQ-5D-5L) e sulle competenze di Alfabetizzazione Sanitaria (HLS-ES-Q16).

Questionario	All'arruolamento	Al follow-up a 6 mesi	Al follow-up a 12 mesi	Al follow-up a 18 mesi
EQ-5D-5L	0.90 (0.17)	0.89 (0.17)	0.93 (0.11)	0.94 (0.10)
HLS-EU-Q16	12.19 (6.08)	Non raccolto in questa fase	14.48 (1.53)	14.68 (2.33)

Tabella 1 Valore medio e deviazione standard (tra parentesi) dei risultati ottenuti per i questionari somministrati ai pazienti

Per ciascun questionario è stato effettuato un t-test per verificare se vi fosse una differenza statisticamente significativa tra i valori medi dei risultati ai questionari compilati in occasione dell'arruolamento allo studio e dei seguenti follow-up.

EQ-5D-5L (p-values)		Mese iniziale			
0		6	12	18	
Mese finale	0	-	-	-	-
	6	p > 0.05	-	-	-
	12	p < 0.05	p < 0.05	-	-
	18	p < 0.05	p < 0.05	p > 0.05	-

HLS-EU-Q16 (p-values) 0		Mese iniziale		
		12	18	
Mese finale	0	-	-	-
	12	p < 0.01	-	-
	18	p < 0.01	p > 0.05	-

Tabella 2 Livelli di significatività delle differenze tra i valori medi dei risultati dei questionari nei diversi momenti di somministrazione

I dati riportati consentono di trarre le seguenti conclusioni:

– In termini di qualità della vita, misurata attraverso l’EQ-5D-5L, possiamo concludere che i pazienti hanno segnalato un aumento della qualità della vita alla fine dell’esperimento rispetto alla valutazione iniziale. È degno di nota che è stata raggiunta la significatività statistica nella differenza del valore medio di EQ-5D-5L rispetto alla valutazione iniziale solo dopo 12 mesi, mentre i punteggi di EQ-5D-5L a 6 mesi non sono significativamente diversi dalla valutazione iniziale. Ciò suggerisce che è stato necessario un periodo di 12 mesi di utilizzo della tecnologia per rilevare un aumento significativo della qualità della vita.

– I risultati di HLS-EU-Q16 supportano l’ipotesi che il coinvolgimento nello studio sia associato a un aumento dell’alfabetizzazione sanitaria dei pazienti durante i periodi di 12 e 18 mesi.

Da punto di vista qualitativo si deve inoltre considerare come gli anziani abbiano complessivamente accettato le tecnologie, eccetto l’elemento disturbante di indossare lo smartwatch durante il sonno. Ciò è risultato scomodo per alcuni a causa dell’ingombro del dispositivo che può risultare d’intralcio per movimenti durante il sonno. Per altri invece l’elemento di fastidio è consistito nella luce (di colore verde) emessa dal dispositivo, necessaria per la rilevazione dei parametri misurati. Infine, per un piccolo numero di pazienti coinvolti si è manifestata una irritazione cutanea da ricondurre al materiale di cui è composto il cinturino dello smartwatch.

5. La compliance dell’anziano con le tecnologie digitali sanitarie

Come visto nel paragrafo precedente i risultati del pilota pugliese sono particolarmente soddisfacenti dal momento che hanno condotto ad un au-

mento della qualità della vita (dato non significativo prima di almeno 12 mesi di studio) e ad un incremento dell'alfabetizzazione sanitaria del paziente anziano. Tali due importanti risultati, ci consentono di trarre una discreta serie di inferenze sul tema oggetto del presente lavoro.

Anzitutto, la sopraccennata vulnerabilità del paziente anziano, che di per sé è un dato incontrovertibile, può essere adeguatamente sostenuta dalla strumentazione tecnologica che si rivela in grado di un non sottostimabile *empowerment* del paziente sia a livello clinico che a livello psico-sociale.

Difatti, il soggetto può monitorare da solo il suo stato di salute attraverso la strumentazione fornita, nel caso del pilota Casa Sollievo della Sofferenza uno smartwatch e uno smartphone. Viene comunque costantemente supervisionato da un team di esperti (sanitari e tecnici) in un controllo clinico del paziente semestrale, che prevede anche degli esami ematochimici. In tal modo, il soggetto percepisce con favore il fatto di essere seguito con più attenzione e vive come un "privilegio" il far parte di questo studio²⁰.

Il monitoraggio continuo della salute, considerato eccezionale per una certa fascia della popolazione, ha contribuito all'adesione partecipata e una piena *compliance* dei partecipanti a questo studio.

Dallo studio presso il pilota Casa Sollievo della Sofferenza è emerso un racconto particolarmente emblematico di questo aspetto, che sottolinea l'importanza del coinvolgimento del paziente anziano e della sua presa in carico in senso ampio. Dopo la dipartita di un paziente arruolato nello studio, la moglie ha raccontato di aver deciso di seppellire il marito con lo smartwatch che gli era stato fornito nell'ambito dello studio, poiché era stato particolarmente felice di riceverlo e non se ne separava mai. L'orologio digitale era considerato dal paziente un elemento di attenzione nei confronti della sua persona. I due non provenivano da uno stato sociale elevato, e sembrava loro incredibile di ricevere un dispositivo così tecnologico che potesse prendersi cura della salute altrui in maniera così costante ed efficace, inoltre l'anziano ammalato, incitato dai buoni feedback del dispositivo a migliorare il proprio stile di vita, si sentiva motivato a prendersi cura di sé e, in qualche misura, meno solo.

Tale aneddotica in effetti rappresenta molte cose, come l'ampliamento dell'individualità attraverso i dispositivi tecnologici oltre che la possibilità di incremento dell'autopercezione di sé da parte dei più vulnerabili e la fuoriuscita da uno stato di isolamento che spesso colpisce gli anziani

20 S.T.M. Peek, *et al.*, *Factors influencing acceptance of technology for aging in place: A systematic review*, "International Journal of Medical Informatics", 83(4), 2014, pp. 235-248.

ammalati. Già il filosofo Heidegger sottolineava come la tecnologia sia in grado di trasformare la nostra esperienza del mondo e, di conseguenza, l'autopercezione del soggetto²¹, e studi più recenti come quelli di Marshall McLuhan²² e di Sherry Turkle²³ confermano che le tecnologie agiscono come protesi capaci di estendere l'individualità e la percezione di sé, migliorando la consapevolezza personale²⁴. Inoltre la Turkle sottolinea come la tecnologia digitale possa influenzare la connessione sociale, limitando la solitudine e potenziando la fiducia in sé stessi e la propria capacità relazionale. Allo stesso tempo, però, ritiene che esse rappresentino un palliativo piuttosto che una risposta reale al bisogno di intimità: "siamo soli, ma abbiamo paura dell'intimità. Le connessioni digitali e i robot sociali possono offrire l'illusione della compagnia senza le richieste dell'amicizia"²⁵.

Tuttavia non è certo semplice l'accettazione di siffatti dispositivi tecnologici, il loro ingresso nella quotidianità può essere percepito come intrusivo e non solo per gli anziani. Del resto non è previsto un utilizzo passivo di questi strumenti, i quali possono supportare ma non sostituire l'azione del soggetto, il che richiede una *compliance* piena. Ad esempio, nel pilota di Casa Sollievo della Sofferenza il *device* tecnologico di cui viene dotato il paziente è in grado di sviluppare un algoritmo tale da consentire una previsione di eventuali condizioni in via di peggioramento cui deve fare seguito comunque un'adeguata prevenzione. Quest'ultima richiede un *engagement* del soggetto che è chiamato ad impegnarsi per migliorare il proprio stile di vita (ad es. con un'alimentazione adeguata e la pratica dell'attività fisica).

Tale *compliance*, però, passa attraverso una piena fiducia data allo strumento tecnologico che talvolta, soprattutto nel caso degli anziani vacilla²⁶. E questo non solo rispetto ai *devices* o agli anziani: si pensi, ad esempio,

- 21 M. Heidegger, *The Question Concerning Technology and Other Essays*, Harper & Row, 1977.
- 22 M. McLuhan, *Understanding Media: The Extensions of Man*, MIT Press, 1964.
- 23 S. Turkle, *Alone Together: Why We Expect More from Technology and Less from Each Other*, Basic Books, 2011.
- 24 Cfr. P. Brey, *Technology as Extension of Human Faculties*, in C. Mitcham (ed.), *Metaphysics, Epistemology, and Technology*, Emerald Group Publishing Limited, 2000; D. Ihde, *Bodies in Technology*. University of Minnesota Press, 2002; P.-P. Verbeek, *What Things Do: Philosophical Reflections on Technology, Agency, and Design*. Penn State Press, 2005.
- 25 S. Turkle, *Alone Together: Why We Expect More from Technology and Less from Each Other*, cit., p. 1.
- 26 T. Heart, E. Kalderon, *Older adults: Are they ready to adopt health-related ICT?*, "International Journal of Medical Informatics", 82(11), 2013, e209-e231; S.J. Czaja, C.C. Lee, *The impact of aging on access to technology*, "Universal Access in the Information Society", 5(4), 2007, pp. 341-349.

che sovente i pazienti “mentono” anche al proprio medico sui farmaci che prendono o che rifiutano, spesso sulla base di convinzioni tutte proprie o basandosi sul sentito dire; questo non è possibile per i dispositivi tecnologici che, in condizioni di utilizzo normale, registrano in via inequivocabile il loro utilizzo.

La fiducia riposta in dispositivi tecnologici è un che di non scontato dal momento che sussistono dei reali problemi etici di anonimizzazione, privacy, uso dei dati che, però, sono regolamentati dai documenti internazionali, non ultimo l'EU AI Act del 2024²⁷.

Si dica, però, che in particolare rispetto ai non nativi digitali e soprattutto rispetto agli anziani il problema della *digital health illiteracy*, ovvero la loro non familiarità rispetto alle tecnologie in generale, e sanitarie in particolare, rappresenta un fattore di sospetto o timore che tende ad allontanare il soggetto dall'uso di dispositivi come quelli offerti dallo studio in oggetto²⁸. Risulta pertanto fondamentale incrementare la familiarità con tali tecnologie per accrescerne l'*awareness*, ovvero la consapevolezza rispetto a rischi e benefici di tali strumenti, dunque la coscienza critica per il loro uso. Probabilmente realizzare dei corsi specifici per anziani per favorire la loro *health literacy* è uno dei primi passi per facilitare la *compliance*²⁹.

A tale scopo è sicuramente fondamentale l'intermediazione di un soggetto che, da sanitario o da esperto di tecnologie, possa spiegare ai pazienti come usare i dispositivi. Altrimenti, seppure all'inizio dello studio si possa registrare una *compliance* dovuta all'entusiasmo iniziale, dopo circa 6 mesi si stima una disaffezione dovuta ad una serie di difficoltà connesse con l'uso del dispositivo (utilizzo nonostante temperature elevate, la luce che può infastidire durante la notte, la necessità di ricaricarlo, etc.). Il ruolo del soggetto che faccia da tramite tra i pazienti, le tecnologie e i medici è particolarmente rilevante per facilitare l'uso degli strumenti, assicurare pazienti insicuri, agganciare la disponibilità della famiglia. Solitamente tale ruolo è ricoperto dal personale infermieristico che, però, può non avere le adeguate competenze di tipo interdisciplinare, pertanto risulta fonda-

27 <https://www.europarl.europa.eu/topics/en/article/20230601STO93804/eu-ai-act-first-regulation-on-artificial-intelligence>

28 C. Lee, J.F. Coughlin, *Older Adults' Adoption of Technology: An Integrated Approach to Identifying Determinants and Barriers*, “Journal of Product Innovation Management”, 32(5), 2015, pp. 747-759.

29 W.A. Rogers, T.L. Mitzner, (2017). *Envisioning the future for older adults: Autonomy, health, well-being, and social connectedness with technology support*, “Public Policy & Aging Report”, 27(2), 2017, pp 49-53; S.J. Czaja, J. Sharit, *Designing Training and Instructional Programs for Older Adults*, CRC Press 2012.

mentale insistere sulla creazione di luoghi di formazione che in tal senso possano supportare pazienti e personale tecnico-sanitario nell'utilizzo di *devices* tecnologici nella pratica clinica.

Promuovere l'alfabetizzazione sanitaria a livello internazionale e interdisciplinare è di fondamentale importanza per sostenere le categorie di soggetti vulnerabili, come gli ammalati e, in particolare, gli anziani³⁰. Lo studio riportato dimostra la complessiva buona disponibilità dei pazienti anziani ad accettare le tecnologie digitali sanitarie e, nel caso di specie, i dispositivi indossabili, tuttavia quello che manca è una conoscenza adeguata degli strumenti in loro dotazione che potrebbe favorire una maggiore interazione con essi e una più attiva risposta nell'impegno a migliorare in senso salutare le proprie abitudini. Un altro studio, che ha coinvolto alcuni degli autori di queste pagine, riporta che il timore dell'intrusività delle tecnologie nella vita privata degli utilizzatori non è significativo e non sancisce una distanza reale dall'intrapresa di una vita digitale³¹. Quello che manca è un'adeguata alfabetizzazione, in particolare del paziente anziano come di un efficace supporto di personale specializzato in tecnologie digitali sanitarie che possa effettivamente essere a disposizione degli utilizzatori con costanza. Pertanto il caso di studio di Casa Sollievo della Sofferenza e, più in generale del progetto Gatekeeper, è un emblematico esempio che mette in luce l'importanza delle tecnologie sanitarie per supportare la vulnerabilità, in particolare quella relativa alla salute e alla vita degli anziani che, però, abbisogna di un adeguato *engagement* che è l'elemento chiave per ottenere un effettivo miglioramento della salute ed avanzamento della sanità.

A livello internazionale, l'alfabetizzazione sanitaria deve essere promossa attraverso collaborazioni tra professionisti della salute, educatori, responsabili politici e comunità, ad esempio creando materiali informativi chiari e accessibili e implementando programmi educativi mirati. Attraverso un approccio interdisciplinare, è possibile sviluppare strategie innovative che rispondano alle esigenze specifiche delle diverse popolazioni, riducendo le disuguaglianze sanitarie e migliorando la qualità della vita delle persone più vulnerabili.

30 World Health Organization, *Digital technologies: Shaping the future of primary health care*, 2021: <https://www.who.int/docs/default-source/primary-health-care-conference/digital-technologies.pdf>.

31 A. Maccaro, S. Pagliara, M. Zarro, D. Piaggio, F. Abdulsalami, W. Su, L. Pecchia, *Ethics and biomedical engineering for well-being: a cocreation study of remote services for monitoring and support*, "Scientific Reports", 13(1), 2023, pp. 14322 ss.

CARMINE MAIORANO

AUTODETERMINAZIONE, DISCERNIMENTO DEL SOGGETTO MINORE IN SENSO AMPIO E IMPATTO DELLE TECNOLOGIE NELLE DINAMICHE RELAZIONALI

SOMMARIO: 1. Note preliminari. Autodeterminazione, soggetto, capacità a disporre. Centralità della persona umana come valore. – 2. Capacità quale processo e agire funzionale. – 3. Minore in senso ampio e capacità di discernimento. – 4. *Segue*. La capacità a disporre per le attività della “vita quotidiana”. L’era dell’accesso, le nuove tecnologie, la complessità degli atti e delle attività e la natura degli interessi protetti. – 5. Note conclusive. Tutela della personalità in formazione o di una personalità da salvaguardare nelle facoltà residue/menomate del minore in senso ampio.

1. *Note preliminari. Autodeterminazione, soggetto, capacità a disporre. Centralità della persona umana come valore*

Il ricorso al canone ermeneutico della sistematica non meramente strutturale o classificatoria ma funzionale e contenutistica – intesa a valorizzare in termini di sostenibilità e adeguatezza la teoria della soggettività e della capacità del minore in senso ampio¹ che indagli alcune soluzioni applicative più ragionevoli al riconoscimento e alla garanzia delle situazioni esistenziali, economiche e sociali – risulta maggiormente rispondente all’attuale sistema delle fonti, ordinato secondo il criterio formale e sostanziale della gerarchia.

D'altronde, l'avvento e l'affermazione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, accompagnate da un sempre più pervasivo

1 Una “rifondazione del sistema giuridico e l’ammodernamento dello strumentario giuridico” costituiscono “il risultato di una attenta, rigorosa riflessione sui diritti delle persone fisiche ed in particolare sui diritti dei “minori in senso ampio”, degli emarginati, nel tentativo di superamento della categoria concettuale, astratta e astorica, del soggetto giuridico”: P. Perlingieri, *Il diritto del minore all’assistenza: aspetti problematici ed attuativi*, (1980), in Id., *La persona e i suoi diritti*, ESI, Napoli, 2005, p. 295. Fa riferimento a tale ampia categoria E. Andreola, *Minori e incapaci in Internet*, ESI, Napoli, 2019, p. 9 ss. Cfr. G. Lisella, M. Palombi e A. Tartaglia Polcini, *Questioni in tema di protezione dei disabili e di informazioni sulle origini biologiche dell’adottato: verso un diritto all’unicità e all’identità della persona*, in AA.VV., *Il diritto civile oggi*, ESI, Napoli, 2006, p. 273 ss.

impiego della bioetica² nel campo del diritto, quale scienza sociale e quale portato culturale di una collettività organizzata in una comunità, pongono all'attenzione dell'interprete l'urgenza di interrogarsi sulle potenzialità e sui limiti degli istituti consegnati dalla tradizione e disciplinati in modo specifico nel codice civile del 1942.

A tal proposito, sulla scorta dell'insegnamento autorevole, seppur risalente, che aveva dimostrato l'inammissibilità di una "nozione unica" di capacità di agire, "identicamente configurabile per ogni possibile attività giuridicamente qualificabile"³, altra letteratura, conosciuta quale "dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale", propone, quale ipotesi ermeneutica, la consapevolezza che il pieno e libero sviluppo della persona, in quanto umana (artt. 2, 3, comma 2, 13, 23 e 31, comma 2, cost.), esige il ripensamento sul piano interpretativo-qualificativo (quale processo unitario) della rigida e onnicomprensiva concezione dei minori in senso ampio (ossia persone prive, in tutto o in parte, di autonomia), quali soggetti inidonei a esercitare i propri diritti e ad assolvere i propri doveri, perciò, bisognosi di sostituzione da parte di un rappresentante legale nel compimento di tutti gli atti giuridici, salvo diversa disposizione normativa⁴.

A tal proposito, entrano nel dibattito la nozione di parte dell'atto e del rapporto, la portata e la rilevanza della partecipazione al processo che conduce al perfezionamento dell'atto e alla produzione dell'effetto, nonché il ruolo e la rilevanza del destinatario degli effetti che, anche senza una sua qualche forma di partecipazione alla formazione dell'atto o alle vicende che interessano il rapporto, vede la propria sfera giuridico-patrimoniale incisa dal potere di disposizione altrui.

Emerge, per converso, la crisi della rigida dicotomia tra titolarità ed esercizio (quali costrutti o meri concetti) delle situazioni soggettive, che coinvolge e supera le categorie, modellate su una prospettiva patrimonialistica, della capacità giuridica e della capacità di agire, sollecitando una verifica della rispondenza al principio di eguaglianza di tutte le limitazioni all'attività dei soggetti non giustificate da "una migliore realizzazione della personalità"⁵.

2 G. Belinguer, *Bioteca quotidiana*, Giunti Editore, Firenze, 2000; L. Chieffi (a cura di), *Bioetica pratica e cause di esclusione sociale*, Mimesis, Milano, 2012.

3 A. Falzea, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Giuffrè, Milano, 1939, p. 155; Id., *Capacità (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, VI, Giuffrè, Milano, 1960, p. 16.

4 P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, ESI, Camerino-Napoli, 1972, p. 137 ss.

5 P. Perlingieri, *o.u.c.*, p. 141. L. Floridi, *Agere sine intelligere. L'intelligenza artificiale come nuova forma di agire e i suoi problemi etici*, in L. Floridi e F. Cabitza

Dicotomia resa più evidente nella sua inadeguatezza applicativa allorché entri nella riflessione su questioni attuali nel dibattito bioetico, quali l'impianto di dispositivi idonei a manifestare all'esterno l'autodeterminazione di un soggetto, privo di autonomia nelle comunicazioni verbali, ma non menomato nelle sue capacità intellettive e, segnatamente, volitive.

2. Capacità quale processo e agire funzionale

L'ambito di indagine è complesso e per alcuni versi di difficile intelligibilità all'operatore pratico del diritto privo di un bagaglio formativo adeguato e attento anche alla portata interdisciplinare degli argomenti coinvolti. Infatti, volendo ancora soffermarsi su queste premesse sul tema principale della riflessione, le stesse categorie giuridiche sono soggette ad un processo di revisione che, lungi dal menomare la certezza del diritto, impone il rispetto delle scelte valoriali fondamentali del nostro sistema ordinamentale.

Il portato di tale premessa è una nozione relativa (nel senso di sintesi ragionevole fra struttura e funzione) di capacità, attenta al trascorrere del tempo e al suo computo, accanto al processo di maturazione della persona nelle relazioni umane, della quale occorre accertare, nel singolo caso, l'effettiva idoneità ad assumere una scelta conforme al proprio interesse (che può condurre anche al riconoscimento e alla tutela della titolarità funzionale) e legittima secondo l'ordinamento giuridico.

A ben riflettere, siamo in presenza di un costrutto che rispecchia una determinata fenomenologia sociale, culturale ed economica presa in considerazione dal diritto, in una dimensione fisiologica quanto patologica dell'agire umano nella dinamica relazionale; da qui la necessità dell'individuazione e della identificazione quale premessa per l'agire stesso del soggetto e della sua portata vincolante. D'altronde, la Corte costituzionale, nel ricondurre all'art. 2 cost. la fattispecie espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, amplia il novero delle forme di espressione della personalità. Paradigmatiche, in tale direzione, si rivelano le pronunce sul diritto "all'identità personale", definito come "diritto ad essere se stessi"⁶.

(a cura di), *Intelligenza artificiale. L'uso delle nuove macchine*, Bompiani, Roma, 2021, p. 137; L. Ferraro, F. Dicé, A. Postigliola e P. Valerio (a cura di), *Pluralità identitarie tra bioetica e biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2016.

6 Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 13, in *Rass. avv. Stato*, 1994, p. 24.

Ne consegue che il dogma (quale costruito o categoria logica assoluta e generale) dell'incapacità assoluta del minore in senso ampio – che trasforma l'età (in connessione naturale con il tempo, le relazioni, il contesto nel quale si inserisce e l'autodeterminazione del soggetto) in un aspetto incidente sullo *status personae*, in base a un giudizio predeterminato e astratto, legato soltanto alle fasi della vita del soggetto, – risulta recessivo a vantaggio di una valorizzazione del criterio della capacità di discernimento (o autodeterminazione consapevole e partecipata), che permetta all'individuo di compiere in autonomia ogni atto e attività per i quali, in concreto, sia in grado di assumere una decisione con adeguata consapevolezza⁷.

3. Minore in senso ampio e capacità di discernimento

Affinché l'indagine rimanga ancorata alle sole categorie cognitive, si rende opportuno dare contezza di alcune ipotesi applicative sintomatiche previste, in primo luogo, dal legislatore.

Nel circoscrivere tali casi, al fine di saggiare la proposta ermeneutica patrocinata, è opportuno sottolineare la valorizzazione dell'autonomia del minore nel compimento di atti e attività che coinvolgono la sfera giuridico-patrimoniale nel rapporto di filiazione⁸, conformando l'esercizio della responsabilità genitoriale in funzione ancillare all'ufficio educativo e di protezione (art. 31, comma 2, cost.).

La capacità di discernimento, inoltre, conforma i criteri di soluzione degli eventuali conflitti tra genitori e figli minori⁹, valorizzando l'autodeter-

7 P. Stanzione, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, ESI, Camerino-Napoli, 1975.

8 Si veda la novella realizzata con la l. 10 dicembre 2012, n. 219 e il d.lg. 28 dicembre 2013, n. 154.

9 Significativo, in questo senso, il d.lg. 28 dicembre 2013, n. 154, che riconosce al minore che ha compiuto il quattordicesimo anno di età il diritto di proporre l'istanza per la nomina di un curatore speciale per l'azione di disconoscimento di paternità e l'azione giudiziale di riconoscimento di paternità e maternità (v. artt. 244, ult. comma, e 273, comma 2, c.c.). L'art. 84, comma 2, c.c., ad esempio, prevede, a proposito del matrimonio del minore d'età, che il "tribunale, *su istanza dell'interessato*, accertata la sua maturità psico-fisica e la fondatezza delle ragioni addotte, sentito il pubblico ministero, i genitori o il tutore, può con decreto emesso in camera di consiglio ammettere per gravi motivi al matrimonio chi abbia compiuto i sedici anni". È indicativo che in questa norma l'accertamento della maturità psicofisica non sia condizionato dalla volontà del genitore o di altri soggetti. V'è quindi una tendenza che, rilevante per il matrimonio, trova conferma anche in altre ipotesi (art. 250, comma 5, c.c.; art. 6, l. 22 maggio 1978, n. 194; art.

minazione degli stessi e la loro partecipazione, nella più ampia esigenza di politica legislativa di ripensamento della posizione dei genitori in poterdovere di controllo, ragionevolmente orientato all'interesse meritevole del figlio (non necessariamente prevalente in assoluto, ovvero oppositivo, ma soggetto ad un ragionevole sindacato e ad una adeguata e differenziata manifestazione, anche negativa)¹⁰, mediante una valorizzazione sistematica del diritto all'ascolto del minore¹¹, contenuto nella dettagliata disciplina degli artt. 473 *bis* e 473 *bis* c.p.c.¹².

7, comma 2, l. 4 maggio 1983, n. 184). Né v'è ragione di riconoscere al minore d'età tale possibilità per le situazioni patrimoniali (artt. 2, comma 2, e 321 c.c.) e non per quelle esistenziali, per le quali la titolarità del diritto dovrebbe essere collegata strettamente all'esercizio dello stesso e dove il binomio, o la scissione, tra capacità giuridica e capacità di agire non ha una giustificazione costituzionale. Un ulteriore indice di riflessione può essere desunto da Trib. L'Aquila, 25 settembre 2014, ined., il quale, investito del compito di vagliare la fondatezza del desiderio espresso dal figlio undicenne di genitori separati di vivere con il padre e di frequentare nella diversa città di residenza paterna la scuola media, nonostante la provvisoria collocazione presso la madre, riconosce che "[l]e motivazioni poste a base di tale ferma volontà del bambino appaiono in realtà oggettivamente poco profonde (il gioco del calcetto, le amicizie con alcuni compagni [...]), ma soggettivamente sono vissute dal bambino come decisive" e, quindi, opta per la collocazione prevalente del minore presso il padre.

- 10 G. Ballarani, *Contenuto e limiti del diritto all'ascolto nel nuovo art. 336 bis c.c.: il legislatore riconosce il diritto del minore a non essere ascoltato*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2014, p. 841 ss. Cfr. Cass., 3 aprile 2017, n. 8617, in *Foro it.*, 2017, I, c. 1532, la quale, nel contesto di un'azione di disconoscimento, spiegava la mancata audizione del minore per via del possibile pregiudizio che l'ascolto poteva arrecargli. Passaggio argomentativo, questo che, secondo la Corte, si espone a varie critiche, sul piano logico e giuridico "in primo luogo, perché giustifica la mancata audizione sulla base di un presupposto non verificato, ossia il grado di maturità del minore, laddove proprio l'accertamento delle capacità di discernimento e di espressione del minore, attraverso le opportune cautele, delle proprie esigenze rappresenta il *prius* di ogni conclusione sul tema; in secondo luogo, perché correla alla delicatezza della causa e alla possibilità che il suo esito possa scatenare dinamiche imprevedibili non la conseguenza di una attenta verifica della situazione del minore, ma, al contrario, l'aprioristica decisione di prescindere da ogni accertamento concreto". V. anche Cass., 27 marzo 2017, n. 7762, *ivi*, 2017, I, c. 1533.
- 11 F. Ruscello, *Garanzie fondamentali della persona e ascolto del minore*, in *Famiglia*, 4, 2002, p. 933 ss.
- 12 Introdotti dall'art. 3, comma 33, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149; P. Virgadamo, *L'ascolto del minore in famiglia e nelle procedure che lo riguardano*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 4, 2014, p. 1656 ss.; G. Sergio, *Potestà versus responsabilità genitoriale. La sofferta evoluzione della regolazione giuridica dei rapporti tra genitori e figli*, e F. Carimini, *Il binomio potestà-responsabilità: quale significato?*, entrambi in R. Pane (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della*

Altra ipotesi applicativa può essere rinvenuta nella possibilità per il minore di realizzare la propria personalità mediante la conclusione di contratti che attengono alla sua identità (si pensi all'acquisto di beni e servizi culturali, sportivi, ludici, edonistici, relazionali), sì che precludere il compimento dell'atto o dell'attività patrimoniale al minore dotato di un sufficiente livello di maturità si tradurrebbe in un ostacolo all'esercizio di diritti fondamentali (a tal fine la capacità di discernimento assurge a criterio generale di definizione della capacità contrattuale).

La digitalizzazione, con la globalizzazione, è stata costantemente rappresentata anche come età dell'accesso¹³, pertanto un ulteriore banco di prova coinvolge la disciplina della raccolta e del trattamento dei dati personali (che sovente avviene mediante l'accesso ai principali social network) nell'ampia infosfera digitale¹⁴.

4. *Segue. La capacità a disporre per le attività della "vita quotidiana". L'era dell'accesso, le nuove tecnologie, la complessità degli atti e delle attività e la natura degli interessi protetti*

La società dell'informazione e della comunicazione ha contribuito a tale dinamismo e, per alcuni profili, lo ha condotto alle estreme conseguenze: la raccolta di dati in rete genera una frantumazione e una incontrollabile moltiplicazione dell'identità dell'individuo, contribuendo a renderla "plurale"¹⁵.

filiazione, ESI, Napoli, 2014, rispettivamente a pp. 83 ss. e 113 ss. Cfr. F. Parente, *L'ascolto del minore: i principi, le assiologie e le fonti*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 459 ss. In materia, va anche considerato il contributo offerto dalle Linee Guida del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di bambino (*Child friendly justice*) adottate a Strasburgo il 17 novembre 2010, là dove all'art. 2 è sancito il diritto del minore ad una propria consulenza legale e rappresentanza, ad un patrocinio legale gratuito, ad essere rappresentato da un avvocato preparato e costantemente aggiornato in materia di diritti del fanciullo, nonché capace di comunicare con lui. Sull'ascolto del minore, v. P. Perlingieri, *Sull'ascolto del minore*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2, 2012, p. 125 ss. Meritevole di nota è, inoltre, una pronuncia di merito, nella quale si valorizza la figura dell'avvocato dei genitori con funzioni di tutela della posizione del minore, Trib. Milano, 23 marzo 2016, in *Fam. dir.*, 2016, p. 1152.

- 13 J. Rifkin, *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*, 2000, trad. it. di P. Canton, Mondadori, Milano, 2001, p. 6.
- 14 C. Perlingieri, *Profili civilistici dei social network*, Napoli, 2014, p. 88 ss.; A. Federico, *Il nomos della "infosfera"*, in *Rass. dir. civ.*, 2, 2022, p. 182 ss.; C. Perlingieri, *Amministrazione di sostegno e neuroscienze*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 342.
- 15 G. Alpa, *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 723.

Le informazioni personali relative a un determinato soggetto sono raccolte ed elaborate mediante un numero indefinito di canali e strumenti¹⁶, che configurano una sorta di persona virtuale, spesso non corrispondente o deformata rispetto a quella reale, e comunque distinta dalla correlativa entità fisica. In particolare fra gli elementi che connotano la posizione dell'individuo in rete assume rilevanza la manifestazione della propria personalità in internet: questa è frutto di una dinamica relazionale fra gli utenti, che il mezzo consente mediante la incorporazione su un supporto di natura telematica. Infatti, l'incorporazione del dato in un supporto rende trasmissibile l'informazione in esso contenuta; mentre l'elemento informatico è caratterizzato dalla assoluta replicabilità e dal suo carattere immanente.

L'identità digitale di un soggetto, la connessa individuazione e imputabilità dell'atto o della condotta (*social network, account email*, etc.) saranno quindi tendenzialmente ricondotte alla categoria dei servizi non aventi contenuto patrimoniale, anche se la rapidità con la quale si evolve internet implica un confronto continuo con fenomeni ibridi, si pensi ad esempio al titolare di un *account ebay* (servizio di vendita di prodotti *online* che favorisce chi, nel tempo, ottiene referenze positive dagli acquirenti)¹⁷.

Tale ambito di indagine appare speculare all'esame dell'oggetto principale delle presenti riflessioni. A proposito di forme di povertà comunicativa, anche a fronte del progresso della tecnica e della tecnologia ovvero di una riscontrata vulnerabilità nella possibilità di esercitare il potere di disposizione, godimento o controllo avente ad oggetto le situazioni giuridiche soggettive delle quali si è titolare nell'ambiente digitale, si può spo-

16 S. Rodotà, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 30.

17 Crescente è la diffusione di proprietà protette in quanto l'accesso è consentito unicamente mediante la digitazione di credenziali, variamente denominate, conosciute dal solo titolare: dai tradizionali codici di accesso alle cassette di sicurezza, al pin che consente di prelevare danaro dal conto corrente, di usufruire del cellulare, di proteggere l'accesso a computer, tablet e posta elettronica. La sempre maggiore fruibilità delle attività telematiche, idonea a consentire agli utenti dello spazio digitale di accedere pressoché ovunque ai contenuti del *web* ha, inoltre, indotto ad un forte sviluppo della creazione di spazi *web* personalizzati aventi svariati contenuti ed utilità, sì da creare veri e propri nuovi diritti digitali, ad accesso riservato, e soggetti a discipline giuridiche a loro volta variabili a seconda del contenuto e della tipologia del servizio utilizzato. Il carattere esclusivo di tali diritti digitali è garantito dall'utilizzo di credenziali di autenticazione, c.d. *password*, conosciute al solo titolare, il quale, pertanto, sarà l'unico a poter accedere alle informazioni ed ai servizi contenuti nel *server*. La disponibilità dei diritti digitali, di conseguenza, può essere concessa dal titolare delle credenziali, soltanto mediante la cessione a vario titolo, in proprietà o in godimento, delle *password* medesime.

stare l'attenzione dal piano descrittivo-tipologico al piano funzionale-applicativo, selezionando un ambito di indagine all'interno dei rapporti civili nei quali il medico, quale attore del rapporto di supporto o assistenza alla persona, può fornire il proprio contributo nella esteriorizzazione dell'autodeterminazione della persona agente; soggetto dotato di capacità di discernimento ma, per età, condizione culturale, educativa-formativa ovvero per stato di bisogno, privo di una effettiva idoneità nell'uso delle ordinarie forme di comunicazione della propria volontà all'esterno.

A tal proposito, giova ricordare come l'ordinamento giuridico, oltre alla forma scritta documentata secondo le prescrizioni ex artt. 2699 ss. c.c., prevede limitatamente alle disposizioni anticipate di trattamento¹⁸ una per così dire modalità ulteriore di manifestazione della volontà¹⁹, idonea a produrre vicende giuridiche rilevanti per la propria sfera giuridica. In particolare, nel caso di disabilità fisiche non incapacitanti, ma comunque impeditive delle relazioni comunicative²⁰, le disposizioni anticipate di trattamento possono essere espresse attraverso videoregistrazione o dispositivi (sistemi di scrittura *braille*, altri codici di scrittura tattile, dispositivi informatici, apparati telematici o ulteriori tecnologie avanzate) che consentano alla persona con disabilità di comunicare²¹.

- 18 A. Musto, *Le disposizioni anticipate di trattamento e il ruolo del notaio*, in *Successioni e donazioni* Iaccarino, Utet, Torino, 2023, 2ª ed., tomo 1, pp. 675-718; F. Parente, *Le disposizioni anticipate di trattamento: struttura, contenuto, forme e pubblicità*, in *Dir. fam. succ.*, 2020, p. 1401; Comitato nazionale per la bioetica, parere del 18/12/2003, sulle *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, secondo la quale si tratta di un "documento con il quale una persona, dotata di piena capacità, esprime la sua volontà circa i trattamenti ai quali desidererebbe o non desidererebbe essere sottoposta nel caso in cui, nel decorso di una malattia o a causa di traumi improvvisi, non fosse più in grado di esprimere il proprio consenso o il proprio dissenso informato". Circ. del Ministero dell'Interno, 8/2/2018, n. 1. Cfr. C. Romano, *Autodeterminazione del paziente, disposizioni anticipate di trattamento, aiuto farmacologico a morire*, in *Not.*, 2022, p. 117. Sollecita sui problemi di ricostruzione di una volontà consapevole ed informata nei soggetti in fase terminale, A. Tartaglia Polcini, *Scienza, neuroscienze e diritto: dialogo oltre le maglie degli incerti confini normativi e scientifici*, in *Informatica e diritto*, 2014, p. 55.
- 19 In termini di "terza forma scritta", cfr. C. Verde, *Profili civilistici delle direttive anticipate di trattamento*, in *Dir. fam. succ.*, 2018, p. 925. Cfr. R. Orestano, "Realtà" "parole" "valori" nella scienza del diritto, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, p. 461 ss., ora in *Introduzione allo studio del diritto romano*, Il Mulino, Bologna, 1987, p. 385 s.
- 20 D. Carusi, *La legge "sul biotestamento": una luce e molte ombre*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 297.
- 21 Art. 4, comma 6, l. n. 219/2017. L. Tafaro, *Oltre gli atti muti: gli atti neuronal. I Brain's Acts a contenuto non patrimoniale, l'uomo postumano e la sua custodia*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2021, p. 471 ss.

5. *Note conclusive. Tutela della personalità in formazione o di una personalità da salvaguardare nelle facoltà residue/menomate del minore in senso ampio*

Gli ambiti applicativi richiamati contribuiscono a un ripensamento della teoria dell'invalidità dei contratti conclusi dal minore in senso ampio, ancorata al criterio del miglior interesse dello stesso, il quale opera "come limite al mantenimento dell'atto"²² in funzione della tutela della personalità in formazione o di una personalità da tutelare nelle sue facoltà residue/menomate di minore in senso ampio.

Una tutela della persona agente (art. 2 cost.) che deve contemperarsi, in una logica di bilanciamento nel caso concreto (art. 3 cost.), con la certezza dei traffici giuridici (artt. 2643 ss. c.c.), con la tutela dell'affidamento della controparte (artt. 1373 e 1375 c.c.), connesso all'intagibilità delle sfere giuridico-patrimoniali senza una giustificazione giuridicamente meritevole (art. 2033 c.c.), con il principio dell'economia degli atti e delle dichiarazioni, connesso al principio di variabilità della struttura negoziale (artt. 1232 e 1266 c.c.) e della conservazione del contratto (art. 1367 c.c.), in ragione della funzione perseguita (per approdare, in ultima analisi, ad un costrutto concettuale strumentale all'agire funzionale alla effettiva promozione di interessi meritevoli)²³.

22 M. Prosperetti, *Contributo alla teoria dell'annullabilità*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 187. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'art. 1861, comma 2, il quale prevede un'ipotesi di rendita a titolo gratuito quale onere della cessione di un capitale o del trasferimento di un immobile realizzati *donandi causa*.

23 P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, III, *Situazioni soggettive*, ESI, Napoli, 2020, p. 198, ad avviso del quale l'avvento della rivoluzione digitale ha imposto una riconsiderazione delle tradizionali tecniche di qualificazione delle situazioni soggettive: la crescente diffusione di interessi intangibili e immateriali unitamente all'inarrestabile espansione di nuove tecniche di espressione e compimento degli atti della vita quotidiana, pone l'interprete dinanzi a situazioni di dubbia definizione e ancora più di incerta regolamentazione ove, oltre all'intersezione tra realtà e obbligatorietà, si impongono necessarie connessioni con i diritti della personalità. Trib. Roma, 29 maggio 2012, in *Leggiditalia*: "come si osserva in dottrina, l'autonomia negoziale non può essere disancorata dalla natura degli interessi sui quali una data disposizione è destinata ad incidere. E poiché ogni interesse è correlato ad un valore, attraverso l'analisi degli interessi si dovrà individuare quali fra essi estrinsecano valori che hanno nella Carta costituzionale il loro riconoscimento e la loro tutela. In altri termini, il fondamento costituzionale dell'autonomia negoziale va individuato alla luce di molteplici supporti normativi, in ragione della natura degli interessi affidati alle singole esplicazioni di autonomia e dei valori costituzionali ai quali questi interessi sono riconducibili. I fondamenti costituzionali dell'autonomia negoziale offrono all'interprete le in-

D'altronde, sono investiti la percezione che la persona ha di se stessa e del suo stare in società e in relazione con gli altri (con il pericolo di generare e stabilizzare la povertà non soltanto economica ma anche educativa, sociale e culturale)²⁴, sì che l'impatto delle nuove tecnologie, le costanti e ontologiche crisi che coinvolgono il vivere in comunità e l'emersione dell'infosfera condizionano anche la configurazione dei paradigmi di soggetto, capacità e minore²⁵.

dispensabili coordinate, alle quali attingere per esprimere sui singoli e concreti atti di autonomia quei giudizi di valore che l'ordinamento affida loro. Ci si riferisce ai controlli di "meritevolezza di tutela degli interessi" (art. 1322 c.c.) e di "liceità" (spec. art. 1343 c.c.) che devono essere condotti, per quanto qui interessa, alla stregua dell'art. 2 cost. il quale tutela i diritti inviolabili dell'uomo e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà". Cfr., in ordine all'oggetto delle presenti riflessioni, N. Irti, *Il diritto nell'età della tecnica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, p. 14, il quale rileva che il dualismo naturale-artificiale esprime l'antitesi tra "le cose come sarebbero prima e le cose come sono dopo l'intervento della tecnica, fra l'originaria ingenuità e la calcolante riflessione".

- 24 Sull'incidenza del principio personalista sull'interpretazione degli istituti "patrimoniali", C. Donisi, *Verso la "depatrimonializzazione" del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 644 ss. Critico A. de Cupis, *Sulla "depatrimonializzazione" del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, p. 482 ss. V. la replica di P. Perlingieri, *"Depatrimonializzazione" e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1 ss. e in Id., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, ESI, Napoli, 1989, p. 173 ss. Secondo S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, trad. it. di P. Bassotti, Luiss University Press, Roma, 2019, p. 9, si tratta di "[u]n nuovo ordine economico che sfrutta l'esperienza umana come materia prima per pratiche commerciali segrete di estrazione, previsione e vendita". V., anche, A. Quarta, *Mercato senza scambi. Le metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, ESI, Napoli, 2020, p. 42 s., ad avviso della quale "le soluzioni tecnologiche che permettono di realizzare prodotti predittivi conducono le società a non limitarsi a trarre vantaggio dalla cattura delle esternalità positive generate dalla produzione di contenuti effettuata dagli utilizzatori, ma a dotarsi di strumenti per una raccolta pervasiva dei dati che essi rilasciano a ogni movimento che effettuano online. L'utilizzatore deve essere seguito, controllato, perché è fonte di una nuova materia prima: per questo è possibile parlare di capitalismo della sorveglianza". Ampia trattazione in A. Patroni Griffi (a cura di), *Bioetica, diritti e intelligenza artificiale*, Mimesis Edizioni, Milano, 2023.
- 25 G. Teubner, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, ESI, Napoli, 2019, p. 63 s. Cfr. anche l'introduzione di P. Femia, *Soggetti responsabili. Algoritmi e diritto civile*, *ivi*, p. 5 ss. Corte cost., 15 maggio 2019, n. 114, in *Giur. cost.*, 2019, p. 1385, con nota di F. Proietti, *Amministrazione di sostegno e capacità di donare: un intervento "cauto", ma efficace?*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, p. 973; E. Bocchini, *La regolazione giuridica dell'intelligenza artificiale*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 47 ss.



VALERIO ROTONDO*

INVECCHIAMENTO DELLA POPOLAZIONE E STRUMENTI CIVILISTICI DI PROTEZIONE E PROMOZIONE DELLA PERSONA ANZIANA

SOMMARIO: 1. Rilievi introduttivi: l'interesse del civilista di fronte al fenomeno dell'invecchiamento della popolazione. – 2. Sulla rilevanza giuridica della condizione senile: impossibilità e inutilità di considerare l'anziano come categoria. – 3. Senilità e vulnerabilità. – 4. L'amministrazione di sostegno quale istituto preposto alla tutela e alla promozione dell'anziano vulnerabile. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Rilievi introduttivi: l'“interesse del civilista di fronte al fenomeno dell'invecchiamento della popolazione”

Nell'ambito delle trasformazioni demografiche che investono la composizione delle società contemporanee, l'invecchiamento della popolazione è un fenomeno che colpisce diffusamente i Paesi industrializzati. Le cause che concorrono a modificare la struttura anagrafica della popolazione sono molteplici. Tra esse la sopravvivenza più lunga e la caduta della natalità che, congiuntamente, producono come effetto l'erosione delle classi di età giovanile e l'aumento del numero di persone anziane¹. Nell'area Ue, l'Italia è il Paese con il più alto indice di vecchiaia, che ha nel Mezzogiorno il suo valore più basso²: oltre 14 milioni sono le persone che hanno più di 65 anni, circa la metà di queste ne ha più di 75; 4 milioni hanno dagli 80 anni

* Il presente contributo si inserisce nelle linee di ricerca del Progetto Age-it (Ageing Well in an Ageing Society), cofinanziato dell'Unione europea – Next Generation EU, nell'ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), Investimento Partenariato Esteso PE8 “Conseguenze e sfide dell'invecchiamento”.

1 G.C. Blangiardo, *Introduzione*, in L. Quattrocioni e M. Tibaldi (a cura di), *Invecchiamento attivo e condizione di vita degli anziani in Italia*, Istat, Roma 2020, p. 7.

2 L'indice di vecchiaia è “il rapporto percentuale tra la popolazione in età anziana (65 anni e più) e la popolazione in età giovanile (meno di 15 anni)”. Si tratta di uno dei possibili indicatori demografici adottato per misurare il livello di invecchiamento di una popolazione (*noi-italia.istat.it*).



in su e 22 mila sono gli ultracentenari³. L'analisi della conformazione dei nuclei familiari rileva, inoltre, non soltanto la loro progressiva frammentazione ma la diminuzione delle coppie con figli e l'aumento delle persone sole e, in particolare, degli anziani i quali necessitano di soggetti che se ne prendano cura⁴.

Tale quadro demografico ha immediate ripercussioni sul piano sociale ed economico del Paese riflettendosi nei campi del mercato del lavoro e del *welfare*, della produzione e del consumo⁵ nonché sulla legislazione come testimoniato dalla recente legge 23 marzo 2023, n. 33, recante "Deleghe al Governo in materia di politiche in favore delle persone anziane", il cui primo decreto legislativo di attuazione, 15 marzo 2024, n. 29, per la prima volta, fornisce una tripartizione dell'età senile distinguendo tra: a) "persona anziana": la persona che ha compiuto 65 anni; b) "persona grande anziana": la persona che ha compiuto 80 anni; c) "persona anziana non autosufficiente": la persona anziana che, anche in considerazione dell'età anagrafica e delle disabilità pregresse, presenta gravi limitazioni o perdita dell'autonomia nelle attività fondamentali della vita quotidiana e del funzionamento bio-psico-sociale.

Sul piano giuridico, il fenomeno dell'invecchiamento della popolazione impone all'interprete⁶ di focalizzare l'attenzione sulle problematiche connesse alla tutela apprestata dall'ordinamento alla persona anziana, nonché alla situazione di vulnerabilità che può conformare la sua condizione perso-

3 Dati visionabili in *istat.it*

4 Per una recente analisi dei fenomeni demografici italiani v. il rapporto Eurostat, *Struttura e invecchiamento della popolazione*, in *ec.europa.eu*. e in dottrina F. Billari e C. Tomassini (a cura di), *Rapporto sulla popolazione. L'Italia e le sfide*, Il Mulino, Bologna 2021. Sugli effetti della domanda di assistenza agli anziani v. C. Tomassini, M. Alebertini, C. Lallo (a cura di), *Avanzare insieme nella società anziana. Considerazioni multidisciplinari sulla domanda di assistenza agli anziani in Italia*, Bologna 2024.

5 G.C. Blangiardo, *op. cit.*, p. 7

6 Il giurista deve avere "la sensibilità di interpretare [e] conoscere la realtà" con "capacità critica nella ricostruzione dei fatti e dei problemi": così P. Perlingieri, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in "Rivista di diritto commerciale", I, 1969, p. 455). Tale monito è oggi ribadito in Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, I, *Metodi e tecniche*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2020, p. 31. Sul ruolo e la sensibilità del giurista verso i bisogni emergenti che promanano dal tessuto sociale v. anche F. Lucarelli, *Lo specchio, l'immagine, il diritto*, Pronto Stampa, Napoli 2008, p. 24 e l'insegnamento di S. Pugliatti, *Grammatica e diritto*, Giuffrè, Milano 1978, p. 89 secondo il quale quando "la società e la storia bussano alla sua porta [non può] fingersi sordo e, nell'inerzia, tentare di abituarsi al rumore".

nale. Esse assumono, al contempo, una rilevanza individuale e sociale⁷ e si inseriscono nel più ampio quadro della tutela e della promozione della persona umana⁸ con particolare riferimento al trattamento giuridico dei c.d.d. soggetti deboli o vulnerabili⁹. Un ambito nel quale si intrecciano profili etici, esistenziali e giuridici dove è complesso disciplinare fenomeni sui quali non si può prescindere dalla considerazione del singolo caso concreto¹⁰. Di fronte alle problematiche riferibili alla condizione senile l'interprete è infatti chiamato a fornire risposte che – in conformità alle regole e ai principi che governano il sistema ordinamentale¹¹ – tengano conto delle singole

7 P. Perlingieri, *Diritti della persona anziana, diritto civile e stato sociale*, in “Rassegna di diritto civile”, 1, 1990, p. 85.

8 Che è posta all'apice della gerarchia dei valori nell'ordinamento giuridico (v. P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., p. 12, il quale discorre di “persona come valore [che] rappresenta la parte caratterizzante l'ordinamento giuridico” e, in tale ottica di “sistema caratterizzato da prospettive assiologiche unitarie”: Id., *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli 2006, p. 179) la tutela e la promozione della quale assurge a principio di ordine pubblico (P. Perlingieri, *Principio personalista, dignità umana e rapporti civili*, in “Annali della Società Italiana degli Studiosi del Diritto civile”, 5, 2020, p. 4).

9 In una prospettiva sovranazionale v. le riflessioni di P. Franzina, *La protezione degli adulti nel diritto internazionale*, Cedam, Milano 2012. Sugli effetti della mancata ratifica da parte dell'Italia della Convenzione de l'Aja del 13 gennaio 2000 sulla protezione internazionale degli adulti v. M. Castellaneta, *La protezione degli adulti in situazione di vulnerabilità: il ruolo degli atti internazionali a tutela dei diritti umani*, in “Notariato”, 6, 2023, p. 653 ss.

10 Sulla necessità di individuare la normativa più adeguata alle peculiarità del caso concreto si veda P. Perlingieri, “*Principi generali*” e “*interpretazione integrativa*” nelle pagine di Emilio Betti, in “Rassegna di diritto civile”, 1, 2019, p. 106 ss.; Id., *La teoria del diritto generale e neutrale di Claudio Luzzati*, in “Annali della Società Italiana degli Studiosi del Diritto civile”, 2, 2018, spec. p. 13; Id., *L'interpretazione giuridica e i suoi canoni. Una lezione agli studenti della Statale di Milano*, in “Rassegna di diritto civile”, 2, 2014, p. 406; ma già Id., *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in “Diritto e giurisprudenza”, 1975, p. 826 ss.

11 Sulla necessità di combinare ragionevolmente tanto le regole quanto i principi, nella dottrina civilistica, si veda, per tutti, P. Perlingieri, *I principi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo*, in “Annali della Società Italiana degli Studiosi del Diritto civile”, 1, 2017, pp. 12 e 14, per il quale il principi “esprimono valori e interessi preminenti caratterizzanti l'assiologia complessiva del sistema e, come tali, esigono che l'interprete conformi il senso e la ratio delle regole alla loro portata”. Ne deriva, conseguentemente, che “l'interpretazione del diritto in funzione ordinante è operazione non asettica e neutrale, esclusivamente logica, ma culturale, attenta a che le sue conseguenze siano ragionevoli e quindi conformi ai principi valoriali identificativi del sistema ordinamentale che è destinata concre-

e irripetibili situazioni fattuali dove confluiscono bisogni individuali mai uguali a se stessi¹². La consapevolezza che “non esiste l’uomo generico [bensi] esistono situazioni diverse da uomo a uomo”¹³ impone di rifuggire da soluzioni rigide e assolute fondate sul c.d. soggetto di diritto, neutro, sempre uguale. Se come rilevato da attenta dottrina la “realtà concreta, ivi compresa quella normativa, conosce l’uomo con le sue peculiarità, le sue malattie, i suoi limiti, i suoi bisogni, [e] la sua età”¹⁴ la relativizzazione dei problemi della persona e, quindi, anche di quelli dell’anziano, richiede all’interprete, nella risoluzione del caso concreto, “di svincolarsi dalla valutazione degli atti e delle attività da astratte e prefigurate categorie”¹⁵. Per il civilista il tema rileva in particolare con riferimento ai problemi legati alla capacità dell’anziano¹⁶ e alla valenza attuale degli istituti preposti alla sua tutela e alla sua promozione.

2. Sulla rilevanza giuridica della condizione senile: impossibilità e inutilità di considerare l’anziano come categoria

La persona umana non è pensabile disancorata da una determinazione temporale in quanto vive e agisce in un dato momento storico¹⁷. L’età, qua-

tamente ad attuare”: così P. Perlingieri, *Interpretazione e controllo di conformità alla Costituzione*, in “Rassegna di diritto civile”, 2, 2018, p. 594, ma v. già Id., *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli 1972, p. 11 ss. e 154 ss. Sulla ricostruzione più recente del dibattito sulla rilevanza dei principi P. Perlingieri, *Il processo evolutivo del “diritto civile nella legalità costituzionale”*. Una lezione alla Camera civile di Milano, in “Rassegna di diritto civile”, 4, 2023, p. 1358 ss.

- 12 Sul tema si vedano P. Stanzione (a cura di), *Anziani e tutele giuridiche*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1991; L. Rossi Carleo, M.R. Saulle, L. Siniscalchi (a cura di), *La terza età nel diritto interno ed internazionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1997. Più di recente M. Tamponi, *Nel diritto della terza età. Le rughe tra giudizio e pregiudizio*, Rubettino, Soveria Mannelli 2021; C.M. Cascone, *Il lato grigio del diritto. Invecchiamento della popolazione e tutela degli anziani in prospettiva comparatistica*, Giappichelli, Torino 2022.
- 13 V., altresì, N. Bobbio, *I valori e i diritti umani degli anziani cronici nonautosufficienti*, in *Eutanasia da abbandono*, Rosenberg & Sellier, Torino 1988, p. 53; Id., *L’età dei diritti*, Einaudi, Milano 1990, p. 68.
- 14 P. Perlingieri, *Diritti della persona anziana*, cit., p. 82.
- 15 In questi termini P. Perlingieri, *op. cit.*, p. 83.
- 16 Con particolare riferimento alla capacità di testare dell’anziano si veda in questo volume il contributo di M. Ziccardi, *Il testamento delle persone vulnerabili*.
- 17 In questa prospettiva E. Moscati, *Tempo (diritto civile)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XVIII, Utet, Torino 1977, p. 1115.

le *punctum temporis* determinato, ricompreso tra il momento della nascita e quello della morte, è stata efficacemente definita come “un modo d’essere della persona fisica nella progressione temporale del fenomeno biologico che acquista rilevanza per il diritto, in quanto l’ordinamento le attribuisce determinati effetti sulle capacità”¹⁸.

All’interno della Carta costituzionale, diversamente da quanto stabilito da Costituzioni di altri Paesi¹⁹, non compaiono riferimenti specifici alla condizione giuridica dell’anziano e non è contemplato alcun limite massimo d’età, non soltanto per assolvere alle funzioni pubbliche elettive, ma anche ai fini del godimento “delle libertà civili, per l’esercizio dei diritti e l’adempimento dei doveri civili”²⁰. I principi di cui agli artt. 2 e 3 cost. assicurano una tutela piena e incondizionata alla persona umana in quanto tale²¹ di là da qualsivoglia ottica congiunturale. Quest’ultima – e la garanzia delle sue libertà – sono poste a fondamento del nostro ordinamento giuridico quale valore massimo da realizzare²². L’unitarietà del valore della

18 In questa prospettiva Cass. pen., 28 gennaio 1961, in *Giustizia penale*, 1961, II, p. 386, ripresa da S.P. Panunzio, *Età*, (dir. pubbl.), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma 1989, p. 1.

19 Si pensi all’art. 72 della Costituzione del Portogallo: “Le persone anziane hanno il diritto alla sicurezza economica e a condizioni abitative e di convivenza familiare e comunitaria che rispettino la loro autonomia personale ed evitino o superino l’isolamento o la marginalizzazione sociale. La politica della terza età include misure di carattere economico, sociale e culturale tendenti ad assicurare alle persone anziane opportunità di realizzazione personale, attraverso una partecipazione attiva alla vita della comunità; o ancora a all’art. 50 di quella spagnola: “i pubblici poteri garantiranno mediante pensioni adeguate e periodicamente aggiornate l’autonomia economica ai cittadini durante la terza età. Inoltre, indipendentemente dagli obblighi familiari, promuoveranno il loro benessere mediante un sistema di servizi sociali”.

20 Così G. Abbamonte, *Età*, (dir. pubbl.), in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Giuffrè, Milano 1967, p. 98. Pertanto l’età senile non può essere un aspetto incidente sullo *status personae* non incidendo di per sé sull’attitudine alla titolarità delle situazioni soggettive: in questa prospettiva P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, 4ª ed., Napoli, 2020, p. 5.

21 P. Perlingieri, *Commento alla Costituzione italiana*, 2ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2001, pp. 6-12.

22 Più di recente P. Perlingieri, *Principio personalista, dignità umana e rapporti civili*, in “Annali della Società Italiana degli Studiosi del Diritto civile”, 5, 2020, p. 4, ma già Id., *Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia*, in “Rivista di diritto civile”, 1, 1978, pp. 408 e 430. Nella prospettiva tracciata “non l’uomo è in funzione dello Stato ma quest’ultimo in funzione dell’uomo, nel senso che suo fine è di assicurare lo svolgimento della persona umana” così C. Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, I, Cedam, Padova

persona, inoltre, impone che la sua tutela non possa essere frazionata in isolate e autonome fattispecie, ma deve essere prospettata come problema unitario²³ senza distinzioni fondata in base all'età foriere di forme diversificate di ghettizzazioni e/o di emarginazione²⁴. L'impianto costituzionale, pertanto, è incentrato sulla tutela piena ed effettiva della persona nella sua fisiologica proiezione cronologica, assicurando "la protezione e lo sviluppo della personalità dei singoli non soltanto [...] in un'ottica di prevenzione, bensì quale esigenza di incoraggiare e predisporre le migliori condizioni favorevoli che assicurino il suo pieno svolgimento"²⁵. Ciononostante deve rilevarsi che all'interno della Carta costituzionale sono rinvenibili tracce di rilevanza della condizione senile. I profili inerenti alla senescenza sono presi in considerazione dall'art. 38, comma 2, cost.²⁶ sotto il profilo del pensionamento del lavoratore, ricollegandosi alla vecchiaia un fatto naturale produttivo di effetti giuridici²⁷. Di qui il binomio – probabilmente arbitrario – età pensionabile/età anziana.

1975, p. 155. Si che "il progetto istituzionale di integrale sviluppo della persona espresso dalle norme costituzionali interessa perciò ogni settore dell'ordinamento": così M. Bessone e G. Ferrando, *Persona fisica*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIII, Giuffrè, Milano 1983, p. 193 ss. Significativa in questa prospettiva nella giurisprudenza di legittimità Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in "Foro italiano", I, 2008, c. 125, nella quale si legge che "la nostra Costituzione, vede nella persona umana un valore etico in sé, [...] guarda al limite del 'rispetto della persona umana' in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona".

- 23 Questa è la prospettiva che si condivide tracciata da P. Perlingieri, *Profili del diritto civile*, 3ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1994, p. 139, ma già Id., *La personalità umana*, cit., pp. 44 e 183 ss.; e, più di recente, Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, 4ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2020, p. 19. Analogamente v. N. Lipari, *Diritti fondamentali e categorie civilistiche*, in "Rivista di diritto civile", 1, 1996, p. 417 e contra N. Irti, *Persona e mercato*, in "Rivista di diritto civile", 1, 1995, p. 289, per il quale il diritto "non conosce l'unità della persona e poco o punto gioverebbe conoscerla poiché esso sceglie e tutela i singoli interessi e discioglie l'unità della persona nella pluralità di singoli e specifici interessi".
- 24 P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, III, cit., p. 22.
- 25 C. Mortati, *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, III, Giuffrè, Milano 1972, p. 435.
- 26 Secondo il quale "I lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria".
- 27 L. Mengoni, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", IV, 1982, p. 1128. In argomento v. anche le riflessioni di R. Casillo, *La pensione di vecchiaia. Un diritto in trasformazione*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli 2016.

Anche a livello sovranazionale, guardando in particolare alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea può escludersi l'autonoma rilevanza della condizione senile. L'art. 25 Carta Ue, rubricato "Diritti degli anziani", sulla scorta dell'art. 23 della Carta sociale europea²⁸, rubricato "Diritto delle persone anziane ad una protezione sociale", prevede che "l'Unione riconosce e rispetta il diritto degli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale". Tale previsione, che potrebbe apparire come un riconoscimento formale della condizione senile, altro non è che un rafforzamento del principio di non discriminazione sancito nel precedente art. 21, Carta Ue. Tale interpretazione è favorita dalla collocazione sistematica delle previsioni, richiamate nel medesimo Capo III dedicato all'"Uguaglianza", e dal quadro di valori "indivisibili e universali di dignità umana, libertà, uguaglianza e solidarietà" accolti dalla Carta e specificati nel Preambolo.

Anche la legislazione privatistica non fa riferimento diretto all'età senile e all'anziano quale portatore di interessi particolari.

Nel codice civile del 1942 l'età, in una logica marcatamente patrimonialistica²⁹, è concepita come mero spartiacque tra la maggiore e la minore età, delineando gli effetti sull'incapacità o sulle capacità della persona fisica³⁰. All'art. 2 c.c., infatti, è attribuita la funzione di determinare il *dies a quo* dal quale discende per la persona fisica l'acquisto dell'attitudine a manifestare volontà dirette ad acquistare ed esercitare diritti o ad assumere obblighi, prescindendo dagli interessi di volta in volta coinvolti. All'interno del Codice mancano, invece, indicazioni circa il termine iniziale dal quale far decorrere la c.d. "senilità" e nessuna limitazione alla capacità di agire è prevista in ragione del mero superamento di una determinata soglia anagrafica. L'età, infatti, astrattamente considerata, non integra i requisiti previsti per l'applicazione delle misure di protezione contenute nel Libro Primo. Ne deriva che la fisiologica progressione anagrafica consente al minore, divenuto maggiorenne, di acquistare la piena capacità di agire ma non è contemplato il procedimento inverso, non essendovi previsioni che ricolleghino al raggiungimento di una de-

28 In questa prospettiva si vedano le riflessioni e la bibliografia citata in P. Stanzione, *Diritti esistenziali della persona, tutela delle minorità e Drittwirkung nell'esperienza europea*, in "Europa e diritto privato", 1, 2022, p. 50, e E. Bacciardi, *La tutela civile degli anziani alla luce dell'art. 25 della Carta di Nizza*, in "Nuove leggi civili commentate", II, 2015, p. 293 ss.

29 Per tutti v. P. Perlingieri, *La personalità umana*, cit., p. 140 ss.

30 Sulle problematiche giuridiche connesse in generale all'età, in materia civilistica v. L. Tafaro, *L'età per l'attività*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2003.

terminata soglia anagrafica la perdita della capacità di agire precedentemente acquistata la quale può invece perdersi – o vedersi limitata – nella persona maggiorenne al verificarsi di determinate condizioni normativamente individuate.

3. Senilità e vulnerabilità

Lo studio della nozione di vulnerabilità assume nel dibattito scientifico contemporaneo una rilevanza sempre maggiore in considerazione del suo ampio utilizzo in ambiti di ricerca eterogenei³¹. L'età della vecchiaia è stata autorevolmente accostata al “tempo della *infirmity*, non intesa necessariamente come infermità, ma come debolezza, precarietà, [...] minor capacità di resistere alle sfide che ci vengono lanciate dalla convivenza”³². Non di rado si accomuna la persona anziana al concetto di vulnerabilità. Al fine di verificare se tale accostamento sia corretto è necessario verificare cosa deve intendersi sul piano giuridico con l'aggettivo “vulnerabile” e se possa quindi ritenersi tale la persona anziana.

Quello di vulnerabilità “è uno di quei concetti [...] la cui estensione e ampiezza di significato ne rendono estremamente difficile la definizione”³³. In considerazione delle sue molteplici sfaccettature e declinazioni, sfugge all'essere ingabbiato in strette maglie definitorie. Si tratta di un concetto necessariamente indeterminato che, però, quando riferito alla persona umana rimanda, come rilevato da attenta dottrina, a quello di disuguaglianza ovvero alla situazione oggettiva di svantaggio nella quale si trovano alcuni rispetto ad altri³⁴. Tale consapevolezza conduce ad affermare che mai si può essere vulnerabili in astratto ma sempre rispetto a qualcuno o a qualcosa. L'aggettivo “vulnerabile”, conseguentemente, è termine va-

31 In ambito civilistico si vedano più di recente i contributi raccolti in P. Corrias (a cura di), *I soggetti vulnerabili nella disciplina comune e nei mercati regolamentati*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli 2022; P. Corrias e E. Piras (a cura di), *I soggetti vulnerabili nell'economia, nel diritto e nelle istituzioni*, vol. I e II, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2021; Ar. Fusaro, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile. Oltre il soggetto debole: vulnerabilità della persona e condizionamento del volere*, Jovene, Napoli 2019.

32 Così N. Bobbio, *I valori e i diritti umani degli anziani cronici non-autosufficienti*, cit., p. 48.

33 O. Ogiolo, B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità: analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, Roma 2018, p. 11.

34 S. Giova, *Minori in condizioni di particolari vulnerabilità*, in “Rivista giuridica del Molise e del Sannio”, 3, 2022, p. 168.

lutativo che può precisarsi esclusivamente in base a un giudizio di valore³⁵. Per tale motivo è nozione aperta – che respinge ogni tipizzazione – e “parola contenitore”³⁶, il cui contenuto è determinabile soltanto a seguito della valutazione della condizione concreta nella quale viene a trovarsi la persona, in maniera stabile o transitoria, e che per tale ragione richiede una particolare protezione con riferimento a quelle condotte o a quei fatti che l’ordinamento considera meritevoli di una speciale attenzione in relazione al contesto in cui si verificano³⁷. Sul piano pratico la principale difficoltà risiede proprio nello stabilire, in un dato momento storico, quali sono le situazioni che determinano la condizione di vulnerabilità³⁸ e quando assumono valore giuridico. Come è stato rilevato in dottrina “il vulnerabile non è una figura teorica del diritto come il creditore o il proprietario”³⁹ e le categorie giuridiche difficilmente si prestano ad abbracciare le molteplici ed eterogenee sfumature della debolezza umana⁴⁰.

Sebbene sul piano qualificatorio le fonti non giungono in soccorso all’interprete che voglia circoscrivere il contenuto dei concetti di “vulnerabilità” e “di persona vulnerabile”, diverse sono le norme che nella Costituzione tengono conto di situazioni specifiche assimilabili, se non sovrapponibili, alla condizione di vulnerabilità. Si pensi ad esempio all’art. 32, comma 1, cost. in materia di cure gratuite nei confronti degli indigenti o all’art. 24, comma 3, cost. in materia di accesso alla giustizia per i non abbienti. Più in generale, è il supremo principio di uguaglianza di cui all’art. 3 cost. – quale espressione compiuta del principio di tutela della persona di cui all’art. 2 cost.⁴¹ – a individuare potenziali condizioni di vulnerabilità foriere di esclusione, marginalizzazione e/o discriminazioni⁴² (sesso, razza, lingua,

35 S. Giova, *op. cit.*, p. 167. È questa la tesi che si condivide di là dalla considerazione che la vulnerabilità sarebbe un attributo ontologico della persona in quanto essere umano.

36 L. Re, *Introduzione*, in M.G. Bernardini, B. Casalini, O. Giolo, L. Re, *Vulnerabilità: Etica politica diritto*, If Press, Roma 2018, p. 20.

37 In questa prospettiva R. Conti, *Diritti fondamentali, soggetti vulnerabili: tappe e obiettivi di un articolato “cammino”*, in questionegiustizia.it.

38 Cfr. in tal senso, N. Lipari, *Vulnerabilità esistenziale e strumenti di tutela*, in “Annali della Società Italiana degli Studiosi del Diritto civile”, 2, 2018, p. 4.

39 Così A. Gentili, *La vulnerabilità sociale. Un modello teorico per il trattamento legale*, in “Rivista critica del diritto privato”, 1, 2019, p. 46.

40 In questa prospettiva Ar. Fusaro, *L’atto patrimoniale della persona vulnerabile*, cit., p. 9.

41 P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, II, cit., p. 173.

42 P. Stanzione, *Costituzione, diritto civile, soggetti deboli*, in “Famiglia e diritto”, 2009, p. 305 ss.; P. Costa, *I diritti di tutti e i diritti di alcuni. Le ambivalenze del costituzionalismo*, Mucchi, Modena 2018, p. 68.

religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali). Al silenzio del legislatore – al quale riteniamo deve attribuirsi la volontà di garantire la piena flessibilità alla nozione sì demandando alla peculiarità del momento giurisdizionale, e dunque alla risoluzione del caso concreto, la sua delimitazione – fa da contraltare l'ampio utilizzo delle parole vulnerabilità e vulnerabile nella giurisprudenza costituzionale e in quella della Corte europea dei diritti dell'uomo⁴³. Queste pronunce hanno progressivamente identificato categorie di soggetti vulnerabili, fondando le distinzioni ora in considerazioni di qualità personali intrinseche o c.d. situazioni di contesto (minori stranieri, donne vittima di violenza domestica, persone sottoposte a detenzione), ora in relazioni a gruppi di persone vulnerabili (quali ad esempio disabili mentali, i richiedenti asilo)⁴⁴. Ne deriva che l'attribuzione della condizione di vulnerabilità alla persona umana “deve essere costruita non come uno *status* costante e invariabile, ma come una condizione dipendente da contesti relazionali e caratteristiche personali del soggetto che emergono in particolari situazioni e che in tali situazioni richiedono tutela”⁴⁵. Diversamente, come rilevato in dottrina, “le molteplici situazioni della vulnerabilità sono e rimangono situazioni indifferenti per il diritto”⁴⁶. Tale consapevolezza conferma la necessità di rifuggire da aprioristiche tipizzazioni di soggetti vulnerabili, in grado esclusivamente di assicurare l'interprete bisognoso di certezze e legittimare irragionevoli forme di paternalismo foriere di ingiustificate ipotesi di “privazione o forte riduzione di libertà dell'individuo”⁴⁷.

43 Si veda l'analisi di V. Lorubbio, *Soggetti vulnerabili e diritti fondamentali: l'esigenza di un portale della giurisprudenza CEDU*, in “Familia”, 10 marzo 2020, e il contributo di G. Serges, *Vulnerabilità, soggetti “deboli” e giustizia costituzionale Introduzione ad uno studio sulla giurisprudenza costituzionale in materia di protezione delle “persone vulnerabili*, in C. Severino e H. Alcaraz (a cura di), *Systèmes de contrôle de constitutionnalité par voie incidente et protection des personnes en situation de vulnérabilité Approche de droit comparé*, DICE Éditions, Aix-en-Provence 2022, p. 167 ss.

44 In questi termini e per la casistica v. P. Scarlatti, *I diritti delle persone vulnerabili tra incertezze congenite e indirizzi in via di consolidamento*, in “Giurisprudenza costituzionale”, 1, 2021, p. 8 ss., note 11 e 12.

45 C.M. Cascione, *Il lato grigio del diritto*, cit., p. 157.

46 In questi termini Ar. Fusaro, *op. cit.*, p. 10, la quale riprende le parole di P. Rescigno, *Handicap psichico e incapacità legale*, in “Diritto della famiglia e delle persone”, 1988, p. 1105.

47 F. Cosentino, *Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell'autonomia dei privati*, in “Quadrimestre”, 1993, p. 120, discorre di paternalismo in termini di “privazione o forte riduzione di libertà di scelta da parte dell'individuo, operata dall'ordinamento al fine di assicurare una particolare protezione

Il riconoscimento della necessità di parametrare al singolo caso concreto il giudizio di vulnerabilità consente, pertanto, di respingere qualsivoglia presunzione legale di vulnerabilità dell'anziano. Ne consegue che la mera condizione senile soltanto quando legata a circostanze diverse, ulteriori ed eventuali – come ad esempio lo stato di salute patologico – consente la qualificazione della persona in termini di soggetto vulnerabile.

4. *L'amministrazione di sostegno quale istituto preposto alla tutela e alla promozione dell'anziano vulnerabile*

Anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 6 del 2004, istitutiva dell'amministrazione di sostegno, il codice civile del 1942, sulla scia di quello del 1865, prevedeva due istituti a tutela degli incapaci: l'interdizione e l'inabilitazione incentrati principalmente sulla protezione dell'infermità di mente. Il sistema di tutela era fondato sul binomio malattia mentale-incapacità e rispecchiava una visione patrimonialistica del problema della tutela degli incapaci fondato, da un lato, sulla necessità di evitare dispersioni dei patrimoni familiari; dall'altro di garantire la corretta e spedita circolazione dei beni.

Gli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione erano caratterizzati da una estrema rigidità, tanto sul piano dei presupposti soggettivi richiesti, quanto sul piano degli effetti delle sentenze che, predeterminate per legge, non lasciavano spazio al potere discrezionale del giudice. Tali caratteri – unitamente a ragioni di natura sociale, culturale e medico-scientifica – furono alla base delle ragioni che consentirono alla dottrina, sin dai primi anni 70, di auspicare, sulla base della rilevanza delle norme e dei principi costituzionali, la rimodulazione del sistema delle incapacità contenuto nel codice⁴⁸.

Il lungo percorso che ha condotto a scardinare il sistema codicistico di tutela dell'infermità mentale è culminato con l'introduzione nell'ordinamento dell'istituto dell'amministrazione di sostegno che *ex art. 404 c.c.* consente di tutelare la persona che “per effetto di una infermità ovvero

della persona, o di una intera categoria di persone”. Si veda l'analisi sul tema di R. Caterina, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in “Rivista di diritto civile”, 2005, II, p. 771 ss.

48 Tra gli studi maggiormente significativi si segnalano i lavori di P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., e P. Stanzione, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1975.

di una menomazione fisica o psichica, si trovi nell'impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi"⁴⁹. La misura, che a norma dell'art. 1 l. n. 6/2004 "ha la finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente", ha il pregio di valorizzare, sotto il profilo della tutela personale e patrimoniale, le eterogenee sfumature della fragilità umana. La sua introduzione ha costituito una "rivoluzione nell'ordinamento" in quanto, diversamente dalle misure dell'interdizione e dell'inabilitazione, la cui incidenza operativa è oggi residuale⁵⁰, "consente di elaborare un progetto adatto al singolo caso con-

49 Per la ricostruzione dell'istituto v. G. Bonilini e F. Tommaseo, *Dell'amministrazione di sostegno*, in "Cod. civ. comm. Schlesinger", 2ª ed., Giuffrè, Milano 2018; P. Cendon e R. Rossi, *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, Utet, Torino 2009; G. Bonilini, *L'amministrazione di sostegno*, Cedam, Padova 2007.

50 V. Cass., 12 giugno 2006, n. 13584, in "Nuova giurisprudenza civile commentata", 2007, 1, 3, p. 275 ss. ove si legge che: "quello della interdizione ha carattere residuale, intendendo il legislatore riservarlo, in considerazione della gravità degli effetti che da esso derivano, a quelle ipotesi in cui nessuna efficacia protettiva sortirebbe una diversa misura"; Cass., 26 luglio 2013, n. 18171/2013, in "Famiglia e Diritto", 2014, 12, p. 1119 ss., ove si afferma "la residualità dell'istituto dell'interdizione, nell'ambito dell'innovato panorama degli strumenti di protezione dei soggetti che presentano limitazioni parziali o totali della propria capacità di autodeterminarsi". Più di recente, sempre in merito alla residualità degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, Trib. Grosseto, 2 dicembre 2022 n. 738, in "dirittopratico.it", ove si rileva che "nell'individuazione della misura di protezione più adeguata alla tutela del soggetto debole, il giudice deve lasciarsi orientare da un criterio di residualità e di *estrema ratio* [...]. L'interdizione e l'inabilitazione si presentano quali misure di protezione di *carattere residuale*"; per Trib. Nocera inferiore, 19 maggio 2022, ivi, "a seguito della riforma del 2004, quindi, l'interdizione va considerata come misura [...] da adottare solo nelle ipotesi in cui l'amministrazione di sostegno non riesca a tutelare la persona cui è destinata. L'intervento statale, nella sfera intima e personale dell'adulto incapace, deve essere ridotto al minimo necessario e indispensabile, dovendo sempre essere preservata la dignità della persona, anche in presenza di patologie che incidono notevolmente sulla salute psichica dell'infermo".

La residualità di queste misure è inoltre dimostrata dai dati riportati dall'Istat, che nell'anno 2022 ha censito 324.169 procedimenti per amministrazione di sostegno pendenti innanzi agli uffici del Giudice Tutelare italiano a fronte dei 1290 per interdizione e inabilitazione. Con riferimento al potere del giudice di individuare la misura più adeguata alle esigenze di protezione del beneficiario Cass., 12 dicembre 2006, n.13584, in "Dejure online": "soltanto la specificità delle singole fattispecie, e delle esigenze da soddisfare di volta in volta, può determinare la scelta tra i diversi istituti".

creto con una flessibilità attenta ai bisogni e alle richieste della persona”⁵¹, salvaguardando il più possibile l’autodeterminazione del soggetto destinatario della misura. Se il principio cui è ispirata la disciplina dell’amministrazione di sostegno è quello di garantire la conservazione massima della capacità d’agire, si persegue in concreto attraverso la flessibilità della risposta protettiva, affidando al giudice il compito di compiere una valutazione sulla determinazione delle restrizioni indispensabili ad assicurare la protezione del soggetto interessato dal provvedimento⁵². Egli deve provvedere definendo “l’oggetto” dell’amministrazione di sostegno a seconda delle esigenze del beneficiario⁵³.

L’art. 405 c.c. prevede, infatti, che il decreto di nomina dell’amministratore di sostegno deve contenere l’indicazione “[...] dell’oggetto dell’incarico e degli atti che l’amministratore di sostegno ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario [e] degli atti che il beneficiario può compiere solo con l’assistenza dell’amministratore di sostegno”. Ne deriva

51 Trib. Trieste, 5 ottobre 2006, n. 913, in “Giurisprudenza italiana, 1, 2007, p. 84 ss. con nota di P. Cendon, *“Soprassedere all’amministrazione di sostegno? Il problema è che siamo ormai scesi dagli alberi...”*”.

52 In giurisprudenza sulla necessità per il giudice di individuare la misura di protezione che limiti al minimo la capacità di agire del beneficiario v. Corte cost., 9 dicembre 2005, n. 440, in “giurcost.org”: “La complessiva disciplina inserita dalla legge n. 6 del 2004 sulle preesistenti norme del codice civile affida al giudice il compito di individuare l’istituto che, da un lato, garantisca all’incapace la tutela più adeguata alla fattispecie e, dall’altro, limiti nella minore misura possibile la sua capacità”; nonché Cass., 29 novembre 2006, n. 25366, in “Giurisprudenza italiana”, 2007, 10, p. 2259 ss.: “La scelta non può non essere influenzata dal tipo di attività che deve essere compiuta. Ad un’attività minima, tale da non rischiare di pregiudicare gli interessi del soggetto, ed, in definitiva, ad una ipotesi in cui non risulti necessaria una limitazione generale della capacità dell’interessato, corrisponderà l’amministrazione di sostegno, che si fa preferire non solo sul piano pratico [...] ma altresì su quello etico sociale, per il maggior rispetto della dignità dell’individuo che essa sottende, in contrapposizione alle più invasive misure della inabilitazione e della interdizione, le quali attribuiscono uno status di incapacità, concernente, nel primo caso, i soli atti di straordinaria amministrazione, ed estesa, per l’interdizione, anche a quelli di amministrazione ordinaria”.

53 Cass., 29 novembre 2006, n. 25366: “il giudice – che, non casualmente, è il giudice tutelare, e cioè una figura cui sono normalmente affidate funzioni riconducibili all’amministrazione di interessi ed alla vigilanza ed al controllo (più che alla soluzione di controversie tra parti che contendano su di un diritto) [...] Si limita ad individuare gli atti in relazione ai quali ne ritiene necessario l’intervento, senza peraltro determinare una limitazione generale della capacità di agire del beneficiario. Egli [...] si muove, nella direzione della individuazione, nell’interesse del beneficiario, dei necessari strumenti di sostegno con riferimento alle sole categorie di atti al cui compimento lo ritenga inidoneo”.

che la mera “sottoposizione” alla misura, non generando gli automatismi incapacitanti tipici dell’interdizione e dell’inabilitazione, consente al beneficiario di conservare la piena capacità per tutti quegli atti che, alla luce del decreto del giudice tutelare, non richiedono la rappresentanza esclusiva o l’assistenza dell’amministratore (art. 409 c.c.). Tale previsione si estende anche ai c.d. atti personalissimi, la cui eventuale limitazione deve anch’essa passare al vaglio del prudente apprezzamento del giudice⁵⁴. Egli potrà disporre la loro limitazione – all’interno del provvedimento di apertura dell’amministrazione o anche in una sua successiva revisione (art. 411, quarto comma, c.c.) – quando le esigenze di protezione del beneficiario lo richiederanno.

La flessibilità della risposta protettiva offerta dall’istituto dell’amministrazione di sostegno ha, sul piano applicativo, consentito di estendere la sua disciplina alle esigenze di tutela e di protezione dell’anziano. Sebbene la senilità astrattamente considerata non costituisce un requisito previsto dall’art. 404 c.c. per l’applicazione della misura⁵⁵, l’analisi della giurisprudenza conferma che gran parte dei procedimenti vedono come protagonisti persone in età senile le quali, di là dal versare in ipotesi di conclamata incapacità, necessitano delle più svariate forme di supporto e protezione. Dallo studio delle decisioni si evince che la principale criticità risiede nell’abuso

- 54 Sulla capacità del beneficiario di amministrazione di sostegno di donare, di testare, di contrarre matrimonio e più in generale sugli atti personalissimi di quest’ultimo v. I Prisco, *Amministrazione di sostegno e atti personalissimi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2018, nonché le riflessioni di M. Epifania, in C. Tomassini, M. Albertini, C. Lallo (a cura di), *Avanzare insieme nella società anziana*, cit., p. 176 ss.
- 55 Si segnala una sentenza del giudice tutelare di Vercelli che, con provvedimento del 16 ottobre 2015, ha respinto la domanda di nomina di un amministratore di sostegno proposto dalla nuora di una donna di novantadue anni afflitta da deficit visivi e uditivi e difficoltà di deambulazione ma assistita da un servizio di assistenza domiciliare quotidiano che la aiutava nel disbrigo di pratiche personali e nella cura della casa. Nel caso in esame, il giudice piemontese, aderendo giurisprudenza del Tribunale di Milano, non soltanto ha rilevato che “l’età avanzata è irrilevante ex art. 404 c.c.” ma ha ribadito che per la nomina di un amministratore di sostegno non soltanto “occorre che la vulnerabilità provochi un ostacolo nell’esercizio dei diritti o precluda vantaggi e utilità” ma che all’essere “affetti da patologie, anche invalidanti che inibiscano di provvedere autonomamente ai propri interessi” non consegua necessariamente l’assistenza da parte di un soggetto di nomina giudiziale quando si è in grado di esercitare con pienezza i propri diritti avvalendosi già dell’aiuto da parte di terzi. In questi casi, ritiene il giudice tutelare, la nomina di un amministratore di sostegno e, dunque, la privazione, seppur parziale, della capacità di agire della persona “sarebbe iniqua, e soprattutto superflua” (la decisione è reperibile in il caso.it).

della proposizione del ricorso da parte dei soggetti legittimati⁵⁶, individuati dall'art. 417 c.c. "nel coniuge, nella persona stabilmente convivente, nei parenti entro il quarto grado e negli affini entro il secondo". La prassi conosce, infatti, numerose ipotesi di uso improprio dell'istituto in ordine alla finalità concretamente perseguita. Tutt'altro che infrequente è il tentativo di ottenere l'attivazione della misura da parte di familiari con il fine strumentale di mettere al riparo, in vista della tutela delle aspettative successorie, i patrimoni dei parenti anziani; patrimoni nei confronti dei quali, gli eredi hanno una aspettativa non tutelata dall'ordinamento fin quando il soggetto è in vita. Sotto tale profilo la Corte di Cassazione ha escluso l'opportunità di nominare un amministratore di sostegno per una donna anziana non affetta da patologie cognitive e invalidanti, respingendo la richiesta dei figli che appariva mirata alla tutela degli interessi patrimoniali familiari, in assenza di alcuno specifico atto pregiudizievole della madre⁵⁷. Nel caso in esame due fratelli, preoccupati che la madre anziana e analfabeta avrebbe potuto mettere a rischio i beni di famiglia, si rivolgevano al giudice tutelare di Potenza al fine di affiancare alla donna un amministratore di sostegno. Offesa dalla iniziativa dei figli, l'anziana signora adiva la Corte di Appello di Potenza per chiedere la revoca del decreto con il quale il giudice tutelare aveva disposto l'apertura della procedura nei suoi confronti. L'istanza dell'anziana signora veniva accolta dalla Corte d'Appello, e confermata dalla Cassazione, sulla base dell'insussistenza dei presupposti per attivare l'amministrazione di sostegno, in considerazione dell'assenza di patologie tali da menomare le sue capacità intellettive e volitive, e dall'obiettivo, effettivamente perseguito dalla richiesta dei figli, finalizzato alla esclusiva tutela del patrimonio dell'anziana madre in assenza di un qualsiasi concreto pregiudizio. Più di recente, la Suprema Corte ha escluso, al fine di consentire una piena valorizzazione della persona, che l'istituto dell'amministrazione di sostegno possa "essere disposto nei confronti di chi, seppur trovandosi in condizioni di menomazione fisica dovuta all'avanzare dell'età, sia dotato della piena capacità di determinarsi e di poter esprimere il

56 Ulteriori profili critici che riguardano l'applicazione della misura anche con riferimento alla persona anziana riguardano la standardizzazione dei decreti dei giudici tutelari e la fase di audizione dei beneficiari. Sotto tale ultimo profilo si segnala una recente pronuncia del giudice di legittimità (n. 1667/ 2023) che ha sottolineato l'importanza dell'audizione personale del beneficiario dell'amministrazione di sostegno come adempimento *essenziale*, in linea con la dignità della persona e funzionale all'accertamento dei presupposti dell'istituto. La Corte ha in particolare evidenziato che l'audizione è necessaria per valutare le condizioni psicofisiche attuali del beneficiario e per adottare provvedimenti adeguati alle sue esigenze.

57 Cass., 28 febbraio 2018, n. 4709, in "ilcaso.it".

proprio dissenso alla misura di sostegno”. Ad avviso della Corte eventuali esigenze di migliore gestione patrimoniale giammai “giustificano un’invasione nella sfera della capacità di agire della persona” in quanto l’istituto dell’amministrazione di sostegno “è spiccatamente caratterizzato dalla *cura personae*, e non esclusivamente dalla *cura patrimonii*”⁵⁸.

Ulteriori profili critici che riguardano l’applicazione della misura anche con riferimento alla persona anziana attengono alla valorizzazione della sua volontà. Sul tema si segnala la decisione assunta nel 2023 dalla Corte europea dei diritti dell’uomo⁵⁹ che, per la prima volta, si è occupata dell’istituto dell’amministrazione di sostegno, con riguardo a un anziano signore novantenne ricoverato contro il suo volere in una struttura residenziale sanitaria assistenziale. La Corte ha dichiarato la violazione dell’art. 8 CEDU da parte dell’Italia, per aver adottato nei confronti di un soggetto vulnerabile misure restrittive della libertà personale, non adeguate e non proporzionali rispetto ai fini perseguiti. Nel caso in esame per l’anziano signore era stato nominato un amministratore di sostegno in considerazione della sua eccessiva prodigalità. Collocato in una R.s.a contro la sua volontà, gli venivano negati, oltre il ritorno a casa, comunicazioni telefoniche e visite con parenti. Per questi motivi il cugino, per proprio conto e in nome e per conto dell’anziano signore, proponeva ricorso innanzi alla Corte di Strasburgo. In merito alle doglianze sollevate, la Corte ha ravvisato l’ingerenza da parte dello Stato italiano nel diritto al rispetto della vita privata dell’uomo in quanto, sebbene la nomina dell’amministratore perseguiva effettivamente uno scopo legittimo, quale è la protezione dell’interessato, la misura adottata – e dunque la scelta del ricovero nella r.s.a – era così grave da dover essere “riservata a circostanze eccezionali”. Ad avviso della Corte, se è vero che gli Stati godono di un margine di valutazione perché hanno un contatto diretto con gli interessati, il margine è ristretto “quando il diritto in questione è cruciale per l’effettivo godimento dei diritti essenziali”. Per la Corte “qualsiasi misura di protezione nei confronti di una persona in grado di esprimere la propria volontà deve rispecchiare il più possibile tale volontà”.

Nel caso concreto non erano stati considerati, in particolare, tutti i fattori per valutare la proporzionalità della misura, non avendo l’autorità giudiziaria adottato tutte le misure in grado di permettere il mantenimento delle relazioni sociali dell’anziano. Per la Corte di Strasburgo “le autorità

58 Cass., 31 dicembre 2020, n. 29981, in “Il Diritto di Famiglia e delle Persone”, 3, 1, 2021, p. 1043 ss.

59 Corte edu, 6 luglio 2023, n. 46412/21, *Affaire Calvi et c.g. c. Italie*, in *echr.coe.int*

hanno abusato dell'elasticità dell'amministrazione di sostegno per perseguire le finalità che la legge italiana assegna, con dei rigorosi limiti, al trattamento sanitario obbligatorio, la cui disciplina legislativa è stata elusa mediante un ricorso abusivo all'amministrazione di sostegno". Alla luce della pronuncia esaminata deve rilevarsi, ancora una volta, la centralità del compito del giudice tutelare nell'accertamento, in concreto, delle capacità residuali del beneficiario di amministrazione di sostegno e nella previsione di misure adeguate al caso concreto. Esse, come ribadito anche dalla Corte sovranazionale, devono essere volte a garantire la minore ingerenza possibile nella sfera di libertà del soggetto e devono tenere in massima considerazione le sue volontà.

5. Considerazioni conclusive

I dati sull'invecchiamento della popolazione e l'aumento della domanda di assistenza, personale e materiale, degli agli anziani confermano la necessità per l'interprete di non arrestare l'approfondimento delle problematiche legate alla condizione senile. Ne è cosciente il legislatore che, con la recente legge n. 33 del 2023, al fine di tutelare la dignità e la promozione delle condizioni di vita, di cura e di assistenza delle persone anziane "mira a operare la ricognizione, il riordino, la semplificazione, l'integrazione e il coordinamento delle disposizioni legislative vigenti in materia di assistenza sociale, sanitaria e sociosanitaria di questi soggetti". Le riflessioni svolte in tema di tutela della condizione di vulnerabilità hanno mostrato che in Italia la normativa civilistica preposta alla tutela e alla promozione delle persone vulnerabili ha subito notevoli cambiamenti. Incentrata inizialmente sulla tutela dell'infermità mentale e sulla protezione del patrimonio del soggetto destinatario delle misure dell'interdizione e dell'inabilitazione, è in grado oggi, grazie all'introduzione nel sistema codicistico dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, di assicurare la tutela e la protezione delle molteplici sfumature della fragilità umana.

L'analisi della giurisprudenza ha dimostrato che, sebbene la misura è in grado di rispondere alle esigenze di protezione dell'anziano, in concreto il suo utilizzo è spesso destinato a scopi che esulano la tutela dei suoi interessi. Inoltre il numero di procedimenti – che ha finito per minare l'efficienza dell'istituto – la sua eccessiva burocratizzazione e farraginosità – tenuto conto ad esempio degli onerosi obblighi di rendicontazione che gravano sugli amministratori di sostegno – nonché la progressiva standardizzazione delle procedure, sono tutti elementi che incidono negativamente sull'effet-

tivo raggiungimento dello scopo cui la misura è destinata. Essi legittimano il dubbio, come rilevato in dottrina, sul se “la direzione giudiziale nella protezione degli incapaci sia effettivamente l’unica via percorribile”⁶⁰. Quale che sia la risposta normativa che potrà, di volta in volta, individuarsi va scongiurata la costruzione di una categoria dell’anziano astrattamente considerato *sub speciae* di categoria protetta, precorritrice di un irragionevole trattamento differenziato.

⁶⁰ In questi termini M. Girolami, *Dalla crisi dell’amministrazione di sostegno al mandato di protezione: un bilancio de jure condendo*, in “Rivista di diritto civile”, 5, 2021, p. 854 ss.

GIULIANA VALERIO, PATRIZIA CALELLA, FABRIZIO LIGUORI,
CONCETTA PAOLA PELULLO, FRANCESCA GALLÈ
**POVERTÀ INFANTILE, OBESITÀ
E INATTIVITÀ FISICA: UN'EMERGENZA
DI SALUTE PUBBLICA**

SOMMARIO: 1. Stato socioeconomico ed eccesso di peso in età pediatrica. – 2. Determinanti dell'inattività fisica nelle fasce di popolazione economicamente svantaggiate. – 3. Promozione dell'attività motoria per il contrasto all'obesità in età evolutiva e disuguaglianze sociali. – 4. Politiche di promozione dell'attività motoria in Italia. – 5. Conclusioni.

1. Stato socioeconomico ed eccesso di peso in età pediatrica

La povertà rappresenta una delle principali sfide globali, con effetti profondi e molteplici sulla salute e sul benessere delle popolazioni. Le evidenze mostrano che lo status socioeconomico può influenzare la salute delle persone¹, motivo per cui l'aumento del tasso di povertà osservato in molti paesi è preoccupante dal punto di vista della salute pubblica.

L'influenza dello status socioeconomico sulle conseguenze di salute può essere mediata dallo stile di vita². Uno stile di vita sano è un insieme di scelte e comportamenti che le persone adottano per preservare e migliorare il loro stato di salute, attraverso abitudini alimentari sane, attività fisica regolare, relazioni sociali, gestione dello stress e sviluppo personale, oltre ad evitare comportamenti insalubri come l'eccessivo consumo di alcol, il fumo e la sedentarietà³.

Ad esempio, durante l'infanzia, un'adeguata assunzione di frutta e verdura è fondamentale per una crescita e uno sviluppo ottimali, con poten-

-
- 1 Barakat C, Konstantinidis T. A review of the relationship between socioeconomic status change and health. *International Journal of Environmental Research and Public Health* 2023, 20(13), 6249.
 - 2 Simandan D. Rethinking the health consequences of social class and social mobility. *Rethinking the Social Science & Medicine*, 2018, 200, 258-261.
 - 3 Pronk NP, Anderson LH, Crain AL, Martinson BC, O'Connor PJ, Sherwood NE, Whitebird RR. Meeting recommendations for multiple healthy lifestyle factors. *American Journal of Preventive Medicine*, 2004, 27(2), 25-33.

ziali benefici a lungo termine, mentre il consumo frequente di bevande zuccherate è stato associato a esiti avversi per la salute come aumento di peso, carie dentale e resistenza insulinica⁴. L'inattività fisica influisce sulla composizione corporea, sullo sviluppo osseo, sulle funzioni cognitive e sul benessere psicologico. In aggiunta, i comportamenti sedentari, in particolare il tempo trascorso davanti allo schermo, sono fattori di rischio indipendenti per vari esiti di salute nei giovani⁵.

L'interazione tra abitudini alimentari errate, inattività fisica e stili di vita sedentari contribuisce in modo significativo alla crescente prevalenza dell'obesità infantile⁶. Negli ultimi tre decenni, la prevalenza di sovrappeso e obesità tra i bambini ha mostrato un'iniziale impennata seguita da una stabilizzazione in molte nazioni ad alto reddito. Tuttavia, nonostante il raggiungimento di un plateau, i tassi rimangono persistentemente elevati e continuano a crescere all'interno di alcuni sottogruppi e regioni del mondo⁷.

Secondo le stime dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), nel 2016 circa 330 milioni di bambini e adolescenti di età compresa tra 5 e 19 anni e 40 milioni di bambini sotto i cinque anni si trovavano in condizione di sovrappeso o obesità in tutto il mondo, con differenze significative tra i vari paesi⁸.

Lo studio Feel4Diabetes, che ha arruolato circa 12.000 bambini e i loro genitori in sei paesi europei, ha mostrato che un bambino su quattro è in sovrappeso o obeso, con una proporzione corrispondente di famiglie che hanno almeno un genitore obeso. I bambini hanno maggiori probabilità di essere in sovrappeso o obesi se risiedono in paesi a basso reddito o in crisi economica rispetto ai paesi ad alto reddito. Inoltre, essi hanno un rischio maggiore di obesità se i loro padri hanno un basso livello di istruzione⁹.

4 Bleich SN, Vercammen KA. The negative impact of sugar-sweetened beverages on children's health: an update of the literature. *BMC Obesity*, 2018, 5(1), 6.

5 Kwon S, Wehrmeister FC, Gonçalves H, da Silva BGC, Menezes AMB. The joint associations of physical activity and sedentary behaviors on adiposity during adolescence: The 1993 Pelotas (Brazil) Cohort Study. *Children*, 2023, 10(2), 265.

6 Jebeile H, Kelly AS, O'Malley G, Baur LA. Obesity in children and adolescents: epidemiology, causes, assessment, and management. *The Lancet Diabetes & Endocrinology*, 2022, 10(5), 351-365.

7 Spinelli A, Buon cristiano M, Nardone P, Starc G, Hejgaard T, Júlíusson PB *et al*. Thinness, overweight, and obesity in 6- to 9-year-old children from 36 countries: The World Health Organization European Childhood Obesity Surveillance Initiative – COSI 2015-2017. *Obesity Reviews*, 2021, 22(S6).

8 World Health Organization. (2024, March 1). *Obesity and overweight*. Tratto da <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/obesity-and-overweight>.

9 Moschonis G, Siopis G, Anastasiou C, Iotova V, Stefanova T, Dimova R *et al*. Prevalence of childhood obesity by country, family socio-demographics, and parental obesity in Europe: The Feel4Diabetes Study. *Nutrients*, 2022, 14(9), 1830.

Questi risultati suggeriscono che la situazione socioeconomica e culturale della famiglia ha un'influenza significativa sui comportamenti che causano obesità, come le scelte alimentari delle famiglie e di conseguenza sui cibi consumati dai bambini, così come sulla possibilità di praticare attività fisica e adottare abitudini sane^{10,11,12}. Questo fenomeno può essere attribuito a vari fattori, tra cui l'accesso limitato a cibi sani, la scarsa educazione nutrizionale, il minor tempo e la minore quantità di risorse impiegate per attività fisiche organizzate. Inoltre, è importante sottolineare che si può innescare un circolo vizioso di dipendenza da cibi processati e ad alta densità calorica, che vengono scelti in quanto più economici. Numerosi studi mostrano che i cibi ultra-processati sono altamente appetibili e possono portare a un consumo eccessivo di calorie. Questi alimenti, spesso economici e facilmente accessibili, sono associati a una maggiore prevalenza di obesità e altre malattie metaboliche. La loro elevata palatabilità e il relativo basso costo li rendono una scelta comune, specialmente nelle fasce di popolazione a basso reddito, contribuendo così a un ciclo di consumo che peggiora la salute nutrizionale complessiva¹³.

Tali aspetti risultano ancora più critici se si considera la sempre maggiore diffusione della povertà e le differenze socioeconomiche tra gruppi di popolazione che ne derivano. Nel 2022, 95,3 milioni di cittadini, ovvero il 21,6% della popolazione totale, erano a rischio di povertà o esclusione sociale in Europa¹⁴. Riguardo all'Italia, i dati riportati dall'Istituto Nazionale di Statistica (ISTAT) nel 2023 mostrano che il 22,8% della popolazione (circa 13 milioni 391mila persone), è a rischio di povertà o di esclusione sociale; di questi il 4,7% (circa 2 milioni e 788mila individui) è a rischio di grave privazione materiale e sociale, cioè non in grado di usufruire di

- 10 Jurczak A, Gorner K, Makuch R, Ozimek M. Family socio-economic status vs physical activity level of Cracow High School Students. *Journal of Kinesiology and Exercise Sciences*, 2021,31(94), 23-29.
- 11 Pechey R, Monsivais P. Socioeconomic inequalities in the healthiness of food choices: Exploring the contributions of food expenditures. *Preventive Medicine*, 2016, 88, 203-209.
- 12 Wang J, Geng L. Effects of socioeconomic status on physical and psychological health: lifestyle as a mediator. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 2019, 16(2), 281.
- 13 Visioli F, Marangoni F, Fogliano V, Del Rio D, Martinez JA, Kuhnle G, Buttriss J, Da Costa Ribeiro H, Bier D, Poli A. The ultra-processed foods hypothesis: a product processed well beyond the basic ingredients in the package. *Nutrition Research Reviews*, 2023, 36(2), 340-350.
- 14 ISTAT, (2023, Giugno 14). *REPORT-REDDITO-CONDIZIONI-DI-VITA 2022*. Tratto da www.istat.it: <https://www.istat.it/it/files/2023/06/REPORT-REDDITO-CONDIZIONI-DI-VITA2022>. (consultato il 02/07/2024)s

beni e servizi considerati essenziali per uno standard di vita minimamente accettabile. Quest'ultimo dato mostra un leggero incremento del +0,2% rispetto al 2022. La popolazione a rischio di povertà o di esclusione sociale è distribuita diversamente nelle diverse aree geografiche: 13,5% nel Nord-Ovest, 11,0% nel Nord-Est, 19,6% nel Centro e infine 39,0% nel Sud e nelle Isole. Analogamente, la popolazione con grave privazione materiale e sociale è più alta nel Mezzogiorno (9,8%) e più bassa nel Nord-Est (1,6%). Vi è poi un significativo divario nelle famiglie in relazione al numero dei figli: l'incidenza di povertà o di esclusione sociale è più alta nelle coppie con tre o più figli rispetto a quelle con un solo figlio (32% rispetto al 19%).

Questi dati fanno comprendere le difficoltà delle famiglie a sostenere i bisogni dei propri figli. Le famiglie a basso reddito e/o con molti figli spesso si trovano ad affrontare condizioni di vita che limitano l'accesso a risorse essenziali, come cibo sano e opportunità per attività motorie e sportive. Questo squilibrio crea un terreno fertile per l'insorgenza di sovrappeso e obesità infantile, condizioni che a loro volta contribuiscono significativamente all'aumento del rischio di malattie e alla perdita di salute generale. I Paesi del sud Europa, inclusa l'Italia, sono quelli che mostrano la più alta prevalenza di eccesso di peso in età pediatrica¹⁵. Secondo i dati pubblicati nel 2023 dal sistema di sorveglianza Okkio alla Salute, coordinato dall'Istituto Superiore di Sanità, il 19% dei bambini italiani di 8-9 anni è in sovrappeso e il 9,8% presenta obesità, con una prevalenza di eccesso ponderale più elevata nelle bambine e nei bambini residenti nell'Italia meridionale¹⁶.

2. Determinanti dell'inattività fisica nelle fasce di popolazione economicamente svantaggiate

La pratica dell'attività fisica è influenzata da diversi fattori di natura sociale ed economica oltre che individuale, che negli anni contribuiscono a determinare lo stato di salute della persona. Infatti, nel corso della loro crescita i bambini possono acquisire stili di vita non sani che, perpetrandosi nelle fasi successive della vita, formano adulti in uno stato di salute e di

15 World Health Organization. (2018) *World health statistics 2018: monitoring health for the SDGs, sustainable development goals*. Geneva: Licence: CC BY-NC-SA 3.0 IGO.

16 Istituto Superiore di Sanità. (2024). <https://www.iss.it/>. "Comunicato Stampa N°27/2024 – Obesità infantile: Okkio alla Salute, nel 2023 i dati migliorano ma ancora il 19% in sovrappeso e 10% con obesità: <https://www.epicentro.iss.it/okkioallasalute/> (consultato il 11/06/2024)

qualità della vita non ottimale¹⁷. L’Iniziativa di Sorveglianza dell’Obesità Infantile dell’OMS Europa, che coinvolge bambini di età compresa tra 6 e 9 anni in 24 paesi della regione europea dell’OMS, mostra che i bambini con basso livello socioeconomico hanno minori probabilità di frequentare organizzazioni sportive e maggiori probabilità di trascorrere più di 2 ore al giorno davanti ad uno schermo, sebbene nell’analisi aggregata il basso livello socio economico non sia stato costantemente associato a una maggiore prevalenza di comportamenti “meno sani”¹⁸.

Uno studio dedicato alla pratica sportiva condotto dall’ISTAT nel 2021 ha rilevato che pratica sport il 49% dei bambini e giovani che vivono in famiglie con soddisfacenti risorse economiche e il 39,8% di quelli che hanno situazioni economiche familiari più svantaggiate. Anche il contesto culturale della famiglia incide sulla pratica sportiva, in quanto i figli di genitori con laurea o titolo superiore si dedicano allo sport nel 57,9% dei casi, rispetto al 45,5% di quelli con genitori che possiedono un diploma di scuola superiore e al 29,6% di coloro i cui genitori hanno conseguito solo la licenza di scuola dell’obbligo. Si conferma l’ampio divario geografico nella pratica sportiva della popolazione italiana di tre anni e più, con i valori più bassi nelle regioni meridionali (24,8%) e quelli più alti nelle regioni del Nord-est (41,6%) e del Nord-ovest (39,9%)¹⁹. In Italia, anche il rapporto sugli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile 2023 dell’ISTAT ha evidenziato come le condizioni economiche influenzino significativamente la qualità della vita e le opportunità di praticare attività fisica²⁰. Le famiglie con maggiori risorse economiche possono investire in attività sportive organizzate, mentre quelle con risorse limitate spesso non hanno accesso a tali opportunità.

- 17 Rakić JG, Hamrik Z, Dzielska A, Felder-Puig R, Oja L, Bakalár P *et al.* A focus on adolescent physical activity, eating behaviours, weight status and body image in Europe, central Asia and Canada. Health Behaviour in School-aged Children international report from the 2021/2022 survey. Volume 4. Copenhagen: WHO Regional Office for Europe; 2024. Licence: CC BY-NC-SA 3.0 IGO.
- 18 Musić Milanović S, Buoncristiano M, Križan H, Rathmes G, Williams J, Hyska J, Duleva V. Socioeconomic disparities in physical activity, sedentary behavior and sleep patterns among 6- to 9-year-old children from 24 countries in the WHO European region. *Obesity Reviews*, 2021,22(S6).
- 19 ISTAT, I. (2022, Dicembre 1). *Sport, attività fisica, sedentarietà*. Tratto da ISTAT: <https://www.istat.it/it/files/2022/12/Sport-attivita-fisica-sedentarieta-2022.pdf> (consultato il 02/07/2024)
- 20 ISTAT, I. (2023). *Rapporto SDGs 2023 informazioni statistiche per l’agenda 2030 in Italia*. Tratto da ISTAT: <https://www.istat.it/storage/rapporti-tematici/sdgs/2023/Rapporto-SDGs-2023.pdf> (consultato il 02/07/2024)

Risulta dunque indispensabile studiare in maniera approfondita la relazione tra status socioeconomico, attività fisica e salute. Questo approfondimento è cruciale per comprendere in che direzione destinare le politiche sociali e le risorse, con l'obiettivo di rendere l'attività fisica in generale e lo sport in particolare un'opportunità accessibile a tutti, specialmente ai bambini. Una migliore comprensione di queste dinamiche permetterebbe di promuovere interventi efficaci che facilitino l'adozione di uno stile di vita sano e attivo, contribuendo così a migliorare la salute generale e a ridurre le disuguaglianze sanitarie.

Il rapporto tra attività fisica e disuguaglianze socioeconomiche è piuttosto complesso e presenta diversi aspetti da considerare. Il primo aspetto è rappresentato dai costi, intesi come risorse finanziarie per accedere alle strutture o iscriversi alle società sportive, o per l'acquisto delle attrezzature necessarie alla pratica sportiva²¹. Inoltre, il livello d'istruzione è strettamente correlato alla consapevolezza e alla conoscenza dell'importanza dell'attività fisica. Infatti, gli individui con un livello d'istruzione più elevato possono essere più consapevoli dei benefici per la salute derivanti dall'esercizio fisico e hanno maggiori probabilità di incorporare l'attività fisica nel loro stile di vita. I bambini provenienti da un contesto sociale più elevato attribuiscono allo sport un'importanza maggiore rispetto ai loro coetanei provenienti da un contesto sociale più svantaggiato²¹. Inoltre, i genitori con un livello socioeconomico più elevato promuovono in genere l'attività fisica dei propri figli, incoraggiandoli verso la pratica sportiva, oltre a rappresentare dei modelli positivi di comportamento quando loro stessi si impegnano in attività motorie²². Infine, nelle famiglie economicamente svantaggiate, va considerata la necessità spesso presentata dai genitori di lavorare più ore per sostenere economicamente la famiglia e la conseguente mancanza di tempo per accompagnare i figli alle attività sportive.

Oltre alle risorse finanziarie e alla consapevolezza dell'importanza dell'attività fisica²³, esistono barriere alla pratica dell'attività motoria in determinati contesti sociali che risultano complesse e strettamente inter-

- 21 Rittsteiger L, Hinz T, Oriwol D, Wäsche H, Santos-Hövenner C, Woll A *et al.* Sports participation of children and adolescents in Germany: disentangling the influence of parental socioeconomic status. *BMC Public Health*, 2021, 21(1), 1446.
- 22 Brouwer SI, Küpers LK, Kors L, Sijtsma A, Sauer PJJ, Renders CM, Corpeleijn E. Parental physical activity is associated with objectively measured physical activity in young children in a sex-specific manner: the GECKO Drenthe cohort. *BMC Public Health*, 2018, 18(1), 1033.
- 23 Ling J, B Robbins L, Hines-Martin V. Perceived parental barriers to and strategies for supporting physical activity and healthy eating among head start children. *Journal of Community Health*, 2016, 41(3):593-602.

connesse. Le famiglie con un più elevato livello socioeconomico vivono solitamente anche in aree che offrono maggiori opportunità di infrastrutture e di strutture sportive. Invece, nei quartieri più svantaggiati si riscontrano maggiori difficoltà a praticare attività motoria per la mancanza di marciapiedi, di strisce pedonali o di semafori, o per la scarsa disponibilità di aree di gioco, di spazi verdi o di strutture sportive, con conseguente scarsa adesione allo svolgimento di un'attività fisica regolare²⁴.

Nei Paesi ad alto reddito l'associazione tra livello socioeconomico e comportamenti legati allo stile di vita negli adolescenti non è però uniforme. Un recente studio condotto sui comportamenti legati allo stile di vita degli adolescenti di 32 paesi della zona europea dell'OMS (tra cui l'Italia), analizzati nell'ambito dell'indagine *Health Behaviour in School-aged Children* 2017/2018, ha valutato se la mobilità sociale, cioè la capacità con cui i figli raggiungono uno status socioeconomico diverso dai loro genitori, potesse spiegare questa variabilità²⁵. Lo studio ha confermato che sia la maggiore disponibilità economica delle famiglie che una maggiore mobilità sociale relativa al Paese di appartenenza si associavano a comportamenti più salutarì nella popolazione adolescenziale (più elevati livelli di attività fisica moderata-intensa, maggiore assunzione di cibi salutarì e della prima colazione, minore consumo di alimenti a basso valore nutrizionale e fumo). È interessante notare che solo per l'attività fisica moderata-vigorosa o vigorosa e non per gli altri comportamenti è stata rilevata un'interazione significativa tra mobilità sociale e ricchezza familiare, nel senso che le disuguaglianze nei livelli di attività fisica legate al livello socioeconomico erano più ampie nei Paesi con maggiore mobilità sociale²⁵. Questo risultato può essere spiegato dall'influenza dei fattori socioculturali sull'importanza attribuita allo sport come strumento per mantenere lo stato di salute, ma anche dalla diversa organizzazione dei servizi scolastici in termini di tempo e spazio dedicato all'attività fisica e il grado con cui la partecipazione allo sport è rinforzata a scuola. Ad esempio, è possibile che nei Paesi a bassa mobilità sociale lo sport sia visto come fonte di identità sociale positiva ed espressione di senso di appartenenza, particolarmente nelle famiglie a basso reddito.

24 Eime RM, Harvey J, Charity MJ, Casey M, Westerbeek H, Payne WR. The relationship of sport participation to provision of sports facilities and socioeconomic status: a geographical analysis. *Australian and New Zealand Journal of Public Health*, 2017, 41(3), 248-255.

25 Schmengler H, Peeters M, Stevens GWJM, Kunst AE, Delaruelle K, Dierckens M, Charrier L, Weinberg D, Oldehinkel AJ, Vollebergh WAM. Socioeconomic inequalities in adolescent health behaviours across 32 different countries – The role of country-level social mobility. *Social Sciences & Medicine*, 2022, 310:115289.

3. Promozione dell'attività motoria per il contrasto all'obesità in età evolutiva e disuguaglianze sociali

Come già affermato, diversi studi hanno dimostrato che i gruppi di popolazione appartenenti ad un livello socioeconomico inferiore sono maggiormente propensi a sviluppare stili di vita cui sono associati rischi per la salute²⁶. Inoltre, il livello socioeconomico può anche influire negativamente sulla partecipazione dei bambini a programmi finalizzati al controllo del peso corporeo²⁷. Bambini e ragazzi provenienti da famiglie con basso reddito mostrano una minore partecipazione agli sport organizzati a causa della limitazione nelle risorse, non solo in termini di disponibilità economica ma anche di capitale sportivo, accesso ai mezzi di trasporto e supporto sociale. Tuttavia, tali individui possono comunque riuscire a raggiungere livelli di attività fisica equivalenti a quelli raggiunti da altri gruppi socioeconomici partecipando ad altre attività in contesti ricreativi²⁸. Risulta pertanto necessario investire in strategie di promozione dell'attività fisica per raggiungere soprattutto le fasce più vulnerabili. La pratica quotidiana di attività fisica migliora lo sviluppo fisico, cognitivo e psicosociale dei bambini e degli adolescenti, mentre l'inattività è un importante fattore di rischio per l'obesità e per le malattie cronico-degenerative ad essa associate. Secondo le raccomandazioni dell'OMS bambini e adolescenti dovrebbero praticare almeno 60 minuti di attività fisica moderata-intensa tutti i giorni, sia sotto forma di attività spontanee, come il gioco libero e le attività ricreative, che di attività organizzate, come l'educazione fisica a scuola e la pratica di uno sport.

Molti interventi di promozione della salute considerano l'aumento dell'attività fisica come uno degli obiettivi di salute, ma tali modifiche comportamentali possono trovare delle barriere personali e ambientali nei gruppi più vulnerabili come i bambini e gli adolescenti svantaggiati dal punto di vista socioeconomico.

-
- 26 Frohlich KL, Potvin L. Transcending the known in public health practice: the inequality paradox: the population approach and vulnerable populations. *American Journal of Public Health*, 2008, 98: 216-21.
 - 27 Ligthart KAM, Buitendijk L, Koes BW, van Middelkoop M. The association between ethnicity, socioeconomic status and compliance to pediatric weight-management interventions – A systematic review. *Obesity Research & Clinical Practice*, 2017, 11(5 Suppl 1):1-51.
 - 28 Nielsen G, Grønfeldt V, Toftegaard-Støckel J, Andersen LB. Predisposed to participate? The influence of family socio-economic background on children's sports participation and daily amount of physical activity. *Sport Society*, 2012, 15: 1-27.

Ridurre le disuguaglianze è uno degli obiettivi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza varato nel 2021 e dell'agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile. In questa ottica è prioritario promuovere l'attività fisica nei bambini e negli adolescenti che vivono nelle famiglie a basso reddito o che appartengono a minoranze etniche dal momento che la frequenza dell'obesità e dell'inattività è più elevata in questi gruppi a rischio ed entrambe le condizioni tendono a persistere in età adulta²⁹.

Numerose evidenze mostrano come la promozione della salute in generale e la promozione della salute basata sull'attività fisica in particolare, possono ridurre il rischio di sviluppare diverse malattie non trasmissibili e migliorare la salute mentale, specialmente quando vengono implementati programmi focalizzati sulle disuguaglianze sociali adattati allo specifico *setting*³⁰. Considerando che il rischio di sviluppare malattie croniche è cumulativo, gli interventi finalizzati a promuovere comportamenti salutari dovrebbero essere implementati il più precocemente possibile nel corso della vita³¹. In questa prospettiva, gli interventi realizzati in ambito scolastico e nei contesti comunitari giovanili giocano un ruolo fondamentale³². Tuttavia, una *scoping review* pubblicata nel 2019 da Venturelli *et al.*³³, analizzando 51 studi che riportavano gli effetti di diverse tipologie di interventi di contrasto all'obesità (individuali o di popolazione, realizzati in ambito scolastico, ambulatoriale o di comunità, basati su interventi educativi o su modifiche agli ambienti di vita) stratificati per livello socioeconomico, ha dimostrato che tutti i tipi di intervento potevano avere effetti negativi sulle disuguaglianze, incrementando di conseguenza le differenze esistenti nella prevalenza di obesità e nell'esposizione ai fattori di rischio ad essa correlati, a discapito dei gruppi più svantaggiati. In particolare, alcuni interventi

-
- 29 Telama R. Tracking of physical activity from childhood to adulthood: a review. *Obesity Facts*, 2009,2:187-195.
 - 30 Elsborg P, Nielsen G, Klinker CD, Melby PS, Christensen JH, Bentsen P. Sports-based recreation as a means to address social inequity in health: why, when, where, who, what, and how. *BMC Public Health*, 2019, 19 (1084).
 - 31 Hanson M, Gluckman P. Developmental origins of noncommunicable disease: population and public health implications. *American Journal of Clinical Nutrition*, 2011, 94:1754S-8S.
 - 32 Bundy DAP, de Silva N, Horton S, Patton GC, Schultz L, Jamison DT. *BunInvestment in child and adolescent health and development: key messages from Disease Control Priorities*, 3rd Edition. *Lancet*, 2018, 391: 687-99.
 - 33 Venturelli F, Ferrari F, Broccoli S, Bonvicini L, Mancuso P, Bargellini A, Giorgi Rossi P. The effect of Public Health/Pediatric Obesity interventions on socioeconomic inequalities in childhood obesity: A scoping review. *Obesity Reviews*, 2019, 20(12): 1720-1739.

mostravano effetti negativi solo nei sottogruppi di popolazione che presentavano determinate caratteristiche socioeconomiche, come un livello di istruzione più basso.

Nel 2007, Whitehead ha descritto quattro livelli di intervento per contrastare le disuguaglianze di salute: rafforzare gli individui (attraverso strategie basate sulla persona per migliorare la salute degli individui svantaggiati), rafforzare le comunità (migliorando la salute delle comunità e delle aree svantaggiate favorendo la coesione sociale e il mutuo supporto), migliorare gli ambienti di vita e scolastici (riducendo l'esposizione dell'intera popolazione a materiale e ad ambienti psicosociali dannosi per la salute), e promuovere politiche che migliorino il contesto macroeconomico, culturale e ambientale, influenzando gli standard di vita della popolazione³⁴.

Nel 2014, Hillier-Brown *et al.* hanno pubblicato una revisione sistematica sull'efficacia degli interventi finalizzati a ridurre le disuguaglianze nell'obesità infantile. Anche se non conclusive, le evidenze emerse mostravano che i programmi effettuati in ambito scolastico che includevano educazione sulla nutrizione e sull'attività fisica e sessioni di esercizio fisico erano risultati efficaci nel ridurre gli indicatori di obesità fra i bambini indipendentemente dal loro livello socioeconomico per un periodo di tempo più lungo (superiore ai sei mesi) rispetto ad altre tipologie di intervento. Nel breve termine, invece, si erano mostrati efficaci nel ridurre gli indicatori di obesità quegli interventi basati sull'esercizio fisico che erano mirati alla perdita di peso nei bambini in età scolare a basso livello socioeconomico³⁵. Nella stessa revisione, gli Autori affermavano che i programmi integrati nella pratica ordinaria e nei sistemi già operanti dovrebbero essere preferiti a quelli che implicano un consumo di risorse e non possono essere mantenuti nel lungo termine.

Una revisione Cochrane di Waters *et al.* ha inoltre indicato l'inclusione di temi quali sana alimentazione, attività fisica e immagine corporea nel curriculum scolastico e l'aumento delle sessioni di attività fisica lungo la settimana scolastica tra le strategie promettenti per contrastare l'obesità senza aumentare le disuguaglianze³⁶.

34 Whitehead M. A typology of actions to tackle social inequalities in health. *Journal of Epidemiology and Community Health*, 2007, 61: 473-478.

35 Hillier-Brown FC, Bambra CL, Cairns JM, Kasim A, Moore HJ, Summerbell CD. A systematic review of the effectiveness of individual, community and societal level interventions at reducing socioeconomic inequalities in obesity amongst children. *BMC Public Health*, 2014, 14 (834).

36 Waters E, de Silva-Sanigorski A, Hall BJ, Brown T, Campbell KJ, Gao Y, Armstrong R, Prosser L, Summerbell CD. Interventions for preventing obesity in children. *Cochrane Database Systematic Reviews*, 2011,12: CD001871.

Inoltre, nel 2019, Elsborg *et al.* hanno raccomandato che gli interventi finalizzati ad aumentare le attività ricreative basate sullo sport tengano in considerazione una serie di aspetti³⁰. Il primo aspetto è rappresentato dagli incentivi economici: fornire alle famiglie a basso reddito attività sportive gratuite o a basso costo o l'iscrizione ad associazioni sportive può permettere a fasce più ampie di bambini e ragazzi di praticare sport ed esercizio fisico. Il secondo aspetto riguarda la disponibilità di strutture sportive. Considerato che le strutture ricreative sono significativamente meno presenti nei quartieri a basso livello socioeconomico, i parchi pubblici con spazi adibiti alla pratica di sport possono rappresentare una risorsa fondamentale per praticare esercizio fisico senza costi e con tempi flessibili per bambini e ragazzi provenienti da famiglie a basso livello socioeconomico. In riferimento a ciò, le attività ricreative basate sullo sport dovrebbero essere rese disponibili negli stessi quartieri in cui tali famiglie vivono e già praticano buona parte della loro attività fisica quotidiana. Infatti, le evidenze mostrano che la prossimità delle strutture adibite alla pratica di attività motoria è associata a maggiori livelli di attività fisica vigorosa, e ciò è osservabile in tutte le fasce di popolazione, a prescindere dal reddito³⁷. Infine, per essere efficaci le iniziative di promozione basate sullo sport dovrebbero essere adattate al gruppo *target* e includere attività che siano praticabili nello specifico contesto ambientale e facilmente accessibili. Al fine di scegliere attività che possano risultare coinvolgenti e divertenti per bambini e ragazzi, risulta anche importante favorire la partecipazione delle comunità nella pianificazione degli interventi.

Programmi complessi, che vedono il coinvolgimento di diversi gruppi *target* (individui, comunità, sistemi) e di diversi ambiti (scuola, servizi sanitari e popolazione generale) si sono dimostrati non solo più efficaci nel contrastare l'obesità pediatrica ma anche meno capaci di generare disuguaglianze.

Gli interventi specifici di promozione dell'attività fisica mirati alle fasce di popolazione più svantaggiate potrebbero essere negativamente influenzati dalla presenza di alcune condizioni familiari avverse, come basso stato socioeconomico, presenza di un solo genitore, giovane età del genitore, residenza precaria e dipendenza da sussidi statali. Alcuni studi hanno dimostrato ad esempio che genitori con basso reddito riportano più frequen-

37 Giles-Corti B, Donovan RJ. Socioeconomic status differences in recreational physical activity levels and real and perceived access to a supportive physical environment. *Preventive Medicine*, 2002, 35(6):601-11.

temente barriere all'attività fisica e scarsa percezione di auto-efficacia nel modificare l'attività fisica dei propri figli³⁸.

Le varie strategie utilizzate nei gruppi vulnerabili possono fondarsi su interventi in ambito scolastico, uso delle tecnologie (*internet, smartphone, social media*, messaggistica), coinvolgimento dei genitori come agenti di cambiamento o attività educative e tecniche comportamentali^{39,40,41}. Un'*umbrella review* di 50 revisioni sistematiche e di 20 lavori originali pubblicata nel 2016 rivelava che solo il 3,1% degli studi erano stati condotti in paesi a basso/medio reddito e che gli interventi apparentemente più promettenti erano quelli condotti in ambito scolastico e focalizzati sugli adolescenti⁴². Successivamente, una metanalisi pubblicata nel 2019, che includeva 26 studi di intervento di promozione dell'attività fisica rivolta esclusivamente a bambini e adolescenti appartenenti a famiglie a basso reddito o a minoranze etniche nella fascia di età compresa tra 3-17 anni ha dimostrato l'efficacia di tali interventi, con effetti di piccola/media entità, ma significativi⁴³. Tra i fattori di moderazione, la fascia di età di 9-12 anni era quella in cui si dimostrava un effetto significativo, mentre per quanto riguarda la durata, erano già efficaci interventi inferiori alle 13 settimane. Inoltre, l'efficacia era maggiore se l'intervento era proposto da specialisti dell'attività motoria da soli o associati agli insegnanti o se erano utilizzate tecniche comportamentali. Questo studio, invece, non dimostrava

- 38 Smith BJ, Grunseit A, Hardy LL, King L, Wolfenden L, Milat A. Parental influences on child physical activity and screen viewing time: a population based study. *BMC Public Health*, 2010,10(593):1-11.
- 39 Kriemler S, Meyer U, Martin E, van Sluijs EM, Andersen LB, Martin BW. Effect of school-based interventions on physical activity and fitness in children and adolescents: a review of reviews and systematic update. *British Journal of Sports Medicine*, 2011, 45(11):923-930.
- 40 Shapiro JR, Bauer S, Hamer RM, Kordy H, Ward D, Bulik CM. Use of text messaging for monitoring sugar-sweetened beverages, physical Activity, and screen time in children: a pilot study. *Journal of Nutrition Education and Behavior*, 2008, 40(6): 385-391.
- 41 Klohe-Lehman DM, Freeland-Graves J, Clarke KK, Cai G, Voruganti VS, Milani TJ, Nuss HJ, Proffitt JM, Bohman TM. Low income, overweight and obese mothers as agents of change to improve food choices, fat habits, and physical activity in their 1-to-3-year-old children. *Journal of the American College of Nutrition*, 2007, 26(3):196-208.
- 42 Barbosa Filho VC, Minatto G, Mota J, Silva KS, de Campos W, Lopes Ada S. Promoting physical activity for children and adolescents in low-and middle-income countries: An umbrella systematic review: A review on promoting physical activity in LMIC. *Preventive Medicine*, 2016,88:115-26.
- 43 Chang SH, Kim K, Lee J, Lee S. The effectiveness of physical activity interventions for low-income and ethnic minority children and youths: a meta-analysis. *Journal of Physical Activity and Health*, 2019,1;16(9):799-808.

l'efficacia delle nuove tecnologie, probabilmente perch  le famiglie a basso reddito sono meno inclini o meno abili al loro utilizzo per incrementare l'attivit  fisica. Pertanto, i risultati di questa metanalisi, analogamente a quanto riportato nella popolazione in generale, confermano l'importanza e l'efficacia di alcune strategie nel promuovere l'attivit  fisica nei gruppi vulnerabili. Sono necessari perch  ulteriori studi che possano identificare strategie mirate alle varie fasce di et . Infatti, la maggiore efficacia riscontrata nel gruppo di 9-12 anni potrebbe essere spiegata dal fatto che i bambini di questa et  tendono meglio a co-operare con i loro coetanei in giochi o in attivit  di tipo collaborativo e hanno una durata dell'attenzione maggiore dei bambini di 3-8 anni; inoltre, essi sono pi  inclini al rispetto delle regole rispetto agli adolescenti di 13-17 anni. Infine, viene sottolineato il ruolo fondamentale di esperti di attivit  motoria per bambini, come ad esempio gli insegnanti di Scienze Motorie, che possono contribuire ad aumentare le conoscenze sull'importanza dell'attivit  fisica per la salute e le competenze motorie, attraverso le ore di attivit  fisica a scuola e fuori scuola.

Sono pochi gli studi che hanno valutato invece l'efficacia di programmi di promozione dell'attivit  motoria sugli indicatori di salute in bambini vulnerabili provenienti da famiglie a basso reddito. In uno studio condotto negli Stati Uniti, un programma volto a migliorare la qualit  e ad incrementare le ore di attivit  fisica a scuola in varie occasioni (durante le ore di educazione fisica, nell'intervallo o attraverso le pause attive o l'integrazione dell'attivit  motoria in lezioni di altre materie curriculari)   stato in grado di produrre un lieve ma significativo miglioramento dei test di fitness aerobica, di forza e resistenza muscolare e dell'indice di massa corporea dopo solo 12 settimane⁴⁴. Questi effetti, seppure di modesta entit , hanno la potenzialit  di determinare un impatto duraturo sulla salute, se continuati nel tempo. Resta pertanto da confermare l'efficacia di tali strategie nel lungo termine.

4. Politiche di promozione dell'attivit  motoria in Italia

Sulla base delle evidenze scientifiche, sono state attuate in Italia diverse politiche al fine di promuovere l'attivit  motoria, soprattutto nei minori. Tutte le politiche di promozione dell'attivit  motoria e sportiva, sviluppate a diversi livelli istituzionali, hanno l'obiettivo di migliorare la salute pub-

44 Brusseau TA, Hannon J, Burns R. The effect of a comprehensive school physical activity program on physical activity and health-related fitness in children from low-income families. *Journal of Physical Activity and Health*, 2016,13(8):888-94.

blica e il benessere dei cittadini. L'attuazione di tali programmi negli anni ha previsto il coinvolgimento del governo centrale, delle regioni, dei comuni, delle scuole, delle organizzazioni sportive e altre istituzioni. L'Italia, infatti, segue le linee guida dell'OMS e dell'Unione Europea, promuovendo azioni utili ed efficaci per la salute in modo integrato, considerando tutti i determinanti legati allo stile di vita.

Nel 2018 l'OMS ha approvato il "Piano d'azione globale sull'attività fisica per gli anni 2018-2030"⁴⁵, definendo gli obiettivi strategici da realizzare attraverso azioni politiche per ridurre del 15% la prevalenza globale dell'inattività fisica negli adulti e negli adolescenti entro il 2030. Il Piano volge lo sguardo verso un approccio sistemico e verso l'importanza di investire in politiche sociali, economiche e ambientali, educative, culturali, ecc. per promuovere l'attività fisica. Infatti, per aumentare l'attività fisica e disincentivare i comportamenti sedentari è necessario affrontare i determinanti ambientali, sociali ed individuali dell'inattività fisica e implementare i comportamenti salutari attraverso la collaborazione tra più settori a livello nazionale, regionale e locale secondo l'approccio intersettoriale seguito dal programma ministeriale "Guadagnare Salute". Da anni tale approccio risulta funzionale anche alla realizzazione, da parte delle Regioni e Province Autonome, del Piano Nazionale della Prevenzione, documento che prevede la promozione di corretti stili di vita nella popolazione e nei soggetti a rischio. Il Piano di Prevenzione vigente (PNP 2020-2025), approvato con Intesa Stato-Regioni (Conferenza del 6 agosto 2020), utilizza un approccio trasversale ai determinanti di salute, lungo l'intero ciclo di vita (*life course*) e in vari contesti di vita della popolazione (scuole, ambienti di lavoro, comunità locali, servizi sanitari), impegnando tutte le Regioni e le Province Autonome a predisporre il proprio Piano Regionale della Prevenzione (PRP), documento in cui devono essere declinati – in relazione alle specifiche realtà sociali economiche e culturali – i contenuti, gli obiettivi e le linee di azione del piano nazionale 2020-2025⁴⁶.

In aggiunta al PRP, ciascuna regione promuove ulteriori iniziative di tipo locale (provinciale, comunale, distrettuale), come ad esempio la costruzione e la manutenzione di infrastrutture sportive, l'organizzazione di

45 World Health Organization. (2018, <https://www.who.int/publications/item/9789241514187>). *Global action plan on physical activity 2018-2030: more active people for a healthier world*. Tratto da [iris.who.it](https://iris.who.int/): Licence: CC BY-NC-SA 3.0 IGO.

46 Ministero della Salute. (2020). *Piano Nazionale della Prevenzione 2020-2025*. Tratto da [Salute.gov.it](https://www.salute.gov.it/): https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_notizie_5029_0_file.pdf

eventi sportivi locali, e il sostegno a *club* e associazioni sportive. Molte citt  italiane, con il supporto di varie associazioni (enti di promozione sportiva, come l'Unione Italiana Sport per tutti – UISP o associazioni sportive dilettantistiche) organizzano eventi che coinvolgono le comunit  per incoraggiare i cittadini a muoversi di pi .

Le politiche in tema di promozione dell'attivit  fisica non possono non includere la scuola come luogo di promozione della salute. La scuola   infatti un contesto privilegiato dove i bambini trascorrono gran parte del loro tempo, secondario solo all'ambiente domestico. Attraverso la scuola   possibile offrire un luogo inclusivo di benessere fisico e sociale e occasioni di educazione alla salute, con il coinvolgimento delle famiglie o della comunit ⁴⁷.

In particolare, all'interno delle scuole italiane l'educazione motoria rappresenta, oggi sempre di pi , un elemento di cambiamento culturale, in grado di promuovere uno stile di vita salutare e attivo, insieme ad una corretta alimentazione.

Dal 2019, presso l'Ufficio 8 della Direzione Generale della Prevenzione Sanitaria del Ministero della Salute,   operativo un tavolo di lavoro cui partecipano referenti istituzionali (di Enti, Associazioni e Societ  Scientifiche) ed esperti di promozione della salute che ad oggi ha prodotto due documenti di indirizzo sull'attivit  fisica per le differenti fasce d'et  (con specifico riferimento alle fasce pediatriche) e anche a situazioni fisiologiche e fisiopatologiche e a sottogruppi specifici di popolazione^{48,49}.

Il Ministero dell'Istruzione, in collaborazione con il Comitato Olimpico Nazionale Italiano e altre organizzazioni, da anni promuove programmi che incoraggiano l'attivit  fisica nelle scuole. In particolare, il progetto "Sport di Classe", avviato nel 2018, prevede sessanta ore di attivit  motoria aggiuntive (circa due ore la settimana). Con tale progetto si intende non

47 Klisch SA, Soule KE. Schools as hubs of health: a comprehensive supplemental nutrition assistance program-education model for promoting wellness in low-income communities. *Children (Basel)*, 2024;27;11(5):525.

48 Ministero della Salute, D.U. (2017, maggio 29). *Linee di indirizzo sull'attivit  fisica per le differenti fasce d'et  e con riferimento a situazioni fisiologiche e fisiopatologiche e a sottogruppi specifici di popolazione*. Tratto da Salute.gov.it: https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_2828_allegato.pdf

49 Ministero della Salute. (2019, Luglio 25). *Revisione delle raccomandazioni per le differenti fasce d'et  e situazioni fisiologiche e nuove raccomandazioni per specifiche patologie*. Tratto da Salute.gov.it: https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_notizie_5693_1_file.pdf

solo promuovere l'attività motoria a scuola, ma anche aumentare le opportunità di avvicinamento allo sport⁵⁰.

Inoltre, per quanto riguarda le scuole primarie, la Camera dei Deputati, con la Legge 234/2021, ha approvato un provvedimento che rende obbligatorie almeno due ore di educazione fisica a settimana con docenti in possesso di titolo idoneo, ovvero i chinesiologi (laureati in scienze motorie). L'insegnamento dell'educazione motoria nella scuola primaria è stato introdotto da tale legge in modo graduale nelle classi quinte dall'anno scolastico 2022/23 e nelle classi quarte a partire dall'anno scolastico successivo (2023/24). Con la citata legge l'educazione motoria è diventata di fatto, anche per la scuola primaria, un insegnamento curricolare condotto da insegnanti specialisti.

Nell'ambito dei servizi sanitari le Aziende Sanitarie Locali (ASL) in Italia offrono vari programmi per promuovere l'attività motoria tra i bambini, mirati a migliorare la salute fisica e mentale dei giovani e a prevenire l'obesità infantile. Questi programmi spesso includono una serie di iniziative, eventi e collaborazioni con scuole, famiglie e comunità locali. Progetti scolastici, centri di aggregazione giovanile, campagne di sensibilizzazione, collaborazioni con associazioni sportive locali, programmi specifici per la prevenzione dell'obesità e progetti inclusivi sono le principali opportunità di prevenzione e promozione della salute erogati dalle ASL, supportati da *team* multi-professionali di professionisti della salute, quali pediatri, chinesiologi, psicologi e nutrizionisti, che lavorano insieme per creare un ambiente favorevole all'attività fisica e, più in generale, al benessere dei bambini⁴⁶.

5. Conclusioni

Il contesto socioeconomico ha un impatto significativo sull'adozione dei comportamenti salutari, influenzando in particolar modo i livelli di attività fisica e il conseguente rischio di obesità. Il contrasto alle disuguaglianze, considerate oggi come il principale ostacolo alla promozione della salute dei bambini, deve rappresentare una priorità di azione dei governi⁵¹.

50 MIUR. *Sport di Classe*. Tratto da <https://www.progettosportdiclasse.it/home/contatti.html>

51 Clarke C, Bonnet J, Flores M, Thévenon O. What are the economic costs of childhood socio-economic disadvantage? Evidence from a pathway analysis for 27 European countries. *The Journal of Economic Inequality*, 2024,22, 473-494.

  indispensabile adoperarsi affin  che le politiche pubbliche siano mirate a ridurre le barriere e le disuguaglianze economiche e sociali, riducendo la frammentariet  del nostro sistema di protezione sociale⁵². Attraverso un approccio trasversale che include non solo fattori di natura economica, ma anche strategie mirate alla scuola, alla sanit  e alle infrastrutture,   necessario assicurare il sostegno a difesa delle famiglie e dei minori. In quest'ottica, favorire l'autonomia differenziata potrebbe privare l'afflusso di importanti risorse economiche aggravando ulteriormente il divario geografico gi  esistente in Italia.

Nell'ottica del miglioramento della salute della popolazione, uno degli obiettivi da privilegiare   quello di garantire che tutti i bambini possano beneficiare degli effetti positivi di uno stile di vita attivo ed in particolare della partecipazione alle attivit  motorie e sportive. La presenza di disuguaglianze di salute nel bambino rappresenta la base delle disuguaglianze di salute nell'adulto⁵³. La mancanza di azioni infatti ha un costo sullo sviluppo fisico, psichico, cognitivo dei bambini e sull'intera societ  ed   necessario adoperarsi per migliorare la salute dei bambini, con il fine di migliorare la salute pubblica ed il benessere generale.

Molte iniziative promosse da vari enti e istituzioni sono operative sul territorio italiano, ma ulteriori programmi, adattati a specifici contesti e gruppi a rischio, sono necessari per ridurre la sedentariet  e la prevalenza di obesit  che interessano in particolar modo le fasce di popolazione pi  vulnerabili, in particolare nelle regioni del Mezzogiorno.

52 Fattibene R. (2020). *Povert  e Costituzione*. Napoli: Editoriale Scientifica.

53 Blume M, Rattay P, Hoffmann S, Spallek J, Sander L, Herr R, Richter M, Moor I, Dragano N, Pischke C, Iashchenko I, H vener C, Wachtler B. Health inequalities in children and adolescents: a scoping review of the mediating and moderating effects of family characteristics. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 2021,18(15):7739.



MARIANGELA ZICCARDI
IL TESTAMENTO DELLE PERSONE
VULNERABILI

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. La nozione di “vulnerabilità”: unicità del concetto e pluralità delle declinazioni. – 2. La figura del testatore fragile: inquadramento dei profili di criticità. – 3. Ipotesi applicative e possibili soluzioni. – 4. Rilievi conclusivi.

1. La vulnerabilità, sebbene da sempre sia stata oggetto di riflessione in diversi ambiti del sapere¹, soltanto di recente ha acquisito centralità nel dibattito tra gli studiosi e, in particolare tra i giuristi, a fronte della varietà di declinazioni che è capace di assumere, tale da richiedere un’attenta disamina delle specifiche situazioni ove può manifestarsi².

- 1 Della vulnerabilità vi è traccia già nella mitologia greca nel poema epico dell’*Iliade*, ove Omero narra la storia del leggendario eroe Achille esaltandone le virtù ma anche le debolezze (incarnate dal suo tallone), volendo esprimere l’ontologica caducità che caratterizza il genere umano; o, ancora, al dilemma posto dalla Sfinge a Edipo nella tragedia di Sofocle su quale fosse l’“animale” che all’inizio cammina con quattro, poi con due e infine con tre piedi, alludendo alla fisiologica precarietà che accompagna l’uomo verso il tramonto della sua esistenza. Parimenti nel mondo romano, dalle *vulnera vitae* (le “piaghe della vita”) nel *De rerum natura* di Lucrezio ai *dulcia vulnera* (“dolci ustioni”) dell’innamoramento nelle *Metamorfosi* di Apuleio e fino ai tempi più recenti particolarmente coinvolti dallo studio del fenomeno alla luce delle sue molteplici sfaccettature. Per una disamina sistematica del fenomeno e per le sue numerose interferenze tra le sfere dell’etica, del diritto, dell’economia e della politica si v., Giolo O., Pastore B. (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, Roma 2018.
- 2 Sul compito dell’interprete di “adottare soluzioni che siano adeguate al caso concreto secondo le linee guida del sistema, con la dovuta attenzione alla sua assiologia [...] e all’esperienza sociale e culturale che ne determina comunque la dinamica e realistica evoluzione”, P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, 4^a ed., Esi, Napoli 2020, p. 421; Id., *Interpretazione e legalità costituzionale. Antologia per una didattica progredita*, Esi, Napoli 2012, p. 113 ss.; ma anche G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Esi, Napoli 2015, p. 148, secondo il quale “la serietà e la rigorosità richieste all’interprete” gli impongono “di non tralasciare mai le caratteristiche del caso concreto”.

Invero, la complessità concettuale della vulnerabilità ne impedisce l'esatta qualificazione giuridica; avvolta da contorni poco definiti e sfuggenti³ è perlopiù utilizzata per indicare una situazione di umana debolezza o di fragilità fisica o mentale collegata all'età (condizione naturale) o ancora a malattie (condizione contingente) o, infine, a situazioni pregiudizievoli scaturenti da dinamiche sociali⁴.

Un concetto non a caso definito "relazionale"⁵ che cioè non può prescindere, ai fini della sua descrizione, da un'attenta analisi del singolare intreccio di fattori che contribuiscono a delineare i tratti di una persona vulnerabile, fragile⁶ e, pertanto, bisognosa di protezione⁷.

- 3 Come ricorda, in tema di amministrazione di sostegno, anche Cass. civ., ord., 31/12/2020, n. 29981, in "Dejure online".
- 4 Il concetto di vulnerabilità, anche definito "soggettività per specificazione" da F.D. Busnelli, *Soggetto e persona di fronte ai dilemmi della bioetica*, in *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, a cura di V. Scalisi, Giuffrè, Milano 2007, p. 423, è stato ricompreso tra i principi della Dichiarazione di Barcellona (1998), "una sorta di *vademecum* contenente i principi etici sui quali si fonda l'Unione. È una caratteristica connaturata all'esistenza umana; in particolare richiede l'impegno di prendersi cura delle persone vulnerabili e cioè di tutti coloro la cui dignità e integrità possono essere, per vari motivi, minacciate o comunque messe in pericolo", M. Ziccardi, *Migranti lgbt. Tutela della persona e meccanismi di protezione*, in "Diritto delle successioni e della famiglia", 2, 2021, p. 591 ss., ma spec. p. 595.
- 5 R. Senigaglia, *I principi e le categorie del diritto civile minorile*, in *Diritto civile minorile*, a cura di A. Cordiano, R. Senigaglia, Esi, Napoli 2022, p. 59: "poiché va definito necessariamente tenendo conto di fattori esterni, dei soggetti con cui la persona entra in relazione e delle informazioni a cui essa ha eccesso, pure in ragione del suo bagaglio culturale".
- 6 In materia di protezione internazionale, la Corte di Cassazione ha più volte ribadito che la vulnerabilità "non si sostanzia, in concreto, in una condizione (ed in una conseguente valutazione) necessariamente totalizzante o 'complessiva' dell'essere umano, ma in uno *status* (attuale) dell'animo che tale attitudine comporti – valutata, se del caso, in tutti i suoi possibili aspetti" (Cass. civ., Sez. III, ord., 22/9/2021, n. 25734); altresì, Cass. civ., Sez. I, ord., 12/01/2022, n. 676; Cass. civ., Sez. III, ord., 05/11/2021, n. 32237 e Cass. civ., Sez. I, ord., 02/07/2020, n. 13565; ma anche Corte di giustizia, 25/1/2018, causa 473/16, F c. Bevándorlási és Állampolgársági, tutte in "Dejure online". In dottrina sul tema si v., tra gli altri, i contributi raccolti in Corazza L. Della Morte M., Giova S. (a cura di), *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti*, Esi, Napoli 2018, p. 17 ss.; S. Giova, *Minori in condizioni di particolari vulnerabilità*, in "Rivista giuridica del Molise e del Sannio", 3, 2022, p. 167 ss.; V. Rotondo, *Donne migranti, abuso della condizione di vulnerabilità e tratta di persone*, ivi, p. 179 ss. e M. Ziccardi, *op. cit.*, p. 595 ss.
- 7 "La vulnerabilità non dipende dallo strumento di offesa, ma dalla precarietà del soggetto cui quello strumento si rivolge. Non dobbiamo quindi limitarci ad operare sugli strumenti, ma sui modi della loro utilizzazione e sui criteri per indivi-

D'altro canto, la tutela dei soggetti che versano in situazioni di vulnerabilità costituisce il riflesso del principio personalista – “anima e cardine del sistema ordinamentale”⁸ – che impone di individuare gli strumenti più adeguati al fine di assicurare protezione a tutte quelle esigenze della persona che, al di là di qualsiasi previsione normativa⁹, appaiono comunque meritevoli di tutela¹⁰.

duare, nella diversità delle situazioni specifiche, le condizioni, sempre variabili di quella vulnerabilità”, N. Lipari, *Vulnerabilità esistenziale e strumenti di tutela*, in “Annali della Sisdic”, 2, 2018, p. 4 e A. Gentili, *La vulnerabilità nella società moderna*, Atti del Convegno tenutosi presso l'Università degli Studi di Messina il 16 e il 17 marzo 2018, in *La vulnerabilità sociale. Un modello teorico per il trattamento legale*, in “Rivista critica del diritto privato”, 2019, pp. 41-64. Ma già P. Perlingieri, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Esi, Napoli 2005, *passim*, ma spec. p. 17 ss., il quale osserva che “la tutela giuridica della personalità, [pur essendo unitaria], può manifestarsi in situazioni giuridiche soggettive estremamente diverse e varie che rispondono ad atteggiamenti ed interessi specifici”. *Contra* N. Irti, *Persona e mercato*, in “Rassegna di diritto civile”, 1995, p. 289 ss. ora in Id., *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari 2003, p. 97: il diritto “non conosce l'unità della persona [...] poiché esso sceglie e tutela singoli interessi e, di conseguenza, discioglie l'unità della persona nella pluralità di singoli e specifici interessi, disciplinando conflitti di interessi, i quali vengono in rilievo nella loro specificità e determinatezza”.

- 8 P. Perlingieri, *Principio personalista, dignità umana e rapporti civili*, in “Annali della Sisdic”, 5, 2020, p. 1; Id., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Esi, Camerino-Napoli 1972, *passim* e Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, 4^a ed., Esi, Napoli 2020, p. 5.
- 9 Significativo, a tal riguardo, il monito di A. Gorassini, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento nella dimensione della c.d. vulnerabilità esistenziale*, in “Annali della Sisdic”, 2, 2018, p. 34, secondo il quale “il giurista dovrebbe guardare all'esseità dei fenomeni oltre le descrizioni di fattispecie predisposte dalla politica in documenti normativi vigenti in risposta ad interessi espressione, spesso, di centri di potere non manifestato”. Per di più, come fa notare, P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, cit., p. 1 ss. ma spec. p. 6: “ogni previsione particolare [tra l'altro] non potrebbe mai essere esaustiva, lascerebbe comunque fuori manifestazioni ed esigenze della persona che, con il progredire della società, esigono protezione e promozione”. Nello stesso senso, N. Lipari, *op. cit.*, p. 3.
- 10 Invero, come autorevolmente è stato messo in evidenza, “l'art. 2 cost. esprime un principio fondamentale di tutela della persona umana: il suo contenuto non si limita a riassumere i diritti tipicamente previsti da altre disposizioni della stessa Costituzione, ma estende la tutela a situazioni atipiche”, P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, cit., p. 5; Id., *Stagioni del diritto civile. A colloquio con Rino Sica e Pasquale Stanzone*, Esi Napoli 2021, p. 7 ss.; Id. e P. Femia, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, 2^a ed., Esi Napoli 2004, spec. p. 112 ss.; N. Lipari,

L'avvertita necessità di dover proteggere i soggetti vulnerabili, tuttavia, non deve indurre alla tentazione di rifugiarsi in confortanti tipizzazioni¹¹: infruttuoso, infatti, appare il tentativo di volerli ricondurre al paradigma del "soggetto debole"¹² così come quello di equiparare la vulnerabilità all'incapacità e, di conseguenza, il vulnerabile sarebbe di per sé un soggetto incapace¹³.

Un tale approccio, infatti, si rivelerebbe del tutto privo di utilità; la staticità che connota lo *status* mal si concilia con l'estrema elasticità che invece caratterizza il modello della vulnerabilità, sì che l'adozione di soluzioni categoriali impedirebbe, in concreto, di cogliere le peculiarità delle diverse condizioni di fragilità¹⁴.

Personalità e dignità nella giurisprudenza costituzionale, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 2017, p. 847 ss.; I. Martone, *Il giudizio di meritevolezza. Questioni aperte e profili applicativi*, Esi, Napoli 2017, spec. p. 20 ss.

- 11 La "sensibilità" del giurista verso i bisogni emergenti che promanano dal tessuto sociale non deve tradursi nella difficoltà a "concepire il nuovo" e nel conseguente rifugio in "note e rassicuranti classificazioni" [anche perché] "le categorie della tradizione sono a volte più di intralcio che di aiuto", M. Cinque, *L' "eredità digitale" alla prova delle riforme*, in "Rivista di diritto civile", 2020, p. 76.
- 12 Tentativo che ha riguardato anche il consumatore senza considerare che tale figura non è uno *status* ma una posizione "da accertare di volta in volta". È una nozione "ambigua" che non consente "generalizzazioni", vieppiù perché "la complessità della realtà giuridico-economica ha dato vita a delle figure soggettive, fino a qualche anno fa sconosciute, pur sempre accomunate da profili variabili di 'debolezza' sul piano delle relazioni negoziali [per esempio il *prosumer*]", P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, 4ª ed., Esi, Napoli 2020, pp. 235-236; Id., *La tutela del "contraente debole" nelle negoziazioni immobiliari. Traccia di un possibile Convegno*, (2000), in Id., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Esi, Napoli 2003; nello stesso senso, tra gli altri, F. Criscuolo, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in "Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato", diretto da P. Perlingieri, Esi, Napoli 2008; F.G. Viterbo, *La tutela del contraente debole*, in *Il diritto privato dell'Unione Europea. Temi e questioni*, a cura di F. Casucci, Esi, Napoli 2007; F. Lazzarelli, *Dipendenza tecnologica e dipendenza economica: una "ragionevole" interpretazione della legge sulla subfornitura*, in "Rassegna di diritto civile", 2005, p. 101 ss. e V. Rizzo, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, Esi, Camerino-Napoli 1983.
- 13 Si precisa, infatti, che se l'incapace è senz'altro vulnerabile, non è sempre vero il contrario: il vulnerabile non è aprioristicamente sinonimo di incapace.
- 14 P. Perlingieri, *Profili del diritto civile*, Esi, Napoli 1994; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, cit., p. 10, il quale mette in luce la necessità di "rifiutare preconcetti giuridici nei quali pretendere di incasellare la varietà del fenomeno"; nella stessa direzione N. Lipari, op. cit., p. 3; P. Stanzone, *Diritti esistenziali della persona, tutela delle minorità*

2. Tra le molteplici situazioni in cui la vulnerabilità può manifestarsi, merita particolare considerazione quella riguardante il testamento redatto dalla persona vulnerabile.

Da qualche tempo dottrina e giurisprudenza, nel tentativo di sopperire ad un legislatore disattento, cercano di rintracciare possibili ipotesi di debolezza del c.d. testatore fragile che possano incidere, potenzialmente, sulla genuinità del volere espresso nell'atto di ultima volontà.

Il negozio testamentario è atto *mortis causa* tendenzialmente proprio della persona anziana¹⁵: in particolare, il potere del testatore, al crepuscolo della vita, di consegnare al testamento, quale riflesso del suo volere¹⁶, una pluralità di interessi, costituisce l'estrinsecazione dell'autonomia testamentaria e, soprattutto, "atto di disposizione e di regolamentazione, nonché di realizzazione e di autodeterminazione della persona umana"¹⁷.

Giova infatti ricordare che il testamento – quale "strumento di persistente vitalità"¹⁸ – soddisfa non soltanto l'esigenza di tutela della proprietà e del risparmio, bensì rappresenta "un'emanazione del diritto di personalità"¹⁹: esso è funzionale ad esaudire la segreta e vana aspirazione dell'animo uma-

e Drittwirkung nell'esperienza europea, in "Europa e diritto privato", 2002, p. 41 ss. ma già Id., *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Esi, Camerino-Napoli 1975.

15 C. Cicero, *Il problema del formalismo testamentario. Per una rivisitazione dell'olografo*, Esi, Napoli 2023, p. 47.

16 P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit. p. 12; Id., *La funzione sociale del diritto successorio*, in "Rassegna di diritto civile", 2009, pp. 131-146; ma altresì, G. Perlingieri, *Invalidità delle disposizioni "mortis causa" e unitarietà della disciplina degli atti di autonomia*, in "Diritto delle successioni e della famiglia", 1, 2016, p. 119 ss., spec. p. 138; Id., *Il ruolo del giurista nella modernizzazione del diritto successorio tra autonomia ed eteronomia*, ivi, 2018, p. 1 ss., ma spec. p. 11; G. Bonilini, *Autonomia testamentaria, fondamenti costituzionali e bilanciamento di principi*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, Atti dell'11° Convegno Nazionale, Esi, Napoli 2017, p. 17; A.A. Carrabba, *Disposizioni testamentarie e destinazioni*, Esi, Napoli 2020, p. 9 ss. e V. Barba, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Esi, Napoli 2018, p. 4 ss.

17 Così, G. Perlingieri, *Invalidità delle disposizioni "mortis causa" e unitarietà della disciplina degli atti di autonomia*, cit., p. 138.

18 G. Bonilini, *Il negozio testamentario*, in "Trattato di diritto delle successioni e donazioni" Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Giuffrè, Milano 2009, p. 3 ss.

19 V. Barba, *La dispensa dalla collazione*, in "Diritto delle successioni e della famiglia", 2016, p. 43, ricordando il pensiero di H. Ahrens, *Corso di diritto naturale o di filosofia del diritto*, trad. it. di A. Marghieri, 2, Riccardo Marghieri, Napoli 1872, pp. 296 ss. e 298.

no di sopravvivere a quella che è la “linea ultima della persona”²⁰ grazie alla possibilità di disciplinare i rapporti giuridici di coloro che sopravvivono alla nostra morte²¹.

L’ordinamento italiano non tutela in maniera specifica l’anziano²², né prende in considerazione la persona vulnerabile nel compimento di negozi tanto *inter vivos* quanto *mortis causa*.

20 Quale espressione per indicare la morte coniata da A. Falzea, *Relazione introduttiva*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio dagli istituti classici al patto di famiglia*, a cura di S. Delle Monache, Cedam, Padova 2007, p. 5.

21 Tant’è come afferma G. Perlingieri, *La disposizione testamentaria di arbitrato. Riflessioni in tema di tipicità e atipicità nel testamento*, in “Rassegna di diritto civile”, 2016, p. 459 ss., ma spec. pp-502-503, a prescindere dal carattere patrimoniale o non patrimoniale della disposizione “attribuire beni o sostanze a qualcuno vietare la rappresentazione delle proprie sembianze, stabilire il trattamento e la destinazione del cadavere, i funerali, il tempo, il luogo e il modo della sepoltura, la pubblicazione, la distruzione di lettere o manoscritti [...] è una facoltà del testatore poiché equivale a ‘disporre’, a ‘regolare’ mediante testamento”; nello stesso senso, C. Caccavale, *Trasferimento di azienda mediante cessione post mortem a corrispettività condizionale*, Esi, Napoli 2014, p. 30.

22 Come magistralmente fa notare P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, cit., p. 19: “L’età non può essere un aspetto incidente sullo *status personae*. L’età, minore, matura o senile che sia, non incide di per sé sull’attitudine alla titolarità delle situazioni soggettive. Il loro effettivo esercizio può essere limitato o in parte escluso, non già muovendo da predeterminate, astratte, rigide e a volte arbitrarie valutazioni legate alle diverse fasi della vita, bensì in base alla correlazione, da valutarsi attentamente, tra la natura dell’interesse nel quale si sostanzia la concreta situazione e la reale capacità di intendere e di volere, di effettuare scelte e comportamenti relativi alle situazioni soggettive interessate”; Id., *Diritti della persona anziana, diritto civile e stato sociale*, in “Rassegna di diritto civile”, 1990, p. 80 ss., ora in Id., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, cit.; P. Stanzione, *Le età dell’uomo e la tutela della persona: gli anziani*, in “Rivista di diritto civile”, 1989, I, p. 444 ss.; L. Tafaro, *L’età per l’attività*, Esi, Napoli 2003, nonché, di recente, anche V. Rotondo, *Invecchiamento della popolazione e strumenti civilistici di promozione e protezione della persona anziana*, in questo volume, il quale ricorda che in realtà nella Costituzione sono presenti tracce di rilevanza della condizione senile. “I profili inerenti alla senescenza della persona sono presi in considerazione dall’art. 38, comma 2 sotto il profilo del pensionamento del lavoratore, ricollegandosi alla vecchiaia un fatto naturale produttivo di effetti giuridici”. A livello sovranazionale, prosegue l’a., “la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea all’art. 25 dedica [invece] una specifica disposizione al ‘Diritto degli anziani’ prevedendo che ‘l’Unione riconosce e rispetta il diritto degli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale’”. Con particolare riferimento agli atti personalissimi dell’anziano, cfr. M. Epifania, *La protezione legale nelle relazioni di cura agli anziani*, in C. Tomassini, M. Albertini, C. Lallo (a cura di), *Avanzare insieme nella società anziana. Considerazioni multidisciplinari sulla domanda di assistenza agli anziani in Italia*, Il Mulino, Bologna 2024, p. 175 ss.

Con riferimento ai primi, il codice civile non fa menzione della protezione delle persone che versano in situazioni di fragilità, né tantomeno della sorte giuridica di tali atti.

In materia contrattuale, della vulnerabilità vi è qualche traccia nel codice del consumo: in particolare, l'art. 20 – rubricato *Divieto delle pratiche commerciali scorrette* – oltre a menzionare nel secondo comma il consumatore medio, nel terzo fa riferimento a quello “particolarmente vulnerabile alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della [sua] infermità mentale o fisica, della [sua] età o ingenuità”²³.

A ben vedere, tuttavia, la disposizione mira a tutelare una situazione di debolezza che riguarda unicamente i rapporti economici. L'ordinamento cioè presta attenzione alla particolare condizione di fragilità nella quale, in una determinata contrattazione, può versare un soggetto (in questo caso il consumatore), il quale sconta un'asimmetria di potere contrattuale rispetto ad un altro (il professionista), ben potendo però questa debolezza rinvenirsi anche nel rapporto tra due professionisti nel quale uno dei due può trovarsi in una posizione di asimmetria di potere contrattuale, equiparabile, anche se non integralmente, a quella che caratterizza i rapporti tra professionista e consumatore (si pensi al contratto di subfornitura)²⁴.

Il quadro prospettato non è destinato a mutare riguardo al negozio testamentario: qui, addirittura, di là dalle forme di incapacità rigidamente predeterminate, siamo dinanzi ad un vero e proprio silenzio normativo²⁵.

E così, con riferimento alla persona anziana, quando la senilità eccede la sua dimensione fisiologica per sconfinare in una dimensione patologica, occorre vagliare il grado di consapevolezza delle ultime volontà espresse nella scheda testamentaria.

In sostanza, è necessario verificare se la condizione di vulnerabilità del testatore, al momento della stesura dell'atto, possa influire sulla sua capa-

23 Sul punto si v. anche C. Sartoris, *Testamenti suggeriti e invalidità (parziale)*, in “Persona e Mercato”, 3, 2021, p. 557 ss., ma spec. pp. 558-559.

24 P. Perlingieri, *La tutela del consumatore tra normative di settore e codice del consumo*, in *Il diritto dei consumi: realtà e prospettive*, a cura di G. Cavazzoni, L. Di Nella, L. Mezzasoma, V. Rizzo, Esi, Napoli 2008; Id., *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo* (1995), in Id., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., pp. 308-309; F. Criscuolo, *op. cit.*, pp. 119 ss. e 281 ss.; A. Malomo, *Patologie degli atti “esterni” d'impresa e diritto comunitario*, Esi, Napoli 2008.

25 Lo fa notare, R. Senigaglia, *op. cit.*, pp. 58-59, secondo il quale le categorie tradizionali non si prestano a ricomprendere le varieghe sfumature della fragilità umana. Nello stesso senso C. Cicero, *op. cit.*, p. 47 ss.

cità di testare (c.d. *testamenti factio activa*)²⁶, sì da minare la naturalezza del volere²⁷.

Per di più, l'entità del fenomeno si coglie maggiormente se si considerano alcune situazioni peculiari talora frutto della combinazione di mutamenti sociali alquanto recenti che sollecitano una ponderata meditazione.

Negli ultimi decenni, infatti, si assiste ad un sensibile aumento della vita media la quale, se da un lato ha comportato l'invecchiamento del testatore medio, dall'altro non ha determinato altrettanti anni di vita in più in termini di salute²⁸.

La saggezza, cioè, ha ceduto il passo a nuove patologie degenerative talvolta anche associate a situazioni di fragilità emotiva e cognitiva. Di con-

-
- 26 A. Genovese, *Annullamento del testamento per incapacità naturale e onere della prova*, in "Diritto delle successioni e della famiglia", 2, 2015, p. 577 ss., ma spec. p. 584, il quale precisa che con la locuzione *testamenti factio activa* "si fa riferimento [alla] particolare porzione della più ampia capacità di agire, intesa come idoneità della persona a regolare i propri interessi *trans mortem* mediante la formazione dell'atto di ultima volontà", rievocando il pensiero di M. Allara, *Principi di diritto testamentario*, Giappichelli, Torino 1957, p. 32: "La incapacità di testare è una sottocategoria della categoria della incapacità negoziale, a sua volta configurata come specie di una categoria più ampia: la incapacità di agire".
- 27 Sulla necessità di tutelare "la libertà e la spontaneità dell'attribuzione e garantire la conservazione della volontà del disponente", G. Perlingieri, *A proposito delle interferenze tra testamento e contratto*, in *Autonomia negoziale e successioni mortis causa*, a cura di S. Giova, G. Perlingieri, L. Tullio, Esi, Napoli 2020, spec. pp. 26-30; in particolare sulla rilevanza della volontà del testatore il quale è "sempre il protagonista della vicenda successoria", C. Caccavale, *La vitalità del diritto delle successioni nelle pagine di una nuova rivista*, in "Diritto delle successioni e della famiglia", 2017, p. 1017; ma altresì, G. Bonilini, *Autonomia testamentaria, fondamenti costituzionali e bilanciamento di principi*, cit., p. 17 ss. e, da ultimo, sia consentito il rinvio a M. Ziccardi, *Beni digitali e pianificazione ereditaria*, Esi, Napoli 2022, *passim*, ma spec. pp. 73, 71, 101.
- 28 Lo rileva M. Cinque, *Capacità di disporre per testamento e "vulnerabilità" senile*, in "Diritto delle successioni e della famiglia", 2, 2015, p. 361 ss.; nonché Ead., *Testamento e affievolimneti della "consapevolezza affettiva"*, in "Rivista di diritto civile", 6, 2023, p. 1239 ss., ove mette in luce che "il sensibile aumento dell'aspettativa di vita ha portato all'invecchiamento del testatore medio, che però in questa estensione dell'esistenza spesso soffre di patologie e fragilità tipiche della sua condizione"; cfr. altresì, M. Girolami, *I testamenti suggeriti*, ivi, 2, 2016, p. 562 ss.; nella stessa ottica anche A. Genovese, *Impugnazione del testamento per incapacità naturale: "chi deve provare cosa"?*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 1, 2018, spec. pp. 195-196.

sequenza, si registra un aumento di soggetti vulnerabili ma potenzialmente disposti a fare testamento²⁹.

Di qui si disvela la singolare delicatezza della questione che deve indurre l'interprete ad una valutazione funzionale e assiologica delle peculiarità delle singole fattispecie di vulnerabilità del testatore, al fine di adottare soluzioni che siano conformi agli interessi e ai valori coinvolti, rifiutando, invece, quelle che aprioristicamente prescindono da ogni accertamento in concreto³⁰.

3. Riguardo alla figura del c.d. testatore fragile, il dibattito scientifico si è prevalentemente focalizzato su due ipotesi: quella della vulnerabilità scaturita da una patologia psichica anche grave ma non totalizzante e quella causata da "influenze esterne" da parte di aspiranti beneficiari sotto forma di pressioni psicologiche funzionali a turbare la spontaneità della volizione dispositiva³¹.

Sul punto, sembrerebbe alquanto audace voler supporre che un rimedio alla vulnerabilità del testatore anziano sia il ricorso ad una presunzione inversa di capacità. In altri termini, il superamento di un certo limite di età

29 M. Girolami, *op. cit.*, p. 563, la quale afferma che "è necessario [...] prendere atto del fatto che l'avanzare dell'età genera nell'individuo una condizione di vulnerabilità che il diritto non può ignorare, a prescindere dai casi più gravi di conclamata inettitudine a provvedere ai propri interessi per i quali sono predisposti gli istituti di protezione".

30 L'interprete, mediante la tecnica del bilanciamento, deve "applicare [que]gli interessi [che nel caso concreto risultano] prevalenti o prioritari", G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., *passim*, ma spec. p. 144; Id., *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in "Rivista di diritto civile", 2018, p. 716 ss. e Id., *Legge, giudizio e diritto civile*, in "Annali della Sisdic", 2, 2018, p. 63 ss.

31 Tra i contributi della dottrina si v. soprattutto, M. Cinque, *Capacità di disporre per testamento e "vulnerabilità" senile*, cit., p. 361 ss.; Ead., *Testamento e affievolimenti della "consapevolezza affettiva"*, cit., p. 1239 ss.; M. Girolami, *op. cit.*, p. 562 ss.; A. Genovese, *op. cit.*, p. 193 ss.; C. Audano, C. Cicero, *Osservazioni in tema di incapacità a testare del soggetto fragile*, in "Rivista del notariato", 4, 2022, p. 628 ss.; C. Cicero, A. Leuzzi, *Osservazioni in tema di tutela dei testatori "fragili" (dolo testamentario, captazione e rilevanza delle suspicious circumstances)*, ivi, 2017, p. 818 ss.; E. Carbone, *Captazione testamentaria e suggestione (vecchi concetti, nuove funzioni)*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 2019, p. 799 ss.; S. Patti, *Testamento della persona "vulnerabile", principio di conservazione e ragionevolezza*, in "Familia", 2017, p. 635 ss.; I. Prisco, *Al fine dell'annullamento del testamento per incapacità naturale è sufficiente la prova di una generica alterazione delle capacità cognitive del de cuius?* (Tribunale di Torre Annunziata, 16 maggio 2011), in "Il Foro napoletano", 2-3, 2012, p. 797 ss.

sarebbe sintomatico di una vulnerabilità, *i.e.*, di un affievolimento della capacità intellettuale dell'anziano di pianificare la propria successione mediante il testamento, al pari dell'incapacità del minore³².

Tale congettura non è esente da critiche: in effetti, lo stato di particolare anzianità del testatore, non è un indice sufficiente ai fini dell'annullamento del testamento per incapacità di intendere e di volere ai sensi dell'art. 591, comma 2, n. 3, c.c., perfino se accompagnato da una tenue alterazione cognitiva³³.

Per di più, negare la capacità di disporre in ragione della sola età particolarmente avanzata del testatore, significherebbe sacrificare la libertà di disporre (e di revocare) anche di chi è perfettamente consapevole del programma dispositivo affidato al testamento³⁴.

Così come anche riguardo al minore, vi è la tralatizia opinione secondo la quale è un soggetto vulnerabile in ragione della tenera età. Addirittura, in ambito testamentario non è soltanto vulnerabile ma è incapace di testare, così come disposto dall'art. 591, comma 2, n. 1, c.c.: egli, cioè, sarebbe ontologicamente connotato da una inadeguatezza intrinseca nella predisposizione consapevole di un programma devolutivo in funzione successoria mediante il negozio testamentario.

Invero, un'esegesi della norma illuminata e adeguata alla moderna assiologia del sistema ordinamentale impone piuttosto di verificare la sussi-

32 In tale direzione, S. Patti, *Il testamento olografo nell'era digitale*, in "Rivista di diritto civile", 2014, p. 1001, il quale afferma che "persone anziane, in mancanza di alcuna misura di sostegno, partecipano al traffico giuridico – e redigono il testamento – in una condizione di limitata capacità. Il mantenimento della piena capacità, nonostante l'inevitabile diminuzione della capacità stessa, determina [...] un'esigenza di tutela analoga – pur se di segno opposto – a quella che ha indotto l'ordinamento giuridico a stabilire un momento di inizio della capacità di agire collegato alla (maggiore) età"; anche G. Bonilini, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, in "Famiglia, persone e successioni", 2007, p. 586; critico invece, G. Perlingieri, *La rilevanza del testo nell'individuazione dell'incapacità naturale di testare*, in "Rassegna di diritto civile", 2005, p. 273 ss.

33 Invero, "il solo decorso del tempo, non incide automaticamente in senso negativo sulle normali capacità naturali", P. Perlingieri, *Diritti della persona anziana, diritto civile e stato sociale*, cit. p. 92; né tantomeno la tarda età associata ad una lieve patologia, G. Perlingieri, *Invalidità delle disposizioni "mortis causa" e unitarietà della disciplina degli atti di autonomia*, cit., spec. pp. 126-130; A.M. Benedetti, *La protezione del testatore (ir)ragionevole? Incapacità naturale e problemi di prova*, in "Diritto delle successioni e della famiglia", 3, 2017, p. 755.

34 Il che significa che la tarda età del testatore è di per sé una malattia, secondo la nota affermazione latina: *senectus ipsa est morbus*, alludendo al decadimento intrinseco che si accompagna alla senescenza.

stenza di un'ideale maturità di discernimento del minore in presenza della quale non sembrerebbe ragionevole escludere la sua capacità di manifestare la propria volontà dispositiva, quantomeno con riferimento alla regolamentazione *post mortem* degli interessi di natura non patrimoniale, quali ad esempio possono essere le situazioni giuridiche soggettive riferibili all'estrinsecazione della propria personalità nelle varie piattaforme digitali³⁵.

A ben vedere, infatti, non si comprenderebbe come mai il minore, se ha compiuto dodici anni e anche di età inferiore purché capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano (*ex art. 315 bis*, comma 3, c.c.) e, all'opposto, se capace di discernimento non può disporre per testamento. Il che significa considerare il minore soggetto attivo e partecipe del suo destino e quindi dare attuazione al principio cardine del suo superiore interesse (*best interest of the child*) nel primo caso, viceversa escludendone l'applicazione nel secondo, minando o meglio, schiacciando la libertà testamentaria di imprimere ai propri interessi *post mortem* una determinata direzione³⁶.

Non manca poi chi, nel tentativo di individuare un rimedio alla vulnerabilità dell'anziano testatore, esorta a una dilatazione del concetto di incapacità di testare proponendo un'interpretazione meno rigida della norma di cui all'art. 591, comma 2, n. 3, c.c. a favore "di una flessibilità più fruttuosa"³⁷.

La disposizione, come noto, stabilisce che sono incapaci di testare "quelli che, sebbene non interdetti, si provi essere stati, per qualsiasi causa, anche transitoria, incapaci di intendere e di volere nel momento in cui fecero testamento".

In sostanza, si tratterebbe di estendere l'applicazione della norma alle ipotesi menzionate dell'anziano che presenta un'alterazione psichica tale da non cancellare completamente le sue facoltà intellettive ovvero quello che redige un testamento c.d. suggerito, frutto non della libera estrinsecazione della sua volontà ma condizionato da qualche suggerimento proveniente da altri³⁸.

35 Sul tema si v. le notevoli riflessioni di G. Perlingieri, *La successione del minore*, in *Diritto civile minorile*, cit., spec. p. 391 ss.

36 Critico sulla capacità di agire ancorata rigidamente "sul dato anagrafico dell'età", R. Senigaglia, *op. cit.*, p. 52, il quale fa notare che "la negazione incondizionata (senza se e senza ma) della capacità di agire al soggetto minorenni degenera inevitabilmente in un *vulnus* alla sua dignità personale, dando luogo a un inaccettabile antagonismo con quanto sancisce espressamente l'art. 1 della Carta UE, ma anche l'art. 54 della stessa Carta e l'art. 17 della Cedu".

37 Così, A. Spatuzzi, *Le ultime volontà del testatore anziano e vulnerabile*, in "Il Corriere giuridico", 2, 2020, p. 209.

38 Sempre secondo A. Spatuzzi, *op. cit.*, p. 212: "una lettura dell'art. 591 c.c. aperta e attualizzata al fenomeno sempre più diffuso della vulnerabilità senile potrebbe

Invero, occorre far notare che la *ratio* dell'art. 591, comma 2, n. 3, c.c. è quella di circoscrivere il raggio di operatività della norma alle sole ipotesi di totale, non minimo o lieve decadimento delle facoltà psichiche; essa, non a caso, discorre di incapacità di intendere e di volere, utilizzando volutamente la congiunzione coordinativa “e” e non quella disgiuntiva “o” che compare invece nell'art. 428 c.c. ove, per l'annullabilità degli atti tra vivi, non occorre una patologia che azzeri in maniera assoluta le facoltà intellettive del soggetto, bensì risulta sufficiente un mero turbamento psichico tale da incidere notevolmente sulle facoltà stesse, senza però necessariamente escluderle; esse cioè devono risultare scemate sì da influire sul processo di formazione di una volontà consapevole³⁹.

Con riguardo alle disposizioni testamentarie, ai fini dell'annullamento del testamento per incapacità naturale del testatore, la semplice alterazione delle facoltà psichiche non basta ma occorre fornire la prova dell'assoluta incoscienza del soggetto⁴⁰ “al momento” della redazione del testamento e non più “al tempo” come previsto dall'art. 763, comma 1, n. 3 del codice civile del 1865.

La ragione giustificatrice della portata restrittiva della norma è rinvenibile nell'esigenza di assicurare il più possibile la libertà di disporre, la spontaneità dell'attribuzione nonché la conservazione della *voluntas testatoris*, sì che il fondamento del dettato normativo, secondo il quale soltanto gravi compromissioni delle facoltà intellettive possono davvero giustificare l'introduzione di limiti al diritto di disporre dell'anziano, è espressione di garanzia⁴¹.

Del resto, nel testamento, come si desume dall'art. 591 c.c., la capacità è presunta, tant'è che l'inabilitazione, a differenza del contratto, non è una causa automatica di annullabilità; all'inabilitato cioè non è precluso, sulla

meglio assicurare il rispetto della reale volontà del *de cuius* mediante la caducazione del testamento anche nel caso in cui esso, o una sua parte, resti compromesso dalle cennate fragilità”.

39 Tra le altre, Cass. civ., 26/3/2013, n. 7626, in “Dejure online”.

40 Si v., in particolare, Cass. civ., 6/11/2013, n. 24881, in “Dejure online”: “l'annullamento di un testamento per incapacità naturale del testatore [richiede] la prova che il soggetto sia privo in modo assoluto al momento della redazione dell'atto di ultima volontà, della coscienza dei propri atti ovvero della capacità di autodeterminarsi”; e, conformemente, da ultimo, Cass. civ., 22/7/2022, n. 22974, *ivi*.

41 Al riguardo, osserva G. Perlingieri, *La rilevanza del testo nell'individuazione dell'incapacità naturale di testare*, cit., p. 278, che “il principio di conservazione degli atti [*i.e.*, dell'interesse] ha ancora più rilevanza nel testamento [poiché questo] si caratterizza per l'esigenza di tutelare nella maniera più idonea [...] la effettiva volontà [...] del *de cuius*”.

base di una valutazione *ex ante*, disporre mediante testamento, fermo restando che se la condizione dell'inabilitato, al momento della stesura del testamento, integrava i presupposti dell'incapacità naturale, il testamento sarà annullabile.

Si consideri inoltre che la valutazione dell'incapacità è affidata alla scienza medica la quale in molte ipotesi ha ritenuto che, dinanzi a fenomeni alterativi della capacità cognitiva (ad esempio un attacco ischemico), il soggetto al momento della redazione di un testamento olografo ben può manifestare una volontà lucida e coerente in ordine al proprio programma dispositivo.

Ne deriva che anche qualora risultasse provato che in un momento antecedente o posteriore alla stesura della scheda testamentaria il testatore fosse affetto da una qualche alterazione psichica, ciò non è sintomatico di un'automatica incapacità al momento della sua stesura. Tale rilievo vale anche in presenza di dichiarazioni apparentemente stravaganti che però appaiono del tutto aderenti alla personalità del testatore⁴² e che emergono dal testo il quale, in ambito testamentario, rappresenta oggetto di immediata analisi sia per la prova dell'incapacità naturale, sia per l'interpretazione⁴³.

In effetti, la discrezionalità del testamento "può spingersi fino a superare i limiti del capriccio"⁴⁴, proprio in virtù della straordinaria ampiezza di tale strumento che rinviene il suo limite soltanto nel controllo di liceità e meritevolezza degli interessi in concreto perseguiti⁴⁵.

Valorizzazione del testo, tuttavia, non implica che bisogna prescindere dalla valutazione del contesto: si pensi al testatore anziano con ridotta ca-

42 Tant'è che il nostro ordinamento – in virtù dell'ampia libertà testamentaria riconosciuta al *de cuius* – tollera disposizioni testamentarie a contenuto "bizzarro, o capriccioso, o socialmente futile, epperò lecito", G. Bonilini, *Autonomia testamentaria, fondamenti costituzionali e bilanciamento di principi*, cit., p. 26.

43 Si precisa infatti che a differenza del contratto, nel testamento "il ricorso ad elementi extratestuali è possibile, ma non è immediato e diretto perché dipende dalla presenza già nel testo negoziale di indizi ed elementi tali da giustificare il ricorso al c.d. contesto situazionale", G. Perlingieri, *A proposito delle interferenze tra testamento e contratto*, cit., p. 28.

44 A. Trabucchi, *Ancora sulla capacità a far testamento*, in "Giurisprudenza italiana", 1961, I, 1, p. 1304, per il quale "il testamento è il regno dell'arbitrio, e una disposizione che favorisca un capriccio non è meno valida, e giuridicamente giustificata, della disposizione più santa".

45 Controllo che riguarda gli atti di autonomia ed è funzionale "ad un giudizio di conformità del testamento o del contratto ai principi fondamentali", G. Perlingieri, *Invalidità delle disposizioni "mortis causa" e unitarietà della disciplina degli atti di autonomia*, cit., p. 144.

pacità di giudizio perché affetto da una patologia psichica non totalizzante, il quale diviene “preda” di parenti o terzi pronti ad esercitare su di lui pressioni per ottenere vantaggi personali.

In questo caso, la valutazione del contesto, unitamente all’analisi del testo, è funzionale per sondare l’effettiva genuinità della volontà del testatore, il quale potrebbe essere deviato da interferenze altrui a tal punto da alterare completamente le sue scelte dispositive.

A tal proposito, sembrerebbe opportuno ampliare la nozione di dolo fino a comprendere quelle ipotesi di indebita influenza (*undue influence* nel sistema giuridico statunitense) la quale può sostanziarsi in un’attività captatoria che, sebbene più attenuata rispetto agli artifici e ai raggiiri richiesti per la configurabilità del dolo testamentario (art. 624 c.c.), di fatto è decisiva e capace di incidere in maniera determinante sul processo formativo della volontà del testatore⁴⁶.

La giurisprudenza invece – di là da qualche timida apertura⁴⁷ – ai fini della configurabilità del dolo testamentario tende a circoscriverne le maglie entro i limiti di un’attività ingannatoria basata su “fatti certi che consentono di identificare e ricostruire l’attività e l’influenza determinante sul processo formativo della volontà del testatore che altrimenti si sarebbe indirizzata in modo diverso”⁴⁸.

In realtà, allargare le maglie del dolo testamentario significherebbe includere nel raggio di operatività dell’art. 624 c.c. anche quei raggiiri più blandi e sfumati che sfuggono ad una percezione immediata perché magari diluiti nel tempo ma sono comunque finalizzati ad annullare la libertà di scelta del testatore.

La valutazione della situazione concreta di compressione totale della capacità di autodeterminazione del disponente assume un ruolo chiave,

46 In questa direzione G. Perlingieri, *A proposito delle interferenze tra testamento e contratto*, cit., p. 30; altresì, C. Cicero, *Il problema del formalismo testamentario. Per una rivisitazione dell’olografo*, pp. 49-50 ed E. Carbone, *op. cit.*, p. 805, secondo il quale la maggiore ampiezza del dolo testamentario consentirebbe la sua declinazione “in forme ulteriori e autonome, la rilevanza delle quali [è] ineludibile per assicurare il maggior riguardo dovuto alla libertà del testatore”.

47 Di recente, Cass. civ., ord., 17/10/2022, n. 30424, la quale mostra di condividere la soluzione prospettata dalla dottrina di ampliare la nozione di dolo, ritenendo sufficiente, ai fini dell’annullamento del testamento, un’influenza funzionale a trarre vantaggi e tale da condizionare la formazione della volontà di una persona “non più in grado di compiere autonome valutazioni”.

48 Cass. civ., 31/8/2023, n. 25521; Cass. civ., 11/4/2017, n. 9309; Cass. civ., 16/1/2014, n. 824; Cass. civ., 28/5/2008, n. 14011; Cass. civ., 22/4/2003, n. 6396; Cass. civ., 14/6/2001, n. 8047, in “Dejure online”.

considerato che, specialmente nei contesti familiari, la formazione della volontà testamentaria è fisiologicamente sottoposta a influenze, non per questo indicative di una limitazione della libertà dispositiva ma, al contrario, sintomatiche del fatto che il testatore ravvisa nell'*habitat* domestico quel luogo congeniale di formazione della propria volontà, finalizzata non soltanto a dare una sistemazione *post mortem* delle proprie sostanze, quanto piuttosto animata da "condizionamenti" frutto di legami familiari e sentimenti che trovano libero sfogo proprio nel negozio testamentario (si pensi ai c.dd. testamenti simultanei)⁴⁹.

Non manca infine chi, per risolvere il problema dei testatori vulnerabili, caldeggia una limitazione o addirittura un divieto alla forma olografa a favore di un più ampio ricorso al testamento pubblico⁵⁰.

L'intervento del notaio garantirebbe un più accorto controllo sulla reale volontà del testatore in virtù della funzione del pubblico ufficiale il quale, come disposto dall'art. 47, comma 2, l. n. 89 del 1913, oltre a curare la stesura integrale dell'atto sotto la propria direzione e responsabilità, deve verificare se il testatore manifesta una volontà dispositiva consapevole⁵¹.

In realtà, il presidio notarile non è idoneo a fornire certezza sulla capacità del soggetto: tale verifica infatti è affidata esclusivamente all'anamnesi medica, viceversa il notaio può approdare a conclusioni che rappresentano soltanto degli indici rivelatori dello stato psichico del testatore.

Tra l'altro, ogni forma di testamento può essere impugnata, oltre che il ricorso al testamento pubblico si rivelerebbe ancor più infruttuoso con riferimento a quelle situazioni di vulnerabilità che non esprimendosi in forme di incapacità, difficilmente giungono ad ostacolare il rogito.

49 Si v. A.M. Benedetti, *Note sul divieto di testamento congiuntivo: sulla validità dei mirror wills*, in "Diritto delle successioni e della famiglia", 2015, p. 687; S. Patti, *Testamenti simultanei, patto successorio e principio di conservazione*, in "Familia", 2021, p. 687 ss. e M. Ziccardi, *Testamenti simultanei e divieto di patti successori istitutivi*, in "Rassegna di diritto civile", 3, 2021, p. 1158 ss.

50 Depongono in tal senso, M. Cinque, *Capacità di disporre per testamento e "vulnerabilità senile"*, cit., p. 369 ss.; F. Padovini, *Incapacità di disporre per testamento fra disciplina positiva e prospettive di riforma*, in *Il testamento: fisiologia e patologie*, a cura di F. Volpe, Esi, Napoli 2015, p. 58; S. Patti, *Il testamento olografo nell'era digitale*, cit., p. 1007; C. Cicero, *Il problema del formalismo testamentario. Per una rivisitazione dell'olografo*, cit., p. 51.

51 "Fruiere del testamento pubblico, nei casi in cui più probabili possano essere limiti personali e condizionamenti esterni, allontanerebbe il rischio di alterazioni: ad esso si salderebbe infatti un formalismo penetrante che assicurerebbe maggior probabilità di efficacia", A. Spatuzzi, *op. cit.*, p. 210.

Si consideri infine che il testamento olografo, per il congenito coinvolgimento del suo autore nella stesura, fornisce preziose indicazioni sullo stato cognitivo del soggetto, potendo ingenerare dubbi sulla sicura riferibilità del volere testamentario al suo autore⁵².

4. In conclusione, si è cercato di dimostrare che il concetto di vulnerabilità non è sinonimo di incapacità, con la conseguenza che un'attenta valutazione del caso concreto impone all'interprete la necessità di operare un ragionevole bilanciamento degli interessi coinvolti, tenuto conto della funzione ascrivibile al negozio testamentario e che, nel dubbio, sembrerebbe preferibile adottare una soluzione diretta a conservare l'ultima, irripetibile, volontà del disponente.

D'altronde, non appare opportuno svilire in maniera ingiustificata lo strumento testamentario posto che i successibili già sono tutelati dall'ordinamento mediante la previsione di strumenti quali la quota di legittima, la collazione, il diritto di abitazione o, infine, mediante la possibile configurabilità nel nostro sistema del c.d. mandato di protezione in previsione di futura incapacità, un istituto che, enfatizzando l'autonomia privata, consentirebbe alla persona, in via preventiva, di individuare un soggetto con il compito di amministrare il proprio patrimonio e di provvedere ai propri bisogni, nel caso di futura perdita della capacità di autodeterminazione⁵³.

52 In un'ottica comparatistica, la dottrina tedesca ha proposto, addirittura, di circoscrivere il ricorso al testamento olografo alle successioni riguardanti patrimoni esigui, al fine di evitare che il problema della vulnerabilità del testatore possa ripercuotersi su patrimoni di ingente valore, il cui destino potrebbe pregiudicare gli interessi di molte persone. Viceversa, esorta a ricorrere all'*Erbvetrag*, stipulato tra genitori e figli, per impedire che un testamento, redatto dal genitore anziano, imponga successivamente ai discendenti di intraprendere un articolato procedimento giudiziario per dimostrare che questi, al momento della stesura dell'atto a loro sfavorevole, non fosse completamente capace.

53 Cfr. al riguardo la proposta di legge del maggio 2022 presentata da Federnotai volta all'introduzione nel Titolo XII, del Libro Primo c.c., del "mandato di protezione", analogamente a quanto già previsto dal sistema francese (*mandat de protection future*) e da quello tedesco. Sul tema, si v. M. Girolami, *Dalla crisi dell'amministrazione di sostegno al mandato di protezione: un bilancio de iure condendo*, in "Rivista di diritto civile", 5, 2021, p. 854 ss.

CAP. III
VULNERABILITÀ E GENERE SESSUALE



ROBERTA CATALANO

LA VITTIMIZZAZIONE SECONDARIA DELLE DONNE VITTIME DI VIOLENZA NELLA NARRAZIONE MEDIATICA: NUOVI PROFILI DI VULNERABILITÀ

SOMMARIO: 1. La vittimizzazione delle donne vittime di violenza. – 2. Casi esemplificativi di vittimizzazione secondaria ad opera dei media. – 3. Gli elementi narrativi sintomatici del trattamento vittimizzante della notizia della violenza. – 4. Le tutele giuridiche per le donne vittimizzate dai media. Nuovi profili di vulnerabilità

1. *La vittimizzazione delle donne vittime di violenza*

La vittimizzazione secondaria delle donne vittime di violenza è un fenomeno complesso e doloroso che si manifesta quando le vittime, già traumatizzate dalla violenza subita, si trovano ad essere accolte e trattate in modo inadeguato da parte delle istituzioni e dei professionisti che vi operano, nonché da parte degli organi di comunicazione che si trovano a raccontare la loro storia. Questa forma di vittimizzazione aggiuntiva inizialmente è stata rilevata nel corso delle fasi di presentazione della denuncia, durante le indagini ed i processi giudiziari conseguenti o connessi alla violenza¹, ovvero nel testo delle sentenze²; ma ci si è

1 D. Dettore, La psicoterapia di donne adulte vittime di abuso sessuale extra o intrafamiliare, in D. Dettore, C. Fuligni e F. Vitagliano, Donna e abuso sessuale, Milano, 1993, p. 85 ss.

2 V. Corte EDU J.L. c. Italia, 27 maggio 2021, in Proc. pen. e giust., 2021, che ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 della Convenzione, alla cui stregua lo Stato deve proteggere "le presunte vittime di violenza di genere" anche nella loro "immagine, dignità e privacy", con conseguente limitazione della possibilità per i "giudici di esprimersi liberamente nelle loro decisioni". In particolare, le censure hanno ad oggetto una sentenza della Corte d'Appello di Firenze per i "diversi passaggi [...] che si riferivano alla vita personale e intima della ricorrente" senza che ciò avesse alcuna rilevanza ai fini della valutazione della credibilità della donna. Inoltre, sono stati criticati, in quanto ingiustificati e inopportuni, i riferimenti "alla lingerie rossa 'mostrata' dalla ricorrente durante la serata, così come i commenti riguardanti la bisessualità della ricorrente, le relazioni romantiche e le relazioni sessuali occasionali prima degli eventi"; nonché "le considerazioni relative all'at-

accorti che essa si verifica anche per effetto del modo con cui i media veicolano al pubblico la notizia della violenza e delle relative vicende processuali³.

Il fenomeno della vittimizzazione secondaria si connota per il fatto di contribuire ad acuire – talvolta in modo assai rilevante – il trauma subito dalle donne, determinandone talora ulteriori sviluppi, poiché l'insufficiente sensibilità, comprensione e supporto da parte delle istituzioni e degli organi di comunicazione induce nelle vittime sentimenti di colpa, vergogna e, nei casi più gravi, di rassegnazione e rinuncia a cercare giustizia. Le vittime diventano tali per la seconda volta in ragione, ad esempio, del linguaggio e dei metodi usati nei loro confronti dalle forze dell'ordine e dagli appartenenti al sistema giudiziario per apprendere le circostanze entro le quali è avvenuto il fatto, ovvero dagli organi di comunicazione per raccontarlo. Essendo generati dal contesto istituzionale e informativo, la vittimizzazione secondaria frustra gravemente le aspettative di tutela e assistenza che la vittima di violenza legittimamente vanta nei confronti dello Stato, per antonomasia deputato a difenderla, e nei confronti dei *media*, tenuti ad una narrativa oggettiva e non suggestiva.

Non par dubbio, poi, che questo tipo di vittimizzazione possa colpire anche le donne vittime di femminicidio, malgrado le stesse non siano più in vita. Infatti, la narrativa processuale o mediatica distorta è comunque in grado di nuocere gravemente alla loro reputazione e rispettabilità nel contesto sociale e familiare di riferimento. Inoltre, la narrazione mediatica distorta e vittimizzante del femminicidio influenza negativamente la percezione sociale della violenza poiché, a fronte di essa, le altre donne vittime possono essere portate a non reagire ed a non denunciare, mentre negli uomini può essere indotto il consolidamento di quel retaggio culturale maschilista e patriarcale che è all'origine di molte aggressioni.

Com'è ovvio, il rischio di vittimizzazione secondaria è tanto più elevato quanto più ci si trovi al cospetto di donne in condizioni di particolare vulnerabilità, quali ad esempio le minori, le persone con disagi fisici o mentali, le vittime dei reati sessuali.

Gli effetti lesivi della vittimizzazione secondaria talvolta sono più intensi di quelli prodotti dalla violenza stessa, si protraggono per molto tempo, e portano la donna ad isolarsi, nascondersi o, nei casi più gravi, a compiere atti di autolesionismo. Inoltre, la vittimizzazione secondaria è in grado di

teggiamiento ambivalente della ricorrente nei confronti del sesso” ed i riferimenti suggestivi alla sua “vita non lineare”.

3 C. Fuligni, Rappresentazioni sociali e relazione uomo/donna, in *Donna e abuso sessuale*, cit., 1993, p. 55 ss.; Ead., *Mass media*, ivi, p. 64 ss.

generare nuove catene causali dannose rispetto alle persone vicine alla vittima. Ad esempio, nelle altre eventuali procedure giudiziarie di cui la donna sia parte (es. separazione e divorzio) l'esperienza della violenza subita e la narrativa di cui è stata oggetto possono: dissuadere eventuali testimoni dal deporre; essere strumentalizzate dalle difese del partner per spuntare condizioni migliori in ordine, ad esempio, all'affidamento dei figli; condizionare i figli che, com'è noto, devono essere ascoltati.

A tale ultimo riguardo si parla di vittimizzazione terziaria.

Tutto ciò mette drammaticamente in luce le numerose gravi conseguenze che, a cascata, discendono dalla violenza e si sedimentano nella vita e nella famiglia delle donne che ne sono vittime. Le dimensioni personali e relazionali di tali lesioni sono tanto ampie e complesse che gli studiosi, al fine di renderne più efficace l'analisi, hanno sentito la necessità di distinguere in vittimizzazione primaria, secondaria e terziaria⁴.

Con l'espressione "vittimizzazione primaria" si fa riferimento a tutte le conseguenze immediate e dirette (artt. 1223 e 2056 c.c.) prodotte sulla vittima dall'impatto della condotta lesiva ed a questa legate da nesso di causalità giuridicamente rilevante; esse vanno a costituire elemento costitutivo della fattispecie illecita e/o i danni oggetto di tutela risarcitoria. Ne fanno parte il danno fisico, psicologico, emotivo.

La "vittimizzazione secondaria" riguarda invece i danni, i traumi, gli effetti negativi aggiuntivi subiti dalla vittima della violenza a causa delle reazioni sociali o istituzionali alla notizia della violenza. La vittimizzazione secondaria non deriva direttamente dall'evento criminoso iniziale, ma piuttosto dalle risposte della società, delle istituzioni, delle persone che interagiscono con la vittima.

La "vittimizzazione terziaria", infine, comprende gli effetti negativi che coinvolgono individui o gruppi collegati o vicini alle vittime della violenza. Infatti, i familiari o gli amici della vittima potrebbero essere a loro volta traumatizzati dall'apprendere della violenza subita dalla donna, ovvero potrebbero sperimentare sentimenti di impotenza, rabbia, frustrazione o colpa. La reazione sociale associata alla violenza di genere potrebbe influenzare negativamente il loro benessere e il loro modo di reagire rispetto alla vittima ed alla comunità circostante.

Insomma, il ventaglio degli effetti negativi derivanti dalla violenza è così ampio da rendere impossibile, almeno in questa sede, un suo completo

4 Cfr., tra gli altri, F. Saccà, *Tre volte vittima. Uno sguardo d'insieme sulla rappresentazione giuridica e mediatica della violenza di genere*, in *Stereotipo e pregiudizio* a cura di F. Saccà, Milano, 2021, p. 34 ss.

esame. Pertanto, nel prosieguo ci si dedicherà all'analisi di uno soltanto dei suoi profili e, precisamente, di quello costituito dalla vittimizzazione secondaria ad opera dei media. L'opzione per tale area di indagine deriva dalla constatazione che, di tutti i profili di vittimizzazione ai quali si è fatto riferimento, quello ad opera dei *media* è uno dei meno indagati, ma anche il più idoneo a produrre conseguenze assai estese ed a mettere in luce nuovi profili di vulnerabilità delle donne vittime di violenza, in ordine alle quali appare particolarmente impellente l'esigenza di predisporre strumenti di tutela efficaci ed effettivi⁵.

2. Casi esemplificativi di vittimizzazione secondaria ad opera dei media

Per comprendere appieno quanto si è appena affermato, è necessario partire dall'identificazione di casi concreti.

Dati i limiti imposti della presente trattazione, nel prosieguo si concentrerà l'attenzione su due casi (verificatisi in Spagna) che, essendo assai significativi/esemplificativi, sono stati oggetto di studio anche nell'ambito delle più ampie ricerche del Progetto europeo Never Again – Contro la vittimizzazione secondaria, cofinanziato dal Programma Diritti, Uguaglianza e Cittadinanza dell'Unione Europea⁶.

Caso I⁷

a. Nell'agosto del 2016 una diciottenne scompare dalla città di Puebla del Caramiñal (A Coruña, Spagna). Il suo corpo viene ritrovato 497 giorni dopo, in seguito all'arresto del principale sospettato, un uomo di 41 anni,

5 Sul tema v. le approfondite analisi di T. Alesci, *Violenza di genere e rappresentazione mediatica*, in *Il processo*, 2022, p. 399 ss.; e di C. Gamberi, *Retoriche della violenza. Il femminicidio raccontato dai media italiani*, in S. Feci, L. Schettini (a cura di), *La violenza contro le donne nella storia*, Viella, 2017, p. 261 ss.

6 Progetto Never again. Developing an innovative training methodology to prevent and combat the risk of secondary victimization of women victims of violence, cofinanziato da Rights, Equality and Citizenship Programme of the European Union, GA no. 101005539. Sul progetto, del quale l'autrice del presente lavoro è stata componente, e sulle relative attività v. <https://www.vittimizazionesecondaria.it/progetto/>. È utile precisare che numerosi esempi del fenómeno in esame sono reperibili, non solo in Spagna, ma in tutti i paesi europei.

7 Poiché si tratta di un caso spagnolo, è analizzato il trattamento dei fatti da parte dei media spagnoli. Per questo motivo, sono state fatte traduzioni in italiano degli articoli originali spagnoli.

che confessa il femminicidio e indica il luogo dove aveva occultato il cadavere. All'esito delle verifiche, emerge che la ragazza, prima di essere uccisa, era stata rapita e stuprata dal reo confesso.

Fino al ritrovamento del cadavere e alla definitiva ricostruzione dei fatti, la sparizione della ragazza è oggetto di molte congetture da parte degli organi di informazione, poiché il temperamento della giovane e il suo rapporto conflittuale con i familiari portano alcuni *media* ad ipotizzare un allontanamento volontario.

La vicenda dimostra che i pregiudizi inducano a dare un peso eccessivo al modo di vestire della donna vittima di violenza, alle sue relazioni personali, ai suoi post sui social network, fino al punto di dimenticare la preoccupazione per la sua sorte e di considerarla corresponsabile della sua scomparsa.

a.1 Sul canale televisivo Antena3, viene trasmesso un programma di attualità nel corso del quale giornalisti ed altri ospiti discutono ed esprimono la loro opinione su casi di cronaca. In questo programma, nell'episodio "D.Q. en la red"⁸, la giovane scomparsa viene presentata come ragazza problematica, che "fuma", "esce con i ragazzi" e che "quella notte non era stata discreta".

Nel corso di un programma del canale televisivo Telecinco⁹, intitolato "El Programa de Ana Rosa", viene interpellata una grafologa alla quale è sottoposta una pagina scritta di pugno dalla ragazza, affinché ne tracci un profilo psicologico utile a capire i motivi della scomparsa. All'esito dell'esame della calligrafia, il programma diffonde il seguente profilo della vittima:

Personalità immatura, che cerca di fuggire dalla vita familiare. Ha bisogno di molto affetto, di attenzioni e di essere valorizzata. Ama essere al centro dell'attenzione. La sua firma indica che non si accetta, che ha un certo complesso d'inferiorità e un'autostima molto bassa.

Analogamente, il quotidiano El Mundo¹⁰ non si discosta da queste modalità di cronaca e dedica al caso un lungo articolo nel quale ipotizza che la ragazza scomparsa avesse un cattivo rapporto con la madre e la sorella,

8 Vedi in: https://www.antena3.com/noticias/sociedad/ultimo-rastro-movil-diana-quer-nota-voz-amiga-decirle-que-quiere_2016090857d098f00cf29063b1b7a40d.html

9 Vedi in: https://www.telecinco.es/elprogramadeanarosa/2016/octubre/31-10-2016/Diana_Quer_2_2268555046.html

10 Vedi in: <https://www.elmundo.es/cronica/2016/09/12/57d5087f268e3e524c8b4660.html>

e fa riferimento ai legami “discutibili” dalla stessa intrattenuti con altri giovani. Da questa prospettiva, la scomparsa sembra quasi dipendere dalla condotta di un trio di donne: una diciottenne troppo irrequieta, sua madre e sua sorella.

L'articolo si intitola “Le altre sparizioni di D.Q.”. Nel sottotitolo vengono riprodotte le affermazioni di persone non identificate:

“I suoi amici dicono che la fuga era il suo modo di punire la madre”

Nel testo si legge:

Aprile. Sono le otto e mezza del mattino in un'aula della scuola pubblica secondaria A.V.R. nella città madrileni di Boadilla del Monte. [...] È l'ora dell'appello. L'insegnante guarda la scrivania verde dove di solito si siede l'adolescente. È vuoto, ma lei non si lamenta. Non è sorpresa. La studentessa ha accumulato più di 100 assenze in un solo anno e ha riportato insufficienze in cinque materie dopo aver ripetuto un anno, secondo diversi suoi compagni di classe. [...] A D.Q. piaceva scappare spegnendo il suo cellulare “per prendere per il culo sua madre e preoccuparla”, secondo un amico intimo. Scompare da una realtà familiare segnata dal cruento divorzio dei suoi genitori tre anni prima. Da una vita piena di delusioni in amore. Dalla sua mancanza di autostima. Perché il suo desiderio era quello di essere una modella di Calvin Klein o una commessa dalle curve impossibili presso il marchio americano di surf Hollister. Ma non ha superato il casting, un duro colpo per una giovane donna di buon cuore che aveva sofferto di anoressia e che, nove mesi prima della sua fuga, aveva manifestato su Twitter la sua intenzione di fuggire. Questa rete sociale è diventata il riflesso della sua anima tormentata. Dei suoi traumi adolescenziali. Delle sue dispute con sua sorella V.Q., 16 anni, che lei “invidiava” e sminuiva pubblicamente.

Ma perché voleva scappare, e cosa ha spinto una giovane donna, attraente, di famiglia benestante idonea a soddisfare i suoi numerosi capricci, ad andare in fuga? Questa è la domanda che abbiamo posto alle persone più vicine a lei. La risposta non tarda ad arrivare. “Era molto innamorata di un ragazzo che le ha reso la vita impossibile, con il quale ha dovuto vivere un episodio traumatico. Lui non l'ha aiutata e lei si è sentita abbandonata. Questo, insieme al fatto che non sopportava sua madre e voleva andare a vivere con suo padre, ha causato la sua costante infelicità. Era in contrasto con il mondo a causa delle difficili circostanze in cui doveva vivere”, dice una ragazza con cui ballava il reggaeton in un accogliente rifugio dove le brave ragazze del nord di Madrid si mescolavano con i cattivi ragazzi del comune.

D.Q. frequentava sempre persone che non appartenevano alla sua classe sociale. Era ribelle e i suoi genitori non riuscivano più a sopportarla. Ma insomma, questo è molto tipico tra le ragazze snob della sua età. Non vogliono

il nerd del momento, vogliono lo stronzo. E il suo ex l'ha trattata male, dice un amico.

D.Q. ha vissuto la sua relazione amorosa più traumatica con grande intensità. L'affetto che non riusciva a trovare in una casa familiare spezzata dalla rottura dei suoi genitori, l'aveva sempre cercato tra le braccia degli uomini. Normalmente sconosciuti, che sembravano concorrenti del reality show *Donne, uomini e viceversa*. Giovani tarchiati e tatuati, con un aspetto in stile Cristiano Ronaldo e poca attenzione agli studi. I suoi litigi con la madre e la sorella erano costanti e lei cercava di evadere con emozioni forti, con amori impossibili, con il vivere la storia d'amore del protagonista di *Tre metri sopra il cielo*, il suo film preferito. Sognava di essere quella ragazza di una famiglia benestante che si innamora appassionatamente di un ragazzo problematico nonostante il parere contrario dei suoi genitori.

Da questo testo emerge un profilo dettagliato, ma denigratorio della vittima e della sua famiglia. D.Q. è descritta come persona abituata ad allontanarsi volontariamente. Per questo motivo la sua scomparsa, da evento preoccupante, diviene motivo per scavare nella sua vita e sottoporla al giudizio del pubblico. I problemi con i ragazzi, la vita mondana, le scelte di vita, le liti con la madre e la sorella, diventano materiale da rendere pubblico, citando voci e fonti identificate in modo vago.

Un articolo del quotidiano *Libertad Digital*¹¹, intitolato "La fortissima discussione di D.Q. con sua madre e sua sorella giorni prima della sua scomparsa", ipotizza che la giovane si sia allontanata a causa di dissidi familiari:

Il fatto principale che rafforza questa tesi è una forte discussione che apparentemente ha avuto luogo tra la ragazza, sua sorella minore e sua madre.

Secondo le fonti consultate da *La voz de Galicia*, sembra che questo litigio sia solo un altro incidente in famiglia. Si dice che la ragazza di 18 anni sia entrata in una situazione difficile dopo il divorzio dei suoi genitori qualche anno fa, e che abbia anche sofferto di un episodio di anoressia.

Un articolo del quotidiano digitale *20minutos*¹² giunge a insinuare sospetti sui genitori:

Dalla misteriosa scomparsa della giovane D.Q., non ho smesso di ricevere messaggi da lettori del blog, conoscenti e colleghi di lavoro, che puntano tutti

11 Vedi in: <https://www.libertaddigital.com/espana/2016-08-28/la-fuerte-discusion-de-diana-quer-con-su-madre-y-su-hermana-dias-antes-de-desaparecer-1276581280/>

12 Vedi in: <https://blogs.20minutos.es/comunicacion-no-verbal-lo-que-no-nos-cuentan/2016/09/12/por-que-la-opinion-publica-desconfia-de-los-padres-de-diana-quer/>

nella stessa direzione: il sospetto verso i genitori di D.Q. dopo le loro numerose apparizioni nei media.

Insomma, gli organi di stampa avanzano le peggiori ipotesi sul contesto familiare della diciottenne: la sua scomparsa è stata orchestrata dalla ragazza per “punire sua madre”; oppure D.Q. aveva deciso di scappare a causa del cattivo rapporto che aveva con la madre; o ancora perché aveva litigato con la sorella; oppure a causa delle cattive frequentazioni. Alcuni giornali suggeriscono addirittura che i genitori, lungi dall’aiutare l’indagine, l’avevano ostacolata. Da parte sua, la madre ha sempre insistito che la figlia non poteva essersi allontanata volontariamente. Nessuno, però, ha voluto crederle.

a.3 È interessante rilevare che nella vicenda in esame sono vittimizzate tutte le donne coinvolte nella vicenda. Non soltanto quelle direttamente colpite dal crimine – ossia D.Q., sua madre e sua sorella – ma persino la moglie dell’assassino. Ciò non a causa di una sua ipotetica collaborazione alla copertura del crimine, ma per non aver difeso il marito: un articolo pubblicato su *esDiario*¹³, definisce come “tradimento” il fatto che la donna, chiamata a testimoniare, abbia mutato la sua versione dei fatti così da smantellare l’alibi dell’assassino.

Va rilevato altresì che eguale attenzione mediatica non viene riservata all’assassino, rimasto sorprendentemente sullo sfondo di tutte queste osservazioni ed illazioni.

Nel caso di specie, l’aggressività dei media ha indotto il padre e la sorella della vittima a protestare per il trattamento riservato alla loro congiunta persino dopo il ritrovamento del corpo e la ricostruzione della dinamica dell’assassinio. La loro reazione ha tratto origine dalla pubblicazione di una foto in cui la diciottenne uccisa appariva vestita in modo appariscente. Secondo i giornali la foto ritraeva la ragazza con i vestiti indossati al momento della scomparsa, ma il padre e la sorella contestano quest’affermazione su *La Vanguardia*¹⁴:

J.C.Q. ha scritto il seguente messaggio sui social media: “Non condivisibile è la cronaca di oggi di *Espejo Publico*, con una foto di mia figlia con i vestiti che avrebbe indossato quando è stata assassinata. Non v’è rigore informativo; non era vestita così, e tutto ciò non ha alcun interesse giornalistico. Rispetto per la sua privacy, è morta, etica giornalistica. Non tutto è lecito.

13 Vedi in: <https://www.esdiario.com/espana/22557411/La-traicion-de-la-mujer-del-chicle-depara-una-rapida-resolucion-del-caso-Diana.html>

14 Vedi in: <https://www.lavanguardia.com/television/20191030/471288417442/diana-quer-hermana-valeria-critica-espejo-publico-foto-selfie-escote-ultima-imagen-criticas.html>

Ore dopo e questa volta nelle sue storie di Instagram, sua figlia minore V.Q. ha fatto lo stesso. La giovane ragazza guardò la telecamera e disse con rabbia: “Voglio negare questa informazione; non erano nemmeno i vestiti che indossava. State cercando di far apparire mia sorella come cosa?”.

Dopo il ritrovamento del corpo della vittima, il padre è costretto a chiedere più volte ai media di evitare affermazioni sensazionalistiche (v. articolo di El Plural¹⁵):

Fotografie e immagini del corpo di mia figlia coperto da un lenzuolo sono già apparse sui media. Era necessario? La domanda si risponde da sola: l'editore di quel media avrebbe pubblicato la stessa fotografia se fosse stata sua figlia”, ha chiesto il padre di D.Q.

a.4 È indubbio che nelle fasi iniziali della vicenda nulla si sapeva circa la sorte della ragazza scomparsa, ma ciò non basta a giustificare un trattamento mediatico della notizia come quello descritto. Tra le tante possibili ipotesi ricostruttive risulta preferita quella che più risponde ad una serie di stereotipi e pregiudizi. Il modo di vestire, gli atteggiamenti non convenzionali, le frequentazioni, i rapporti familiari, la condotta scolastica; tutto diviene un buon motivo per rendere la ragazza responsabile dell'accaduto. Le considerazioni sulla vita privata della diciottenne ottengono l'effetto di lasciare sullo sfondo la preoccupazione per l'unico fatto vero ed oggettivo (una ragazza è scomparsa senza alcun preavviso e nessuno sa che fine abbia fatto), ponendo al centro dell'attenzione una serie di informazioni che, seppur di contorno, appaiono più interessanti per il pubblico.

La scomparsa e l'assassinio della diciottenne divengono così un pretesto per alimentare sentimenti di diffidenza verso le donne. L'assenza di qualcuno da incolpare, fa sì che tutta l'attenzione mediatica si rivolga verso la vittima e la sua famiglia, fino al punto di ridimensionare il timore per la sorte della ragazza e dar voce tutte una serie di pregiudizi di matrice misogina.

*Caso 2*¹⁶

a. Durante la festa di San Fermín, a Pamplona, un gruppo di cinque amici conosciuto come “La Manada” viene accusato da una diciottenne

15 Vedi in: https://www.elplural.com/sociedad/duras-criticas-del-padre-de-diana-quer-al-sensacionalismo-de-los-medios_117000102

16 Poiché si tratta di un caso spagnolo, è stato analizzato il trattamento dei fatti da parte dei media spagnoli. Per questo motivo, sono state fatte traduzioni in italiano degli articoli originali spagnoli.

di averla stuprata all'interno del portone di un palazzo. Le accuse risultano confermate dal fatto che lo stupro è registrato dai ragazzi con i cellulari. Il Tribunal Supremo de la Justicia Española li condanna a nove anni di prigione.

Il caso è stato oggetto di grande attenzione da parte dei media che, però, talora hanno messo in dubbio la versione della vittima e non rispettato la sua riservatezza. Pertanto, il caso in esame mette bene in evidenza quel che può accadere ad una donna che denuncia un'aggressione sessuale. Difatti, in difesa della giovane donna, in Spagna sono stati organizzati sit-in e manifestazioni di protesta.

a.1 Nel caso in esame, alcuni media hanno criticato la vittima per “aver condotto una vita normale” dopo la violenza carnale. Uno degli esempi più eclatanti è dato da un articolo del quotidiano *El Español*¹⁷, dal titolo:

“La vita ‘normale’ della ragazza violentata a San Fermín: università, viaggi e amici”.

Nel sommario:

Sono passati quattordici mesi. A.A. ha ripreso i suoi studi e si è rifugiata nei suoi genitori e negli amici. Nel frattempo, il componente de “La Manada” che faceva la Guardia civil è diventato un padre in cella dopo un incontro in carcere con la moglie.

Questo articolo è accompagnato da una fotografia nella quale la vittima è ritratta di spalle, accompagnata da due amiche. Sono ben visibili il suo aspetto fisico, i suoi vestiti e il suo zaino, rendendola quindi facilmente identificabile per le persone del contesto in cui vive. Inoltre, la cronaca è accompagnata dalla descrizione di alcuni aspetti della vita privata della ragazza, dai quali viene desunta l'ipotesi per cui, dopo lo stupro, essa sia tornata ad essere felice.

La teorizzata condizione di felicità della ragazza viene posta a confronto con quella di uno degli stupratori, divenuto padre in prigione, con la conseguenza di suscitare compassione per il colpevole e sospetto per una vittima tornata, in modo sorprendentemente veloce, alla vita normale. In altri termini, invece di compiacersi della positiva reazione della giovane donna, i media sembrano quasi ritenere che la sua reattività fornisca elementi per dubitare della sua versione dei fatti.

17 Vedi in: https://www.elespanol.com/reportajes/20171111/261224141_0.html

Si parte dalla descrizione dell'attuale condizione della vittima:

Martedì prossimo, 495 giorni dopo, A.A., che ora ha 20 anni, siederà davanti al tribunale che giudicherà gli imputati. Un tempo che le ha permesso di utilizzare di nuovo le reti sociali, di riprendere gli studi dopo una pausa di qualche mese, di viaggiare sulle spiagge del Levante spagnolo la scorsa estate, di vestirsi all'ultimo Carnevale, di uscire con gli amici... Ma, soprattutto, di "normalizzare" la sua vita.

Poi si passa a descrivere la situazione degli aggressori:

Ma non è solo la vita della vittima che è cambiata in questi quasi 16 mesi che sono passati. Anche quella dei membri di "La Manada", come i cinque si chiamavano in un gruppo Whatsapp. J. E. ha perso il suo lavoro di parucchiere; il soldato A. C. è stato allontanato dalla Unidad Militar de Emergencia (UME) in cui lavorava; A. B. riceve "affranto e depresso" le visite che i suoi parenti gli fanno alla prigione di Pamplona, e J.A.P. ha perso una ventina di chili e si è concentrato sullo sport. Pesi, corsa continua... È così che ammazza il tempo quando esce nel cortile del penitenziario di Navarra. Quando apparirà in tribunale non sarà più il tipo grassoccio che camminava per Pamplona mezzo nudo ore prima del presunto stupro. Nel frattempo, il loro amico della Guardia civil, A. G., è diventato padre mentre passa i suoi giorni dietro le sbarre. Ha messo incinta la sua compagna durante un incontro vis a vis in prigione.

Questi gli esiti del confronto mediatico: da un lato, la vita dei poveri aggressori è cambiata in peggio; dall'altro, la vittima sorride alla vita mentre torna alla normalità con la sua famiglia e i suoi amici.

"Ora, A.A. sorridente e di aspetto rilassato, viene spesso vista arrivare a casa a Madrid carica di appunti scolastici".

A seguire è riproposta, poi, la descrizione della violenza, della quale vengono ripetuti tutti i dettagli che però, a questo punto della vicenda, non hanno più altro effetto che quello di imbarazzare la vittima:

Quel primo incontro è stato dopo un concerto, intorno alle 02.50 nelle prime ore del 7 luglio 2016. Dopo il presunto stupro, e davanti agli agenti di polizia che l'hanno assistita su una panchina mentre piangeva inconsolabilmente, A.A. ha detto che due dei sivigliani le hanno afferrato i polsi e l'hanno spinta in un portone di via Paulino Caballero. Lì, presumibilmente, la costrinsero a praticare una fellatio a tutti loro mentre due di loro, A. C. e J.A.P., la penetrarono vag..... e anal.....

Il racconto mediatico di un omicidio comune non spiega mai il modo con cui il proiettile entra nel corpo della vittima; non dice quali organi ha attraversato o quanto sangue è sgorgato. Allo stesso modo dovrebbe avvenire per il racconto di uno stupro. Non è necessario entrare nei dettagli. Come per la notizia dell'omicidio, il pubblico va informato dei fatti senza descrizioni particolareggiate, al limite del racconto pornografico, per evitare di esporre la vittima alla ulteriore violenza della pubblica curiosità. In queste ipotesi, i dettagli servono solo ad alimentare la morbosità danneggiando la vittima.

Un altro esempio di cronaca dettagliata in modo eccessivo è offerto da un articolo di *El Periódico*¹⁸ che narra i fatti dalla prospettiva dei componenti de "La Manada". Viene data voce al capobanda, secondo il quale la ragazza era consenziente, sin dal titolo:

“Il leader de ‘La Manada’: Come abbiamo eiaculato, ce ne siamo andati”

e nel sottotitolo:

“L'accusato dello stupro di gruppo assicura di aver fatto ciò che ‘tutti’ volevano in quel momento”.

Infine, il canale televisivo TRECE¹⁹, nel programma “Detrás de la Verdad”, ha addirittura trasmesso frammenti dei 7 video registrati dai componenti de “La Manada” nel corso dello stupro, con ciò traumatizzando ulteriormente la vittima e urtando la sensibilità dei molti ascoltatori che, con le loro proteste, hanno costretto il canale a cancellare il programma.

a.3 Inoltre, alcuni media hanno apertamente empatizzato con gli accusati, messo in dubbio la versione della vittima, dato voce a conoscenti e amici degli aggressori per riabilitarne l'immagine.

Per esempio, il canale televisivo La Sexta²⁰ non si è trattenuto dal pubblicare una intervista ad un amico dei cinque secondo il quale

18 Vedi in: <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20171209/transcripcion-declaracion-lider-de-la-manada-tal-y-como-fuimos-eyaculando-pues-nos-fuimos-6483904>

19 Vedi in: https://www.elconfidencial.com/television/programas-tv/2017-11-21/trece-cancela-detras-de-la-verdad-emitir-violacion-san-fermin-la-manada_1480938/

20 Vedi in: https://www.lasexta.com/programas/equipo-investigacion/noticias/antonio-manuel-miembro-del-chat-de-la-manada-es-una-injusticia-lo-que-estan-haciendo-con-ellos-no-han-hecho-nada_201711105a06205d0cf2018c1961ef5c.html

“è un’ingiustizia quello che gli stanno facendo, non hanno fatto niente”.

Analogamente, in un altro servizio²¹ dello stesso canale, una amica di uno dei ragazzi afferma:

“Credo nell’innocenza dei cinque. Sono una amica di J. e si è sempre comportato bene”.

Il sito web di Antena 3²², oltre a dar voce direttamente ad uno dei membri de “La Manada”, accompagna il video con un articolo contenente la sola versione degli accusati, rafforzata da dichiarazioni dell’avvocato, dei familiari, dei vicini e degli amici dei cinque che li difendono e mettono in dubbio la versione della vittima – non interpellata e quindi impossibilitata a difendersi:

I membri de “La Manada”, accusati di stupro multiplo, sono in detenzione preventiva da quasi 500 giorni e mantengono la loro versione che i rapporti sessuali erano consensuali, un argomento sostenuto dai loro parenti: “Lascia che uno psichiatra mi spieghi se un uomo può diventare uno stupratore da un giorno all’altro”.

La maggior parte del giorno camminano nel cortile con il resto dei prigionieri e due di loro condividono una cella: il più giovane di loro e il suo amico che ha cambiato aspetto. Secondo un giornalista di El Español, ha perso molto peso e fa molto sport. L’avvocato degli imputati spiega che il cambiamento fisico è dovuto al fatto che “non mangia quello che era abituato a mangiare e sono molto nervosi perché capiscono che la detenzione preventiva non è giusta ed è eccessiva”. La sorella di uno degli accusati, da parte sua, si lamenta che il suo parente “non sta bene” perché sa che “stanno soffrendo all’esterno” perché stanno infangando il nome della famiglia.

I vicini dove gli amici sono cresciuti non vogliono parlare davanti alle telecamere, e quelli che lo fanno sono solo per parlare bene di loro. “Sono tutti meravigliosi”, dice uno di loro, e un altro aggiunge che vede come “quasi impossibile” che l’accusa sia vera.

La famiglia degli accusati mantiene la loro stessa versione, assicurando che le relazioni erano consensuali e confidando che possa essere provato in tribunale. “Sono assolutamente convinta che si tratta di una falsa accusa”, ribadisce

21 Vedi in: https://www.lasexta.com/programas/equipo-investigacion/noticias/una-de-las-chicas-de-la-manada-creo-en-la-inocencia-de-los-cinco-soy-amiga-de-jose-y-siempre-se-ha-portado-bien-conmigo_201711105a0623040cf2018c1-961ff60c.html

22 Vedi in: https://www.antena3.com/noticias/sociedad/uno-de-los-miembros-de-la-manada-a-mi-pareja-la-violaron-con-14-anos-como-me-van-a-decir-a-mi-que-soy-un-violador_201711135a0a314b0cf2018c196a7905.html

la sorella di uno degli accusati, e aggiunge che “questa ragazza è sfuggita di mano”. [...] Un'altra delle sorelle non esita a difendere il fatto che hanno avuto fiducia nell'innocenza di suo fratello “dal primo minuto” e “sfida uno psichiatra a spiegarmi se un uomo può diventare uno stupratore da un giorno all'altro”.

La colpevolizzazione della vittima è presente anche nel programma di giornalismo d'inchiesta “En el punto de mira”, sul canale Cuatro, che raccoglie le testimonianze dei soli amici e conoscenti di uno dei componenti del gruppo²³:

Il programma ha potuto parlare con un amico di “La Manada”, che ha confermato che non considera la giovane donna che ha subito una “aggressione sessuale” a Pamplona come una vittima, ritenendola responsabile di ciò che è successo quella notte: “Sono esausto di questo problema. [...] Capisco che hanno fatto una festa e la cosa gli è sfuggita di mano, perché gli hanno preso il telefono alle 3 del mattino in una città che non è la sua. Quando le hanno chiesto cosa c'era che non andava, non avrebbe detto che era andata con cinque persone.

Le informazioni raccolte da questo programma sono state riportate da altri media. Per esempio, su *La Vanguardia*²⁴ un articolo è intitolato:

Il padre di J.A.P. [uno degli aggressori]: Lei è colpevole; i sivigliani erano molto belli e lei è andata a cercarli. Nel sottotitolo, poi, si legge Lui non è scivolato, né lui né i cinque amici, è stata lei, avrebbe potuto farlo con 5 e con 25.

Nel testo si insiste con la tesi secondo la quale la ragazza era consenziente:

Secondo l'uomo, quello che è successo a Pamplona il 7 luglio 2016 non è stato uno scivolone dei ragazzi: “Lui e i suoi amici non sono scivolati, è stata lei. Lei è colpevole. I ragazzi sono molto fighi, è stata lei che è andata a cercarli, che i sivigliani erano molto belli, poteva affrontare 5 e 25 sivigliani”, sostiene.

Definisce suo figlio un “bravo ragazzo” che si prende cura di lui – che è su una sedia a rotelle – e di sua madre, e si dispiace che siano “due anni e mezzo che non lo vede” anche se sa che sta bene grazie ai parenti che lo visitano. Ma lui, che è disabile, non può viaggiare 1.000 chilometri andata e ritorno. Spera che venga presto trasferito in una prigione andalusa. Dice che si fida “di loro, non della ragazzina” e spera che “ci sia giustizia per una volta”.

23 Vedi in: https://www.cuatro.com/enelpuntodemira/manada-prenda-padre_0_2569875192.html

24 Vedi in: <https://www.lavanguardia.com/sucesos/20180529/443929633961/padre-el-prenda-ella-es-culpable.html>

Si dà conto anche del parere di vicini e conoscenti:

La sua opinione è condivisa da altri vicini. Uno dei conoscenti di J.A.P. non considera la giovane di Madrid “una vittima”, e si dispiace che stia rovinando la vita dei ragazzi. Un altro vicino più anziano non capisce perché “la ragazzina è andata con così tanti ragazzi” e crede che anche lei dovrebbe essere indagata.

a.4 È significativo ricordare che dopo la violenza di San Fermín del 2016, una seconda donna ha denunciato alcuni membri de “La Manada” per averla violentata mentre era incosciente e per registrato quanto accaduto (come riportato da *La Vanguardia*²⁵). La vittima ha affermato di non aver denunciato fino a quel momento per vergogna e per paura di non essere creduta; come è successo, appunto, alla vittima di San Fermín.

Quando una persona viene derubata, i media non mettono in dubbio la sua versione, ma riportano i fatti in modo oggettivo. Lo stesso dovrebbe accadere nei casi di violenza di genere. Invece, la vittima di stupro può trovarsi ad ascoltare, leggere e guardare al telegiornale la versione dei vicini e dei parenti degli uomini che l’hanno violentata; può sentirsi dire che è “colpa della ragazza”, che se l’è cercata (cd. *victim blaming*); può essere criticata perché cerca di tornare alla sua vita normale.

Nel caso esaminato, il trattamento mediatico riservato alla notizia ha spinto la società spagnola a prendere le difese della ragazza, dando vita a manifestazioni di cittadini che gridavano “Sorella, io ti credo”²⁶.

3. *Gli elementi narrativi sintomatici del trattamento vittimizzante della notizia della violenza*

I processi di vittimizzazione secondaria nascono da reazioni individuali o sociali fondate sull’ancestrale tendenza a ricollegare quanto accaduto alla vittima ad un suo pregresso comportamento, di modo che la sua sofferenza attuale possa essere considerata in qualche modo “meritata”, con il conseguente disimpegno morale della collettività²⁷. È per questo moti-

25 Vedi in: <https://www.lavanguardia.com/sucesos/20180428/443095158955/victima-la-manada-pozoblanco-juicio.html>

26 Vedi in: https://verne.elpais.com/verne/2017/11/16/articulo/1510854845_929530.html

27 V., per tutti, gli studi di A. Bandura, *Disimpegno morale. Come facciamo del male continuando a vivere bene*, Trento, 2017, passim; Id., *Aggression: a social learning análisis*, New York, 1973, p. 10 ss.; e di C. Volpato, *Deumanizzazione. Come si legittima la violenza*, Bari, 2024, p. 27 ss.

vo che bisogna prestare particolare attenzione alla narrazione al pubblico della violenza di genere giacché essa, se non ben calibrata, può divenire strumento idoneo a suscitare e/o amplificare questa reazione istintiva e, conseguentemente, essere causa di ulteriore mortificazione della vittima e di tutte le donne²⁸.

Per la verità, allo stato, la riflessione sulle modalità che dovrebbe rispettare il racconto mediatico della violenza maschile sulle donne, non è ancora compiutamente sviluppata. Nonostante ciò, anche alla luce dell'esame di casi come quelli esaminati in precedenza, alcuni punti di approdo possono darsi per acquisiti.

Anzitutto, v'è concordia nel ritenere che la vittimizzazione secondaria ad opera dei *media* nasce da una narrazione distorta dei fatti e degli eventi lesivi, che induce il pubblico ad incolpare l'unica vittima della violenza – la donna –, e/o a normalizzare un atto ingiustificabile – il femminicidio, la violenza sessuale, i maltrattamenti, etc. – con la conseguenza di contribuire a consolidare un certo tipo di cultura misogina che costituisce il terreno nel quale affondano le loro radici comportamenti discriminanti, lesivi, criminosi²⁹.

Gli studi sugli articoli pubblicati in materia di violenza di genere, mettono in evidenza l'esistenza di alcuni elementi narrativi che, insieme o separatamente, sono sintomatici del trattamento vittimizzante della notizia. Pertanto, si potrebbe partire proprio da questi elementi per verificare se ed in che misura il racconto mediatico può rendersi strumento di vittimizzazione secondaria. Essi sono stati così individuati³⁰:

a) Evitamento linguistico: gli autori della violenza sulle donne sono generalmente uomini; spesso trattasi dei partner, ex partner o di altri familiari della vittima. Nonostante ciò, nella cronaca mediatica questo aspetto può risultare oscurato attraverso un meccanismo, più o meno consapevole, in virtù del quale l'autore maschile della violenza viene lasciato sullo sfondo mentre, nella narrazione del fatto, si evita di focalizzare chiaramente gli eventi e le responsabilità. Ad esempio, l'impiego di locuzioni impersonali come "lite coniugale" o "violenza domestica" in luogo di espressioni più dirette come "violenza maschile" o "aggressione del partner" realizzano forme di evitamento linguistico, poiché celano la connessione tra il comportamento violento e la figura maschile. Allo stesso modo, quando l'autore della violenza non viene identificato come "uomo", ma additato come

28 C. Fuligni, *Mass media*, in *Donna e abuso sessuale*, cit., p. 64 ss.

29 C. Fuligni, *Mass media*, cit., p. 64 ss.

30 Cfr., per tutti, R. Belmonte, *La violenza maschile contro le donne nel racconto della stampa*, in *Stereotipo e pregiudizio*, cit., p. 116 ss.

“mostro” o “orco”, l’effetto che ne deriva è quello di de-umanizzarlo e, quindi, far apparire l’episodio descritto come una situazione eccezionale che non riguarda il contesto relazionale tra uomo e donna.

b) Ridimensionamento della responsabilità dell’autore della violenza: anche quando non c’è evitamento linguistico, può accadere che la responsabilità dell’uomo venga ridimensionata perché la violenza non è più descritta come una scelta consapevole, ma come il risultato di una particolare situazione in cui l’autore di essa si è venuto a trovare. Ciò accade quando si mette l’accento, più che sull’atto violento in sé, sul fatto che esso sia giunto al termine o per effetto, ad esempio, di una lite familiare; di un *raptus*; di uno stato di tossicodipendenza o di abuso di bevande alcoliche; di un pregresso comportamento provocatorio della vittima. Menzione a parte merita, poi, l’impiego dell’espressione “delitto passionale”, cui è addirittura sottesa l’idea che la violenza possa essere considerata come una dimostrazione di amore per la vittima, giacché costituirebbe la risposta ad una minaccia alla stabilità della relazione amorosa.

c) Prospettiva maschile della narrazione: negli articoli di cronaca nera non è frequente che della donna aggredita non si dia conto della sua giovane età, della sua bellezza, del suo essere moglie, madre o incinta. Questo modo di raccontare le storie delle donne comporta che, persino quando sono vittime di violenza, queste ultime finiscano per essere descritte da una prospettiva prevalentemente maschile.

d) Normalizzazione della violenza: molti tipi di tipi di violenza (morale, economica, maltrattamenti), se non seguiti da lesioni gravi (o dalla morte) o se non caratterizzati da profili particolari (es., dettagli macabri, notorietà dei soggetti coinvolti), vengono trascurati o sottostimati dai media. Si arriva al punto che i maltrattamenti subiti dalle donne ad opera dei partner vengono descritti come una tipica dinamica dei rapporti di coppia conflittuali. Si parla di relazioni turbolente, litigiose, difficili, travagliate, ovvero di liti familiari, frequenti, accese, etc.; ma, in realtà, l’accostamento delle parole “relazione” e “lite” ha l’effetto di mettere in secondo piano l’aggressione dell’uomo. Da questa prospettiva, le donne divengono persino corresponsabili della violenza subita, poiché anch’esse parti di una relazione che, per essere conflittuale, presuppone la responsabilità di entrambi i protagonisti. Ne deriva il ridimensionamento della responsabilità dell’aggressore, in quanto la condotta maschile violenta finisce per essere rappresentata come se fosse un aspetto di un’ordinaria dinamica di coppia.

e) Narrazione episodica della violenza: in molte narrazioni mediatiche la violenza di genere, verbale o fisica, verificatasi in ambienti ristretti come

la casa, la famiglia o la coppia, risulta spesso descritta come un evento privato, associato alle dinamiche comuni delle relazioni sentimentali e trattato come una questione personale, che coinvolge esclusivamente l'aggressore e la vittima. La riduzione della violenza a fatto privato porta a semplificare il problema, diminuendone l'importanza strutturale e sistemica.

Alla luce di tutte queste osservazioni emerge che, nonostante la crescente sensibilità sociale riguardo alla violenza di genere, i media possono rendersi inconsapevoli autori di una rappresentazione distorta del fenomeno, restituendone un'immagine che, essendo fortemente stereotipata, contribuisce a consolidare un certo tipo di cultura fondata su pregiudizi di genere.

4. Le tutele giuridiche per le donne vittimizzate dai media. Nuovi profili di vulnerabilità

A fronte dei danni che una narrazione mediatica distorta e vittimizzante è in grado di produrre, gli strumenti di tutela di cui la donna aggredita, o i suoi congiunti, possono avvalersi si palesano inadeguati a garantire effettiva protezione. Infatti, seppur in linea teorica le tutele applicabili sono di tipo sia penale sia civile, rimane il fatto che esse si rivelano del tutto inadeguate rispetto ai bisogni di protezione suscitati.

In ambito penale, la narrativa mediatica distorta ovvero le affermazioni offensive o non veritiere delle persone (vicini, parenti, amici) interpellate per ricostruire l'accaduto potrebbero giungere ad integrare gli estremi delle fattispecie previste dagli artt. 57, 57 bis, 595, 596 bis, 684 c.p. Tuttavia, com'è noto, l'irrogazione della pena criminale è strettamente subordinata alla dimostrazione dell'esistenza di tutti gli elementi costitutivi prescritti dalla norma; inoltre, in sede di applicazione giurisprudenziale, le norme penali risultano comunque soggette ad una attività ermeneutica tesa a bilanciare i molteplici interessi in gioco e quindi, nel caso di specie, alla necessità di temperare l'interesse della donna vittimizzata, da un lato, con l'esercizio del diritto di cronaca e della libertà di espressione, dall'altro³¹.

Indubbiamente, i soggetti di cui siano state pubblicate immagini o ai quali siano stati attribuiti atti, pensieri, affermazioni o dichiarazioni contrari a verità hanno diritto di chiedere all'editore la diffusione delle proprie dichiarazioni di replica, da pubblicare in condizioni paritarie

31 Sulle tutele penali v. T. Alesci, *Violenza di genere e rappresentazione mediatica*, cit., p. 399 ss.

rispetto alla cronaca a stampa o video che vi ha dato causa³². Presupposto per l'esercizio di tale diritto è, però, che l'informazione diffusa al pubblico non risponda al vero. Inoltre, la pubblicazione della rettifica, sostanziandosi in una mera comunicazione volta a controbilanciare le notizie falsamente diffuse, essenzialmente mira a tutelare il solo diritto a non vedere alterata la propria identità personale, ma non anche a riparare il danno già prodotto dall'originaria pubblicazione. Tanto più che spesso le dichiarazioni di rettifica sono pubblicate qualche giorno dopo la prima pubblicazione, quando la notizia è ormai, come si dice in gergo, "fredda" e quindi priva della presa che aveva inizialmente sul pubblico.

In ambito civile, le vittime potrebbero avvalersi dello strumento preventivo, di carattere inibitorio, previsto dall'art. 700 c.p.c., nonché della tutela risarcitoria ai sensi dell'art. 2043 c.c. Tuttavia, anche in questo caso l'azione preventiva ed urgente risulta di difficile praticabilità poiché la persona offesa non è quasi mai in grado di apprendere anticipatamente il tenore degli articoli in procinto di essere pubblicati. Da siffatta prospettiva, la tutela risarcitoria pare avere maggiori margini di applicabilità, ma è evidente che la sua posteriorità rispetto all'evento lesivo e la sua operatività sul piano meramente patrimoniale determinano l'inadeguatezza della tutela offerta rispetto ai bisogni di protezione azionati. Il carattere per lo più non patrimoniale degli interessi lesi fa sì che l'importo risarcitorio non sia in grado di garantire il pieno ristoro dei traumi e dei danni alla reputazione irrimediabilmente prodotti da un racconto mediatico distorto e/o offensivo.

Quanto sin qui osservato rende evidente che dall'elaborazione – iniziata, come detto, solo da qualche anno ed ancora in corso di sviluppo – della nozione di vittimizzazione secondaria ad opera dei media emergono nuovi rilevanti profili di vulnerabilità delle donne vittime di violenza. Infatti, l'analisi di detto fenomeno porta a constatare che esso non solo è in grado di produrre lesioni notevoli, estese e potenzialmente persistenti nel tempo, ma anche che in relazione a tali lesioni, allo stato, non esistono strumenti di protezione idonei a garantire tutela adeguata³³.

32 Il fondamento normativo di questo diritto si rinviene, per le emittenti televisive e radiofoniche, nell'art. 10 della l. 6 agosto 1990, n. 223, e nel relativo regolamento attuativo D.P.R. 27 marzo 1992, n. 255, artt. 5 e ss. Per la stampa bisogna, invece, far riferimento all'art. 8 della l. 8 febbraio 1948, n. 47, art. 8.

33 Sull'insufficienza delle tutele per le donne vittime, in generale, di vittimizzazione secondaria v., per tutti, T. Alesci, *Violenza di genere e rappresentazione mediatica*, cit., p. 400 ss.

Da questo angolo visuale si palesa del tutto auspicabile un intervento del legislatore, volto a varare misure capaci di contrastare adeguatamente il fenomeno in esame e mezzi di tutela capaci di proteggere efficacemente le vittime. Infatti, la nozione di vulnerabilità in prospettiva giuridica consta proprio della mancanza di strumenti di protezione idonei a preservare interessi meritevoli di tutela³⁴.

In questo senso, molte sono le sollecitazioni provenienti da istituzioni e gruppi di lavoro nazionali e sovranazionali³⁵; e ciò, *de iure condendo*,

34 In tal senso v., da ultimo, P. Franzina, Art. 16 della Risoluzione dell'Institut de Droit international su Human Rights and Private International Law: protezione delle persone in situazioni di vulnerabilità, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2023, 1, p. 129 ss., il quale, dopo un ampio esame delle fonti internazionali e della dottrina, osserva che nel concetto di vulnerabilità convivono due elementi: “da un lato, l’idea che certe persone, o gruppi di persone, sono esposte, per effetto delle circostanze in cui si trovano, ad uno *speciale* pericolo di lesione dei loro diritti, per fronteggiare il quale si impongono delle risposte giuridiche adeguate, coerenti alla particolarità di quel rischio. Dall’altro, l’idea che la speciale fragilità di chi si trova in determinate circostanze, più che richiedere la creazione di diritti nuovi e specifici, implichi l’adozione di misure capaci di accrescere la *effettività* della protezione accordata agli interessati” (p. 133).

35 A questo proposito è senz’altro un punto di riferimento importantissimo il Rapporto di Valutazione di Base per l’Italia adottato il 15 novembre 2019 e pubblicato il 13 gennaio 2020 dal GREVIO (Gruppo di esperti/e sulla lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica) sulle misure legislative e di altra natura da adottare per dare efficacia alle disposizioni della Convenzione del Consiglio d’Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (Convenzione di Istanbul), dal quale, tra le altre cose, emerge la pericolosità del fenomeno della vittimizzazione secondaria e l’auspicio dell’adozione di misure di contrasto. Ad esso si sono ispirate la l. 19 luglio 2019, n. 69, meglio nota come legge sul Codice rosso, e la l. 24 novembre 2023, n. 168, adottata sull’onda del clamore suscitato dalla vicende di Giulia Cecchettin. La prima ha introdotto modifiche ed integrazioni al codice penale e di procedura penale al fine di ampliare e rendere più efficace la punizione dei reati di violenza sulle donne e maltrattamenti in famiglia; è stata la l. n. 69/2019 ad introdurre la previsione del delitto cd. di *revenge porn*, costituito dalla diffusione di immagini e video sessualmente espliciti senza il consenso delle persone rappresentate. La l. n. 168/2023 ha finalità di prevenzione e più efficace repressione dei cd. “reati spia” – tra i quali si annoverano i reati di percosse, lesioni personali, violenza sessuale e privata, minaccia grave, atti persecutori, violazione di domicilio – con il rafforzamento delle misure di prevenzione dell’ammonimento del questore e di informazione alle vittime (art. 1). Inoltre, nell’attuale legislatura è stata creata la prima Commissione di inchiesta sui femminicidi composta dai parlamentari di entrambe le Camere, che ha iniziato i lavori nel luglio del 2023. Tutto quanto appena ricordato trova il proprio fondamento, anzitutto, nella Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e

fa pensare che il legislatore, presto o tardi, interverrà anche sul fenomeno della vittimizzazione secondaria delle donne vittime di violenza ad opera dei *media*.

Invero, il Parlamento europeo e il Consiglio hanno adottato la direttiva 2024/1385 sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica che, oltre a prevedere diverse tutele per le vittime e misure di contrasto della vittimizzazione secondaria in ambito giudiziario e nella comunicazione online, all'art. 23 introduce misure per la rimozione di materiale, lesivo o vittimizzante, pubblicamente disponibile online; mentre all'art. 36, co. 8, si occupa proprio del rischio di vittimizzazione secondaria ad opera dei media e stabilisce che “fatta salva la libertà e il pluralismo dei media, gli Stati membri incoraggiano e sostengono attività di formazione per i media a cura di organizzazioni professionali, organismi di autoregolamentazione e rappresentanti del settore o altri organismi indipendenti, al fine di combattere le rappresentazioni stereotipate di donne e uomini, le raffigurazioni sessiste delle donne e la colpevolizzazione delle vittime nei media, così da ridurre il rischio di violenza contro le donne e di violenza domestica. Le attività di formazione di cui al primo comma possono essere fornite dalle pertinenti organizzazioni della società civile, dalle organizzazioni non governative che lavorano con le vittime, dalle parti sociali e da altri portatori di interessi”.

Inoltre, in Italia, il “Testo Unico dei doveri del giornalista” recante regole deontologiche, all'art. 5-bis, rubricato “Rispetto delle differenze di genere”, dispone che: “nei casi di femminicidio, violenza, molestie, discriminazioni e fatti di cronaca, che coinvolgono aspetti legati all'orientamento e all'identità sessuale, il giornalista: *a*) presta attenzione a evitare stereotipi di genere, espressioni e immagini lesive della dignità della persona; *b*) si attiene a un linguaggio rispettoso, corretto e consapevole. Si attiene all'essenzialità della notizia e alla continenza. Presta attenzione a non alimentare la spettacolarizzazione della violenza. Non usa espressioni, termini e immagini che sminuiscano la gravità del fatto commesso; *c*) assicura,

la violenza domestica, approvata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 7 aprile 2011, ratificata dall'Italia a mezzo della l. 27 giugno 2013, n. 77, che all'art. 18, co. 3, stabilisce che gli Stati firmatari si impegnano a “evitare la vittimizzazione secondaria”. Ancor prima, va ricordata la Dichiarazione finale solenne della Prima conferenza dei Ministri europei sulla violenza fisica e sessuale sulle donne, Bruxelles, 14 e 15 marzo 1991.

Rimane il fatto che c'è ancora molto lavoro da fare, specie riguardo alla vittimizzazione secondaria ad opera dei *media*, poiché gli interventi ricordati in precedenza hanno tutti principalmente ad oggetto il contrasto al fenomeno della vittimizzazione secondaria delle donne vittime di violenza per effetto dell'azione dell'apparato giudiziario civile o penale.

valutato l'interesse pubblico alla notizia, una narrazione rispettosa anche dei familiari delle persone coinvolte"³⁶.

Queste disposizioni da ultimo ricordate consolidano la diffusa convinzione che il fenomeno della vittimizzazione secondaria delle donne vittime di violenza, anche ad opera dei media, ha evidenti e robuste radici culturali³⁷. Infatti, nel fenomeno in esame, la vulnerabilità delle donne non deriva dalle loro caratteristiche fisiche, psichiche, comportamentali, né dal fatto che siano coinvolte in particolari situazioni come, ad esempio, guerre o flussi migratori. Deriva, piuttosto, da un retaggio culturale diffuso e radicato in tutte le società, anche quelle pacifiche e progredite; retaggio che può essere più o meno forte a seconda del contesto sociale nel quale la donna si colloca, e che si caratterizza per essere imperniato su pregiudizi sessisti dalla forte connotazione misogina che aggravano e moltiplicano le conseguenze lesive prodotte dalla violenza. Da siffatta prospettiva, può dirsi che la vulnerabilità delle donne vittime di violenza è un portato storico della loro vulnerabilità sociale e culturale³⁸.

Questa constatazione fa sorgere la consapevolezza del fatto che, per contrastare efficacemente il fenomeno della vittimizzazione secondaria delle donne vittime di violenza non ci si può limitare ad elaborare soluzioni giuridiche, ma occorre agire anche sul piano culturale, partendo dai giovani, dalle scuole, dagli insegnanti e dai giornalisti, al fine di proporre

36 Disponibile sul sito del Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Giornalisti <https://www.odg.it/testo-unico-dei-doveri-del-giornalista/24288>. Il Testo Unico è entrato in vigore l'1 gennaio 2021.

37 V. per tutti C. Volpato, *Le radici psicologiche e culturali della violenza contro le donne*, in D. Pecorella (a cura di), *Donne e violenza. Stereotipi culturali e prassi giudiziarie*, Torino, 2021, p. 1 ss.

38 C. Fuligni, *Mass media*, cit., p. 65, molto opportunamente osserva che i media, per ottenere seguito presso il pubblico, tendono a diffondere le informazioni nel modo più facilmente recepitibile dall'utente medio e, quindi, in modo conforme a "rappresentazioni sociali preconfezionate [...]". Si ricercano le situazioni note, lo scontato, il prevedibile". Pertanto, i ruoli sessuali divengono "il topos dell'interazione mass media/credenze stereotipe; dalla sessualità vengono estratti e diffusi aspetti parziali, decontestualizzati, distorti, che in quanto iper-semplificati, mettono a volte in evidenza le credenze e gli atteggiamenti più tradizionalisti". In tal senso, v. anche F. Saccà, *Cultura, stereotipi e comportamento sociale*, in *Stereotipo e pregiudizio*, p. 17 ss.; Ead., *La condizione femminile come precipitato del contesto storico, economico e sociale*, ivi, p. 23 ss. Per una ampia analisi delle radici culturali dei pregiudizi di genere v. F. Mastroberti, M. Pignata, *MaLeFemmine? Itinerari storico-giuridici di una parità "incompiuta"*, Napoli, 2023, p. 1 ss.

e diffondere una lettura nuova del rapporto tra sessi che consenta, finalmente, di valorizzarne le differenze, evitando che le stesse, da elementi essenziali dell'identità sessuale di ciascuno, si tramutino in profili di vulnerabilità.



SILVIA DÍAZ ALABART*

MENORES TRANSEXUALES EN LA LEY TRANS ESPAÑOLA (LEY 4/2023)

SUMARIO: I. Introducción. – 1. Terminología esencial y su significado. – 2. El concepto de transexual en la ley Trans española. – II. El cambio de la mención de sexo que aparece en el Registro civil. – 1. Procedimiento para la modificación registral. – 2. Personas que pueden hacer la solicitud del cambio de mención registral de sexo. Los menores de edad. – 3. Especialidades del procedimiento cuando se trata de un menor de catorce años mayor de doce. – 4. La posibilidad de reversión del cambio en la mención de sexo en el Registro. – III. El nombre propio, imposición y cambio. – 1. Reglas generales. – 2. Cambio de nombre para los menores. – IV. Las cuestiones que plantea esta regulación respecto de la protección del menor. – 1. La protección del menor en general. – 2. Reflexiones sobre el interés superior del menor. – 3. ¿Se ha respetado la protección del interés del menor en la LT?. – V. En Conclusión. *Bibliografía*

I. Introducción

Los primeros casos de lo que hoy conocemos como transexualidad están descritos ya a mediados del siglo XIX, pero el interés médico y social sobre este tema comienza alrededor de la década 1920-1930, con las primeras cirugías de cambio o reasignación de sexo que se hacen más frecuentes

* Este trabajo se ha elaborado en el marco de las actuaciones del proyecto de investigación UCM, “Sujetos Protegidos y Contratación” (931499), dirigido por M^a. P. Represa Polo.

1 He optado por recoger en el título de este trabajo la denominación vulgar en España de Ley Trans, en lugar de su más correcta denominación de: Ley de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (publicada en el Boletín Oficial del Estado núm.51, de 1 de marzo de 2023, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2023-5366>. La razón de permitirme hacerlo así es que la propia ley utiliza el apócope trans por transexual o transexualidad (como se puede comprobar en su propio título) y, porque de otro modo, el título del trabajo tendría una extensión desmesurada.

a partir de los años 50, si bien en España se comienzan a realizar muchos años después, cuando este tipo de cirugías dejan de ser consideradas delito.

Ya en el art. 14 de la Constitución española de 1978 que, de forma genérica recoge la igualdad de los españoles ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por cualquier condición o circunstancia personal o social, entre esas circunstancias o condiciones que el precepto menciona a título ejemplificativo está el sexo.

En el Tratado de la Unión Europea (UE), el art. 2 hace una referencia general a los valores de la UE y entre ellos destaca el respeto a la dignidad humana, la libertad, la igualdad y respeto a los derechos humanos, incluidos los derechos de las minorías. Consecuentemente subraya el valor de la no discriminación y la tolerancia.

Asimismo, con una mayor concreción, el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (DOUE 30.3.2010), al señalar la prohibición de toda discriminación para las personas, menciona expresamente la que se lleve a efecto por razón de la orientación sexual.

La comunicación de la Comisión de 11.12.2020, recoge el amplio discurso de la presidenta de la UE sobre el estado de la Unión en 2020, dedicado a la “Igualdad de las personas LGTBIQ. Libertad para ser uno más en la UE”, en el que hace mención de otras actuaciones y documentos de la Unión en esa misma línea.

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha pronunciado en distintas ocasiones a favor de los derechos de las personas transexuales.

En los últimos años el colectivo español de personas trans y LGTBI ha sido muy activo a través de sus distintas asociaciones² para lograr una ley de ámbito nacional³ que amparara sus derechos y acabara con cualquier tipo de discriminación⁴. Ese movimiento reivindicativo ha sido muy importante en el logro de la promulgación en febrero de 2023 de la denominada “Ley trans”⁵ (LT). Ahora bien, otra cosa es que el texto de la

2 Por razón de su importancia y activismo conviene destacar entre otras, la Federación Estatal de Lesbianas, Gais, Trans, Bisexuales, Intersexuales y más.

3 Antes de la promulgación de esta nueva ley ya existían leyes sobre colectivos LGTBI en general y en particular sobre personas trans en 12 Comunidades Autónomas españolas. La primera fue Andalucía en 2014.

4 No ha sido hasta 2018 cuando la Organización Mundial de la Salud ha eliminado la transexualidad del elenco de trastornos mentales y del comportamiento y la ha situado entre las condiciones relativas a la salud sexual.

5 Sobre la tramitación de la Ley 2023 vid., S. Díaz. *El cambio de la mención registral de sexo de los menores en la ley Trans de 2023*. en “Revista de Derecho Privado”, enero-febrero 2024, pp. 3-9.

ley técnicamente deje bastante que desear, como se ha puesto de relieve en medios de comunicación social y en trabajos doctrinales⁶.

La característica esencial de esta nueva ley española que se irá examinando a lo largo de este trabajo es la absoluta facilidad para que cualquier persona⁷ pueda solicitar el cambio de sexo en el Registro Civil, prácticamente sin más requisito que manifestarse persona transexual. Eso ha determinado la aparición de cierto número de casos en los que pese a las manifestaciones de los sujetos de sentirse del sexo contrario al suyo biológico, se vea claramente que se trata de un fraude de ley⁸.

1. Terminología esencial y significado

Aunque actualmente la transexualidad y las personas transexuales son objeto de la atención social y de la de médicos, psicólogos, educadores y desde luego de los juristas, lo cierto es que es conveniente entrar en los términos que se utilizan en ese ámbito y su significado, lo que no siempre resulta algo sencillo. Son tantas las nomenclaturas usadas para determinadas realidades⁹ que terminan por no resultar útiles jurídicamente ya que el Derecho exige categorías claras.

6 Su problema esencial es que en muchos aspectos ha primado más la ideología subyacente que la buena técnica jurídica.

7 Al parecer es mayor el porcentaje de personas nacidas varones que modifican la mención registral de sexo para pasar a ser consideradas mujeres que al revés, sin que se haya determinado una razón para ello, aparte claro está de los intentos de fraude de ley que optan por el sexo femenino para beneficiarse de algunas ventajas e incentivos legales para la protección de las mujeres.

8 Desde la entrada en vigor de la Ley Trans los medios de comunicación social vienen dando noticia de algunos casos de este tipo verdaderamente bizarros. El último se trata, además de en otros periódicos, en un reportaje publicado en el diario “El mundo” (10.3.2024), con el título “El cabo Roberto y el agujero negro del cambio de sexo de 38 militares y policías en Ceuta y Melilla En él se relata que desde la entrada en vigor de ley, 38 funcionarios y militares nacidos varones destinados en ambas ciudades autónomas, han solicitado el cambio registral al sexo femenino, no han cambiado su nombre original por uno propio de mujer, no han modificado nada de su aspecto físico externo ni su estética (por ej. han mantenido sus barbas o bigotes), y mucho menos han iniciado ningún tipo de tratamiento hormonal. Asimismo, han seguido conviviendo con sus cónyuges todos ellos del sexo femenino. Parece que estos casos tan numerosos en un ámbito sociológico pequeño y en tan poco tiempo obedece a la obtención de una serie de ventajas que la legislación otorga a las mujeres, por ej. para obtener una pensión de jubilación algo más elevada o mayores facilidades para obtener un ascenso en el trabajo.

9 Una de las críticas que se hacen a la Ley Trans por algunos sectores es precisamente que las siglas LGTBI no incluyen a todos los colectivos que debería. Así,

Una cosa es la forma en que cada persona vive su sexualidad, o dicho de otra manera su orientación sexual¹⁰. Así una persona puede verse atraída por personas del sexo contrario, por personas de su mismo sexo, por unas y por otras o no sentir ningún tipo de atracción sexual. La orientación sexual de una persona es algo que pertenece al ámbito de su intimidad y de ese modo debe ser tratado eso sí, con la garantía de su libertad para tener una u otra y no ser discriminado ni legal ni socialmente por ello¹¹.

Independientemente de la pura orientación sexual de cada persona puede haber personas transexuales. La transexualidad se define comúnmente como un malestar intenso de la persona con su sexo biológico e identificación con el sexo contrario, lo que generalmente se acompaña de rechazo a las características anatómicas de su sexo biológico. Hasta hace poco tiempo es cierto que las personas transexuales se han visto marginados socialmente cuando no perseguidos¹².

Las personas transexuales generalmente desean acomodar sus características físicas al sexo sentido, y es habitual que lleven a cabo tratamientos hormonales para minimizar las características de su sexo biológico y potenciar las del sexo sentido¹³. Estos tratamientos también

por ej., A. Carrizo. *Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI: ¿El consentimiento debe estar siempre en el centro?*. en “Actualidad Civil”, n.7, julio 2023, sección Debate jurídico, p. 44.

- 10 Se define en el art. 3, h) de la Ley Trans.
- 11 Obviamente, salvo que dicha orientación pueda constituir un delito por causar daño a otras personas.
- 12 En la Recomendación CM/Rec. (2010) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género (adoptada el 31 de marzo de 2010), antes de entrar en las medidas específicas que recomienda a los E M, reconoce que: “Las personas lesbianas, gais, bisexuales y transexuales han sido objeto durante siglos, y lo siguen siendo, de homofobia, transfobia y otras formas de intolerancia y discriminación, incluso en el seno de su familia, tales como la criminalización, marginación, exclusión social y violencia, por motivos de orientación sexual e identidad de género y que se requieren medidas específicas para asegurar el pleno disfrute de los derechos humanos de dichas personas”.
- 13 En el momento de redactar estas líneas se ha publicado en la prensa española (diario ABC, 12.03.2024) la noticia de que el reino Unido ha vetado el uso de bloqueadores de la pubertad en niños trans, medida tomada después de la realización de una serie de estudios técnicos y una consulta pública sobre la cuestión. También muy recientemente, en EEUU ha saltado el escándalo por la filtración de archivos, correos y conversaciones internas intercambiados por una red de autoridad mundial en este campo, la WPATH (Asociación de Profesionales para la Salud Transgénero, fundada en 1979). Con ellos se han puesto de relieve los

suelen acompañarse de cirugías realizadas con ese mismo fin, que se conocen como “cirugías de reasignación de sexo”. Una persona transexual pese a los distintos tratamientos que puede realizarse en ningún caso va a tener biológicamente el sexo sentido.

En cambio, la intersexualidad hace referencia a una situación bien diferente, y bastante más inusual¹⁴. Se podrá definir la intersexualidad como la situación de una persona a la que no es posible adscribir al sexo femenino ni al masculino pues, o bien reúne caracteres biológicos propios de ambos, sin que se posible apreciar claramente la preponderancia de unos u otros, o bien carece de todo tipo de factores diferenciadores entre los dos sexos¹⁵. Es decir, no se trata de una persona no se sienta como perteneciente al sexo femenino o al masculino, sino que es su propia biología la que le hace que realmente no pertenezca a ninguno de los dos.

El género, en relación con la dualidad masculina y femenina no es algo que esté relacionado con la biología, ni siquiera con la transexualidad que se acaba de definir más arriba, sino con lo puramente cultural y sociológico. Esto es, lo que podríamos definir con el rol y las pautas de comportamiento que socialmente se atribuyen a los hombres y a las mujeres. El mayor porcentaje de personas se identifican con el género que corresponde a su sexo biológico, mientras que hay otras que se identifican con el género correspondiente al otro sexo, aunque es posible que estas personas (personas trans) simultáneamente rechacen su sexo biológico y eso les haga llevar a

temores e inseguridades de los facultativos de los efectos que a la larga puedan producir las cirugías y los bloqueadores puberales en los cuerpos de los menores trans que no saben bien a que se enfrentan.

- 14 Al parecer afecta a un porcentaje de la población mundial situado entre el 0'5% y el 1'7%
- 15 La sentencia del TEDH de 31 de enero 2023 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-222780>) resuelve la petición de un ciudadano francés que, aunque inscrito como varón, se encontraba en esa segunda situación y reclamaba la posibilidad de ser inscrito en el registro civil de su país como “neutro”. Presentó todo tipo de pruebas incontestables de la realidad de su falta de encaje en ninguno de los dos sexos admitidos y el sufrimiento que padecía al no poder presentarse socialmente como quien era. Finalmente, el tribunal entendió que aun reconociendo la veracidad de los motivos del reclamante no podía condenar a Francia a cambiar todo su sistema jurídico y social basado en la dualidad de sexos. Además, la Corte señala que aún no hay un consenso europeo sobre esta materia y solo cinco países miembros del Consejo de Europa admiten la posibilidad de una inscripción registral no binaria (Alemania, Austria, Islandia, Países Bajos y Malta). Con todo insta a las autoridades francesas a no ignorar *sine die* estas situaciones de discrepancia entre el sexo biológico y el sexo jurídico y subraya que otros países europeos ya están debatiendo esa cuestión.

cabo tratamientos que adecúen su cuerpo al propio del sexo deseado, no necesariamente debe ser así y que sencillamente sean personas transgénero que vivan conforme a las pautas del género deseado y no se sometan a tratamientos médicos que puedan afectar a las características físicas de su sexo biológico. A veces se emplea la palabra transexual como término común en el que pueden incluirse a las personas transgénero, cuando en realidad se trata de situaciones diferentes¹⁶.

También hay personas que se consideran de género fluido, esto es que su identidad de género es cambiante a lo largo del tiempo, o bien que no se incardinan en ningún género concreto, o que se sientan al mismo tiempo de ambos géneros. En resumen, que su identidad de género es fluctuante.

Sin ser de género fluido puede haber personas no binarias. Estas se definen como aquellas que no se perciben como pertenecientes al género masculino ni al femenino. Pueden identificarse con un tercer género disidente.

Pues bien, de lo que me voy a ocupar en este estudio es de la regulación de la LT española de 2023, para las personas transexuales menores de edad. Se trata de personas con un doble factor de vulnerabilidad¹⁷. De una parte, por su propia condición de personas que como menores no han completado su desarrollo físico, psíquico y emocional y de otra, por su condición de personas trans. Esto obliga a un especial cuidado del legislador, pues sin merma de sus derechos, está obligado a brindarles la protección que necesitan. El examen de la nueva LT española tratará de determinar si en su regulación en relación con los menores se ha respetado absolutamente ese difícil equilibrio. Para ello, en primer lugar, se trazará el marco en el que se inserta esta ley y que es su concepción de la transexualidad y luego se tratará el procedimiento para modificar la mención de sexo en el registro y las personas que están legalmente legitimadas para solicitarla

2. El concepto de transexual en la LT española de 2023

- 16 Tanto así, que en el interesantísimo trabajo, por los conocimientos teóricos y prácticos de su autor experto en psicología sobre la transexualidad en niños y adolescentes, F. López. *Disforia de género en la infancia y en la adolescencia*. ADOLESCERE. en “Revista de Formación Continuada de la Sociedad Española de Medicina de la Adolescencia”, vol. VI, mayo 2018, n. 2, p.16, entre los que denomina problemas sin resolver, ante la diversidad de casos de transexualidad que puede hacer difícil hacer diagnósticos precisos y proponer protocolos de intervención, se hace la pregunta, ¿qué tienen que ver los que necesitan cambiar su anatomía sexual con quienes solo sienten malestar con la “construcción social” del llamado género?
- 17 Incluso se podría hablar de un triple factor de vulnerabilidad si además de ser menor transexual se tratase de una persona en situación de discapacidad.

La nueva Ley¹⁸ define la persona trans en su art. 3, k) como “Persona cuya identidad sexual no se corresponde con el sexo asignado al nacer”. El concepto de identidad sexual está contenido en el mismo art. 3, apartado i): “Vivencia interna e individual del sexo tal y como cada persona la siente y autodefine, pudiendo o no corresponder con el sexo asignado al nacer”.

Así pues, para la ley española la transexualidad nace del convencimiento y voluntad de la propia persona, sin necesidad de ningún otro requisito o circunstancia. Coherentemente con este concepto una persona transexual puede dejar de serlo en cualquier momento de su vida y volver a serlo posteriormente, puesto que ese convencimiento y voluntad personales lógicamente pueden variar a lo largo de la vida de las personas.

La nueva ley no entra en los tratamientos estéticos, hormonales o quirúrgicos a los que puede someterse una persona trans para lograr las características físicas del sexo deseado y por tanto no voy a hacer referencia a nada relacionado con ellos, sino única y exclusivamente con los dos aspectos jurídicos esenciales contemplados en ella, el cambio de la mención registral de sexo y el cambio de nombre.

II. *El cambio de la mención de sexo que aparece en el Registro civil*

Una de las cuestiones que interesa a una persona trans para poder hacer su vida diaria con toda normalidad es que el sexo con el que fue inscrito en el momento de su nacimiento, que es el que aparece en toda su documentación en un sistema jurídico basado en la dualidad hombre-mujer, se cambie por el sexo deseado. Por ello ya la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, derogada por la actual LT, reconoció a las personas transexuales mayores de edad y de nacionalidad española la posibilidad de modificar la asignación registral de su sexo, sin necesidad de someterse a un procedimiento quirúrgico de reasignación de sexo y sin procedimiento judicial previo, aunque manteniendo la necesidad de disponer de un diagnóstico de disforia de género emitido por un médico o un psicólogo

18 La instrucción de 26 de mayo 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP), relativa a la rectificación de la mención relativa al sexo en el Registro, publicada en el BOE de 3.6.2023, aclara algunos extremos de la Ley.

clínico¹⁹. Ahora la nueva LT establece un procedimiento especialmente rápido y sencillo que a continuación trataré de sintetizar²⁰.

1. Procedimiento para la modificación registral

Para iniciarlo basta con que los legitimados presenten la solicitud²¹ de cambio ante la persona encargada de cualquier Oficina del Registro Civil²² y, manifiesten su disconformidad con el sexo mencionado en su partida de nacimiento. No se le pide ningún tipo de requisito más²³.

Específicamente se dispone en el art. 44, 3 LT que, en ningún caso, el ejercicio del derecho al cambio registral podrá estar condicionado a la previa exhibición de cualquier informe médico o psicológico, relativo a la disconformidad con el sexo mencionado en la inscripción de nacimiento, ni

19 Para constatar la magnitud de los cambios efectuados por la ley Trans es útil ver las exigencias de lo que debía acreditarse por el solicitante, conforme al art. 4 de la derogada ley de 2007 para acordar la rectificación:

a) El previo diagnóstico de disforia de género realizado por un médico o psicólogo clínico que deberá hacer referencia a: “1. A la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia. 2. A la ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de la disonancia reseñada en el punto anterior”.

b) Que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. La acreditación del cumplimiento de este requisito se efectuará mediante informe del médico colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento o, en su defecto, mediante informe de un médico forense especializado.

Se excluye la necesidad de que dicho tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual. Los tratamientos médicos a los que se refiere la letra b) del apartado anterior no serán un requisito necesario para la concesión de la rectificación registral cuando concurren razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia”.

20 Art 44 de la nueva Ley y disposiciones de la ley de Registro Civil.

21 La solicitud puede presentarse presencialmente pero también enviarse por correo certificado.

22 No es necesario que sea la correspondiente al domicilio del interesado.

23 La instrucción de la DGSJFP de 26 de mayo 2023 menciona la documentación que para la solicitud de rectificación ha de aportarse: Escrito de solicitud que deberá incluir, en su caso, la elección del nuevo nombre, además de los datos de identidad. Certificación literal de la inscripción de nacimiento. Documento Nacional de Identidad (DNI). Y, en el caso de menores de entre 12 y 14 años, testimonio de la resolución judicial autorizando el cambio de la mención registral del sexo.

a la previa modificación de la apariencia o función corporal de la persona, a través de procedimientos médicos, quirúrgicos o, de otra índole.

Esta ausencia, tan remarcada por la propia ley, de cualquier informe técnico, que pueda apoyar una solicitud, tan trascendente en la vida de una persona²⁴, parece fundamentarse en la llamada “despatologización” del hecho de que una persona sea transexual, es decir de acabar con la consideración de que una persona transexual sufre algún tipo de enfermedad o trastorno psicológico. En realidad la exigencia del informe de un psicólogo clínico o de un médico no tiene por qué presuponer o significar que una persona padece una enfermedad, sino que en el caso no existe una enfermedad o disfunción que, sin serlo, pueda influir en declarar como algo real y estable dicha disforia de género, y tratar así de evitar las consecuencias negativas para la salud física y mental del sujeto, que pueden producirse cuando se declara transexual, y en realidad sufre un error en esa percepción por la causa que sea. No hay que olvidar que, aunque no se pueda calificar como enfermedad, si se quieren acomodar algunas de las características físicas del sujeto al sexo deseado, aunque no se someta a intervenciones quirúrgicas, deberá estar hormonándose toda su vida, lo que es indudable que afectará a su salud.

Se prevén dos comparecencias de la persona legitimada ante el encargado del registro, sin que se haya fijado plazo máximo desde la entrega o envío de la solicitud a la celebración de la primera.

En esta comparecencia inicial, que se celebrará en un entorno de intimidad para la persona solicitante²⁵, especialmente cuando se trate de menores de edad, el encargado recogerá la manifestación de disconformidad con el sexo que figura en su inscripción de nacimiento y su solicitud de que, por tanto, se proceda a la correspondiente rectificación. Asimismo, elegirá un nuevo nombre acorde con el cambio, salvo que quiera conservar el que ostente y ello sea conforme a la normativa sobre elección del nombre propio²⁶.

En esta comparecencia, según se desprende de la instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (FGSJFP) de 26 de mayo 2023, el encargado del Registro podrá hacer algunas preguntas al solicitante. Literalmente se dice: “Las preguntas se plantearán dirigiéndose a la persona declarante con el nombre que esta haya solicitado y se limitarán a las cuestiones necesarias para verificar su voluntad de modificar

24 Así la considera la propia Ley trans en su Exposición de Motivos o Preámbulo

25 Tal como indica la instrucción de 26 de mayo de 2023, de la DGSJFP.

26 Todo lo referente al nombre propio se tratará algo más adelante en un apartado específico.

la mención registral relativa al sexo”. Resulta curiosa esta mención a unas preguntas que el encargado del Registro pueda hacer al solicitante del cambio, cuando en el art. 44 de la Ley Trans no se prevé nada al respecto²⁷, y la concepción de la transexualidad de esta ley está basada solamente en la autopercepción de la persona que realiza la solicitud. ¿Qué sentido tiene que una mera instrucción pida informaciones que la LT no contempla?

Así mismo, informará al solicitante de las consecuencias jurídicas de la rectificación registral pretendida, incluido el régimen para revertir, en su caso, el cambio solicitado. También le informará de las medidas de asistencia e información que estén su disposición a lo largo del procedimiento en cualquier ámbito, incluyendo medidas de protección contra la discriminación, promoción del respeto y fomento de la igualdad de trato para los transexuales. Igualmente, pondrá en conocimiento del solicitante la existencia de entidades de protección de los derechos trans²⁸ a las que puede acudir. Como se puede ver realmente es mucha la información que se le ha de facilitar²⁹. Ya con esa información el solicitante suscribirá su conformidad reiterando su petición de rectificación registral.

Aun no dicho en la ley, es obvio, que el solicitante también pueda desistir en ese momento de efectuar el cambio, y en tal caso el expediente se cerraría.

Si persiste en su solicitud³⁰, en un plazo máximo de tres meses desde la primera comparecencia, el encargado del Registro le citará para una segunda comparecencia de aseveración de su solicitud. Si lo hace así, después de “comprobar la documentación”, se dictará resolución³¹ dentro del plazo máximo de un mes a contar desde la fecha de esta segunda comparecencia.

27 Esto parece que tiene más sentido si pensamos en el procedimiento para el cambio solicitado por los menores mayores de 12 años y menores de 14, pero el art. 26 *quater* de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, que regula este procedimiento especial tampoco menciona nada al respecto.

28 En España hay muchas, entre ellas “Transexualia”, “Euforia” y específicamente para menores trans también hay varias, por ej., “Chrysallis” que nace a nivel estatal el 1 de julio de 2013.

29 Por ello en la instrucción 26 mayo 2023 se hace referencia a un díptico remitido a todas las oficinas del Registro Civil en el que se resumen las consecuencias jurídicas del cambio en la mención de sexo.

30 R. Barber. *Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI: ¿El consentimiento debe estar siempre en el centro.* en “Actualidad Civil”, n. 7, julio 2023, sección Debate jurídico., p.5, destaca que la persistencia que menciona el art. 44 de la Ley trans se fija en la ratificación transcurridos tres meses desde la solicitud.

31 La resolución será recurrible en los términos previstos en la normativa reguladora del Registro Civil, mediante la interposición de recurso de alzada ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

La repetida instrucción de 26 mayo 2023 determina finalmente que, “Dentro de los estrictos términos de la LT, el encargado del Registro velará porque no se produzca fraude de ley o abuso de derecho”³².

2. Personas que pueden hacer la solicitud del cambio de mención registral de sexo. Los menores de edad.

Conforme a la derogada ley 3/2007, art.1,1, dicha solicitud, con los requisitos que ya he mencionado antes, solamente podían hacerla las personas mayores de edad. Estando en vigor esa ley de 2007 llega hasta el Tribunal Supremo (TS) un recurso de casación interpuesto por los padres de un menor de edad español como representantes legales de éste³³, que había reclamado la posibilidad de solicitar el cambio en su mención registral de sexo por vía judicial ya que en la ley vigente entonces no se legitimaba a los menores de edad para hacerlo con un mero procedimiento registral. El Tribunal Supremo a la vista de los argumentos manejados por el demandante³⁴ que cumplía todos los demás requisitos exigidos por el art. 4 para solicitar el cambio, plantea una cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional para que determine si la limitación de la mayoría de edad contenida en el art. 1.1 de la ley 3/2007, es o no conforme con la Constitución española.

El Tribunal constitucional (TC) resuelve la cuestión en su sentencia plenaria 99/2019 de 18 de julio de 2019³⁵ y declara que el art. 1º, 1 de la Ley 3/2007 es contrario a la Constitución española por no permitir al aún

32 Si efectivamente se respetan los estrictos términos de la LT no es fácil impedir el fraude o abuso. Si se es transexual por la simple declaración de sentirse de ese modo, sin ninguna exigencia objetiva de la realidad de esa situación, pudiendo mantener toda la apariencia de su sexo físico, y conservando su nombre original que es propio de ese sexo físico, ni tan siquiera de probar una cierta estabilidad en esa situación, aunque el cambio proporcione al sujeto ciertas ventajas, ¿Quién podría asegurar que la persona, pese a todo ello se siente como perteneciente a un sexo físico que no es el suyo?

33 En las sentencias del juzgado de primera instancia y de la audiencia se denegaba la petición por su condición de menor.

34 Éste alegaba que la exclusión de los menores de edad restringe injustificadamente derechos fundamentales como lo son el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad (arts. 10 y 18,1 CE).

35 Esta sentencia fue objeto de diferentes comentarios, entre ellos, R. Bercovitz. *Transexualidad y menor de edad. Comentario a la STC 99/2019 de pleno de 18 de julio 2019*. en “Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil”, núm.112, 2020, pp. 307-344. Y. Bustos. *La legitimación de los menores de edad a los efectos del reconocimiento legal de su identidad de género. Estado de la cuestión tras la sen-*

menor de edad, aunque tenga suficiente madurez y se encuentre en situación estable de transexualidad rectificar la mención de sexo en el Registro Civil. Consecuentemente con esa decisión del TC que solamente se pronuncia en relación con la exigencia de la mayoría de edad y no con respecto al resto de requisitos que exigía para el cambio el art. 4 de la Ley 3/2007, el TS en su sentencia plenaria 685/2019, de 17 de diciembre de 2019, permite al menor demandante³⁶ obtener el cambio de sexo en el Registro Civil.

La nueva LT admite la legitimación de menores de edad. En su art.43 se ocupa de ese tema.

A partir de los 16 años el menor puede solicitar el cambio por sí mismo, en idénticas condiciones de procedimiento que un mayor de edad la rectificación de la mención registral relativa al sexo, y sin que se le exija ningún requisito específico por razón de su minoridad.

Los menores mayores de 14 años y menores de 16 pueden solicitar la rectificación por sí mismas, pero han de estar asistidas en el procedimiento por sus representantes legales (progenitores o tutores). El procedimiento no varía.

Ahora bien, lo que si se prevé es que, si hubiera un desacuerdo de los representantes legales entre sí o con el menor de edad respecto de dicha solicitud, se nombrará un defensor judicial conforme a lo previsto en el art. 235 del Código Civil y este será el que asista al menor en el procedimiento de rectificación.

Por último, los mayores de 12 años³⁷ y hasta los 14 aunque también asistidos por sus representantes legales pueden solicitar la rectificación del registro civil, pero precisan de una autorización judicial para que se pueda hacer efectiva. Ese nuevo procedimiento específico para el caso se ha incluido en la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015³⁸. También es un procedimiento sencillo, pero ya no es un mero procedimiento registral como en ellos supuestos anteriores, sino que precisará de la intervención del juez.

tencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio de 2019. en “Derecho privado y Constitución”, núm.36, 2020, pp.79-130.

36 Menor que en el momento de la sentencia ya estaba muy cerca de alcanzar la mayoría de edad.

37 En opinión de algunos como B. Rodríguez. *Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y paa la garantía de los derechos de las personas LGTBI: ¿El consentimiento debe estar siempre en el centro?.* en “Actualidad Civil”, n. 7, julio 2023, sección Debate jurídico, p.27, la ley debería haber permitido la petición de rectificación de la mención de sexo desde edades bastante más tempranas que los 12 años.

38 Dicho procedimiento está regulado en los nuevos arts. 26 *bis*, *ter*, *quater* y *quinqües* de la LJV.

También en este supuesto existe la misma previsión de nombramiento de un defensor judicial cuando haya desacuerdo entre los representantes legales del menor o de éstos con él.

3. Especialidades del procedimiento cuando se trata de un menor de catorce años y mayor de doce.

Como adelanté ya en el apartado anterior, la LT ha incluido en la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015 un nuevo procedimiento para el caso de que el solicitante del cambio en el registro sea un menor que haya cumplido los doce años de edad y, aún no haya llegado a los catorce. Lo más importante es la necesidad de que intervenga el juez.

El procedimiento se iniciará en el juzgado de primera instancia del domicilio del menor y si no lo tuviera dentro del territorio nacional, en el de su residencia en este. Al igual que en el supuesto de los demás menores que no hayan cumplido los 16 años, el expediente lo promueven los propios menores asistidos por sus representantes legales. En los casos de desacuerdo con ellos o entre sí, al igual que para los menores entre 14 y 16 años, se nombrará un defensor judicial.

Como en todos los demás supuestos el menor no precisará de abogado ni de procurador.

En este procedimiento³⁹ se pide que la solicitud deberá venir acompañada de cualesquiera medios documentales o testificales acreditativos de que la persona que insta el expediente (el menor que no ha llegado a los 14 años) ha mantenido de forma estable la disconformidad con el sexo recogido en el Registro. Sin que se aporte mayor concreción sobre cuáles pueden ser esos medios de prueba. El Juez, además, de citar al menor para que comparezca, “en su caso, [podrá hacer lo mismo con] sus representantes legales, a las demás personas que estime oportuno, así como al Ministerio Fiscal”. Esto es, conforme a la literalidad del precepto será el juez quien decida en cada caso si cita o no a algunas, o a todas esas personas.

En cuanto a los testigos se aclara que serán idóneas para serlo todas las personas mayores de edad, aun cuando estén ligadas a la persona solicitante por parentesco, por consanguinidad o afinidad en cualquier grado, vínculos de adopción, tutela o análogos, o relación de amistad. Dicho de otra forma, cualquier persona mayor de edad.

³⁹ La mayor parte de las especialidades del procedimiento están recogidas en el art. 26 *quater* y *quinquies* de la LJV.

Asimismo, “el Juez podrá solicitar la práctica de las pruebas que considere necesarias para acreditar la madurez necesaria del menor y la estabilidad de su voluntad de rectificar la mención a su sexo, tendrá en consideración en todo momento el interés superior de la persona menor de edad”.

Aquí será el Juez y no el encargado del Registro, quien le deberá facilitar la información sobre las consecuencias jurídicas de la rectificación solicitada y toda la información complementaria que proceda, en un lenguaje claro, accesible y adaptado a sus necesidades.

Finalmente, una vez oído el menor, el Juez resolverá sobre la concesión o denegación de la aprobación judicial, considerando en todo caso el interés superior del menor de edad y previa comprobación de su voluntad estable de modificar la inscripción registral y de su madurez suficiente para comprender y evaluar de forma razonable e independiente las consecuencias de su decisión”. Se me hace difícil que un menor que ni siquiera ha cumplido 14 años tenga una verdadera voluntad estable y la madurez suficiente para comprender correctamente las consecuencias de su decisión. De hecho, en otros casos nuestro Código no considera que un menor que no ha cumplido 14 años tenga la competencia suficiente para actuar en temas que afectan a su estado civil. Así para que un hijo cuando ha nacido en un territorio diferente del de la vecindad de sus padres pueda optar por alguna de esas vecindades se le exige que tenga 14 años, lo mismo se exige para la opción a la nacionalidad española (arts. 14, 3, párrafo cuarto y 20,2, b CC).

El testimonio de dicha resolución se remitirá al Registro Civil competente para proceder, en su caso, a la inscripción de la rectificación aprobada judicialmente.

4. La posibilidad de reversión del cambio en la mención de sexo en el registro

Pese al argumento que se ha manejado en ocasiones de que “la transexualidad es una condición innata e irreversible de la persona, que no es elegida por ella, y que por tanto no requiere capacidad o madurez de discernimiento para su determinación”⁴⁰, el legislador ha tenido clara la necesidad de permitir la reversibilidad y no podía hacerlo de otra manera si recordamos que, conforme a la LT la transexualidad es una vivencia

40 Por ej., así lo mantenían los padres del menor ante el TC como argumento para apoyar la inconstitucionalidad de la prohibición de que los menores transexuales pudieran solicitar la modificación de la mención registral de sexo.

interna de la persona, un modo de sentirse. Las vivencias internas y el modo interno de sentirse son circunstancias que evidentemente pueden variar a lo largo de la vida de las personas.

El art. 47 de la LT establece la facultad de las personas que hayan solicitado la rectificación de la mención registral de sexo de revertir dicho cambio. Es especialmente sencillo llevar a cabo esta reversión la primera vez. Para ello basta con que hayan transcurrido seis meses desde la inscripción en el Registro Civil de la rectificación de la mención de sexo. El procedimiento a seguir es el mismo que para la rectificación inicial, simplemente la solicitud de revertirla sin necesidad de más documentos o informes justificativos en la primera comparecencia y su ratificación en la siguiente. No se establece un límite numérico de las veces en las que puede revertir la rectificación. Ahora bien, la segunda u otras ulteriores deberán hacerse con el mismo procedimiento que la LJV dispone para cuando la rectificación la solicita un mayor de doce años y menor de catorce, cuya característica más importante es la necesidad de que el cambio lo autorice el Juez.

Esta facilidad de revertir la modificación tal como la configura la ley⁴¹, frivoliza el cambio en el Registro y choca directamente con el principio de seguridad jurídica que es una de las funciones del Registro Civil respecto de los datos de las personas que se inscriben. Para garantizar la veracidad de los datos a inscribir como regla se exige documentación y la modificación de los datos registrados como regla se produce solamente cuando se ha producido algún error. Lo referente a la modificación de la mención registral de sexo como la reversión de dicha modificación desde la LT (disposición final 11.6), que en este punto ha modificado la Ley de Registro Civil de 2011⁴² (art.91,2) constituye la excepción.

Si esta laxitud legal en cuanto a la posibilidad de revertir es discutible respecto de las personas mayores de edad lo es en mayor medida cuando afecta a menores de edad, sujetos

III. *El nombre propio, imposición y cambio*

En todo lo relativo al nombre han de examinarse conjuntamente las disposiciones que tocan dicha materia en la Ley de Registro Civil (LRC) de 2011 y en la propia LT.

41 Es razonable que se pueda revertir la modificación realizada pero no lo es hacerla tan sencilla.

42 Desde ahora LRC.

1. Reglas generales

El art. 51 de la LRC, comienza con el establecimiento del principio de la libertad en la elección del nombre propio, aunque con alguna limitación para preservar la dignidad de las personas⁴³ y que cumpla su objetivo de identificación de las personas, sin hacer esta confusa. Para evitar este problema se limitan el número de nombres que se pueden imponer a una persona y se añade la prohibición general de imponer nombres que hagan confusa la identificación, junto a un supuesto concreto, la prohibición expresa de imponer al nacido el mismo nombre de alguno de sus hermanos vivos que tengan los mismos apellidos que él.

Ciertamente, otro de los supuestos en que la identificación pueda ser confusa se puede producir cuando el nombre impuesto al nacido no se corresponde con su sexo, pero el nuevo texto del art.51, 2º, *in fine* LRC añadido por la Ley Trans, dice ahora expresamente: “A efectos de determinar si la identificación resulta confusa no se otorgará relevancia a la correspondencia del nombre con el sexo o la identidad sexual de la persona”. Esta nueva regla debe ser puesta en relación con lo establecido en el art. 44, núm.4, segundo párrafo de la Ley Trans que dispone que en la primera comparecencia del solicitante de la modificación de la mención registral de sexo: “se deberá incluir la elección de un nuevo nombre propio, salvo cuando la persona quiera conservar el que ostente y ello sea conforme a los principios de libre elección del nombre propio previstos en la normativa reguladora del Registro Civil”.

Conforme a la conjunción de ambas normas nos encontramos con que cualquier persona adulta tanto con disforia de género como sin ella, puede optar por un nombre que no se corresponda con su sexo, ya sea este sexo biológico o sexo sentido o deseado, puesto que el añadido al texto del art. 51 LRC no dice nada de que esa falta de coincidencia nombre-sexo solo es admisible con respecto a las personas con disforia de género⁴⁴. No puede sino entenderse que el legislador español ha sido muy descuidado con la redacción de este apartado 2º del art. 51 LRC, pues la excepción para la falta de concordancia del nombre con el sexo biológico de la persona solo tiene sentido en los casos de personas transexuales. De acuerdo con la actual redacción de dicho artículo y apartado, sería perfectamente posible que a cualquier persona se le puede imponer un nombre que se considere propio

43 Así, por ej., se considera contrario a la dignidad de las personas imponerles como nombre una palabra malsonante.

44 Esto debió reflejarse con claridad en el texto del precepto.

un sexo distinto al suyo biológico. Así a quien nace siendo varón se le puede imponer un nombre típicamente femenino sin que ello se considere que hace confusa su identificación, como por ej. llamarle Margarita o Rosa.

2. Cambio de nombre para los menores

También para comprender la regulación para el cambio de nombre propio hay que atender a la LRC y a la LT.

Actualmente, por un lado, conforme a la regla general del art 52 de la LRC 2011, “El Encargado del Registro Civil, mediante procedimiento registral, podrá autorizar el cambio de nombre previa declaración del interesado⁴⁵, que deberá probar el uso habitual del nuevo nombre, y siempre que concurren las demás circunstancias exigidas en la legislación del Registro Civil”. En el art. 91 LRC se concretan los supuestos en los que excepcionalmente es posible rectificar los asientos registrales por un procedimiento registral, sin necesidad de pronunciamiento judicial. Además de los tradicionales supuestos de errores, la LT ha añadido ahora un nuevo caso excepcional ya que no se trata de corrección de errores: “2. Las menciones registrales relativas al nombre y sexo de las personas cuando se cumplan los requisitos de la Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, se rectificarán mediante el procedimiento registral previsto en dicha norma. En tales casos, la inscripción tendrá eficacia constitutiva”. Esta es una regla general para las personas trans.

Por otro lado, el art. 48 de la LT trata específicamente del cambio de nombre de los menores trans⁴⁶ y dispone que, “Las personas trans menores de edad, hayan iniciado o no el procedimiento de rectificación de la mención relativa al sexo, tienen derecho a obtener la inscripción registral de cambio de nombre por razones de identidad sexual, cumpliendo con los requisitos establecidos en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil”.

45 Como dispone el art. 57,3 LRC ese cambio, como el de apellidos, lo podrán solicitar por sí mismos los mayores de 16 años, por debajo de esa edad tendrán que hacerlo sus representantes legales.

46 S. Hidalgo. ob. cit., p.86, se pregunta si al referirse el art. 48 de la Ley Trans únicamente a los menores ello significa que “no puede hacer lo propio un mayor de edad” y concluye que sí. Tiene pleno sentido que sea solamente para los menores, pues para los mayores la legitimación es automática y al tratarse el cambio del sexo registral de un procedimiento tan sencillo que se sustancia en poco tiempo, prácticamente con la sola exigencia de la solicitud del interesado no hay razón para buscar un procedimiento especial para el cambio de nombre.

En puridad no hay una interpretación segura de ese texto ambiguo, pues tanto podría significar que pueden cambiar el nombre, aunque no hayan iniciado el procedimiento de rectificación, pero solo cuando tengan la edad mínima para iniciarlo; 12 años. O bien, que lo que se establece en la norma es la posibilidad de cualquier menor, incluso que no haya cumplido 12 años, para que, aunque todavía no puedan solicitar la modificación de la mención relativa al sexo, sí que podrán instar el cambio de nombre.

La instrucción de la DGSJFP de 26 de mayo 2023, ya mencionada, fija la interpretación más adecuada para ese artículo. Lo hace partiendo de la “existencia de menores de doce años que sienten con claridad una identidad sexual propia diferente de la asignada en el momento del nacimiento, y que la demora en la adopción de medidas en esos casos puede tener un efecto perjudicial en su desarrollo personal”. A ello suma la protección del interés del menor y su manifestación en atender la satisfacción de sus necesidades emocionales y afectivas. Como consecuencia insta a flexibilizar la interpretación de este último apartado del art. 48 de la Ley Trans permitiendo, el cambio a los menores trans, incluso aunque no hayan cumplido los 12 años, sin necesidad de cumplir con el requisito de acreditar el uso previo del nombre solicitado.

IV. Las cuestiones que plantea esta regulación respecto de la protección del menor

1. La protección del menor en general.

Aunque en el Preámbulo de la nueva LT se afirma: “El fundamento en la nueva ley, del derecho al cambio registral de la mención al sexo, se basa en el principio de libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la C.E.) y, constituye igualmente una proyección del derecho fundamental a la intimidad personal consagrado en artículo 18.1 de la Constitución”, no se menciona en particular a los menores trans, fuera de apuntar que, “el establecer la propia identidad, no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido de que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad”.

España como la inmensa mayoría de los países, ratificó la Convención de Derechos del Niño de 1989. En ella, hay una idea fundamental recogida en su preámbulo y reflejada en la mayor parte de su articulado, que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales. Se deja muy claro que el menor al no haber alcanzado su pleno desarrollo es un sujeto vulnerable

y por ello necesitado de protección. Asimismo, se aboga por reconocer al menor no ya la titularidad de los derechos fundamentales sino su derecho a ejercitarlos por sí mismo paulatinamente conforme a su nivel de desarrollo.

A partir del art. 12 de la Convención y hasta el 18 se desganan una serie de derechos fundamentales del menor y después, las medidas que deberán adoptar los Estados que se hayan adherido a este instrumento internacional para lograr ese desarrollo, para que el menor pueda ser autosuficiente, siempre en un ámbito de protección garantizada. Asimismo, se menciona el interés superior del menor, pero sin aportar una definición. Por el contexto en el que se menciona parece que la primacía de ese interés se predica respecto de las relaciones familiares⁴⁷, sin que se haga una referencia universal como si hace el ordenamiento español. El interés del menor parece que ha de entenderse tomando en consideración las circunstancias particulares del mismo.

La adecuación del ordenamiento jurídico español a la Convención de Derechos del niño se lleva a cabo con la L.O. 1/1996, de 15 de enero⁴⁸, por lo que se puede decir que esta ley es el texto fundamental para entender la posición de los menores en nuestro sistema jurídico.

En su art. 2º,1 se habla del interés superior del menor y se dice: “Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor”.

Para la determinación de cuál sea el interés superior del menor en cada caso, la L.O. 1/1996 en su extensísimo mencionado art. 2, 2, b, establece la aplicación de una serie de criterios generales a matizar con un conjunto de elementos de ponderación. Por lo que aquí nos interesa respecto del cambio de la mención registral de sexo, hay que enumerar como criterios generales, “La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior”. Y también el apartado 2, d) del mismo artículo: “La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación

47 Artículo 18,1 de la Convención. “Los Estados parte, pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”.

48 Las Leyes Orgánicas 8/2015, de 22 de julio de 2015 y 26/2015, de 28 de julio, ambas de modificación del sistema de protección de infancia y adolescencia modificaron algunos extremos de la L.O. 1/1996, tal como dicen sus Preámbulos, en aras del tiempo transcurrido desde la aprobación de esta última ley y la necesidad de adecuación a los tiempos actuales.

e identidad sexual, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquier otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad”. En el primer criterio se menciona expresamente la edad, madurez, desarrollo, y evolución personal del menor.

Entre los elementos generales para la ponderación de los criterios (art.2º,3) el primero insiste en la edad y madurez del menor, en el segundo se destaca su “especial vulnerabilidad”.

Me parece destacable dentro de los elementos de ponderación de los criterios generales, la mención que hace el aptdo.3, d) del art. 2 de la L.O. 1/1996, de “La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro”, y es que la estabilidad es claramente, más que un beneficio, una necesidad para el mejor desarrollo de los menores.

Todos los elementos enumerados en el repetido precepto, se dice (art.2º, 3.aptdo. f) que, “deberán ser valorados conjuntamente conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara”.

Finalmente, el número 5 del mismo art. 2º, establece en sus diferentes apartados que: “Toda resolución de cualquier orden jurisdiccional y toda medida en el interés superior de la persona menor de edad deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular menciona el derecho del menor a ser informado, oído y escuchado⁴⁹, y a participar en el proceso de acuerdo con las normas, a la intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos, e incluso en las decisiones relevantes que afecten al menor, se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados, a la participación de los representantes legales del menor o de un defensor judicial si existe conflicto de intereses⁵⁰ o discrepancias con ellos, y del Ministerio Fiscal en el proceso de defensa de sus intereses.

En el Código civil, la regla clave para tratar de delimitar el ámbito de actuación de los hijos menores en la esfera no patrimonial es el art.

49 Expresión reiterativa que gramaticalmente no tiene ningún sentido, pero que aquí se emplea para recalcar la atención con la que han de atenderse las manifestaciones del niño.

50 El propio apartado c) “in fine” señala que se presumirá que existe un conflicto de intereses cuando la opinión de la persona menor de edad sea contraria a la medida que se adopte sobre ella o suponga una restricción de sus derechos”

162 CC. En él, dentro de las excepciones a la representación legal de los hijos menores sometidos a patria potestad⁵¹, se incluyen en su apartado 1º, primer párrafo: “Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo”. La regla se completa con un segundo párrafo: “No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia”⁵².

No se trata de un artículo muy claro, y parece aconsejable interpretarlo con ayuda del art. 2,1 LO 1/1996, y así entender que el menor tiene una capacidad de obrar general adaptada a su capacidad general y graduable en función de su edad y madurez⁵³.

Ya no se discute por la doctrina que el menor tiene un ámbito propio de capacidad de obrar, pero lo mismo sucede, como no podía ser de otro modo, con la afirmación de que no tiene la misma que un mayor de edad y que la suya propia es una capacidad restringida por varias razones: 1º falta de conocimiento natural, que irá creciendo con el desarrollo del menor. 2º falta de independencia, ya que, si hablamos de menores no emancipados, necesariamente estarán sujetos a la patria potestad o a la tutela y, 3º, en base a las razones anteriores, por tener la condición de sujeto protegido por la ley. Eso conlleva que se excluyan de su capacidad los actos que puedan serle perjudiciales o que exigen plena responsabilidad⁵⁴.

Como se ha dicho, “en caso de falta de precepto expreso en la ley, el negar o conceder al menor, capacidad para realizar determinados actos, es cosa que se ha de realizar, no mecánicamente, sino viendo si, a tenor de los principios en que se inspiran los casos regulados, el que no lo está cae

51 Para los sometidos a tutela, se excluyen de la representación del tutor, los actos que el menor pueda realizar por sí solo o para los que únicamente precise asistencia (art.225 CC).

52 Este segundo párrafo se ha redactado por la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, que toma en consideración los 20 años transcurridos desde la aprobación de la LO 1/1996 y los cambios sociales acaecidos que inciden en la situación de los menores y demandan una mejora de los instrumentos para su protección jurídica tal como señala en su preámbulo.

53 H. Díez. *Comentario al art. 162 CC. Comentarios al Código Civil*. T.II, dirigidos por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo blanch, Valencia 2013, p. 1661.

54 En este sentido se han pronunciado bastantes autores. Inicialmente F. De Castro-*Derecho Civil de España*. T.II, vol.1º, Thomson-Civitas (reimpresión), Madrid 2008, pp. 174 y ss. Después otros muchos más, por todos: F. Jordano. *La capacidad general del menor*. RDP, 1984, pp. 883 y ss, M. Albaladejo. *Derecho Civil I. Introducción y parte general*. 19ª ed. revisada y puesta al día por S. Díaz Edisofer, Madrid 2013, pp. 170-171.

dentro o fuera del sector de capacidad reconocida (bien como normal, bien como excepcional) al menor”⁵⁵.

De todo lo recogido en el apartado anterior del contenido de la LO 1/1996, de 15 de enero, se sigue que aun reconociendo plenamente “la titularidad de derechos de los menores de edad y una capacidad progresiva para ejercerlos”⁵⁶, esta ley deja bien clara su vulnerabilidad y necesidad de protección, así como la precisión de tomar en cuenta su edad y madurez, y la previsión de diferentes tipos de cautelas para contrarrestar dicha vulnerabilidad⁵⁷. La principal y universal es que, en todo caso, el principio esencial que ha de servir de guía es el del “interés superior del menor”.

Con todo, es muy cierto que hoy en día, al menor de edad se le viene reconociendo cada vez más un mayor ámbito de autonomía por lo que se puede afirmar que cada vez son más numerosas las excepciones a la regla general que vincula la plena capacidad de obrar a la mayoría de edad⁵⁸.

2. Reflexiones sobre el interés superior del menor⁵⁹

Aunque se ha escrito mucho sobre él y se le menciona en un gran número de normas⁶⁰, lo cierto es que no resulta sencillo dar un concepto correcto y

55 M. Albaladejo, op. cit., p.171.

56 Exposición de Motivos, apartado 2, párrafo cuarto.

57 La Resolución del Parlamento Europeo de 11 de marzo de 2021, sobre los derechos de la infancia a la luz de la estrategia de la UE sobre los derechos del niño (2021/2523(RSP), publicada en el DOUE de 24.11.2021, hace referencia a un gran número de cuestiones de todo tipo que afectan a los menores. En el núm.15 habla de la transexualidad para pedir a la Comisión que garantice que la estrategia de la UE sobre los derechos del niño sea coherente con la estrategia para la igualdad de género y la igualdad de las personas LGTBIQ 2020-2025. Pero también deja muy clara una idea tan elemental que, a veces parece olvidarse: “Los niños son, ante todo niños, con independencia de su origen étnico o social, género, nacionalidad, situación económica, aptitudes o condición de migrante o extranjero, y que el interés superior del niño debe integrarse en todas las políticas y acciones de la Unión que afecten a la infancia” (Considerando A y repetido en el núm.2 del documento).

58 M.C. García. *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado*. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2004, p. 28.

59 Aunque son muchos los autores que han tratado la cuestión y haré cita específica de algunos a lo largo de este apartado, en su mayor parte voy a seguir a C. Madrigal. ob. cit., porque su obra es monográfica, bastante reciente y de muy buena calidad, por lo que desde ahora me excuso de las citas constantes. En cualquier caso, debo señalar que lo que utilizo de esta autora está dentro de las pp. 89 a 157.

60 Aun cuando debería ser siempre el norte de toda regulación que afecte al menor, como recoge C. Madrigal, op. cit., p. 90, “Es una referencia tan omnipresente que,

ajustado de qué sea el interés superior del menor⁶¹. Incluso se la ha llegado a definir como una “noción mágica”⁶², pues en última instancia hacer un uso abusivo de ella podría terminar por hacer superfluas todas las instituciones del Derecho de familia.

Precisamente por ese uso general en diferentes tipos de normas, de ser un estándar ético, ha pasado a serlo jurídico, como tantos otros presentes en nuestro derecho, como la diligencia del buen padre de familia, o la buena fe, o la equidad. La plasmación normativa de ese estándar jurídico se transforma en un concepto jurídico indeterminado que deberá concretarse para el caso particular en el que se encuentre el niño, por medio de juicios de valor o reglas de experiencia.

Otra importante aplicación del principio de interés superior del menor es su uso como criterio de interpretación.

a menudo resulta ser un lugar común, un cliché, con el consiguiente riesgo tanto de pérdida de significado, como de abusos por su frecuente invocación de forma interesada, con fines políticos o de otra naturaleza”.

61 En ese sentido se manifiesta J. De La Fuente. *Por los derechos de la infancia y la adolescencia. Reivindicaciones internacionales de niños, niñas y adolescentes*. C. Villagrasa e I. Ravetllat Ballesté, ed. Huygens, Barcelona 2015, pp. 64-67. Este autor recogiendo palabras pronunciadas por C. Villagrasa Alcaide en las primeras jornadas hispanoamericanas de 2011 organizadas en Puebla (México), previas al VI Congreso mundial por los derechos de la infancia y la adolescencia que se celebró finalmente en Puebla en 2014, menciona que, “La constante apelación de las leyes a tal interés tiene una justificación objetiva en la situación de especial vulnerabilidad del niño, la imposibilidad que tiene de dirigir su vida con total autonomía y responsabilidad y la necesidad de que las circunstancias que le rodean le sean especialmente favorables en esta etapa vital de desarrollo como ser humano”. Luego apunta que, “el interés del niño no es un concepto pacífico, sino que es objeto del múltiples y muy diversas controversias que tienen influencia en su eficacia práctica, a la hora de determinar que actos puede realizar el niño, niña o adolescente, de conformidad con su capacidad de obrar”. Posteriormente señala que las personas que abordan y deciden esa cuestión, guardadores legales y jueces, en general, aún con la mejor intención, encaran la cuestión desde su propia óptica vital e ideología. Con todo hay que entender que la actuación de los guardadores legales es concorde con el interés superior del menor como una presunción *iuris tantum*, con lo que es posible probar que en un caso concreto no sea así.

62 M.P. García, *¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?*. en “Actualidad Jurídica Iberoamericana”, núm.13, agosto 2020, p. 16, dice con acierto que, “Si yo supiera responder en las líneas que siguen a la doble pregunta que formulo en el título, sin duda sería un ser casi omnipotente”. Como acertadamente señala esta autora como colofón al trabajo citado, p. 49: “el mantra del “interés de menor” se viene utilizando “a la carta”, con una utilidad que va desde el todo (derrotar una ley) hasta la nada (cuando se omite su consideración en el caso, incluso aunque se mencione).

Finalmente, la existencia de tantas menciones de ese interés en todo tipo de normas es lo que hace surgir su carácter de principio general del Derecho.

En la Observación General 14 del Comité de Derechos del Niño, se recuerda la obligación de los Estados parte de integrar el contenido del interés del niño y aplicarlo en todo tipo de procedimientos y operaciones que afecten directamente a los niños, con lo que siempre de forma directa⁶³ a veces y, otra de forma indirecta, vincula a las personas que se relacionan con el menor.

Para concretar el interés superior del niño uno de los pasos esenciales es el averiguar las opiniones, voluntad y deseos del menor⁶⁴, y para considerar hasta qué punto se han de tener en especial consideración todas esas aspiraciones, uno de los criterios básicos es el momento de su desarrollo en el que se encuentra. Esto es, su edad y madurez⁶⁵.

Con todo, hay que señalar que el interés del niño no siempre coincide con sus deseos y sentimientos, tal como ha señalado la STC 221/2002 de 25 de noviembre, aunque en el caso concreto se entendió que sí coincidía, así como que, aun coincidiendo, no se deberá atender al mismo, cuando ello suponga excluir derechos de terceros igualmente dignos de protección (STC septiembre 2012)⁶⁶.

Como se ha dicho, “desde el punto de vista formal el interés superior del niño se traduce en la necesidad de una fundamentación más rigurosa de cualquier medida que lo restrinja o posponga en casos de conflicto con otros intereses”⁶⁷. Esto, unido al resto de normas protectoras del menor, tiene consecuencias en el ámbito procesal: ampliar las facultades del juez para priorizar la búsqueda de la verdad material, la presencia necesaria del Ministerio Fiscal en defensa de la legalidad y del interés superior del

63 Como cuando es la propia norma la que establece la obligación de atenerse a ese principio, como hace la propia LT en relación con los procedimientos para que los menores puedan instar la modificación de la mención registral de sexo.

64 Las SSTs de 12 de febrero de 2019 y de 10 de noviembre de 2020, señalan que el interés superior del menor debe ser valorado de forma participativa, es decir, teniendo en cuenta la opinión y las preferencias del menor en la medida de su madurez y capacidad.

65 Las SSTs de 28 de octubre de 2010, de 25 de septiembre de 2017 dicen que: El interés del menor debe ser valorado de forma individualizada y teniendo en cuenta su edad, desarrollo, necesidades y circunstancias.

66 Es algo evidente que el principio del interés superior del menor no está en todo caso por encima de cualquier otro interés legítimo, habrá que ver en cada ámbito cuales son los intereses en juego.

67 C. Madrigal, op. cit., p. 101.

menor y, que sea innecesaria la reclamación previa en vía administrativa para formular oposición a las resoluciones de protección.

Entre las dificultades que conlleva la determinación en el caso concreto de cuál sea el interés superior del menor está el que en muchas ocasiones, ese interés se oculta tras la pantalla de los prejuicios, las convenciones culturales y la visión del mundo de los adultos encargados de determinarlo⁶⁸.

3. Conclusiones en torno al principio del interés superior del menor

En este terreno tan resbaladizo por su abstracción, muy especialmente en el ámbito no patrimonial⁶⁹, que es la evaluación de cuál sea en cada caso el interés del menor (de cada menor) hay pocas cosas seguras. A continuación, enumero una serie de ideas que creo que pueden considerarse así para la aplicación de ese concepto a los casos concretos:

– Aunque sea un concepto muy general y solamente útil de inicio, “cabe concluir que el interés del menor es en sentido positivo la obtención de la mayor ventaja para él (material, personal y afectiva)⁷⁰ y desde el punto de vista negativo, la eliminación de perjuicios y riesgos en los mismos órdenes”⁷¹.

– Si bien es un concepto cuya concreción deviene insegura en muchas ocasiones, no es menos cierto que ya se ha ido aplicando durante años en diversos campos y, por lo tanto, esa inseguridad se ha reducido notablemente en ellos⁷². Así, en las situaciones de crisis familiar de todo tipo, desamparo, riesgo de exclusión social, conductas antisociales o conflictos de salud⁷³.

68 Así lo señala también M.P. García, op. cit., p. 29.

69 En este ámbito las reglas son bastantes claras y fáciles de aplicar cosa que no sucede en el no patrimonial. El interés superior del menor es no sufrir perjuicios económicos en su patrimonio.

70 En este sentido hay que destacar la STS de 18 de enero de 2021 que señala que, el interés superior del menor debe ser valorado de forma integral, teniendo en cuenta no solo su bienestar presente, sino también su futuro y sus posibilidades de desarrollo personal.

71 C. Madrigal, op. cit., p. 95.

72 Aunque siempre será preciso examinar las circunstancias del caso concreto y no fiarlo todo al concepto de ese interés en abstracto. Como ha dicho la STS 47/2015 de 13 de febrero, “el interés prevalente del menor es la suma de varios factores” y, el primordial es el del “menor perfectamente individualizado, que ha crecido y se ha desarrollado en un determinado entorno familiar social, económico y cultural, que debe mantener en lo posible, si ello le es beneficioso”.

73 En los conflictos en el ámbito sanitario se parte de la existencia previa de algún tipo de enfermedad o intervención derivada de alguna patología y un bien objetivo que es la salud o, incluso la vida. La transexualidad no es una enfermedad,

En cambio, no existe esa misma experiencia respecto de la transexualidad de los menores y por ello, en este caso, la determinación de cuál sea el interés superior del menor resulta más compleja.

– Ni la modificación de la mención registral de sexo en el registro, en su caso el del nombre, y el cambio en la documentación que traen consigo las anteriores modificaciones, y ya no digamos ya los tratamientos médicos que suelen acompañar a los cambios registrales son algo inocuo, sino que tienen consecuencias tanto en el ámbito psicológico como en el físico.

– No es discutible la necesidad de escuchar al menor mayor de 12 años e incluso antes de esa edad, en tanto en cuanto tenga la madurez suficiente. Aunque evidentemente no tiene el mismo valor la expresión de la voluntad de un menor de corta edad que la de otro cercano a la mayoría. Pero donde aparece la verdadera importancia del derecho de audiencia del menor es en la obligación de tener en cuenta las opiniones del menor en función de su edad y madurez y, como no, con la naturaleza de la decisión sobre la que se ha pronunciado ese menor.

– Es indudable que las personas según va pasando el tiempo van desarrollándose tanto a nivel psíquico como físico, y no lo es menos que la adolescencia es un período de la vida en la que se producen importantes cambios físicos y psicológicos que generalmente son difíciles de gestionar por los propios menores e incluso por sus

aunque si la persona transexual quiere acomodar total o parcialmente su cuerpo al sexo deseado (lo que suele suceder), necesitará de tratamientos médicos que pueden tener consecuencias graves para su salud e intervenciones quirúrgicas no menores. En relación con la salud, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre sobre derechos del paciente, información y documentación clínica (art.9,3, c,) se ocupa del consentimiento de los menores de edad. Establece que no es posible el consentimiento por representación cuando se trate de mayores de 16 años, emancipados o no, por lo que deberán consentir ellos mismos. Por debajo de esa edad es posible el consentimiento por representación, se dice “Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención”. No es ya que el menor no pueda comprender cual es la intervención o tratamiento que se le prescribe, sino el “alcance” del mismo que va más allá, como por ej. las consecuencias para su salud a medio o largo plazo de no llevarlo a cabo. En ese mismo precepto y apartado *in fine*, se deja clara la función protectora de los padres, o en su caso el tutor y se dispone “en caso de actuación de grave riesgo, según criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión se tendrá en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”. Está bien que se diga así, porque lo habitual no es que haya que informar a los padres ya que son estos quienes cumpliendo sus deberes de cuidado llevan a sus hijos al médico.

progenitores⁷⁴, lo que determina la necesidad de una especial prudencia para valorar la suficiencia de su consentimiento en los asuntos que pueden afectar a su salud y a su vida futura.

– El axioma esencial del “interés superior del menor” tiene su única razón de existir precisamente en la incontestable vulnerabilidad del menor y su necesidad de protección. Así pues, cuando en la ley trans, como en cualquier otra norma se menciona dicho interés se está simultáneamente reconociendo dicha vulnerabilidad. Consecuentemente, sea cual sea la regulación de la modificación de la mención de sexo en el registro, es indispensable que se implementen cautelas suficientes para si no es posible eliminar el riesgo de perjuicio para el menor, al menos minimizarlo.

– Entre esas posibles cautelas que pueden ser muy variadas, es esencial la exigencia de la asistencia de los progenitores del menor, o en su caso del tutor. Y, dependiendo del ámbito en el queramos atender al interés del menor, la intervención del Ministerio Fiscal y del Juez⁷⁵. Los primeros como representantes legales de los menores y obligados a velar por él, y los segundos como protectores de los menores como sujetos vulnerables, que al no tener vínculos familiares con el menor pueden contemplar la actuación de que se trate de un modo absolutamente objetivo.

Así pues, no basta con incluir en una norma la mera mención de la necesidad de atender al interés superior del menor en la materia que trate para entender que se está respetando, sino que la norma debe contener las cautelas necesarias para que esto sea efectivo.

IV. *¿Se he respetado esa protección del menor en la LT de 2023?*

La respuesta a esta pregunta solamente puede ser negativa. Y las razones muy sintetizadas son varias:

74 La OMS considera la adolescencia, como la etapa de paso de la niñez a la vida adulta y la sitúa desde los catorce años hasta los dieciocho. Es frecuente hablar de crisis de la adolescencia. Además, se han destacado como características de esta etapa del desarrollo de las personas, el no gestionar bien las frustraciones, requerir la inmediatez del resultado de sus actos, su dependencia del grupo de jóvenes de su edad en el que se integre, etc. Todos estos rasgos no facilitan el mejor equilibrio psicológico.

75 En algunos casos la actuación de equipos multidisciplinares pueden ser una buena ayuda para las decisiones judiciales.

– En general no se ha atendido a la condición de menor y por tanto de sujeto vulnerables.

A los mayores de 16 menores de 18 por no establecer ningún tipo de cautela que equilibre su minoridad. Con respecto a los mayores de 14 años menores de 16, aunque teóricamente cuenten con la asistencia de sus representantes legales y se diga que se debe tener en cuenta el interés superior del menor, en realidad es más apariencia que realidad. En los tocante a los menores de 12 a 14 años, aunque hay que aplaudir la intervención judicial en el procedimiento no es suficiente, ya que es una edad tan escasa que es un sin sentido hablar de un nivel de madurez que no se corresponde con el desarrollo habitualmente alcanzado con esa edad.

En particular no se han tomado en consideración las características de comportamiento que suelen presentarse en la adolescencia⁷⁶, como los cambios bruscos en su físico afectan psicológicamente a los menores, los cambios en sus gustos y aficiones, su dependencia de las opiniones de sus amigos, su seguimiento sin sentido crítico de las últimas tendencias en todos los ámbitos, su incapacidad para representarse las consecuencias a medio plazo de las decisiones que van tomando, etc.

– No se le protege con la exigencia de datos objetivos que permitan hacer más segura la realidad de su disforia de género se pide. Pues también para los menores no se exige un informe previo médico o de un psicólogo clínico que pueda iluminar sobre la realidad de una disforia de género y su persistencia.

En realidad, en el caso de un menor trans, parece razonable que necesite en cualquier caso un acompañamiento de profesionales (un equipo multidisciplinar) que puedan ayudarle a discernir si la situación de transexualidad en la que se encuentra puede ser real.

– El consentimiento del menor para lograr la rectificación registral de sexo no es un verdadero consentimiento, al menos en un altísimo porcentaje de casos, ya que el menor por razón de la madurez que puede tenerse a una edad tan temprana no es capaz de representarse las consecuencias de su decisión siquiera a medio plazo

– Tan importante como la salud física de un menor es su salud mental y su equilibrio psicológico, y el cambio de la mención registral de sexo puede ser un elemento desestabilizador para su vida.

76 I. Esteva, M.C. Almaraz y J. Martínez. *Disforia de género en la infancia y la adolescencia: Atención sanitaria en España. Menores e identidad de género. Aspectos sanitarios, jurídicos y bioética*, coordinado por A. Bartolomé Tudor Sepin, Universidad Comillas Madrid 2017, pp.10 y ss.

– No se ha tomado en cuenta que la disforia infantil y prepuberal no siempre persisten en la edad adulta⁷⁷.

V. En conclusión

Es cierto que la Ley Trans española de 2023 es muy reciente por lo que la experiencia respecto de las cuestiones que plantea su aplicación aún es escasa. Igualmente es indiscutible la necesidad de que nuestras leyes eliminen lo que pueda considerarse discriminatorio con respecto a las personas transexuales y, en particular a los que además son menores, pero no lo es menos que la LT es una ley fuertemente ideologizada, que no se ha elaborado con la buena técnica jurídica necesaria, ni se ha tramitado con la absoluta corrección y cuidado exigibles, en cualquier caso, pero especialmente para una ley con un contenido tan sensible. Se ha tramitado con la máxima urgencia. Consecuentemente ha faltado tiempo para que los órganos de asesoramiento prelegislativo⁷⁸ como son el Consejo del Poder Judicial, o el Consejo de Estado hayan podido hacer informes exhaustivos sobre el proyecto de ley, los informes que se realizaron por esos órganos consultivos no se tomaron en cuenta en proyecto de ley, que la obligada consulta pública sobre éste se haya realizado correctamente y no en las fechas de vacaciones de verano. Por la misma razón de urgencia ha faltado el informe del ministerio Fiscal, esencial en una cuestión que afecta a menores, etc.

El resultado de todo esto es que la LT, aunque tenga cosas buenas, es una ley contestada respecto de algunos sectores de los que aborda, y por lo que aquí interesa, en el tratamiento del cambio de la mención registral de sexo de los menores.

La cuestión de los menores trans es un asunto especialmente delicado y una máxima incuestionable respecto al interés superior del menor es no dañarle so capa de concederle mayor ámbito de actuación independiente. Así como también es claro que esa modificación de la

⁷⁷ I. Esteva, M.C. Almaraz y J. Martínez, op. cit., p.18.

⁷⁸ Es destacable que el proyecto de la LT no haya pasado por la sección civil de la Comisión General de Codificación que es un órgano el órgano superior colegiado de asesoramiento al Ministro de Justicia al que corresponde, en el ámbito de las competencias propias del departamento ministerial al que está adscrito, la preparación de los textos prelegislativos y de carácter reglamentario y cuantas otras tareas se le encomienden para la mejor orientación, preservación y tutela del ordenamiento jurídico.

mención de sexo en el Registro Civil en relación con cualquiera, pero mucho más con los menores, no es algo sin importancia, o sólo un papel, sino que, tal como se dice subrayando su trascendencia, en el Preámbulo de la LT recogiendo literalmente afirmaciones de la STC 99/2019, de 19 de julio, que con respecto al cambio de la mención registral de sexo señalan que permite a las personas adoptar decisiones con eficacia jurídica sobre su identidad y, añade: “Establecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad”.

Así pues, cuanto antes, sería deseable revisar toda la regulación de la LT que afecta a los menores y modificarla para que realmente respete el interés superior del menor.

Bibliografía

- M. Albaladejo García, “Derecho Civil I. Introducción y parte general”, 19ª ed. revisada y puesta al día por S. Díaz Alabart, Edisofer, Madrid 2013.
- R. Bercovitz Rodríguez-Cano, “Transexualidad y menor de edad. Comentario a la STC 99/2019 de pleno de 18 de julio 2019”, en “Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil”, núm. 112, 2020, pp. 307-344.
- R. Barber Cárcamo, “Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI: ¿El consentimiento debe estar siempre en el centro?”, in “Actualidad Civil”, núm.7, julio 2023, sección Debate jurídico.
- Y. Bustos Moreno, “La legitimación de los menores de edad a los efectos del reconocimiento legal de su identidad de género. Estado de la cuestión tras la sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio de 2019, en Derecho privado y Constitución, núm.36, 2020, pp. 79-130.
- A. Carrizo-González-Castell, “Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI: ¿El consentimiento debe estar siempre en el centro? (1), in “Actualidad Civil”, núm.7, julio 2023, sección Debate jurídico.
- F. De Castro Y Bravo, “Derecho Civil de España”, T.II, vol.1º, Thomson- Civitas (reimpresión), Madrid, 2008, pp. 174 y ss.
- J. De La Fuente Linares, “Por los derechos de la infancia y la adolescencia. Reivindicaciones internacionales de niños, niñas y adolescentes”, coordinado por C. Villagrasa Alcaide e I. Ravetllat Ballesté, ed. Huygens, Barcelona 2015, pp.64-67.
- S. Díaz Alabart, “El cambio de la mención registral de sexo de los menores en la ley Trans de 2023”, en “Revista de Derecho Privado”, enero-febrero 2024, pp. 3-42.

- H. Díez García, “Comentario al art. 162 CC”, en “Comentarios al Código Civil”, T.II, dirigidos por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo blanch, Valencia 2013, p. 1661.
- I. Esteva De Antonio, M.C. Almaraz Almaraz, Y J. Martínez Tudela, “Disforia de género en la infancia y la adolescencia: Atención sanitaria en España” en “Menores e identidad de género. Aspectos sanitarios, jurídicos y bioética”, coordinado por A. Bartolomé Tudor Sepin-Universidad Comillas Madrid 2017.
- M. C. García Garnica, “El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado”, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.
- M.P. García Rubio, “¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?”, en « Actualidad Jurídica Iberoamericana », núm.13, agosto 2020.
- S. Hidalgo García, “Transexualidad: sexo, género e identidad jurídica LGTBIQ+ y la Ley trans de 2023”, Aranzadi, Navarra 2023.
- F. Jordano Fraga, “La capacidad general del menor”, en “Revista de Derecho Privado”, 1984, pp.883 y ss,
- I. Lázaro González, “La identidad de género a la luz de la Convención de los Derechos del Niño. Algunas reflexiones desde el interés superior del niño”, en “Menores e identidad de género. Aspectos sanitarios, jurídicos y bioéticos”, ed. Seen, Universidad Pontificia de Comillas y Sepin, Madrid 2017, pp.73-94.
- F. López Sánchez, “Disforia de género en la infancia y en la adolescencia”, en ADOLESCERE, “Revista de Formación Continuada de la Sociedad Española de Medicina de la Adolescencia”, Volumen VI, mayo 2018, N° 2, pp.15-25.
- C. Madrigal Martínez-Pereda, “Tensión y extensión de los derechos. A propósito de los derechos de los niños”, discurso leído el día 29 de octubre de 2018 para su ingreso en la RAJL.
- M.C. Massé García, y G. Rodríguez Reina, “La disforia de género infantil. Entre la vulnerabilidad y la responsabilidad”, en “Menores e identidad de género. Aspectos sanitarios, jurídicos y bioéticos”, ed. Seen, Universidad Pontificia de Comillas y Sepin, Madrid 2017, pp. 163-179.
- B. Rodríguez Ruiz, “Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI: ¿El consentimiento debe estar siempre en el centro?”, in “Actualidad Civil”, núm.7, julio 2023, sección Debate jurídico.



FRANCESCA GALGANO
INFIRMITAS SEXUS, LEVITAS ANIMI:
LA DONNA, SOGGETTO VULNERABILE
NELL'ESPERIENZA GIURIDICA ROMANA?

SOMMARIO: 1. *Deterior est condicio feminarum*. – 2. *Infirmitas sexus, levitas animi* – 3. *Pudicitia e mundus muliebris* – 4. *Feminae remotae sunt...*? – 5. Alcune osservazioni conclusive

1. *Deterior est condicio feminarum*

Le radici della disegualianza¹ fra uomini e donne sono individuate spesso nelle matrici culturali della storia dell'Occidente. La costruzione nell'immaginario collettivo di una posizione di subalternità della donna arriverebbe da un passato che anche diversi documenti normativi, soprattutto internazionali² ed europei, evocano, appuntando lo squilibrio

1 Nonostante se ne possa registrare la decisa emancipazione, le donne appaiono ancora nel mondo d'oggi in una posizione discriminata, quanto al voto, alla cittadinanza, all'accesso alla politica (come, ad esempio, in merito al numero di presenze nelle liste elettorali) o ai consigli di amministrazione delle aziende nonché ai ruoli dirigenziali della funzione pubblica e – cosa non da ultimo – alla retribuzione. Cfr. sul tema di recente M. D'Amico, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Raffaello Cortina Editore, Milano 2020.

2 Come evidenziano S. Feci, L. Schettini, *Storia e uso pubblico della violenza contro le donne*, in AA.VV., *La violenza contro le donne nella storia. Contesti, linguaggi, politiche del diritto (secoli XV-XXI)*, a cura di S. Feci e L. Schettini, Viella, Roma 2017, p. 7 ss., ponendo l'accento sul fatto che in alcuni testi giuridici programmatici (come ad es. il *Preambolo della Dichiarazione sull'eliminazione della violenza contro le donne* dell'Assemblea dell'ONU del 1993, nel ribadire le politiche di contrasto annunciate dalla medesima Assemblea con la Convenzione per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne, la cd CEDaW, adottata nel 1979) le relazioni di potere fra uomini e donne vengano definite "storicamente diseguali": "La violenza contro le donne è una manifestazione delle relazioni di potere storicamente diseguali fra uomini e donne, che ha portato alla dominazione e alla discriminazione contro le donne da parte degli uomini e ha impedito il pieno avanzamento delle donne ... la violenza contro le donne è uno dei meccanismi sociali cruciali per mezzo dei quali le donne sono costrette in una posizione subordinata rispetto agli uomini...".

di potere fra uomini e donne come significativo per l'instaurazione della violenza: così accade ad es. nel Preambolo della cd. Convenzione di Istanbul³ del 2011, in cui si qualifica la disuguaglianza di genere come "storica".

La disparità sembra appartenere ancestralmente alla tradizione culturale occidentale e, dunque, greca e romana, in cui si sarebbero instaurate, e poi consolidate, modalità di impostazione delle relazioni a discapito delle donne, la cui persistenza nei secoli spiegherebbe persino il sorgere e il perdurare della violenza contro di loro, per non rendere alterato quel modello⁴. Effettivamente molti degli stereotipi di genere che ricorrono ancora oggi (già solo quelli qualificatori: si pensi all'uso dell'espressione "sesso debole") provengono dalla civiltà (anche giuridica) romana – su cui si è innestata poi l'ideologia androcentrica del Cristianesimo – dove la discriminazione trova una spiegazione nella tendenziale e oggettiva vulnerabilità, fisica e psichica, femminile. Le fonti presentano affermazioni in cui si censisce la radicale disuguaglianza fra uomo e donna come, ad esempio, quella emblematica di un giurista del III secolo d.C., Papiniano⁵: "*In multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum*"⁶. Una condizione di disuguaglianza non biologica, ma non per questo meno invalidante, già ascritta agli antenati⁷, che riconosce la profonda inadeguatezza della donna ad assumere alcuni incarichi, a svolgere alcuni compiti, a rivestire alcuni ruoli in un contesto che la esclude dalle istituzioni politiche, dalle strutture costituzionali, dall'esercizio del potere⁸: un altro giurista, Ulpia-

3 Nella cd. Convenzione del Consiglio d'Europa del 2011 sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, un tassello fondamentale nella lotta comunitaria alla violenza, in particolare nel *Preambolo*, la violenza appare infatti una "manifestazione e dei rapporti di forza storicamente diseguali fra i sessi".

4 È bene chiarire che un'indagine storica, tuttavia, non può che aprire uno squarcio di riflessione, ma non spiega integralmente (purtroppo) l'emergenza che accomuna aree geografiche e contesti etnici, sociali, religiosi così distanti: la violenza è certo una reazione per ripristinare, oltre che per conservare la disparità di genere, un fenomeno di lunga durata, che sembra incardinato all'uomo quasi come un suo tratto distintivo, istintuale, arcaico.

5 E non è il solo: si veda fra tanti esempi Ulpiano, in D.1.9.1 pr.: *Maior dignitas est in sexu virili*.

6 D. 1.5.9.

7 Come in Cicerone (*Pro Mur.* 12-27): "I nostri antenati vollero che le donne fossero sottoposte a tutela a causa della debolezza della loro volontà (*propter infirmitatem consilii*)".

8 F. Mercogliano, *La condizione giuridica della donna romana: ancora una riflessione*, in "TSDP" 4, 2011, p. 15.

no⁹, è infatti icastico nel fissare i confini delle limitazioni a carico delle donne, cui viene impedito ogni pubblico ufficio¹⁰ come può essere quello di giudicare, di rappresentare in giudizio o garantire per altri: “*Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec iudices esse possunt nec magistratum gerere nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratores existere*”.

2. *Infirmitas sexus, levitas animi*

Le premesse di questa ideologia, significativamente discriminatoria nei confronti delle donne, sono molto risalenti: arrivano infatti da quell'età arcaica in cui si formano i principi del diritto consuetudinario che Roma rispetterà fino all'età tardoantica, nella condivisione delle sue tradizioni e dei suoi valori più profondi.

Proprio in quest'età più risalente lo statuto femminile assume delle particolarità giuridiche proprie, perché mentre l'uomo acquista la piena capacità con il raggiungimento dell'età pubere (ovviamente se è cittadino, libero e in piena salute psicofisica), la donna al contrario è sottoposta ad una forma di assistenza che si chiama *tutela* e che teoricamente dura per tutta la sua vita, rendendola soggetta nel suo agire negoziale all'approvazione di altri, di solito padre o marito. E la motivazione si rinviene in una sorta di fragilità, di vulnerabilità, una *levitas*¹¹, che rende opportuna un'assistenza a suo carico nelle attività più delicate dal punto di vista giuridico, ma allo

9 D. 50.17.2.

10 Alcune attività vengono infatti considerate prettamente maschili, come quelle degli *argentarii*, (cfr. Callistrato, D. 2.13.12) oppure legate all'amministrazione della giustizia, o infine alla gestione dei patrimoni (il *SC. Velleianum* del I sec. d.C. vietò alle donne di assumere obbligazioni per altri, sui cui si veda il commento di Paolo, in D. 16.1.1.1, che lo motiva con parole di approvazione, come un *periculum rei familiaris*). Anche se la donna gode dei diritti civili in quanto cittadina, alcuni aspetti dello *ius civile* le sono tuttavia preclusi, in quanto intesi talora come *virilia*.

11 Catone il Censore, nel 193 a.C., (in un discorso che gli fa pronunciare lo storico Livio) giustificava così la antica introduzione della tutela sulle donne, come una forma di incapacità analoga a quella dei minori, in un ardito paragone con animali selvaggi e indomabili, oltre che pericolosi: la spiegazione del perché gli antenati vollero che le donne non potessero trattare nessun affare né pubblico né privato senza tutela del marito dei fratelli dei genitori! (Liv. 34.2.11: “*Maiores nostri nullam, ne privatam quidem, rem agere feminas sine tutore auctore voluerunt, et in manu esse parentum, fratrum, virorum; nos, si diis placet, iam etiam rem publicam capessere eas patimur et foro quoque et contionibus et comitiis immisceri*”).

stesso tempo getta un'ombra sulle reali capacità femminili suggerendone quantomeno la poca affidabilità, l'insicurezza, la volubilità.

Lo leggiamo in Gaio, un giurista di età antonina, autore di un manuale di diritto dal successo imperituro fino all'età moderna, in un passaggio che non lascia dubbi di interpretazione: "Gli antichi vollero che le donne, anche se puberi, siano sottoposte a tutela a causa della leggerezza del loro animo" (Gai. 1.144-5¹²). Il tenore del testo prosegue con un ragionamento debolmente argomentativo: se è naturale che un impubere venga guidato da altri, non c'è un apprezzabile motivo per il quale le donne puberi debbano essere sottoposte a tutela; eppure, pur giudicando pretestuosa la motivazione, fondata su luoghi comuni (ciò che si crede comunemente, e cioè che a causa della loro leggerezza d'animo le donne siano più facilmente tratte in inganno), l'autore condivide quanto la cultura romana ritiene consolidato da secoli, e cioè che sia giusto che le donne siano governate da un tutore (Gai.1.189-90): mentre il figlio maschio cresce e supera con i quattordici anni la soglia della *tutela impuberum*, la figlia impubere invece, pur avendo superato i dodici anni, sarà teoricamente sottoposta alla tutela senza alcun limite temporale¹³ (a meno che non abbia tre figli¹⁴, un principio introdotto tuttavia solo in età augustea). Raggiunta la pubertà, infatti, le donne escono dalla sottoposizione al tutore *impuberum* e vengono affidate a quello *mulierum*, di solito un parente, il padre, o anche il marito: ciò significa che per ogni atto negoziale devono essere accompagnate. Gaio (1.193) appunta questa peculiarità, che isola Roma dai contesti limitrofi – e non può non percepirne l'aspetto anacronistico, senza peraltro che alcun disappunto esplicito trapeli dalle sue parole – affermando che un

12 Gai. 1.144-5: "*Permissum est parentibus tutores liberis, quos in potestate sua habent, testamento dare: masculī quidem sexus impuberibus, feminī et impuberibus puberibusque, etiam cum nuptae sint. Vetēres enim voluerunt feminas, etiam si perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse. Itaque, si quis filio filiaeque testamento tutorem dederit et ambo ad pubertatem pervenerint, filius quidem desinet habere tutorem, filia vero nihilo minus in tutela permānet: tantum enim ex lege Iulia et Papia Poppaea iure liberorum a tutela liberantur feminae*".

13 Con qualche temperamento: ad es. dal II sec. d.C. le donne sposate furono liberate del tutto dalla tutela. E anche se la donna non può essere mai tutrice, e tantomeno del proprio figlio, può però rifiutare un tutore dativo del figlio; cfr. C. 5.47.1 (197 d.C.).

14 La donna libera, che fosse madre di almeno tre figli (*ius trium liberorum*), poteva sottrarsi alla tutela (cfr. *supra* nt. 12), mentre se liberta, e madre invece di almeno quattro figli, poteva affrancarsi dalla tutela del patrono.

istituto analogo alla tutela, così come inteso nella società romana, non abbia equivalenti nelle tradizioni straniere.

Sulla scia di Aristotele¹⁵, la cultura romana più arcaica rappresenta nell'impianto giuridico la donna subordinata al marito *filiae loco*, al pari cioè di una figlia, perdendo ella con il matrimonio ogni legame con la sua famiglia d'origine ed entrando a far parte di quella di un altro *pater familias*: la forma arcaica del matrimonio, peraltro ben presto andata in disuso, consentiva infatti al marito (attraverso la convivenza continua nella donna nella casa maritale per un intero anno) di acquistare una forma potestativa su di lei chiamata *manus* come se fosse l'usucapione di un oggetto.

Il contesto è quello dell'età molto risalente della monarchia, ma (sebbene si debba registrare, di fatto già nella repubblica, un'evoluzione decisa verso una piena emancipazione¹⁶), si può rilevare il diffondersi fin da allora nella cultura romana di moltissimi stereotipi (che oggi definiremmo di genere), che qualificano negativamente la donna, inferiore perché fragile, debole e se non bastasse passionale¹⁷ fino all'eccesso,

- 15 Aristh., *Pol.* 1.12.1259b.4-10; 1.13.1260.9 ss.: "E invero il libero comanda allo schiavo in modo diverso che il maschio alla femmina, l'uomo al ragazzo, e tutti possiedono le parti dell'anima, ma le possiedono in maniera diversa: perché lo schiavo non possiede in tutta la sua pienezza la parte deliberativa (τὸ βουλευτικόν), la donna la possiede ma senza autorità, il ragazzo infine la possiede, ma non sviluppata. È necessario dunque supporre che sia lo stesso anche delle virtù morali e cioè ne devono partecipare tutti, non però allo stesso modo, bensì solo quanto basta a ciascuno per compiere la sua funzione. Ecco perché chi comanda deve possedere la virtù morale nella sua completezza (perché il suo compito è assolutamente quello dell'architetto e la ragione è architetto) mentre gli altri, ciascuno quanto gli spetta. Di conseguenza è chiaro che la virtù morale appartiene a tutti quelli di cui s'è parlato, ma che non è la stessa la temperanza d'una donna e d'un uomo, e neppure il coraggio e la giustizia, come pensava Socrate, ma nell'uno c'è il coraggio del comando, nell'altra della subordinazione (ἡ μὲν ἀρχικὴ ἀνδρεία, ἡ δ' ὑπηρικὴ), e lo stesso vale per le altre virtù".
- 16 Che si completerà nell'impero: sempre in Gaio si legge che le donne (Gai 1.190): *sibi negotia tractant* in caso di morte del padre, diventano dunque ben presto autonome nella gestione di sé stesse e amministrano i propri beni; e ancora (Gai 2.85) che possono accettare pagamenti che estinguono l'obbligazione. Si veda tuttavia *Tit. Ulp.* 11.27 per un elenco di atti che le donne non possono compiere senza l'autorizzazione del tutore, che presto preferiscono chiedere di scegliere autonomamente con una *petitio tutoris* ad un pretore addetto a questa funzione, per non incorrere in problemi.
- 17 Secondo Lattanzio (*De opificio Dei* 12.16 s.) nell'etimologia di *mulier* ci sarebbe il lemma *mollis*, in un temerario nesso concettuale con la nascita e l'allattamento. È appena il caso di segnalare che *mulier* suona con una valenza negativa, laddove per la donna intesa nella sua identità di genere si adopera *femina* o *matrona*, soprattutto se di alto lignaggio (il matrimonio, infatti, è definito da Ulpiano

languida, cedevole, laddove l'uomo appare impetuoso e ambizioso e soprattutto padrone delle sue emozioni. Tali stereotipi giustificano le imponenti limitazioni imposte, ad esempio in merito alla potestà sui figli, all'amministrazione del patrimonio, alla possibilità di fare testamento (inizialmente negata), alla collocazione nella linea di successione del padre o del marito o del figlio, pretermessa ai discendenti di linea maschile diretta o collaterale.

La società romana può ben essere definita una società di diseguali: proprio quella matrice consuetudinaria del diritto più antico fa sì che addirittura dalla fondazione di Roma si valorizzi la figura maschile che combatte per proteggere la patria, trasmette i culti familiari, gestisce la politica cittadina, laddove la donna viene collocata nella casa coniugale, dove si dedica alla cura della prole e della famiglia, cucina, tesse: ella non esercita alcuna potestà sui figli, non può adottarli, non può avere eredi legittimi. I figli seguono infatti la condizione del padre, se nati in un matrimonio legittimo, e tutto il sistema giuridico ruota intorno alla certezza della paternità¹⁸, per potersi attribuire il patrimonio secondo la linea di successione patrilineare e individuare le consistenze patrimoniali delle famiglie, che influiscono incisivamente sulla partecipazione alla vita pubblica (ad es. sull'iscrizione nelle liste delle assemblee cittadine, per dirne una, e dunque su tempi e modi della votazione elettorale). Il contesto della *tutela mulierum* si iscrive probabilmente, alle origini, proprio nella necessità che siano certe le sorti dei patrimoni secondo linee di successione precluse alle donne e crea un sistema – più che di protezione, assistenza, inteso nel senso della moderna “tutela” – di difesa del patrimonio incardinato alle *familiae*, al cui vertice si pone il *pater*...

Con tali premesse politico-economiche si radica nella società un tema di fondo che accompagna la rappresentazione della donna in larga parte della letteratura anche giuridica: la *levitas animi*, una leggerezza che non esprime la delicatezza di una farfalla, bensì l'instabilità di una falena, che si traduce in una vulnerabilità, abbinata a quell'*infirmas sexus*, che suggerisce debolezza fisica, mancanza di fermezza, e che

coniunctio maris et feminae, in D. 1.1.1.3). Fiacchezza e mollezza sono spesso interpretate come scarsa capacità di resistere alla passione amorosa, e rendono le donne anche particolarmente violente, vendicative, quando non vere assassine. Il tema della continenza femminile prosegue immutato da Apuleio (tale sembra essere la malattia di cui soffre la vedova *Pudentilla*, cfr. *Apul. Apol.* 69. 1 ss.) fino all'Occidente romano-visigoto (si veda ad es. *Nov. Mai.* 6).

18 Per questa stessa ragione sono vietate le seconde nozze alla vedova prima che sia trascorso un *tempus lugendi* di dieci mesi.

sconfina (o può sconfinare) nell'invalidità o nella disabilità, pure *consilii*, del giudizio cioè, una difficoltà quasi cognitiva che la rende inabile ad assolvere compiti di maggiore responsabilità – e perciò di naturale appannaggio virile – qualità (negative) che consigliano una qualche forma di assistenza¹⁹.

La stessa tutela è definita come una prerogativa maschile, un *officium virile*²⁰ (come in Nerazio, D. 26.1.18: “*feminae tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est*”), precluso alle donne ancora una volta *propter sexus imbecillitatem*: esse dunque lo subiscono, ma non lo possono esercitare.

Nel tempo l'istituto della tutela si attutisce, si scolora, e nel I sec d.C. con una *lex Claudia de tutela* viene abolita la tutela agnatizia, ma la donna non potrà mai esercitarla a suo nome per l'*infirmitas*, e il principio che le vieta di *tutelam administrare*, neppure del proprio figlio²¹, non viene mai scalfito. Sarà necessario attendere l'epoca adrianea quando, con il Sc. *Tertullianum* (forse il vero passo decisivo, perché nella linea di successione venne preferita agli agnati collaterali), si consentì alla madre il diritto di figurare fra gli eredi del figlio e poco dopo, con un altro Sc. *Orphitianum* del 178 d.C., si inclusero invece i figli fra gli eredi civilistici nella successione intestata della madre.

Una delle limitazioni più significative riguarda la possibilità di disporre dei propri beni, di maneggiare il denaro, essere titolare di contratti: se ha capacità degli atti illeciti e può incrementare il proprio patrimonio, non ha tuttavia (almeno in epoca arcaica) la possibilità di fare testamento, non può essere istituita erede testamentaria²², non può garantire un debito altrui²³, e non può chiedere il divorzio. Neppure ha la capacità del diritto pubblico (con l'eccezione dell'imputabilità penale), per esempio di denuncia di un reato a carico di un altro soggetto; non può rappresentare altri in giudizio²⁴, non può promuovere una

19 Come nelle azioni legali, sempre per la stessa ragione (Paolo, D. 22.6.9): “*Regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere ... Videamus igitur, in quibus speciebus locum habere possit, ante praemisso quod minoribus viginti quinque annis ius ignorare permissum est. Quod et in feminis in quibusdam causis propter sexus infirmitatem dicitur*”. Insomma, pure ignoranti di diritto!

20 Cfr. pure C. 5.35.1, 224 d.C. e Gaio in D. 26.1.16 pr.

21 Può però negare, come visto *supra* nt.13, che qualcuno sia nominato contro il suo parere tutore del figlio.

22 Questo è il contenuto della *lex Voconia* del 169 a.C. un plebiscito proposto dal tribuno della plebe Q. Voconio Saxa, incoraggiato da Catone il Censore (su cui si veda ancora T. Spagnuolo Vigorita, *Livia, Augusto e il plebiscito Voconio*, in “Index” 40, 2012, p. 376 ss.).

23 Vd. *infra* nt. 28.

24 Ulp. D. 3.1.1.5.

azione popolare²⁵, né testimoniare in tribunale a proprio nome. Infine, non può bere vino²⁶ e neppure tradire (impunemente) il marito²⁷!

Alcuni di questi divieti col passare dei secoli si smusseranno, rendendo sempre più spesso le donne protagoniste dell'agire negoziale e anche imprenditoriale, con assunzione di obbligazioni²⁸, anche se, come visto²⁹, ancora in età tardoantica, Ulpiano continuerà a censirne l'esclusione dai pubblici uffici affermando che non esse possono essere né magistrato, né avvocate, né accusare nessuno in giudizio, né essere amministratrici per altri.

3. *Pudicitia e mundus muliebris*

Mentre divieti, preclusioni, limitazioni riecheggiano nelle fonti di diverse epoche storiche, proprio quando più costretta appare la condizione femminile, come in epoca arcaica, si comincia a profilare una qualificazione della donna estremamente positiva, quale incarnazione dei valori fondanti della stessa cultura romana³⁰.

25 Cfr. Ulp. D. 47.23.6

26 Val. Max., *Factorum et dictorum memorabilium libri IX* 2. 1. 5; 6. 3. 9.

27 Aul. Gell., *Noctes Atticae*, 10. 23.5: "*In adulterio uxorem tuam siprehendisses, sine iudicio inpune necares; illa te, si adulterares, sive tu adulterarere, digito non auderet contingere, neque ius est*".

28 Proprio il rapporto con il denaro e la ricchezza sembra essere un punto critico, perché sicuramente le si vieta di assumere obbligazioni per altri, e dunque garantire un debito altrui, come stabilito dal Sc. *Velleianum* ancora nel I sec d.C., forse proprio per reagire a posizioni di emancipazione già acquisite: mentre Ulpiano D. 16.1.2.2 commenta il provvedimento, dicendo che non è giusto che le donne si obblighino per altri, rivestendo compiti tradizionalmente maschili, Paolo, in D. 16.1.1.1 cerca di motivarlo, in un'epoca oramai di piena affermazione femminile, ancora con dinamiche intrafamiliari. Questi impegni contrattuali esporrebbero insomma le donne a rischi. Cfr. pure D.3.12-19.

29 Cfr. *supra* nt. 9.

30 Elemento questo che alcuni, come ad es. il grande romanista napoletano F. de Martino, *Storia arcaica e diritto romano privato*, in "RIDA", 3, 1950, p. 387 ss., part. p. 401 ss., hanno valutato come decisivo per negare persino una dinamica discriminatoria antifemminile, evidenziando la forte contraddizione fra una sempre ribadita condizione di inferiorità e l'elevazione a modello inarrivabile di virtù. Cantarella parla infatti di un paradosso (E. Cantarella, *Il paradosso romano. La donna tra diritto e cultura*, in *Orientamenti civilistici e canonistici sulla condizione della donna*, a cura di M. T. Guerra Medici, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1996, p. 13 ss.; cfr. sul tema anche F. Mercogliano, *La condizione giuridica della donna romana*, cit., p. 6 ss.).

Uno dei personaggi che impersonano questa antinomia è Lucrezia, la matrona romana che, subita una violenza da parte del figlio del re etrusco Tarquinio il Superbo, gli si oppone nel solo modo che conosce, difendendo cioè il suo onore, ancorché postumo: si uccide, infatti, in pubblico dopo aver denunciato il suo stupratore, che la aveva costretta sotto la minaccia di screditarla (*post mortem*) in modo infamante per una matrona del suo rango, e cioè divulgando un tradimento (falsamente) perpetrato da lei con uno schiavo, la cui vendetta avrebbe legittimamente meritato una punizione esemplare³¹. Il valore positivo assoluto che incarna Lucrezia, come le altre donne del suo lignaggio, è la *dignitas*, uno *status* sociale che le donne condividono con il marito e che le responsabilizza: pur isolate nelle mura di casa, è loro precluso qualsiasi ufficio che possa metterle a contatto con il pubblico; sono gli antichi costumi a fissare questa radicale esclusione, evidentemente dovuta a inopportunità, per tutelarne il valore più importante, la *pudicitia*. E Lucrezia difende infatti la sua *pudicitia*. Proprio quest'ultima connota e sintetizza in una matrona le elevate qualità personali, morali e sociali che le sono ascritte; Seneca il Vecchio (*Contr.* 2.7.3-4) le fa enumerare a M. Porcio Latrone rammentando che devono essere ben riconoscibili dagli altri, e a tutela di lei: un abbigliamento adeguato, un atteggiamento contrito, il silenzio da osservare in pubblico, il capo coperto fanno sì che già ad uno sguardo la si possa definire pudica, e dunque non incline all'adulterio³².

31 Gli amanti sarebbero stati colti in flagrante nel letto della matrona e perciò Sesto Tarquinio li avrebbe uccisi per lavare l'onta caduta sull'onore del marito e della sua famiglia. (Liv. I.58, Dio. Hal. 4.64-85).

32 Una donna che non sia diligente nel tutelare la propria *pudicitia* è infatti (almeno parzialmente) responsabile della violenza subita: l'imperatore Costantino sarà più chiaro nel considerare anche il comportamento della vittima di un reato a sfondo sessuale ai fini della valutazione della fattispecie delittuosa e dei suoi esiti in merito alla qualificazione del consenso, valutandosi se cioè abbia opposto una decisa resistenza o meno (C.Th. 9.24.1). L'indulgere alle proprie debolezze tipica dell'animo femminile lascia intendere infatti una sorta di corresponsabilità nella violenza a carico della vittima, che finge (su questo nessuno sembra avere dubbi) di opporsi, e va perciò forzata. Ovidio (*Ars Am.* 1.672) ricorre ad un'espressione che suscita indignazione, eppure spesso adoperata nei processi per violenza sessuale anche al giorno d'oggi: *vis grata puellis*! E così lo stupro, un'unione violenta con una giovane non sposata, si interseca con le qualità personali, l'adulterio con la (mancata) *pudicitia*, il rapimento con il consenso della vittima in un percorso concettuale che unisce la cultura pagana con la dottrina cristiana senza soluzione di continuità. È appena il caso di segnalare che la matrona Lucrezia, immortalata da Livio (I.58) come emblema di donna virtuosa, suicida per aver perso la propria *dignitas*, nell'età tardoantica viene invece sottoposta ad un giudizio più severo,

Nonostante sia accertato che le donne romane dal contesto domestico uscirono molto presto (già nel corso delle guerre puniche) prendendo parte anche alla vita pubblica, tanto che bisognò correre ai ripari, come vedremo fra poco, gli episodi dell'età più risalente rinnovano l'esaltazione dei valori dei Padri in personaggi come le madri di Coriolano e dei Gracchi³³, rendendole figure esemplari per i secoli a venire, con modalità tanto eccessive da lasciar sospettare di ulteriori motivazioni, come ad esempio l'intento non troppo celato di contrastare l'evidente emancipazione femminile a ridosso della Repubblica, in uno con l'affievolirsi della struttura rigidamente patriarcale della famiglia. È ben chiaro che i Romani mal tollerino le conquiste femminili di ruoli sulla scena pubblica, ove la loro presenza in alcuni ambiti costituisce, o è percepito, come un pericolo non solo per la famiglia, ma per la stessa città e la motivazione si fa rinvenire nella tradizione consuetudinaria dei *mores*. Cicerone, citando il pensiero di Platone, nell'immaginare un rovesciamento politico, compara quest'ultimo all'eliminazione di ogni differenza fra il cittadino e il forestiero, fra maestro e allievi, fra adolescenti e vecchi, in un mondo in cui "gli schiavi facciano il loro comodo, e le mogli abbiano gli stessi diritti dei mariti, e perfino i cani, i cavalli e gli asini ruzzino con tanta libertà che gli uomini debbano cedere loro il passo" (Cic. *Rep.* 1.43.67), annoverando così la disparità di genere fra i caposaldi della società romana al pari della schiavitù.

Quella *dignitas* che le donne condividono con il marito, nel bene e nel male, riflette però in positivo la loro vulnerabilità, che le presenta sempre come soggetti fragili da proteggere, da isolare nelle mura di casa. Alle donne, infatti, sono interdette le attività che possano metterle a contatto con il pubblico, come anche l'insegnamento; la motivazione è sempre la medesima: mentre agli impuberi difetta la capacità di giudizio a causa dell'età, e dunque l'incapacità a rivestire alcuni compiti deriva da una ragione oggettiva, per le donne il discorso è diverso e sono gli antichi costumi a fissare questa radicale esclusione, evidentemente dovuta a inopportunità, per tutelarne quel valore da coltivare con modestia³⁴, nell'ambito ristretto del *mundus muliebris*.

in cui si dubita della sincerità della sua condotta (Aug. *Civ. Dei* 1.19.1 s). Cfr. F. Lucrezi, F. Botta, G. Rizzelli, *Violenza sessuale e società antiche. Profili storico giuridici*, Edizioni Grifo, Lecce 2012, part. p. 149 ss.

33 Val. Max., *Factorum et dictorum memorabilium libri IX*, 4. 4.

34 Persino la bellezza esibita o la cura eccessiva della propria persona possono essere campanelli d'allarme di possibili adulteri (come dirà Tertulliano, *Cult.* 2.13.7). Sul rapporto fra la donna e la casa anche in età tardoantica si veda Grassigli G.L.,

Nel riportare un celebre episodio di proteste femminili, Livio³⁵ circo-scrive la sfera di riferimento della loro vita, nonché delle loro ambizioni, proprio a quel mondo muliebre: non interessate né alle magistrature né al sacerdozio né al trionfo né alle insegne o al bottino di guerra, *munditia et ornatus et cultus haec feminarum insignia sunt, his gaudent et gloriantur, hunc mundum muliebrem appellarunt majores nostri. Ornatus et cultus* diventano insomma dei parametri per qualificare le donne, magari per censirne la morigeratezza. E proprio di morigeratezza si discute quando (oramai in piena Repubblica, e le cose sono cambiate!) scendono in piazza per protestare contro una legge proposta da un tribuno Oppio, la *lex Oppia*, (ma poi abrogata nel 195 a.C. a distanza di pochi anni), che nel corso delle guerre puniche aveva vietato che si potessero esibire gioielli di più di mezza oncia d'oro e ogni altra evidenza di pompa, sfarzo e ostentazione (come ad esempio l'uso della carrozza a Roma, se non nelle cerimonie pubbliche oppure lo sfoggio di abbigliamento di lusso).

La limitazione prevista dalla *lex Oppia* certo serviva a compensare a caldo i danni della sconfitta di Canne, limitando, come altre leggi cosiddette suntuarie, il fasto eccessivo a Roma e arginando il rischio di una più profonda crisi economica. A distanza di qualche anno le donne si riuniscono nel foro e protestano per ottenerne l'abrogazione: è interessante vedere i temi che si sollevano, innanzitutto da parte di Marco Porcio Catone³⁶ (che non approva neppure l'apparire femminile in un contesto pubblico), ma anche del tribuno della plebe Lucio Valerio che, pur schierandosi in loro favore, e quindi per l'abrogazione della legge, usa argomenti per così dire inconsistenti, perché consiglia alle donne la sottoposizione ai loro mariti come preferibile a quella alle leggi e invoca il loro diritto all'eleganza. Mentre Catone si scandalizza che le donne parlino in pubblico, il tribuno evoca il rispetto delle tradizioni romane più antiche: le donne non sono interessate né alle magistrature né al sacerdozio né al trionfo né alle insegne o al bottino di guerra, ma unicamente a ciò che i nostri antenati chiamavano *mundum muliebrem*. Negare loro ciò a cui sono abituate da sempre è contrario persino ai costumi dei Padri. Sono proprio due gruppi di valori che si contrappongono: modestia, silenzio e *pudicitia* fronteggiano vanità e ostentazione del lusso; i valori dell'antica Roma stanno retrocedendo davanti a nuovi sviluppi, economici ma anche

Belle come dee: l'immagine della donna nella "domus" tardoantica in "Image antique et son interprétation", a cura di F.H. Massa-Pairault, Collection de l'École française de Rome, Rome 2006, p. 371.

35 Liv. 34.7.9.

36 Liv. 34.1-7.

sociali, in cui le donne rivendicano il diritto di parlare, e anche in pubblico: ed è necessario correre ai ripari!

Le medesime dinamiche appaiono meglio definite dopo 150 anni, in occasione di un'altra manifestazione delle donne: nel pieno del secondo triumvirato, a valle della morte di Cesare, nel 42 a. C. un editto straordinario dei Triumviri rivolto a circa 1400 donne romane, le più ricche di Roma, chiede di valutare la loro consistenza patrimoniale e di provvedere a rifornire le necessità militari del momento. Dopo un tentativo fallito di mediazione, le matrone si presentano davanti al tribunale dei Triumviri nel Foro e grazie all'arringa della figlia del celebre oratore Ortensio Orto, una donna, ma anche l'unica che abbia accettato di rappresentarle, le proteste servono al loro scopo e la richiesta rivolta alle donne viene diminuita nel numero da 1400 a 400, decidendosi poi di aggredire anche i patrimoni di uomini.

Il discorso di Ortensia, riportato da Appiano 4.[5].33, contiene degli spunti interessantissimi soprattutto quando viene precisato che la donna pretende il diritto di mantenere il tenore di vita al quale è abituata! Ortensia, come le altre donne, rifiuta le ragioni di un sacrificio così grande, visto che esse sono normalmente escluse dalle magistrature, dal comando e dalla *res publica*, come del resto è in linea con le tradizioni più antiche, risalenti persino al re Numa.

I temi tornano costanti, ma – sebbene l'oratrice si uniformi in premessa alle tradizioni (e cioè che le donne non partecipano di solito a contesti pubblici) – ne giustifica la rottura per circostanze eccezionali, come le guerre, in cui si chiedono tanti sacrifici: mancano mariti e figli, e perciò nessun uomo le può rappresentare; se perdessero anche i loro patrimoni, il loro stile di vita, quello a cui i loro uomini le hanno destinate, sarebbero ingiustamente punite.

Al di là della valutazione di questa donna coraggiosa, rimasta famosa come proto-femminista, colpisce dell'episodio che l'opinione pubblica femminile potesse avere una forza tale da condizionare anche aspetti economico-giuridici e che dunque queste donne non dovessero apparire affatto avulse dalla vita cittadina: donne avvocate o pubbliche oratrici sono tuttavia rarissime nelle fonti, tanto che addirittura una di queste³⁷ viene menzionata perché infastidisce il giudice e l'uditorio con le sue urla, offrendo un esempio da dimenticare.

37 Ulpiano, D. 3.1.1.5, certifica la petulante e insistente attività legale di Carfania, *quae inverecunde postulans et magistratum inquietans*, che avrebbe addirittura motivato il divieto alle donne di postulare *pro aliis*.

E comunque resta il dato indiscusso che ben 1400 donne fossero all'apice della gerarchia censitaria³⁸!

4. *Feminae remotae sunt ...?*

Lentamente il quadro di insieme appare più sfaccettato³⁹ e, soprattutto se il contesto di riferimento si sposta geograficamente rispetto al centro, la

38 Parlando di donne e imprenditoria va ricordata Eumachia, una donna di Pompei che durante l'età augustea acquista una tale importanza all'interno della città da meritare di diventare sacerdotessa pubblica di Venere e coordinare la corporazione dei lavandai; una donna che sponsorizza e finanzia la costruzione di un edificio pubblico dedicato alla *Concordia* e alla *Pietas* probabilmente ai fini della campagna elettorale del figlio come duoviro di Pompei, ottenendo pure una statua a imitazione del *porticus* di Livia di Roma, all'interno del foro.

39 L'avvento del Cristianesimo e poi la sua capillare diffusione in tutto l'impero consolida una impostazione delle relazioni tendenzialmente androcentrica, lasciando trapelare una larvata misoginia pur se con modalità più sfumate: Gesù accoglie dapprincipio le donne fra i suoi proseliti, di cui esalta le doti, introducendo nella sua predicazione un messaggio di parità. Cfr. G. Clark, *Women in late antiquity*, Oxford 1993. Se Paolo, ad es. (nella *Lettera ai Galati* 3.28), enuncia uguaglianza sostanziale fra schiavi e liberi, giudei e greci, maschi e femmine, invita allo stesso tempo le donne ad astenersi dal parlare: tale invito è inserito in un insieme di prescrizioni che servono a comporre il ritratto della buona cristiana, in cui si stigmatizza l'idea stereotipa di donne dal carattere capriccioso e volatile, curioso, che indulgono alle chiacchiere vuote (*Tim.* 1.5.13). Si vedano anche altri passaggi in cui si enuncia l'opportunità che la donna si attenga al silenzio (*Tim.* 1.2.11-12; e anche *Efes.* 5.22-23, in cui si ribadisce la sottoposizione della donna al marito). Ben noto il dibattito suscitato da *Cor.* 1.14.33b-35, per il divieto di parlare in assemblea, di cui segnalo una lettura diversa che contestualizzando queste affermazioni, ne svela significati reconditi, in R. Virgili, E. Buccioni e R. Manes (a cura di), *Le lettere di Paolo. Tradotte e commentate da tre bibliste*, Ancora Editore, Milano 2020.

La riflessione della tarda Patristica si mantiene coerente: basti pensare ad un noto testo del quarto secolo d.C., *Questioni del vecchio e del nuovo testamento*, contenente numerose nozioni giuridiche introdotte a supporto di verità teologiche giudaico-cristiane, a lungo attribuito a sant'Agostino. L'autore anonimo, indicato ora comunemente come *Ambrosiaster*, al quesito teologico se la donna possa essere considerata *imago Dei* al pari dell'uomo, risponde prevedibilmente con una negazione. Il contesto riguarda le vedove, ricondotte dalla perdita del marito ad uno stato virginale e dunque ipoteticamente pronte, per la loro ritrovata purezza, a rivestire ruoli apicali nella Chiesa. E ancora una volta si rammenta che non avendo la donna alcuna autorità, come è noto a tutti, essendo soggetta al dominio del marito, non potendo insegnare né testimoniare, né prestare garanzia, tanto meno poi *imperare*, è ovvio che non possa essere considerata tantomeno immagine di Dio. Per le implicazioni della religione con il genere nella cultura di area

realtà sociale ed economica rinvia un'immagine composita, variegata, perché Roma si è evoluta oramai, e in fretta, dalla società ancora primitiva con una struttura familiare fortemente patriarcale e, aprendosi al Mediterraneo nel proiettarsi verso il futuro, accorpa via via province del tutto disomogenee fra loro, come appunto quelle dell'alto Egitto o dell'Asia minore, in cui lo statuto femminile è assai diversificato.

Mentre Papiniano⁴⁰ nel III secolo d.C. censisce la perdurante radicale disuguaglianza fra uomo e donna (pur premettendo che le due categorie umane sono ontologicamente uguali – se entrambi liberi ad esempio –, sente il dovere di chiarire per il nostro diritto la condizione femminile è peggiore in molti aspetti), le province restituiscono diverse identità femminili, ad esempio spagnole, nordafricane, siriane che attestano invece l'impegno di donne in cariche pubbliche⁴¹.

Ancora una volta sono i giuristi che offrono conforto: ad esempio dal terzo secolo Modestino riporta la notizia di una donna greca *Septicia* (D. 50.12.10) che lascia del denaro per realizzare una gara con la condizione che il marito o i suoi figli siano i giudici. In Spagna, da una città della Betic, compare in una iscrizione⁴² *Iunia Rustica*, una donna molto potente, sacerdotessa benefattrice (l'evergetismo al femminile non è insomma una eccezione in provincia, come ben evidente anche a Pompei)⁴³.

Infine, dalla provincia nabatea riaffiora da un archivio, contenente 37 papiri, redatti in greco, in aramaico e in nabateo, risalenti ad un arco temporale di circa trent'anni dal 93 al 132 d.C., una ricca possidente giudea (di nome Babatha), residente in un villaggio sito sul versante meridionale del mar Morto, al confine con la provincia d'Arabia. Si tratta di un archivio di atti negoziali⁴⁴, come quelli di acquisto dei palmeti da dattero da parte di suo padre, che aveva già donato tutti i suoi beni alla moglie; oppure il contratto nuziale del suo secondo matrimonio; oppure ancora il contratto

mediterranea si veda R.S. Kraemer, *Unreliable witnesses. Religion, Gender, and History in the Graeco-Roman Mediterranean*, Oxford University Press, Oxford 2011, part. p. 179 ss.

40 Vd *supra* nt. 6.

41 Anche Ulpiano, giurista a sua volta originario di Tiro, in D. 50.17.2 ci riporta testimonianza che esistessero nelle province donne magistrato, forse grazie all'autonomia lasciata alle province orientali.

42 *CIL*. 2.1956

43 L. Peppe, *Civis Romana. Forme giuridiche e modelli sociali dell'appartenenza e dell'identità femminili in Roma antica*, Edizioni Grifo, Lecce 2016, p. 227 ss. presenta molte di queste figure con piena autonomia negli spazi civici lontano da Roma.

44 Ricca di spunti la lettura dell'insieme di documenti in D. Hartman (a cura di), *Archivio di Babatha*, Paideia, Brescia 2016.

nuziale della sua figliastra. La questione giudiziaria riguarda la richiesta di tutela del figlio, ora orfano, avuto dal suo primo marito. Attraverso la lettura di questi negozi, la vita di Babatha riemerge dal passato in tutta la sua vivezza e grazie a questo fortunato ritrovamento appare, con lei, con le sue vicende personali, uno spaccato della vita giuridica in una provincia, quella nabatea, da poco annessa all'impero.

5. Alcune osservazioni conclusive

Se i giuristi continuano fino al tardo impero a qualificare le donne con tratti spregiativi attinenti il loro genere, appuntandone ora l'aspetto fisico del corpo (in termini di *infirmas sexus/corporis*, *imbecillitas sexus/corporis*) ora il tratto caratteriale (*infirmas*, *levitas animi*), i documenti della vita quotidiana restituiscono un'immagine meno stereotipa, già compromessa peraltro dalle donne delle famiglie imperiali⁴⁵, da collocare certamente in una posizione non paragonabile a quella delle donne comuni, a cominciare da Livia e a finire con Teodora moglie di Giustiniano, perché godono di uno status unico, non soltanto per il prestigio personale, che garantisce loro ornamenti e una *dignitas* del tutto particolare, ma anche proprio per il riconoscimento di una gestione del potere esaltato dalla ideologia pure attraverso l'iconografia delle monete o delle statue.

Studi più recenti⁴⁶ confermano, anche grazie ad indagini condotte su epigrafi papiri e documenti della prassi, che le donne conquistano già dalla Repubblica una nuova consapevolezza sociale⁴⁷: si pensi ad esempio alla *laudatio Turiae*, un elogio funebre del primo secolo a.C.⁴⁸, in cui una giovane donna viene lodata dal marito per le sue altissime virtù morali e personali (ribaltandosi tutti gli stereotipi di genere, visto che non è riuscita

45 F. Cenerini, *Il ruolo e la funzione delle Augustae dai Giulio-Claudi ai Severi*, in "Donne, istituzioni e società fra tardo antico e alto medioevo", a cura di F. Cenerini e I.G. Mastrorosa, Pensa, Lecce 2016, pp. 21-46.

46 La bibliografia è sterminata. Si veda fra tanti L. Peppe, *op. cit.*, cui rinvio anche per l'abbondante letteratura citata.

47 Grazie alla legislazione augustea dal I sec. d.C., le vengono riconosciuti maggiori diritti nell'ambito dello *ius privatum* soprattutto familiare. Si sofferma su come cambia il ruolo della donna nel corso dei secoli, E. Cantarella, *Passato prossimo. Donne romane da Tacita a Sulpicia*, Feltrinelli, Milano 1996 (rist. 2023). Sul tema anche E. Höbenreich, *Scylla. Fragmente einer juristischen Geschichte der Frauen im antiken Rom*, a cura di G. Rizzelli, Böhlau, Wien-Köln-Weimar 2003.

48 *CIL*. 6.1527. (cfr. F.I.R.A., 3², Firenze 1969, 209 ss.).

ad avere figli), perché con la sorella è riuscita ad avere ragione non solo del delitto perpetrato ai danni del padre, ucciso con la madre, ma anche del testamento di quello, difeso contro avidi parenti; oppure ad una epigrafe apposta sulla tomba di *Scantia Redempta*⁴⁹, una giovane medico forse cristiana, morta in Campania.

Lo stesso Gaio che segnala l'originalità dell'istituto della tutela rispetto ad altri ordinamenti, prende atto che (nonostante alcune antiche limitazioni⁵⁰ di epoca arcaica) le donne *sui iuris* possono alienare beni ed essere titolari anche di *res Mancipi* gestendo i propri affari da sole: i casi giudiziari sottoposti alle cancellerie imperiali, che spesso recano nomi di donne nel ruolo di istanti, restituite dai documenti giudiziari, non lasciano dubbi.

L'emancipazione che senza alcun dubbio la donna conquista gradualmente in Roma non riesce tuttavia a scalfire l'ideologia di fondo che richiama i valori dei Padri a fondamento della stessa civiltà e rende perciò la profilazione di una vera coscienza di genere inverosimile per i tempi. L'invocazione alla matrice consuetudinaria di alcune dinamiche normative fa registrare però un modellamento incessante alle esigenze della società in continuo movimento, di cui l'esperienza giuridica non può non tenere conto, e una decisa accettazione sociale delle donne in ruoli astrattamente impreveduti, che convive con la loro vulnerabilità asserita sul piano teorico fino a Giustiniano.

Bibliografia

- Cantarella E., *Il paradosso romano. La donna tra diritto e cultura*, in *Orientamenti civilistici e canonistici sulla condizione della donna*, a cura di M. T. Guerra Medici, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1996.
- Id., *Passato prossimo. Donne romane da Tacita a Sulpicia*, Feltrinelli, Milano 1996 (rist. 2023).
- Cenerini F., *Il ruolo e la funzione delle Augustae dai Giulio-Claudi ai Severi*, in "Donne, istituzioni e società fra tardo antico e alto medioevo", a cura di F. Cenerini e I.G. Mastroianni, Pensa, Lecce 2016, pp. 21-46.
- Clark G., *Women in late antiquity*, Oxford University Press, Oxford 1993.
- D'Amico M., *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Raffaello Cortina Editore, Milano 2020.

49 Ne parla fra gli altri L. Pepe, *op cit.*, p. 72 ss.

50 Gai 2.47: un tempo le donne sottoposte a tutela non potevano usucapire le *res Mancipi*, a meno che non fossero loro state consegnate materialmente dagli agnati stessi.

- Feci S., Schettini L., *Storia e uso pubblico della violenza contro le donne*, in AA.VV., *La violenza contro le donne nella storia. Contesti, linguaggi, politiche del diritto (secoli XV-XXI)*, a cura di S. Feci e L. Schettini, Viella, Roma 2017, p. 7 ss.
- Grassigli G.L., *Belle come dee: l'immagine della donna nella "domus" tardo-antica* in "Image antique et son interprétation", a cura di Françoise-Hélène Massa-Pairault, Collection de l'École française de Rome, Roma 2006.
- Hartman D. (a cura di), *Archivio di Babatha*, Paideia, Brescia 2016.
- Höbenreich E., *Scylla. Fragmente einer juristischen Geschichte der Frauen im antiken Rom*, a cura di G. Rizzelli, Böhlau, Wien-Köln-Weimar 2003.
- Lucrezi F., Botta F., Rizzelli G., *Violenza sessuale e società antiche. Profili storico giuridici*, Edizioni Grifo, Lecce 2012.
- Mercogliano F. *La condizione giuridica della donna romana: ancora una riflessione*, in "TSDP" 4, 2011, pp. 1-24.
- Peppe L., *Civis Romana. Forme giuridiche e modelli sociali dell'appartenenza e dell'identità femminili in Roma antica*, Edizioni Grifo, Lecce 2016.
- Spagnuolo Vigorita T., *Livia, Augusto e il plebiscito Voconio*, in "Index" 40, 2012, pp. 257-270.
- Virgili R., Buccioni E. e Manes R. (a cura di), *Le lettere di Paolo. Tradotte e commentate da tre bibliste*, Ancora Editore, Milano 2020.
- Kraemer R.S., *Unreliable witnesses. Religion, Gender, and History in the Graeco-Roman Mediterranean*, Oxford University Press, Oxford 2011.



MARIANNA PIGNATA
LA VIOLENZA DI GENERE
TRA RETAGGI CULTURALI
E DIBATTITO GIURISPRUDENZIALE
Le implicazioni giuridiche tra Otto e Novecento

SOMMARIO: 1. Le implicazioni socio-culturali e giuridiche della questione di genere tra Otto e Novecento – 2. Dalla violenza carnale alla violenza sessuale: l'evoluzione normativa – 2.1 dal Codice Zanardelli – 2.2 al Codice Rocco – 3. La giurisprudenza di fine Ottocento: casi pratici a confronto.

1. *Le implicazioni socio-culturali e giuridiche della questione di genere tra Otto e Novecento*

Le rigide immagini stereotipate¹, conferite a stampo alla natura femminile, affondano radici profondissime nelle tradizioni trasmesse di generazione in generazione e, sebbene le società si siano evolute progredendo nella regolamentazione delle condotte umane grazie al contributo delle scienze antropologiche e giuridiche, appare evidente la loro permanenza all'interno delle trame della vita². Gli stereotipi, annidati nelle pieghe del-

1 Il modello stereotipato ha come requisiti tipici la rigidità e la replicabilità e per un'attenta lettura si rinvia a G.M. Caletti, *Dalla violenza al consenso nei reati sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, Bologna University Press, 2023; Enciclopedia Treccani Online, *ad vocem*, <https://www.treccani.it/vocabolario/stereotipo/>

2 “L'impiego degli stereotipi permette infatti di risparmiare risorse cognitive nella classificazione degli individui e gruppi, riservandole così ad altri compiti. Gli stereotipi descrittivi sono usati per prevedere carattere e comportamento di uomini e donne, creando una serie di aspettative che funzionano come scorciatoie cognitive. Come ogni cattiva abitudine, gli stereotipi sono difficili da estirpare e tendono ad essere usati in modo automatico, soprattutto in condizioni di stress, anche da chi li ha superati e non li condivide più a livello conscio. L'aspetto prescrittivo degli stereotipi serve, invece, a giustificare credenze e comportamenti degli attori sociali, rafforzando lo *status quo*. Gli stereotipi di genere sono particolarmente prescrittivi sia perché vengono appresi molto presto nel corso dell'infanzia, sia perché si sviluppano sulla base di molteplici esperienze personali, più di quanto non succeda per quelli relativi ad altri gruppi sociali”, cfr. C. Volpato, *Le radici psicologiche e culturali della violenza contro le donne*, in C.

le ricche ed evolute società postindustriali, hanno imparato a nascondersi dietro i valori della morale e del buon senso comune, ad agire in sordina e rendersi impercettibili tanto da essere apparentemente confinati nelle sole ideologie reazionarie ed anacronistiche, ma è proprio qui la loro capacità di resistere e di condizionare che denota un singolare adattamento e una immensa pericolosità³.

Molti di questi costrutti sociali hanno trovato la forza di affermarsi proprio attraverso la scienza positiva che, nella seconda metà dell'Ottocento, estese il suo campo di interesse alle ricerche atte a motivare l'inferiorità fisica della donna⁴ fino ad acquisire una peculiare deriva ideologica.

Altre convinzioni, invece, non sono state suffragate da alcun fondamento scientifico e sono state alimentate dai soli giudizi sociali che tentavano forzatamente di abbozzare delle scarse teorie anatomico-biologiche a fondamento dell'inferiorità fisica e quindi intellettuale della donna⁵; convinzioni che contribuivano ad assegnare l'etichetta di "sesso debole" a quello femminile per evidenziare come la "fragilità" del suo corpo potesse influire sulle sue azioni⁶.

Anche nell'immaginario penalistico, in merito alla questione della imputabilità femminile, aveva un suo peso specifico la fisiologia del corpo, tanto da riprendere l'antico concetto romanistico dell'*infirmas*, *fragilitas* o *imbecillitas sexus*⁷, ossia l'impedimento dovuto al sesso, ipotizzando an-

Pecorella (a cura di), *Donne e violenza. Stereotipi culturali e prassi giudiziarie*, Giappichelli, Torino 2021, p. 16.

3 M. Pignata, "Dal" Corpo e "sul" Corpo della donna. Il reato di stupro fra Ottocento e Novecento, in "Questione Giustizia", 2/2016, pp. 175-180.

4 Si misurava della donna il peso del cervello e le dimensioni del cranio da rapportare a quelle maschili, differenze anatomiche che hanno anche portato all'elaborazione della teoria dell'infantilismo. Da questa teoria di Alexander Eker nel 1866, ne derivava che molte caratteristiche corporee femminili erano comuni a quelle dei bambini, come una maggiore frequenza cardiaca, la presenza di più grasso corporeo, la scarsa peluria facciale, gli organi interni dalle piccole dimensioni ed un tronco più lungo rispetto a quello maschile. Cfr. B.P.F. Wanrooij, *Storia del pudore. La questione sessuale in Italia. 1860-1940*, Saggi Marsilio, Venezia 1990.

5 Cfr. G. Rizzelli, *La violenza sessuale su donne nell'esperienza di Roma Antica. Note per una storia degli stereotipi*, in E. Hoebenreich, V. Kuehne, F. Lamberti, *El Cisne II. Violencia, proceso y discurso sobre genero*, Edizioni Grifo, Lecce 2012, pp. 44-82.

6 M. Pignata, *Gravide e devianti nelle Quistioni Medico-legali di Luigi Ferrarese*, in F. Mastroberti, M. Pignata (a cura di), *MaLeFemmine? Itinerari storico-giuridici di una parità "incompiuta"*, Editoriale Scientifica, Napoli 2023, p. 305.

7 "A seconda delle necessità, l'*infirmas* dispiegherà sempre, e nella maniera più estesa una straordinaria capacità di discriminazione e insieme di controllo

che una totale esclusione della imputabilità, o una sua parziale diminuzione o attenuazione.

A tal riguardo, e proprio in campo penale, echeggiano le parole di Carmignani:

[...] gli organi della generazione hanno molta più influenza su quelli che servono all'intelletto. Nelle femmine la midolla spinale è più debole e delicata che non lo è nei maschi. Quindi han quelle più deboli le forze dello spirito e più fermi i mezzi di acquistare le idee fornite loro dalla natura.⁸

In quest'ottica ci si interrogava anche sulla necessità di limitare le pene che potevano essere inflitte ad un corpo femminile e “più che punire, basta nella maggior parte dei delitti delle donne, educare, far loro capire che esse hanno agito male”⁹. I metodi potevano essere i più svariati e non tanto quelli che afferivano al corpo, quanto quelli che colpivano la loro “vanità”:

Nelle donne perciò il carcere e le pene afflittive sono tanto meno necessarie che il loro reato, quasi sempre effetto di suggestione o di passione [...]. Vista poi la grande vanità femminile, l'importanza che essa dà al vestito, ai gingilli e ai mobili della sua casa si potrebbe sostituire molte volte nei reati di piccoli furti, di risse, le pene carcerarie con delle pene afflittive della loro vanità, come il taglio dei capelli, il sequestro degli ornamenti, dei mobili: soprattutto si deve nei ricoveri imporre il lavoro alle oziose collo spauracchio della fame.¹⁰

sulle azioni delle donne. La si ritrova come presupposto al divieto, per il sesso femminile di rivestire cariche pubbliche, di essere giudici, di assumere tutele, di *postulare nec pro alio intervenire*, cioè di esercitare l'avvocatura. Di denunciare o accusare per taluni reati. Oppure ad escludere il dolo, e a giustificare talune scusanti per l'ignoranza del diritto, infine a rendere dubbia o non valida una testimonianza femminile. [...] Il fatto che essa abbia rappresentato nel corso dei secoli un legame con la sapienza antica a giustificazione e fondamento della soggezione delle donne. Anche se con differenti determinazioni, la minorità femminile sembra essere già stata sperimentata dai criminalisti nel corso dei secoli”, M. Graziosi, *Infirmis sexus. La donna nell'immaginario penalistico*, in “Democrazia e diritto”, 33(2), 1993, pp. 99-143. Cfr. anche G. Minnucci, *La capacità processuale della donna nel pensiero canonistico classico*, Giuffrè, Milano 1994.

8 Cfr. G. Carmignani, *Elementi di diritto criminale*, Stab. Tipogr. Di P. Androsio, Napoli 1854, p. 56.

9 C. Lombroso, G. Ferrero, *La donna delinquente. La prostituta e la donna normale*, Editori L. Roux e C., Roma 1893, p. 446.

10 *Ibidem*.

Non era avulsa da tali dinamiche la sfera sessuale che, anzi, più di tutte diventava il perno portante di una serie di categorizzazioni all'interno delle quali racchiudere le donne "normali", caste ed oneste che seguivano i dettami della cultura del pudico, e le prostitute, tutto corroborato dagli scritti di notevoli intellettuali che ritraevano l'indole della donna come "naturalmente e organicamente monogama e frigida" e statuivano l'amore come "il fatto più importante nella vita della donna" ma non per erotismo, bensì per il "bisogno del soddisfacimento dell'istinto materno e dal bisogno di protezione, con cui le donne raggiungono il completamento della loro esistenza"¹¹.

Tutto ciò ci riporta ad una sessualità femminile estranea alla passione erotica ed il cui desiderio risultava scandaloso ed inopportuno, essendo essa biologicamente orientata al solo coronamento del suo scopo ultimo che è la procreazione¹².

Su tali stereotipi sono state fondate intere teorie giuridiche e giurisprudenziali in materia di violenza sessuale, anche nei confronti della coniuge, e per molti secoli tutto è ruotato attorno al diritto di proprietà del corpo femminile, proprietà che passava dal padre al marito, il quale poteva disporre nella maniera che ritenesse più giusta per il proprio benessere.

Il diritto stesso si è fatto carico di una grande responsabilità nei confronti delle donne e questo perché:

molteplici, naturalmente, sono i piani in cui il diritto misura la sua forza. Il suo compito e il suo concreto esercizio non sono solo quelli di governo e regolazione di conflitti, di costruzione di limiti, ma anche di produzione e di riproduzione del simbolico [...]. Può essere interessante, perciò, dar senso alle forme, spesso solo simboliche, della differenziazione del femminile nei rituali della giustizia e della pena che ricorrono nella nostra storia passata. Nel diritto

11 Ivi, p. 57.

12 Così come veniva riportato da Ferrero e Lombroso: "Le parole di Rachele a Giacobbe: "dammi un figlio altrimenti muoio", contengono una verità fisiologica. Un ostetrico illustre (Giordano) mi diceva: *L'uomo ama la donna per la vulva, la donna ama nell'uomo il marito e il padre*. Sicché si può comprendere il nostro concetto dicendo che la donna ha minore erotismo e maggiore sessualità". *Ibidem*. La profonda ed estesa diffusione del culto cristiano contribuì a consolidare una immagine di donna "giusta" solo se caratterialmente provvista di autonegazione, sottomissione, obbedienza al marito e votata allo spirito di sacrificio e sottomissione. Il tutto doveva essere sigillato dalla maternità, sacra al cristianesimo come compito primario della donna così come prevede il culto della Madonna. Sul tema cfr. C. Klapisch-Zuber, *Maschile/femminile*, in J. Le goff, J.C. Schmitt (a cura di), *Dizionario dell'Occidente medievale*, Einaudi, Torino 2011, p. 651.

stesso possono poi trovarsi anche le tracce di contraddizioni, rispetto alla soggezione femminile, che testimoniano della capacità di erosione da parte delle donne del potere patriarcale anche attraverso lo strumento giuridico.¹³

Difatti, era la stessa impalcatura giuridica a difendere le violenze perpetrate dagli uomini, domestiche o sessuali che fossero, permettendone una prosecuzione legittimata in nome della tutela del valore della famiglia, bene supremo da salvaguardare per garantire la stabilità dell'assetto sociale, ed allo stesso tempo iscrivendo nella storia la resistenza di un diritto maschile all'uso "necessario" della violenza all'interno del nucleo familiare e nei confronti di tutti i suoi membri: tale diritto era al contempo avvertito come un imprescindibile dovere sociale dal quale dipendeva la reputazione di tutti, per cui assolutamente funzionali apparivano quegli strumenti di correzione messi a disposizione del *pater familias* come il cosiddetto *ius corrigendi*¹⁴ per ricondurre all'obbedienza tanto la moglie quanto le figlie o i figli¹⁵. Di un tale strumento non vi era alcuna codificazione diretta ma il suo fondamento giuridico era "riflesso, indiretto, per contrasto"¹⁶, così come normalizzata era la violenza utilizzata per "smacchiare" l'onore familiare, dall'accezione maschile, infangato anche solo dalle presunte chiacchiere o dicerie circa una qualche promiscua condotta sessuale femminile.

Da qui si capisce la significativa incidenza del diritto di fine Ottocento, che "aveva come finalità il controllo della sfera della sessualità nella definizione e costruzione di reati come quelli di adulterio, aborto, stupro, seduzione, o infanticidio"¹⁷, e trovava terreno fertile nella consuetudine storicamente assodata di poter disporre a proprio piacimento del corpo femminile: di poterlo possedere, cedere, maritare, per favori o per contrat-

13 M. Graziosi, *Infirmas sexus. La donna nell'immaginario penalistico*, in "Democrazia e diritto", cit., p. 99.

14 Solo nel 1956 la Cassazione, grazie alle decisive criticità sollevate da parte della dottrina (G.D. Pisapia, *Delitti contro la famiglia*, Utet, Torino 1953, pp. 724 ss.), esclude l'esistenza di uno potere correttivo nei confronti della moglie e dei figli, cambiando il suo orientamento con la sentenza 22 febbraio 1956, divenuta la prima pronuncia di legittimità ad aver negato ogni forma di *ius corrigendi* in capo al marito.

15 Cfr. L. Schettini, *Le radici sociali, culturali e giuridiche della violenza di genere*, in *Il Bo Live – Università di Padova*, 25/11/2023, <https://ilbolive.unipd.it/it/news/radici-sociali-culturali-giuridiche-violenza> consultato il 04/01/2024

16 *Ibidem*.

17 M. Graziosi, *Infirmas sexus. La donna nell'immaginario penalistico*, in "Democrazia e diritto", cit., cfr. <https://www.juragentium.org/topics/women/it/sexus.htm>

ti, per consolidare alleanze o congiungere famiglie “negoziando nel più vantaggioso dei modi il loro potere di procreazione”¹⁸.

La mercificazione della sessualità assoggettava tutto l’universo femminile alle dinamiche degli scambi fra uomini e la mercanzia privilegiata era l’illibatezza delle donne, sinonimo di integrità morale e rispettabilità e perciò sintomo di valore.

E tutto parte “dal” Corpo e “sul” Corpo della donna. E non è, ovviamente, solo questione di “preposizioni”. È che al di sotto di quelle “preposizioni” si nasconde tutto un modo di valutare il problema “giuridico” della “discriminazione di genere”, e di risolverlo; si nasconde tutto un atavico retaggio culturale ed un sistema concettuale su quello elaborato. Quelle “preposizioni” stanno cioè a significare un modo di concepire il Corpo femminile e di relazionarsi a quel Corpo da cui dipenderanno scelte e comportamenti della dottrina e della giurisprudenza dalla peculiarità inconfondibile¹⁹.

Ed ancora, a causa delle resistenze del concetto di *debitum* coniugale²⁰, all’interno della coppia ed in campo sessuale, la moglie era assoggettata al dovere di congiunzione fisica, il che rappresentava una valida esimente nel caso di violenza sessuale consumata dal marito ai danni della moglie, la cui condotta mai avrebbe potuto configurare un’ipotesi di reato²¹, sicché

18 G. Duby, *Medioevo maschio. Amore e matrimonio*, Laterza, Roma-Bari 1988, p. 10.

19 M. Pignata, “Dal” Corpo e “sul” Corpo della donna. Il reato di stupro fra Ottocento e Novecento, cit.

20 “*Mulier sui corporis potestatem non habet sed vir; similiter autem et vir sui corporis potestatem non habet sed mulier*” (I Corinth., 7,4), con tali parole l’Apostolo Paolo nella prima *Lettera ai Corinzi* introduceva il tema dell’uguaglianza dei coniugi nel rapporto matrimoniale, sottolineando come sia la moglie che il marito non avessero alcun potere sul proprio corpo, potere reciprocamente riservato al rispettivo coniuge: la moglie non è padrona del proprio corpo, ma lo è il marito; allo stesso modo il marito non è padrone del proprio corpo, ma lo è la moglie. Tale reciprocità era posta a fondamento di una visione paritaria del *debitum* coniugale poi radicalmente mutata ad opera della morale e del diritto che, in un “contesto antropologico patriarcale andò a configurarsi come un dovere preteso dal marito anche ricorrendo all’uso della violenza” (M. Cavina, *Nozze di Sangue, Storia della violenza coniugale*, Laterza, Roma-Bari 2011, p. 51). È stato proprio il diritto, foraggiato dalla dottrina, a conferire al *debitum* coniugale il “presupposto” qualitativo e caratteristico della coercizione, legandolo ad una giuridicizzazione contrattualistica del matrimonio attraverso lo *ius in corpus* e slegandolo definitivamente dal tema della reciprocità e del consenso originariamente attribuitogli. Cfr. anche S. Rodotà, *Diritto d’amore*, Laterza, Bari 2015.

21 “In materia di stupro coniugale la soluzione giudiziaria più diffusa – quantomeno sino alla prima metà del Novecento – era [...] quella di chi disconosceva la violenza carnale nel matrimonio, salvo che non fosse tesa a rapporti ‘contro natura’ ovvero andasse a configurare altri reati”, M. Cavina, *Nozze di sangue. Storia della violenza coniugale*, cit., p. 189.

i doveri inderogabili del rapporto coniugale influivano e confluivano direttamente sul piano giuridico, dove dottrina e giurisprudenza ammettevano una loro soddisfazione anche attraverso una sessualità coatta ed imposta²². Ed era proprio così che appariva la sessualità per le donne, inesplorata e colpevolizzata all'infuori del vincolo matrimoniale, il corpo diveniva solo un involucro vuoto, strumentale al soddisfacimento unilaterale di un piacere sconosciuto di prerogativa unicamente maschile. Inoltre, per le fasce sociali più indigenti e bisognose il corpo femminile si trasformava in una fonte materiale di reddito per il marito stesso; infatti, sotto il giogo del *debitum* la donna non aveva libero arbitrio e non poteva sottrarsi al proprio dovere, che la rendeva automaticamente adultera e prostituta per miseria, apposizioni che, di norma, si sovrapponevano e venivano fatte combaciare dalla magistratura e dall'opinione pubblica senza prendere in considerazione le motivazioni sottese, i contesti distorti e le costrizioni subite²³. Tutto era ricondotto alla dimensione più patrimoniale del nucleo familiare, nello specifico, e della società, in generale, nella quale erano gli stessi giuristi a vincolare il corpo femminile all'interno di rigorose interpretazioni saldamente ancorate al diritto romano, modello esemplare per eccellenza al quale riferirsi per riportare qualsivoglia dubbio progressista alla immobile staticità dei dogmi classici²⁴.

Così, il più delle volte, le condotte sessuali femminili si sono ritrovate al centro dei processi, quelli che si svolgevano nelle aule dei tribunali e quelli da pubblica piazza, divenendone il vero oggetto di discussione malgrado le evidenti violenze maschili, spesso mancanti anche di condanna. I tribunali, infatti, hanno giocato un ruolo fondamentale nella diffusione della violenza di genere, acuendone la portata ed arretrandone il superamento, questo perché, nell'esercizio del giudizio e del potere di condanna, operavano una

22 Ciò si dimostrava possibile nonostante l'art. 519 del Codice Penale Rocco recitasse "Chiunque, con violenza o minaccia, costringe taluno a congiunzione carnale è punito con la reclusione da tre a dieci anni", poiché in questa fattispecie non rientrava la figura della moglie costretta al rapporto contro la sua volontà, vista l'inconcepibilità di ravvisare violenza in un rapporto tra coniugi. Sul punto, D. Novarese, *Sul corpo delle donne. Stupro e debitum coniugale in Italia fra Otto e Novecento*, in M.A. Cocchiara (a cura di), *Violenza di genere, politica e istituzioni*, Giuffrè, Milano 2014, p. 242.

23 Cfr. G. Greco, *Peccato, crimine e malattia tra Ottocento e Novecento*, Edizioni Dedalo, Bari 1985, pp. 108-199.

24 D. Novarese, *Sul corpo delle donne. Stupro e debitum coniugale in Italia fra Otto e Novecento*, cit., p. 243, che riporta le considerazioni sulla "onnipotenza del *dominus* sui suoi beni" di L. Capogrossi Colognesi, *Proprietà, diritto romano*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII (1988), p. 162.

valutazione sull'entità e quantità della violenza, se, cioè, una violenza inflitta potesse considerarsi realmente accaduta o "giusta" e quindi definirsi tale in ragione di una soglia di violenza che veniva "legittimata" dalla legge stessa; "è quindi esistita una dose di violenza coniugale che nel nostro paese è stata considerata funzionale all'ordine delle famiglie, necessaria" e questo ha "contribuito a costruire una cultura di legittimazione e accettazione delle violenze di genere"²⁵.

Nel tracciare una linea di confine tra la violenza "legittimata" e la violenza "punibile" bisognava capire cosa avesse generato quella violenza e per farlo si analizzavano le condotte femminili, scavando in tutti gli aspetti della vita di una donna: di interesse privilegiato erano il campo matrimoniale, familiare ed ovviamente quello sessuale. La violenza passava in secondo piano, per vittimizzare una seconda volta²⁶ le donne e giustificare gli abusi tramite la loro disobbedienza, una provocazione di troppo, l'inadempimento dei doveri familiari e la discussa moralità. Tutte queste "mancanze" femminili erano la causa dell'ira maschile che, necessariamente, avrebbe dovuto far ricorso alla violenza per riportare il tutto allo *status quo*²⁷.

2. Dalla violenza carnale alla violenza sessuale: l'evoluzione normativa

Se la violenza sessuale è universale, così lo sono le norme contro la violenza sessuale²⁸. Essere, però, in grado di trasporre sotto forma di norme quello che è il corpo umano con le relative problematiche e differenti soggettività non è operazione semplice, tantomeno universalizzabile, soprattutto

25 Cfr. L. Schettini, *Le radici sociali, culturali e giuridiche della violenza di genere*, cit.

26 Non a caso questo accanimento giudiziario nei confronti delle donne ha dato il nome ad una categoria specifica definita "vittimizzazione secondaria" per sottolineare come, soprattutto nei reati di natura sessuale, la colpa e la vergogna di un onore macchiato vengano traslati dal malfattore alla vittima. Motivo per il quale molte donne, tutt'oggi, scelgono di non denunciare le violenze subite e chiudersi nel silenzio, per evitare la pressione processuale e l'imbarazzo nel rendere pubblica la propria sofferenza.

27 "Nel corso dei secoli e fino alla contemporaneità, dunque, sotto processo sono finite non le condotte e le azioni violente maschili, ma le condotte e le vite delle donne: i loro comportamenti avevano reso necessarie le violenze? Delle donne si scandagliava l'obbedienza, la moralità, i comportamenti, l'adesione ai compiti familiari, i comportamenti sessuali e quelli provocatori. Particolare importanza guadagna, in sede di giudizio, la sessualità (delle donne)". Cfr. L. Schettini, *Le radici sociali, culturali e giuridiche della violenza di genere*, cit.

28 S. Pinker, *The Better Angels of Our Nature. Why Violence has Declined*, Viking, New York 2011, p. 394.

per i tecnicismi della legge che poco si adattano alla sensibilità delle singole tematiche corporali, le quali attengono all'essere intrinseco di ogni donna e uomo, e non del tutto oggettivabili²⁹. La violenza sessuale è parte della storia³⁰ ed è grazie all'evoluzione di essa e del relativo contesto culturale che si può comprendere come nelle epoche sia stata possibile la trasposizione delle diverse gradazioni di sensibilità nelle concatenate previsioni normative. Il primo elemento dal quale la storia della violenza sessuale non può mai scollegarsi nella sua definizione (anche giuridica) è l'immagine della donna³¹. Non bisogna dimenticare che la regolamentazione della sessualità femminile è passata attraverso una "doppia morale"³², la quale prevedeva per le donne restrizioni ben maggiori rispetto a quelle previste per la sessualità maschile.

A tal riguardo, si rende utile analizzare le intricate tappe codicistiche per tracciare un quadro evolutivo, dal 1889, della legislazione italiana post-unitaria.

2.1. *Dal codice Zanardelli*

Nel primo Codice penale unitario, il Codice Zanardelli del 1889, i reati sessuali erano disciplinati dagli articoli dal 331 al 344, contenuti nel Libro II, capitolo I e II del Titolo VIII, nell'ambito "dei delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie"³³. Nel primo (artt. 331-339) dei sette

29 Cfr. M. Virgilio, *Corpo di donna e legge penale. Ancora sulla legge sulla violenza sessuale?!*, in "Democrazia e diritto", n.1(1996), pp. 157-169.

30 Si veda L. Goisis, *La violenza sessuale: profili storici e criminologici*, in "Diritto penale contemporaneo", 2012, pp. 3-4, la quale sottolinea altresì che "il comportamento sessuale umano è un comportamento relativamente variabile nel tempo e nello spazio, perché dipende oltre che dall'impulso, anche dalla coscienza e volontà del soggetto orientata da parametri culturali, storici, sociali, religiosi, geografici"; "Il comportamento sessuale è, dunque, al tempo stesso istintivo e sociale", D. Bertaccini, B. Pavisic, *I reati contro la libertà sessuale e la morale sessuale nel diritto penale croato*, in "Critica del diritto", 2002, n. 3-4, p. 305.

31 G. Vigarello, *Storia della violenza sessuale. XVI-XX secolo*, Marsilio, Venezia 2001, p. 11.

32 Doppio binario appannaggio della sola classe maschile e che a partire dalla seconda metà del '900 è stata messa in discussione dalle donne stesse. Sul punto sono interessanti le considerazioni di E. Gius, G. Giabardo, *Normalità e comportamento sessuale*, in E. Gius (a cura di), *La sessualità in prospettiva psicosociale. Ruoli normativi e devianza*, Cleup, Padova 1978, pp. 11 ss.

33 La previgente legislazione ottocentesca, che ha condizionato la formazione del Codice Zanardelli, aveva già dato un orientamento ed una dimensione pubblicistica ai reati sessuali. Ricordiamo il Codice Napoletano del 1819 per il quale i reati sessuali rientrano tra "reati che attaccano la pace e l'onore delle famiglie"; il Codice Toscano del 1853 che li raggruppa tra i "delitti contro

capi in cui il Titolo era suddiviso, rientravano le fattispecie della violenza carnale, gli atti di libidine violenti, la corruzione di minorenni, l'incesto, gli atti osceni in luogo pubblico e la vendita, la distribuzione di disegni o altri oggetti osceni. Nei restanti capi erano contemplati altri delitti come il ratto a fine di libidine o di matrimonio, l'induzione o costrizione alla prostituzione, l'adulterio e la bigamia.

Con questa schematizzazione il reato di violenza sessuale si scindeva in due fattispecie: la prima era quella della violenza carnale prevista all'articolo 331³⁴; la seconda, quella degli atti di libidine violenti di cui all'articolo 333³⁵. All'infuori delle circostanze della costrizione tramite violenza fisica e minaccia, tali reati si configuravano anche in considerazione dell'età della vittima, minore di dodici o quindici anni, oppure per le condizioni mentali e fisiche che impedivano alla vittima di resistere; un'aggravante era prevista dall'articolo 332 nel caso di abuso d'autorità, fiducia o relazioni domestiche³⁶.

Per quanto riguarda il bene di riferimento che si voleva tutelare, si era ben lontani dal riconoscere la violenza carnale come un reato ai danni della persona, perché tale bene non era attribuito al singolo, la cui tutela veniva messa in subordine rispetto alla necessità di proteggere un bene superiore ai valori di cui solo la persona era detentrica³⁷.

il pudore e contro l'ordine delle famiglie"; il Codice Albertino del 1839 ed il Codice Sardo-Italiano del 1859 per i quali si collocano tra i "reati contro l'ordine delle famiglie".

- 34 "Chiunque, con violenza o minaccia, costringe una persona dell'uno o dell'altro sesso a congiunzione carnale è punito con la reclusione da tre a dieci anni".
- 35 "Chiunque, usando dei mezzi o approfittando delle condizioni o delle circostanze indicate nell'articolo 331, commette su persona dell'uno o dell'altro sesso atti di libidine, che non siano diretti al delitto preveduto in detto articolo, è punito con la reclusione da uno a sette anni".
- 36 "Quando alcuno dei fatti preveduti nella prima parte e nei numeri 1° e 4° del capoverso dell'articolo precedente sia commesso con abuso di autorità, di fiducia o di relazioni domestiche, il colpevole è punito, nel caso preveduto nella prima parte, con la reclusione da sei a dodici anni; e negli altri casi, con la reclusione da otto a quindici anni". È importante sottolineare che con la configurazione di due ipotesi di reato si attribuisce una diversa intensità alla violenza carnale e agli atti di libidine, una differenza dovuta al fatto che la violazione dell'integrità fisica ha tutta un'altra gravità rispetto ad una molestia sessuale. Difatti, si ripartiva la violenza a sfondo sessuale in una toccata fugace di una zona erogena del corpo altrui, e nella penetrazione con il proprio organo sessuale del corpo altrui. Cfr. F. Coppi (a cura di), *I reati sessuali*, Giappichelli, Torino 2000, p. 9.
- 37 Ivi, cit., p. 8.

I beni superiori a cui si fa riferimento hanno una natura pubblicistica e la scelta di accorpare morale e famiglie in un unico Titolo³⁸ nasceva dall'idea che "l'offesa al 'buon costume' [fosse] inscindibile da quella all'ordine delle famiglie". Così il Codice Zanardelli riuni "i delitti sessuali e i delitti contro la famiglia, riconducendo prevalentemente all'ordine famigliare l'oggettività giuridica di tali forme delittuose"³⁹. L'indivisibilità dei due concetti era ribadita anche dalla dottrina⁴⁰ che ne dava una definizione in tal senso: "il buon costume e l'ordine delle famiglie sono beni giuridici essenziali della civile società, i quali si integrano reciprocamente e perciò si trovano accoppiati anche in relazione alla tutela che ad essi appresta la legge penale"⁴¹. Nello specifico, il "buon costume" simboleggiava "l'ordine etico-giuridico costituito dall'osservanza di quei limiti che sono ritenuti necessari per la sicurezza, la libertà e per la moralità dei rapporti sessuali"⁴²; mentre, "l'ordine delle famiglie" rappresentava "l'istituto giuridico famigliare regolato dallo Stato nel pubblico interesse considerato nel complesso di quelle norme che tendono ad assicurare la moralità sessuale nelle famiglie, in rapporto ad esse e che impongono l'osservanza delle leggi giuridico-naturali delle generazioni"⁴³. Questa prospettiva di tutela finiva per attribuire priorità al solo interesse collettivo, relegando la sal-

38 Il ministro Zanardelli nella relazione al Codice penale affermava che "nel determinare i fatti da comprendere nel presente Titolo, il Progetto attuale, in conformità ai precedenti, si ispira a questo concetto fondamentale, che, se occorre da un lato reprimere severamente i fatti dai quali può derivare alle famiglie un danno evidente ed apprezzabile o che sono contrari alla pubblica decenza, d'altra parte occorre altresì che il legislatore non invada il campo della morale".

39 *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, vol. V, Roma 1929, p. 303.

40 Giovanni Carmignani, ad esempio, partendo dal presupposto che la società civile fosse un insieme di più famiglie, considerava l'ordine familiare sulla base del matrimonio, ancora "da contrattarsi" o "già contrattato", prevedendo per il primo l'offesa dello stupro, ratto ed incesto e per il secondo quella dell'adulterio. Cfr. G. Carmignani, *Elementi di diritto criminale*, vol. II, Sanvito Editore, Milano 1863; in aderenza sul punto si confronta anche T. Padovani, *Violenza carnale e tutela della libertà*, in "Rivista italiana di diritto processuale penale", pp. 1301 ss., in particolare p. 1304: "l'interesse collettivo alla continenza sessuale conduceva a rinserrare l'attività sessuale entro incriminazioni fondamentali, l'una consistente nell'adulterio, l'altra nello stupro: la prima [...] a reprimere le deviazioni sessuali delle donne coniugate, la seconda quelle delle donne nubili".

41 V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VI, UTET, Torino 1915, p. 529.

42 Ivi, p. 530.

43 *Ibidem*.

vaguardia del singolo⁴⁴, deumanizzandolo sino alla oggettivazione, inteso come “restringimento della valutazione di una persona alla considerazione delle sue funzioni sessuali”⁴⁵, “che vengono separate dal resto della sua personalità e ridotte allo stato di mero strumento o guardate come se fossero capaci di rappresentarla nella sua interezza”⁴⁶.

Nel suo impianto codicistico in materia di reati sessuali, il Legislatore non faceva altro che riprendere una “gerarchia assiologica” mai abbandonata, già tipica del diritto comune, nella quale beni sovraindividuali, primo fra tutti l’onore familiare – indissolubilmente legato al pudore sessuale ed alla castità –, si affermavano e prevaricavano sulle libertà e diritti di autodeterminazione personali⁴⁷. Il codice Zanardelli, sebbene incorporasse parte delle influenze liberali del suo tempo, mantenne inequivocabilmente ideologie tipiche del passato che non prevedevano attenuanti di pena per i reati sessuali realizzati ai danni delle prostitute⁴⁸, ma, allo stesso tempo, si prescrivevano aggravanti per la violenza sessuale perpetrata ai danni delle monache⁴⁹. Bisognerà attendere la fine degli anni Sessanta del secolo scorso per riconoscerne la punibilità⁵⁰.

44 Per altre considerazioni sul punto V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VI, cit., pp. 539 ss.

45 L’oggettivazione come riduzione di una persona a solo strumento sessuale era già stata concettualizzata da Kant nella sua *Metafisica dei costumi*; sul concetto di deumanizzazione e le sue varie forme si veda C. Volpato, *La negazione dell’umanità: i percorsi della deumanizzazione*, in “Rivista internazionale di filosofia e psicologia”, 3(1), 2012, pp. 96-109.

46 S.L. Bartky, *Femininity and Domination: Studies in the Phenomenology of Oppression*, Routledge, New York 1990, p. 26; “Per Bartky, le donne, nella società patriarcale, sono avvicinate per la loro utilità come oggetti sessuali, indipendentemente dalle loro qualità umane, e sono così sottoposte a un processo di alienazione analogo a quello descritto da Marx per i proletari”, C. Volpato, *La negazione dell’umanità: i percorsi della deumanizzazione*, cit., p. 99.

47 Gian Marco Caletti sottolinea come esisteva “ancora un forte legame tra la punizione della violenza carnale e le logiche che reggevano il precedente sistema di incriminazione graduale fondato su stupro semplice, stupro qualificato e stupro violento”; G.M. Caletti, *Dalla violenza al consenso nei reati sessuali*, cit., pp. 93-94.

48 Questo per via della diffusa convinzione che, nel caso di violenza carnale ai danni di una prostituta, i bene giuridici della castità, pudore, buon costume, ordine delle famiglie e moralità, in teoria coperti dalla tutela del reato, non avessero subito alcuna lesione, e, pertanto, non fosse una vera e propria fattispecie punibile.

49 Caletti, *ivi*, p. 94; sul punto confronta anche F. Mancini, *Reati Sessuali. Violenza carnale, atti di libidine, corruzione di minorenni, ratto, lenocinio, azione penale*, Fratelli Bocca, Torino 1927, pp. 304 ss.

50 A titolo esemplificativo la sentenza della Cass. pen., 16 dicembre 1966, in *Cass. pen. mass.*, 1967, p. 1145.

2.2. Al codice Rocco

La stessa schematizzazione di fattispecie rimase invariata anche nel Codice Rocco del 1930, che, pertanto, riproduceva solo una configurazione già esistente della trasposizione dall'individuale al pubblico dei delitti sessuali⁵¹, collocati nel Titolo XI del secondo Libro del Codice, rubricato "Dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume". In particolare, il Capo I, dedicato ai "delitti contro la libertà sessuale" (artt. 519-526), disciplinava il delitto di violenza carnale all'articolo 519⁵², prevista nella duplice natura della congiunzione violenta al primo comma e della congiunzione abusiva al secondo comma; l'articolo 520⁵³ prevedeva l'autonoma fattispecie della congiunzione carnale commessa con abuso della qualità di pubblico ufficiale; l'articolo 521⁵⁴, invece, gli atti di libidine violenti, la cui distinzione con la violenza carnale ancora non permetteva di configurare un unico reato come previsto dall'attuale normativa. In tal senso, anche nel Codice Rocco, al voler regolamentare la sessualità della donna, il suo corpo perdeva unità e veniva parcellizzato attraverso la suddetta divisione⁵⁵. Ed ancora, sono presenti, come in

-
- 51 "il Codice Rocco è stato eretto ad idolo polemico, quasi che la scelta del 30 rappresenti il frutto dell'ideologia fascista. In realtà la collocazione nel codice Rocco non risulta per nulla eccentrica rispetto alla tradizione giuridica italiana (e non solo italiana)", T. Padovani, *Pre-Art. 609-bis c.p. Commento ad Art. 1 l. 15 febbraio 1996*, n. 66, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, CEDAM, Padova 2006, p. 417.
- 52 "Chiunque, con violenza o minaccia, costringe taluno a congiunzione carnale è punito con reclusione da tre a dieci anni".
- 53 "Il pubblico ufficiale, che, fuori dei casi preveduti nell'articolo precedente, si congiunge carnalmente con una persona arrestata o detenuta, di cui ha la custodia per ragione del suo ufficio, ovvero con persona che è a lui affidata in esecuzione di un provvedimento dell'Autorità competente, è punito con la reclusione da uno a cinque anni".
- 54 "Chiunque, usando dei mezzi o valendosi delle condizioni indicate nei due articoli precedenti, commette su taluno atti di libidine diversi dalla congiunzione carnale soggiace alle pene stabilite nei detti articoli, ridotte di un terzo".
- 55 "Il Codice Rocco, in questo senso, era molto chiaro nel regolare e disciplinare il corpo e la sessualità delle donne: come è stato correttamente osservato, "nella sua visione patriarcale c'era una scissione totale fra corpo e mente di donna, giacché il corpo della donna era ipotizzato come proprietà di un uomo, padre, marito, ed era concepito come oggetto di scambio tra uomini (aggiungiamo noi, come nell'ancien régime...); infatti la donna aveva statutariamente come destinazione un uomo, cioè il matrimonio; lo dimostra il fatto che la pena per il ratto a fine di libidine era aggravata in caso di donna coniugata. Inoltre, il ratto a fine di libidine era più gravemente punito di quello a fine di

quello precedente, altre circostanze, all'infuori della violenza e della minaccia, che configurano la violenza carnale: l'età inferiore a quattordici e sedici anni e la malattia di mente o l'inferiorità psico-fisica della vittima, a cui si aggiunge l'inganno per sostituzione di persona. In merito al bene tutelato, si rompe ed incrina il legame con il precedente "ordine delle famiglie"⁵⁶ e, in sostituzione, viene introdotta la tutela della "moralità pubblica", che, concettualmente, si riconduce alla "coscienza etica di un popolo in un dato momento storico", limitatamente però alla sfera delle manifestazioni sessuali⁵⁷; mentre il "buon costume" è rappresentato da tutte quelle abitudini di vita conformi alla convivenza civile nel campo della sessualità⁵⁸. La dottrina ha evidenziato come la diversa collocazione sistemica all'interno del Codice non avesse mutato l'oggetto della tutela; infatti, l'interesse dello Stato era sempre quello di "garantire i beni giuridici della moralità pubblica e del buon costume" che si riferivano "alla libertà sessuale, all'inviolabilità del sentimento del pudore e al rispetto dell'onore sessuale"⁵⁹.

Così, all'affermare che la violenza sessuale ledesse generalmente la pubblica moralità e non la persona, restringendo e condizionando la sua libertà, si confermava solo che il bene da tutelare era unicamente il buon costume sociale, non la donna che, nell'immaginario collettivo e giuridico, continuava a non godere della libertà di disporre del proprio spazio sessuale⁶⁰; ciò nonostante, emergeva l'apparente innovativo interesse riservato alla "libertà sessuale"⁶¹, bene solo individuale

matrimonio: la presa di possesso su una donna ha delle regole e chi le rispetta deve pur essere premiato!", L. Goisis, *La violenza sessuale: profili storici e criminologici*, in "Diritto penale contemporaneo", 2012, p. 12; M. Virgilio, *Corpo di donna e legge penale. Ancora sulla legge sulla violenza sessuale?!*, cit., p. 163.

- 56 Quello dell'ordine delle famiglie era un criterio che non rispecchiava più le nascenti spinte sociali. Cesare Beccaria in merito rifletteva: "Il sistema penale repressivo si incrina, la preminente tutela accordata all'ordine delle famiglie è costretta a fronteggiare le ingiustizie generate dall'aver considerato la società un'unione di famiglie piuttosto che di uomini", C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, F. Venturi (a cura di), Einaudi, Torino 1965, p. 56.
- 57 G. Maggiore, *Diritto penale*, II, t. I, 4^a ed., Zanichelli, Bologna 1950, p. 541.
- 58 M. Petrone, *Moralità pubblica e buon costume* (diritto penale) (voce), in *Enciclopedia del diritto XXVII*, Giuffrè, Milano 1977, p. 64.
- 59 V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VI, cit., p. 271.
- 60 S. Beltrani, R. Marino, *Le nuove norme sulla violenza sessuale. Commento sistematico alla L. 15.2.96 n. 66*, cit., p. 27.
- 61 Il significato che le si attribuisce è quello di "libera disposizione del proprio corpo nei rapporti sessuali", così la relazione ministeriale del progetto penale descriveva

e nuovo oggetto di tutela, specificatamente nei confronti dei delitti di violenza sessuale, ma in illogico contrasto con la tutela degli interessi collettivi pubblici della moralità e buon costume, ai quali il Capo I era riferito. E dunque, questa ambiguità si può interpretare come “il suggerimento di un godimento in chiave “funzionale” di tale libertà entro il rassicurante perimetro dei confini tracciati dal diritto e dal costume sociale”⁶². Tuttavia, riguardo alla donna ed al suo diritto di autodeterminarsi nell’ambito della libertà sessuale, non esiste ancora un intento di protezione diretta senza interposizioni, in quanto la stessa esiste e viene riconosciuta solo al suo allinearsi con i tradizionali valori della moralità pubblica e buon costume, identificandosi in un valore dal mero interesse legittimo⁶³.

Alla donna è ancora affibbiato il dovere di proteggere le sue virtù per difendere l’onore della famiglia, perciò, quando la violenza carnale assume le forme di una costrizione fisicamente violenta, la donna si trova di fronte ad un’offesa ben più grave, poiché si scontra con l’impedimento a resistere; il concetto di resistenza è qui un aggancio chiave con il quale collegare l’assenso-dissenso della donna alla sua capacità di resistere, di impedire, nonostante la forza brutta dell’aggressore, la violenza sessuale⁶⁴. Troppi falsi miti – in merito – hanno costruito l’idea che, infatti, non sarebbe possibile violentare una donna che opponga resistenza⁶⁵. La

la libertà sessuale, in un’ottica del tutto moderna ed innovativa, si veda G. Fian-daca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, volume II, t. I, *I delitti contro la persona*, Zanichelli, Bologna 2007, p. 201.

- 62 G.M. Caletti, *Dalla violenza al consenso nei reati sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, cit., p. 94.
- 63 T. Padovani, *Pre-Art. 609-bis c.p. Commento ad Art. 1. l 15 febbraio 1996*, n. 66, cit., p. 419.
- 64 “Costrizione violenta e resistenza sono, in definitiva, logicamente correlate; facce della stessa medaglia, poiché la previsione legale dell’una implica, in concreto, richiedere la sussistenza dell’altra per accertare il reato”, G.M. Caletti, *Dalla violenza al consenso nei reati sessuali*, cit., p. 100.
- 65 Già in precedenza il Codice Zanardelli ne faceva menzione al comma 2 dell’articolo 331 (punto n° 4), estendendo la pena di cui al comma 1 anche a “chi si congiunge carnalmente con persona dell’uno o dell’altro sesso, la quale al momento del fatto (4) non sia in grado di resistere, per malattia di mente o di corpo o per altra causa indipendente dal fatto del colpevole, ovvero per effetto di mezzi fraudolenti da esso adoperati”. Peraltro, in una voce del *Digesto Italiano* relativa ai reati sessuali commentata dal medico legale Ziino, si sosteneva che non sarebbe possibile costringere una donna al rapporto sessuale, “come se donna adulta e sana di corpo e di mente, quando realmente voglia nol voglia e sia intatta, potesse da un sol uomo, sia pure di forze erculee, venire stuprata!”, G. Ziino, *Stupro e attentati contro il pudore e il buon costume*,

donna si trova a dover dimostrare, nel momento dell'atto violento, la sua *noluntas*⁶⁶ per escludere ogni tipo di compiacenza⁶⁷ o di assenso e per rendere quanto più visibile ed inconfondibile il suo rifiuto, combattendo strenuamente contro la violenza fisica o la minaccia di essa, senza che mai ci fosse compartecipazione tanto da non poter affermare che "la vittima, dopo aver opposto resistenza alla violenza usata, lasciandosi infine travolgere dall'amore e dall'eccitazione dei sensi, si sia abbandonata all'amplesso"⁶⁸.

Di lì in poi, la giurisprudenza iniziò a richiedere un accertamento rigoroso sul tipo di forza utilizzata. Quello che si ricercava, come elemento necessario dello stupro, era l'irresistibilità a tale forza, denominata poi con l'espressione "*vis atrox*": una forza così intensa da non permettere in alcun modo di essere elusa dalla vittima. Questo tipo particolare di forza spostava l'onere sulla vittima di dimostrare, a prova della resistenza, di essere stata "ben determinata a resistere con tutti i mezzi consentiti dalle sue condizioni fisiche e psichiche"⁶⁹.

Questa visione andò via via attenuandosi negli anni sino ad essere abbandonata dagli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, nonostante il dettato normativo restasse invariato. Bisognerà attendere la Legge 15 febbraio 1996, n.66, nata da un lungo dibattito politico, per mutare il bene tutelato dai reati sessuali e riconoscere dignità alla libertà personale e sessuale.

in *Il Digesto italiano*, vol. XXII, t. II, 1895, p. 910. A tal proposito si rimanda anche alla più volte citata J. Bourke, *Stupro. Storia della violenza sessuale dal 1860 ad oggi*, cit.

66 Riportando l'interpretazione della Cass. pen., 19 dicembre 1967, in "Giustizia penale", 1969, II, 752, il reato di violenza carnale si configurava quando vi era "la piena prova di una congiunzione carnale avvenuta non soltanto nel dissenso, ma anche nel vano tentativo di una resistenza effettiva e concreta, sopraffatta dalla violenza dell'agente".

67 La compiacenza a cui si fa riferimento rimanda alla famosa ed antica espressione del *vis grata puellae* di cui Gian Marco Caletti esplica efficacemente il concetto: "Il costante riferimento di dottrina e giurisprudenza a resistenze simulate e finte riluttanze riecheggia le logiche della ovidiana "*vis grata puellae*", cioè l'antica idea che un minimo di forza iniziale non sia affatto sgradito alle fanciulle ("*haud ingrata*")", poiché consentirebbe loro di dissimulare i propri reali desideri dietro un fittizio adempimento del dovere di ritrosia al rapporto, codificato come prerogativa femminile dalla coscienza sociale già a partire dai miti greci", G.M. Caletti, *Dalla violenza al consenso nei reati sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, cit., p. 153.

68 Cass. pen., 18 maggio/marzo 1954, in *Giustizia penale*, 1954, II, p. 706.

69 Cass. pen., 10 maggio 1948, in *Rivista penale*, 1949, II, p. 34.

3. *La giurisprudenza di fine Ottocento: casi pratici a confronto*

Gli ordinamenti giuridici non sono corpi senza vita, imbalsamati in formule solenni che, nella loro compiuta circolarità, frenano ogni progresso: essi, al contrario, mostrano una certa “mutabilità”, sono in perenne divenire e proprio la prassi, le sentenze, sono il terreno per testare, l’effettiva operatività delle norme⁷⁰. In particolare, nel XIX secolo, la giurisprudenza inizia a mostrare un maggiore interesse verso la violenza morale ed opera una suddivisione differenziata delle varie forme di violenza. La vittima incomincia ad avere una sua rilevanza e si rilevano azioni e impedimenti che ruotano attorno alla sfera della sua volontà e della sua relativa assenza, alla violenza utilizzata per abbattere ogni suo tentativo di difesa ed all’annichilimento della sua libertà fisica, sessuale e di autodeterminazione⁷¹. Tuttavia, la giustizia ottocentesca è ancora un passo indietro nel valorizzare le lesioni della coscienza soggettiva femminile, rispetto, invece, alla mutata intransigenza sociale e giuridica verso i reati sessuali⁷². Con lo sviluppo della medicina legale, nella seconda metà dell’Ottocento, peraltro, i reati sessuali vengono categorizzati nelle diciture dell’oltraggio o attentato al pudore, stupro e violenza carnale, riportando la questione della punibilità del reato alla diversa età delle vittime. Emersero così esigenze di tutela per quei fatti fino ad allora ritenuti non integranti del reato di violenza sessuale e si dimostrò tutta una nuova sensibilità verso il grado di intensità e di ferocia della violenza utilizzata per abusare. L’evoluzione culturale e giurisprudenziale nei confronti dei reati sessuali non ha però significato un aumento di denunce, difatti, anche le attuali raccolte giurisprudenziali, consegnano un esiguo numero di dati riguardanti i procedimenti penali in materia di violenza sessuale, soprattutto per quanto riguarda ragazze di maggiore età o donne adulte; un’eccezione si riscontra per i processi per violenza sessuale su minore, che aumentano numericamente e, in un clima sociale di maggior attenzione per l’infanzia, vengono meno tollerati⁷³.

70 M. Pignata, *Legami in crisi. I “rimedi” della giurisprudenza italiana tra Otto e Novecento*, Giappichelli, Torino 2012, p. 14.

71 Cfr. L. Goisis, *La violenza sessuale: profili storici e criminologici*, cit., pp. 4-8.

72 Ciò sarebbe dovuto, secondo Georges Vigarello, alla stabilità delle consuetudini che stentano ad allentare la morsa del dominio sulla donna, instaurando così, già alla base, un giudizio (anche sociale) per niente paritario. G. Vigarello, *Storia della violenza sessuale. XVI-XX secolo*, Marsilio, Venezia 2001, pp. 122 ss.

73 *Ibidem*.

Denunciare era ancora avvertito come rendere pubblico un avvenimento turpe che aveva macchiato l'onore della donna e della famiglia di appartenenza, per queste ragioni la famiglia stessa preferiva celare tutto nel silenzio, per dissimulare l'accaduto e la vergogna del disvalore sociale. Ed anche quando la querela veniva presentata, numerosissimi erano i casi di remissione, tant'è che si venne a creare una problematica circa la prosecuzione di procedimenti già avviati, giunti oltre la fase dibattimentale. La questione verteva sul tipo di azione penale da prendere in considerazione, se, cioè valesse quella privata, ammettendo la possibilità di remissione in ogni caso, oppure l'azione pubblica nell'interesse di accertamenti e prosecuzione per giungere comunque ad una tutela.

Il codice Zanardelli, rispetto alla codicistica previgente, richiedeva che la querela per il reato subito fosse presentata ad opera di parte, lasciando alla vittima tale prerogativa per instaurare il procedimento sino alla fase del dibattimento, momento in cui (per l'articolo 336⁷⁴) pur richiedendone la remissione, la stessa non avrebbe avuto effetto poiché all'azione penale privata subentrava l'azione pubblica.

A titolo esemplificativo la sentenza della Corte di Cassazione di Roma, nel 1891, che in un caso di violenza carnale ai danni di una minorenne di soli sei anni, rigettava la domanda di remissione dei genitori della fanciulla e motivava perché tale richiesta non potesse andare oltre il dibattimento, in ossequio al difeso onore dell'ordine delle famiglie:

D'altronde è da considerarsi che al 1 gennaio 1890, anche ai sensi del nuovo codice, onde dare svolgimento all'azione penale sul reato previsto dall'art. 331 havvi bisogno, [...], della querela di parte, e non si potrà contestare che in tal caso la desistenza debba esser fatta, per aver efficacia, prima che venga aperto il dibattimento; né havvi ragione sufficiente per un trattamento diverso in allora che l'azione sia svolta per la querela presentata prima dell'attuazione del codice nuovo, tanto più che in tutte le due contingenze regge il motivo per il quale quella disposizione restrittiva fu dettata, l'impedire cioè, possibilmente, lo *scandalo pubblico* ed il danno di porre in pubblico *atti così turpi*

74 L'articolo 336 del Codice Zanardelli così recita: "Per i delitti preveduti nei precedenti articoli non si procede che a querela di parte; ma la querela non è più ammessa trascorso un anno dal giorno in cui il fatto fu commesso o ne ebbe notizia chi abbia diritto di presentare la querela stessa in vece dell'offeso. La remissione non produce effetto se fatta dopo che fu aperto il dibattimento. Si procede d'ufficio quando il fatto: 1. abbia cagionato la morte della persona offesa, o sia accompagnato da altro delitto per cui sia stabilita una pena restrittiva della libertà personale per un tempo non inferiore ai trenta mesi e si debba procedere d'ufficio; 2. sia commesso in luogo pubblico o esposto al pubblico; 3. sia commesso con abuso della patria potestà o dell'autorità tutoria".

che disonorano le famiglie, motivo e scopo che più non regge una volta che sia aperto il pubblico dibattimento.⁷⁵

Il desistere dall'azione penale trovava il suo limite all'apertura del dibattimento, oltre il quale si sarebbe esercitata azione pubblica. Tale restrizione fu dettata per dare la possibilità alla parte offesa di non giungere sino ad un dibattimento pubblico in cui "atti così turpi" avrebbero potuto causare uno scandalo ed un danno pubblico disonorando le famiglie; tuttavia, nel momento in cui il dibattimento pubblico fosse stato già aperto, non aveva più senso permettere la remissione e perciò si sarebbe arrivati fino alla conclusione del procedimento.

Non bisogna dimenticare, però, che è proprio grazie all'articolo 336 del Codice penale se molte cause per violenza sessuale sono state portate avanti, invalidando completamente gli effetti giuridici di una remissione troppo spesso dichiarata ma forse non del tutto voluta, e giocando sulle condizioni di procedibilità d'ufficio, tra cui la n. 2 del suddetto articolo che prevedeva la circostanza del reato commesso in un luogo pubblico o esposto al pubblico. In tal guisa, la Corte di Cassazione di Roma nel 1895, discutendo sulla invalidità di una istanza di remissione per violenza carnale avvenuta in un luogo pubblico, specificava che:

[...] si può discutere se tale circostanza sia elemento costitutivo od aggravante del reato, ma non può dubitarsi che essa renda peggiore la condizione degli accusati *sotto ponendoli ad una responsabilità, dalla quale essi sarebbero altrimenti sfuggiti*.⁷⁶

Così, grazie alla circostanza della pubblicità gli accusati non sarebbero potuti sfuggire alla propria responsabilità neanche tramite una scarsa remissione⁷⁷ (in tal caso genitoriale), per cui:

si ritiene che dovesse nella specie avere applicazione la eccezione fatta nel n. secondo dell'art. 336 cod. pen. al principio generale con esso stabilito, che in

75 Cass. pen., 5 maggio 1891, Pres. Nobile, Est. Mosconi, Ric. Insalaco, in *Il Foro Italiano*, 1891, II, pp. 407-409, corsivo di chi scrive.

76 Cass. pen., 20 maggio 1895, Pres. Canonico, Est. Basile, Ric. Di Rado, in *Il Foro Italiano*, 1895, II, pp. 436-438, corsivo di chi scrive.

77 Nel caso in questione, la remissione avrebbe solo leso ulteriormente la non ancora diciassettenne Rosa Giangrandi, la quale fu rapita da Domenico Di Rado e Rocco Righetti e costretta con violenza alla congiunzione carnale, per giunta trascinata fin sotto il ponte di una Chiesa di Lanciano per consumare il reato in un luogo pubblico.

simili reati potesse procedersi a querela di parte, e dovesse quindi avere libero corso la *pubblica giustizia*, per cui riuscisse improduttiva di giuridici effetti la intervenuta remissione.⁷⁸

Nel caso di un minore leso, invece, il diritto a desistere all'azione penale era affidato, totalmente ed incondizionatamente al genitore dell'offeso, senza un'autorizzazione del tribunale; altrimenti, qualora il tribunale avesse negato l'autorizzazione, la desistenza non avrebbe potuto aver luogo ed il reato di violenza carnale avrebbe cessato di essere di azione privata ma perseguibile d'ufficio, come diretta conseguenza del diniego. Essendo poi il reato di violenza carnale uno di quei reati che offendono il buon costume e l'ordine delle famiglie e la cui offesa cade direttamente sul minore, ed essendo il padre "il capo e il naturale custode dell'onore e della pace della famiglia", solo lui poteva detenere il diritto di scegliere se punire il colpevole oppure sacrificare l'onore del minore serbando segretamente l'offesa subita, una scelta di valori di natura discrezionale che la Corte di Cassazione di Roma, con un'udienza del 1893, così spiegava:

Questa prevalenza di interessi minori sui maggiori il legislatore non ha potuto volere, e non lo ha infatti voluto, [...] perché ha lasciato al prudente arbitrio del padre, che per voce di natura è tratto a procacciare il bene e la prosperità dei figliuoli, nei singoli casi la scelta se convenga meglio chiedere la pena dell'offensore con la consecutiva riparazione pecuniaria dell'offeso minore, ovvero immolare tutto ciò al buon nome del minore stesso e della famiglia, e chiudere fra le pareti domestiche il segreto dell'onta patita.⁷⁹

Tuttavia, è proprio in queste famiglie che talvolta venne a mancare il senso del pudore, del buon costume e della moralità tanto reclamato. Frequenti sono infatti i casi di abusi incestuosi, di padri che si congiungevano carnalmente con le proprie figlie, prevalentemente minorenni, così come nell'udienza 28 ottobre 1892 della Corte di Cassazione di Roma in tema di violenza carnale ai danni di una dodicenne. Nel caso di specie, mancando la querela di parte non si sarebbe potuto giungere ad una condanna del padre della vittima, tuttavia la Corte d'assise competente addusse l'aggravante dell'abuso della patria potestà del richiamato articolo 336 n. 3, facendo così rientrare la procedibilità per tale reato in quelle fattispecie di azione pubblica e non più privata. La Corte di Cassazione confermò, in tal modo,

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ Cass. pen., 16 agosto 1893, Pres. Tondi, Est. Petrella, Ric. Recati, in *Il Foro Italiano*, 1893, II, pp. 485-487.

la sentenza impugnata sottolineando anche perché fosse stato necessario indagare sull'abuso di patria potestà e non solo sull'abuso di autorità:

Imperocché nell'abuso di autorità bisogna indagare se la superiorità anche morale dell'agente imponga una soggezione che, diminuendo nella vittima la forza di resistere, agevoli la perpetrazione del reato; laddove nell'abuso della patria potestà la indagine si rende più facile posto mente agli obblighi che tutti i genitori hanno tanto per la legge naturale quanto per le leggi civili di mantenere i propri figli e di educarli, imprimendo loro nell'animo e nella mente i sentimenti del vero, del buono, del giusto e dell'onesto.⁸⁰

Una parentesi peculiare è invece da aprire per i reati di violenza carnale nei confronti di donne adulte e non sposate, i cui effetti travolgevano direttamente anche la famiglia della vittima. L'offesa, ancora una volta, non era arrecata alla donna in quanto tale, quanto a ciò che rappresentava soprattutto per i membri maschili della famiglia. L'idea comune era che si fosse danneggiato un bene familiare prezioso, oggettivato nella verginità della donna, la cui pudicizia era strettamente collegata alla rispettabilità di un'intera comunità. Cosicché, la legittimazione ad agire per difendere questo bene-oggetto non veniva assegnata alla sola donna lesa, bensì a tutti i membri della famiglia che, di tale offesa, ne facevano una propria ed autonoma lesione per la quale agire non in nome o in vece della vittima, ma in nome proprio. La suprema Corte aveva più volte proclamato il principio per cui, per i reati che offendevano la famiglia, ogni componente poteva *jure proprio* produrre querela. L'offesa morale e materiale ad un familiare si riversava su tutte le persone unite a lui da un vincolo di sangue; trattandosi di ingiurie riguardanti l'onore della famiglia, il capo di questa poteva presentare querela per tutte quelle offese dirette contro un membro della famiglia, ancorché maggiorenne e che non avesse già presentato querela di per sé⁸¹. Inoltre, anche il fratello aveva il diritto di presentar querela per la corruzione delle sorelle, nonostante fosse viva la madre che, sulle medesime, esercitava la patria potestà, questo perché "non può negarsi che dal reato in discorso per quale l'onore dell'intera famiglia rimaneva offeso, anche il fratello delle ricordate fanciulle rimanesse danneggiato ed offeso e come tale avesse diritto di portarne querela"⁸².

80 Cass. pen., 28 ottobre 1892, Pres. Ghiglieri, Est. Bovenzi, Ric. Picicelli, in *Il Foro Italiano*, 1893, II, pp. 31-32.

81 Cfr. Cass. pen., 24 marzo 1891, in *Il Foro Italiano, Repertorio*, 1891, voce *Querela*, n. 6.

82 Cfr. Cass. pen., 14 aprile 1890, in *Il Foro Italiano, Repertorio*, 1890, voce *Querela*, n. 3.

Tutto ciò fa intendere quanto ancora si fosse lontani dal concepire lo stupro come un delitto che attentava alla libertà personale, sessuale, individuale e soprattutto alla libertà di autodeterminazione della donna. Le norme continuavano a tutelare un bene considerato ancora di natura collettiva, comunitaria e familiare. A riprova di ciò, la famiglia giocava un ruolo fondamentale anche nelle fattispecie del reato di ratto per fini di libidine o matrimonio. Quando la ragazza aveva oltre i dodici anni e si poteva dedurre una certa consensualità nelle sue azioni, veniva a tipizzarsi il cosiddetto ratto *improprio*, “avvenuto, cioè, con il consenso di una fanciulla pubere, oltre i dodici anni”⁸³. L’articolo 341⁸⁴ del Codice Zanardelli identificava come ratto l’azione di ritenimento o di sottrazione con violenza, minaccia o inganno di un minorenne, appunto, per i fini di libidine o di matrimonio e questa forma *propria* di delitto aveva tutt’altra accezione rispetto a quella *impropria*: se nella ritrosia della prima tipologia si immolava la vittima in nome della resistenza per l’onore, nella seconda, invece, non c’erano scusanti per la spregiudicatezza della ragazza che indirettamente acconsentiva, non tanto all’atto, quanto a perdere i valori di cui era portatrice. Nel primo caso, il ratto rilevava penalmente per l’attentare alla libertà individuale della donna dissenziente e l’azione di tutela si rifletteva sulla rivendicazione della libertà vinta e sedotta. Ma quando la ragazza acconsentiva volontariamente alle suggestioni del seduttore, eludendo il fattore, determinante per tale reato, della violenza, dell’inganno e della minaccia, allora si poteva affermare che “non è la minorenne la parte offesa, ma sono i diritti di famiglia su di lei che restano conculcati e che la legge vuole proteggere”⁸⁵.

A proposito di tutela del buon nome della famiglia a pregiudizio della violenza subita dalla donna, l’articolo 352 del Codice Zanardelli così recitava: “Il colpevole di alcuno dei delitti preveduti negli articoli 331, 332, 333, 335, 340 e 341 va esente da pena, se, prima che sia pronunciata la condanna, contragga matrimonio con la persona offesa; e il procedimento cessa per tutti coloro che sono concorsi nel delitto, ferma, ove ne sia il

83 Cass. pen., 9 settembre 1896, Pres. Mosconi, Est. Floreno, Ric. Donalisio ed altri, in *Il Foro Italiano*, 1897, II, pp. 133-137.

84 L’articolo 341 del Codice Zanardelli così recita: “Chiunque, con violenza, minaccia o inganno, sottrae o ritiene, per fine di libidine o di matrimonio, una persona di età minore, ovvero per fine di libidine una donna conjugata, è punito con la reclusione da tre a sette anni. Se la persona minore sia sottratta o ritenuta senza violenza, minaccia o inganno, ma col suo consenso, la pena è della reclusione da sei mesi a tre anni. Se la persona rapita non abbia compiuto gli anni dodici, il colpevole è punito, ancorché non faccia uso di violenza, minaccia o inganno, con la reclusione da tre a sette anni”.

85 Cass. pen., 9 settembre 1896, Pres. Mosconi, Est. Floreno, Ric. Donalisio ed altri, cit.

caso, la pena per gli altri reati. Se il matrimonio si contragga dopo la condanna, cessa l'esecuzione e cessano gli effetti penali di essa”.

Ebbene, come si evince dalla disposizione codicistica, purtroppo, il matrimonio con la donna stuprata, permetteva di far cessare il relativo procedimento penale, e ciò non solo era comune consuetudine dai risvolti sociali, ma soprattutto strumento di totale deresponsabilizzazione dalla rilevanza giuridica. Il beneficio era rivolto al colpevole del reato di violenza carnale (o gli altri previsti dal sopracitato articolo) ed a coloro che concorrevano nella violenza da lui commessa. Difatti, la legge “parla del colpevole come autore materiale di alcuni dei delitti preveduti dagli art. 331, 332 e seguenti cod. pen., e lo considera quale precipuo beneficiario rispetto all'esecuzione della pena ed alla cessazione della condanna e dei suoi effetti dal matrimonio contratto con la persona offesa. Estende il beneficio unicamente ai concorrenti nel delitto di questo unico autore partecipante”⁸⁶. Di qui, molti complici e corresponsabili del fatto richiedevano l'applicazione dell'articolo 352 per liberarsi di tutte le responsabilità del caso. L'idea, poi, che con il matrimonio di uno con la donna violata venissero meno tutte le conseguenze penali per gli altri è considerazione che appare tanto assurda quanto paradossale e la cui ragione di riferimento era sempre il prevalente interesse della famiglia, un principio fondamentale seguito per tutti i reati in materia di reati sessuali ed interesse pubblico di natura preponderante.

È su questa base codicistica ed a seguito di un lungo e tortuoso *iter* che si innesta la legge del 15 febbraio 1996, n. 66 che rappresenta l'insieme di tante conquiste e tramonti di libertà, potere e ideologie che, grazie al declino di una società patriarcale ed al raggiungimento di una più consapevole parità uomo-donna, hanno ridefinito il confine della tolleranza verso i reati sessuali, contribuendo alla reazione sociale attraverso un maggior numero di denunce. Importante per colmare i vuoti di tutela del sistema giuridico è stato anche il contributo dei Movimenti femministi nella capillare sensibilizzazione di un'antiquata figura femminile: “fu, infatti, il Movimento femminista che elaborò una teoria del corpo e della sessualità femminili come luoghi ineludibili del percorso di liberazione della donna, e fu il Movimento femminista che riuscì a raccogliere ben trecentomila firme per affermare con quel disegno di legge [l. 66/1996] la dignità della donna e il rispetto della sua integrità di persona attraverso il diritto all'autodeterminazione sul proprio corpo e sulla propria sessualità”⁸⁷.

86 Cass. pen., 19 maggio 1897, Pres. Serra, Est. Pugliese, Ric. Falciani ed altri, in *Il Foro Italiano*, 1897, II, pp. 354-356.

87 S. Beltrani, R. Marino, *Le nuove norme sulla violenza sessuale. Commento sistematico alla L. 15.2.96 n. 66*, Edizioni Giuridiche Simone, Napoli 1996, p. 8; sul punto l'autore evidenzia che solo con la L. 66/1996 “il bene-interesse tutelato

È in questo clima rivoluzionario della seconda metà del secolo scorso che si innesta un periodo di novità rispetto al passato, nel quale “il vero peccato non è più esercitare la sessualità in modo contrario alle regole del costume e della morale”, anche se “non è vero che regole etiche non esistano più”. Piuttosto, “esse sono soltanto divenute diverse da quelle di tempi anche lontani”. In questo senso, “la revisione delle scale di valori è stata così profonda da modificare e sconvolgere alla radice il costume sessuale”. Infatti, “tutto ciò che attiene all’esercizio della sessualità è oggi percepito come lecito e rientrante nella sfera della discrezionalità dei singoli; il modo di vivere la propria sessualità viene ritenuto far parte del privato, non più meritevole di regolamentazione normativa”. L’unico “peccato nel sesso è forse nella nostra cultura solo la violenza. E pertanto anche il delitto sessuale [...] deve essere identificato solo quando la sessualità è esercitata contro la volontà altrui, violando la libertà sessuale, che è il bene fondamentale oggi da tutelarsi”⁸⁸. Il diritto penale fa, quindi, dei passi indietro per diminuire la presa della sua normazione nell’ambito delle interazioni sessuali, questo grazie all’affermarsi del principio di autodeterminazione, che sancisce il diritto di ogni individuo a tracciare il perimetro della propria sessualità senza invasioni ed interferenze altrui, sia in senso pubblicistico da parte dell’ordinamento giuridico che in senso privatistico da parte di altri individui⁸⁹.

Il consenso assume un ruolo centrale come baluardo della autonomia personale ed il suo riconoscimento in ambito penale garantisce una maggior repressione di tutti quegli atteggiamenti che violano il consenso, anche all’infuori dell’uso della forza fisica, quindi della coazione e di una violenza materiale. L’assenza di consenso inizia ad essere percepito come realmente offensiva della dimensione volitiva individuale e ciò impone una rideterminazione della scala dei valori della sessualità (femminile): se nelle precedenti ideologie la lesione afferiva al patrimonio della famiglia ed alla famiglia stessa, adesso la lesione che caratterizza lo stupro non

dai reati in esame è costituito da quella forma di libertà personale che è la libertà sessuale, bene giuridico di rango costituzionale senz’altro superiore rispetto alla morale pubblica ed al buon costume, lungi dall’assumere valenza meramente simbolica, ideale [...], assume, pertanto, un decisivo, rilievo anche sotto il profilo tecnico-giuridico”, *ivi*, p. 27.

88 G.M. Caletti, *Dalla violenza al consenso nei reati sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, cit., p. 104; G. Ponti, I. Merzagora, *Sessualità, cultura e delitto*, in G. Canepa, M. Lagazzi (a cura di), *I delitti sessuali*, Cedam, Padova 1988, p. 45.

89 Cfr. S.J. Schulhofer, *Unwanted sex. The culture of intimidation and the failure of law*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts-Londra 1998, p. 15.

deriverebbe dall'impiego di una condotta violenta, ma dalla intrusione indesiderata nella sfera sessuale. Su di un versante parallelo anche la giurisprudenza incominciò a mutare il suo orientamento non richiamando più il bene pubblico della moralità ed intraprendendo un percorso di "spiritualizzazione" del requisito della violenza coattiva, il cui significato è stato esteso per via interpretativa fino a ricomprendere nel perimetro applicativo degli artt. 519 e 521 c.p. anche ipotesi non strettamente caratterizzate dall'uso di forza fisica⁹⁰.

Tutto ciò non può che sottolineare, nelle trame di un discorso che potrebbe continuare all'infinito per l'immane apporto storiografico e per gli ampi strumenti interpretativi che il tema richiama, la complessità della "sessualità femminile" e della sua polivalenza che è tale da generare perplessità sulla unilateralità dell'apodittico atteggiamento a volte di condanna, a volte di mediazione e contrattazione, oltre che di repressione, che dottrina e giurisprudenza per molti anni hanno declamato nei confronti della donna e del suo Corpo; una complessità che è stata, è, e sarà ancora da esplorare perché a fronte dell'inconsapevolezza dell'immediato ieri, la donna ed il suo "Corpo", con tutte le implicazioni che da questo ne derivano, affiorano sempre più alla coscienza generale con una "loro carica", e se oggi si propongono come un problema che può essere valutato con un metro diverso da quello usuale alle soluzioni dell'età liberale o del ventennio fascista, domani, – auspichiamo –, con un metro diverso da quello odierno dove ancora, purtroppo, resiste una cultura di violenza e sopraffazione nel rapporto tra i sessi.

90 G.M. Caletti, *Dalla violenza al consenso nei reati sessuali*, cit., pp. 106-116.



EMILIA TAGLIALATELA
VULNERABILITÀ RECLUSE
L'esperienza carceraria delle donne

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Una prospettiva *gender-specific* sull'esperienza carceraria. – 3. Vulnerabilità dentro e fuori le mura. – 4. Meccanismi di minorazione. – 5. Tra passato e futuro: qualche considerazione conclusiva.

1. *Introduzione*

“Vulnerabilità è una parola immensa”¹: così Elena Pulcini sintetizzava, nel contesto di una riflessione elaborata a ridosso della pandemia, la complessità di un termine che racchiude un vasto bacino di significati, riconducibili a una ormai consolidata revisione critica dell'antropologia filosofica modellata dalla tradizione liberale². E l'immensità di questa parola, le cui plurime matrici culturali sono rinvenibili nelle “filosofie dell'alterità di Ricœur, Lévinas, fino al femminismo e oltre”³, ha via via alimentato molteplici percorsi d'indagine, in cui nuovi modi di pensare la soggettività, a partire dai bisogni e dalle interdipendenze, si sono intrecciati a differenti concettualizzazioni di categorie cruciali della riflessione etico-politica del nostro tempo, quali quelle di dignità e autonomia. In tale prospettiva la vulnerabilità perde la sua connotazione di anomalia correlata a uno stigma inferiorizzante, per lasciar posto alla consapevolezza che “vita umana indegna è diventata oggi

- 1 E. Pulcini, F. Merenda, *Piccolo vocabolario filosofico per il post-pandemia*, in M. Malvicini, T. Portaluri, A. Martinengo (a cura di), *Le parole della crisi, le politiche dopo la pandemia. Guida non emergenziale al post-Covid-19*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020, p. 479.
- 2 Su questo importante filone d'indagine la letteratura è molto vasta. Mi limito qui a citare almeno i seguenti lavori: A. Loretoni, *Ampliare lo sguardo. Genere e teoria politica*, Donzelli, Roma 2014; M.G. Bernardini, B. Casalini, O. Giolo, L. Re (a cura di), *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, IF Press, Roma 2018.
- 3 E. Pulcini, F. Merenda, *Piccolo vocabolario filosofico per il post-pandemia*, cit., p. 479.

espressione ossimorica”⁴. Questa consapevolezza impone alla ragione pratica l’inaggirabile compito di pensare la nostra comune esposizione al rischio della ferita, mettendo altresì in luce i dispositivi concettuali e le prassi sociali, economiche e politiche attraverso cui la vulnerabilità viene prodotta in virtù di una “distribuzione differenziale”⁵ di risorse e di valore.

Proprio il nesso tra vulnerabilità e universo carcerario si configura come un osservatorio privilegiato per tentare di comprendere le modalità che presiedono a forme istituzionalmente indotte di precarizzazione e svuotamento dell’identità. Magistrali restano, in tal senso, le analisi proposte negli anni Sessanta del Novecento da Ervin Goffman, che nelle pagine di *Asylums* spalancava “le porte delle istituzioni totali, smascherando l’ideologia scientifica – religiosa, custodialistica, pedagogica – che copre la realtà violenta comune a tutte”⁶. In particolare l’Autore esaminava l’“azione inglobante”⁷ di strutture come gli ospedali psichiatrici e le prigioni, evidenziando i processi di depersonalizzazione, regressione e ristrutturazione del sé vissuti dagli internati. “Ogni istituzione totale può essere considerata come una sorta di *mare morto*, nel mezzo del quale pullulano *piccole isole di attività vitali*”⁸: le parole di Goffman mantengono ancora piena validità anche rispetto alla realtà carceraria attuale, contrassegnata, come ha osservato di recente Lorenzo Chieffi, da una “perdurante distanza tra i principi di fondo del nostro ordinamento costituzionale in tema di esecuzione della pena e le concrete prassi applicative che, nonostante il trascorrere degli anni dalla sua entrata in vigore, in più di una occasione ne hanno disatteso le finalità originarie”⁹.

4 E. D’Antuono, *Libertà, dignità, ragione bioetica. Spigolature per introdurre*, in Ead. (a cura di), *Dignità, libertà, ragione bioetica*, Mimesis, Milano-Udine 2018, p. 46.

5 Il concetto di “differential distribution of precarity” viene elaborato da Judith Butler nel volume *Frames of War. When Is Life Grievable?*, Verso, London, New York 2009.

6 Franco e Franca Basaglia, *Postfazione*, in E. Goffman, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell’esclusione e della violenza*, Einaudi, Torino 2010, p. 405 (ed. or. *Asylums: Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*, Anchor Books, New York 1961).

7 E. Goffman, *Asylums*, cit., p. 34.

8 Ivi, p. 96. Il corsivo è mio.

9 L. Chieffi, *Umanizzazione della pena e rispetto della dignità in carcere*, in Id. (a cura di), *Salute e dignità umana in carcere. Orientamenti bioetici*, Mimesis, Milano-Udine 2023, p. 34.

L'immagine del *mare morto* e pur tuttavia pullulante di *piccole isole di attività vitali* mi sembra essere congruente anche con la fisionomia di quel microcosmo carcerario che è rappresentato dalla detenzione femminile, su cui mi soffermerò nei prossimi paragrafi per tentare di comprendere come la categoria di vulnerabilità di genere e quella di intersezionalità¹⁰ possano contribuire a illuminare un differente angolo visuale sul rapporto tra donne e carcere.

In via preliminare è opportuno porre l'accento sulla marginalità che contrassegna il tema della carcerazione femminile, a lungo oggetto di scarso interesse dal punto di vista politico-istituzionale e di limitata attenzione sul piano dell'indagine documentaria e degli studi critici. Tale marginalità trova una motivazione innanzitutto nei dati relativi alla reclusione femminile: bassa infatti è la percentuale delle detenute, che in Italia costituiscono poco più del quattro per cento della popolazione carceraria totale; altresì minore è lo spessore criminale delle donne, le cui carriere devianti sono, in generale, più modeste rispetto a quelle maschili.

Poco numerose, poco pericolose, le detenute sono attratte in un cono d'ombra che limita fortemente la comprensione del peso che il genere assume nell'esperienza carceraria, interpretata ancora in prevalenza secondo paradigmi declinati al maschile. Si tratta di una impostazione che, confinando la detenzione femminile entro una dimensione puramente residuale, cancella le differenze a favore di prassi omologate e omologanti che assumono come modello il carcere maschile.

Superare questa prospettiva è importante per molteplici ragioni, che qui mi limito solo ad accennare e su cui tornerò più analiticamente in seguito. In primo luogo ignorare il genere significa pensare l'uguaglianza in termini di assimilazione, oscurando le specifiche istanze legate al corpo e alla soggettività delle detenute, con inevitabile pregiudizio sul piano del riconoscimento di dignità e diritti. "Vivere come 'costola' della detenzione maschile"¹¹ implica per le donne una sofferenza aggiuntiva, legata alla persistente inadeguatezza del sistema carcerario a decodificare e tutelare specifici bisogni e peculiari vulnerabilità di genere, con l'unica eccezione della maternità, la cui garanzia si è progressivamente ampliata grazie a numerosi interventi di carattere nor-

10 Sulla categoria di intersezionalità cfr. D. Morondo Taramundi, *Un caffè da Starbucks. Intersezionalità e disgregazione del soggetto nella sfida al diritto antidiscriminatorio*, in "Ragion pratica", n. 37, 2011, pp. 365-383; A. Loretoni, *Un femminismo intersezionale e multidisciplinare*, in "Iride", n. 2, 2018, pp. 307-317.

11 A. Lorenzetti, *Genere e detenzione. Le aporie costituzionali di fronte a una "doppia reclusione"*, in "BioLaw Journal", n. 1, 2021, p. 147.

mativo e giurisprudenziale. In secondo luogo risulta fuorviante minimizzare, in ragione dell'esiguità numerica, il fenomeno della detenzione femminile, che invece provoca "conseguenze sociali [...] enormi e ancora non sufficientemente evidenziate nella loro drammaticità, sia per la donna stessa che per la sua famiglia"¹². Infatti mentre i detenuti hanno maggiore probabilità di essere sostenuti da strutture familiari che fanno perno su figure femminili, le detenute sono più spesso esposte a una frantumazione delle reti familiari e sociali di riferimento, che acuisce la percezione di isolamento. E ripercussioni gravi, talora irreversibili, investono anche quel che resta al di fuori del carcere, perché "l'assenza della donna dal contesto familiare [...] determina spesso lo smembramento del nucleo, l'affido dei figli o addirittura la dichiarazione di adottabilità con le conseguenze definitive che comporta"¹³. In terzo luogo un'analisi in chiave storica delle forme di incarcerazione destinate a uomini e donne consente di illuminare in maniera più adeguata il complesso e antico dibattito relativo ai diversi modelli di pena, facendo emergere irrisolte ambiguità e persistenti insidie di quel paradigma trattamentale, che non a caso trova la sua origine proprio nella reclusione femminile e minorile.

Esaminare, dunque, la realtà carceraria attraverso la lente di genere non concorre solo a rendere visibili dimensioni specifiche di vulnerabilità femminile, ma consente di ampliare il patrimonio di conoscenza sulle molteplici disfunzioni che affliggono l'intero sistema penitenziario italiano compromettendo l'effettività dei diritti di detenute e detenuti. Il carcere infatti si configura ancora, e forse sempre più, come un deposito di "vite di scarto": illuminanti a questo proposito sono le riflessioni che Zygmunt Bauman dedica alle ricadute dei processi di modernizzazione, con particolare riferimento alla produzione di esseri umani ridotti a rifiuti e destinati a essere smaltiti nelle prigioni. Scrive lo studioso di origine polacca:

L'immediata contiguità di agglomerati vasti e crescenti di "rifiuti umani", che hanno buone probabilità di diventare duraturi o permanenti, suscita l'esigenza di politiche di segregazione più severe e di misure di sicurezza straordinarie, per evitare che siano minacciate la "salute della società" e il "normale funzionamento" del sistema sociale. Oggi i famigerati compiti di "gestione delle tensioni" [...] si riducono quasi per intero alla rigorosa separazione dei "rifiuti umani" dal resto della società, alla loro esclusione dal quadro giuridico in cui vengono condotte le occupazioni vitali del resto della società, e alla loro "neutralizzazione". I "rifiuti umani" non possono più essere rimossi

12 M.L. Fadda, *Differenza di genere e criminalità. Alcuni cenni in ordine ad un approccio storico, sociologico e criminologico*, in "Diritto penale contemporaneo", 20 settembre 2012, p. 28.

13 *Ibidem*.

e trasportati in discariche lontane e privati efficacemente dell'accesso alla "vita normale". Pertanto, occorre sigillarli in contenitori a tenuta stagna. Tali contenitori sono forniti dal sistema penale.¹⁴

Proprio la consapevolezza circa le funzioni "contenitive" del carcere, all'interno di una logica di riproduzione dei meccanismi di marginalità ed esclusione, impone l'obbligo etico e politico di rilanciare una più meditata riflessione, pure da un punto di vista di genere, sui significati prospettici della pena, la cui finalità rieducativa è prevista dall'art. 27 della Costituzione. E nel nostro tempo questo impegno appare sempre più ineludibile anche per arginare quelle ossessioni securitarie¹⁵ che, alimentando derive di arretramento verso ideologie penalistiche strettamente retributive e afflittive, finiscono col moltiplicare il reciproco rimando tra condizioni soggettive e contestuali di vulnerabilità.

2. Una prospettiva gender-specific sull'esperienza carceraria

In un saggio del 1985 Nicole Hahn Rafter segnalava come gli studi sull'evoluzione delle istituzioni penali negli Stati Uniti fossero condizionati dalla "blindness to gender differences between prisons for men and women"¹⁶. L'approccio di carattere androcentrico limitava, sempre secondo Nicole Rafter, la comprensione del fenomeno carcerario perché "by overlooking the variable of gender, prison historians have ignored an important influence on the nature and development of penal institutions"¹⁷. La cecità verso le differenze di genere, che la stessa Rafter si è impegnata a correggere con le sue ricerche confluite nel libro *Partial Justice*¹⁸, ha rappresentato a lungo una costante degli studi anche nel nostro Paese.

14 Z. Bauman, *Wasted lives. Modernity and its Outcast*, Polity Press, Cambridge e Blackwell Publishing, Oxford 2004; tr. it. *Vite di scarto*, Laterza, Bari-Roma 2005, pp. 106-107.

15 Sull'uso delle politiche penali come strumento di controllo sociale mi limito a rinviare a due lavori fondamentali: L. Re, *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, Laterza, Bari-Roma 2006; L. Ferrajoli, *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Laterza, Bari-Roma 2024.

16 N.H. Rafter, *Gender, Prison and Prison History*, in "Social Science History", n. 3, 1985, p. 233. Il corsivo è mio.

17 *Ibidem*.

18 N.H. Rafter, *Partial Justice. Women, Prisons and Social Control*, Transaction Publishers, New Jersey 1990.

Una fonte utile per conoscere la condizione delle detenute in Italia negli anni precedenti alla riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975¹⁹ è costituita dal volume di Gabriella Parca, che raccoglie storie drammatiche di marginalità e violenza²⁰. Si tratta di un lavoro giornalistico d'inchiesta che per la prima volta dà la parola alle donne che hanno vissuto l'esperienza del carcere e che si sviluppa a partire da una circostanza tutt'altro che secondaria e anzi significativa del clima politico e culturale del tempo. Gabriella Parca ottiene, infatti, il permesso di "visitare gli ambienti", sempre scortata da direttori, madri superiore, cappellani, ma non può assolutamente interloquire con le detenute e anche la fotografa che l'accompagna ha il divieto di ritrarre le prigioniere e deve limitarsi a scattare istantanee di spazi vuoti. Mute e invisibili: così devono restare le donne nell'universo penitenziario ancora agli inizi degli anni Settanta del Novecento. Per aggirare il diktat "visitare e non parlare", Gabriella Parca decide di contattare le ex detenute e registrare le loro testimonianze. Sono voci che raccontano vicende di miseria ed emarginazione, di abusi subiti tra le mura domestiche o in riformatori e che restituiscono la concretezza di pratiche correzionali dominate da "una violenza più che altro morale, [da] un continuo ricatto che si fa alle coscienze e che viene operato in particolare dalle suore"²¹. Le protagoniste delle pagine di Gabriella Parca sono prostitute, girovaghe, domestiche condannate per furto o per infanticidio "a scopo d'onore", tutte donne in prevalenza analfabete o semianalfabete, ma compaiono anche, soprattutto nelle carceri delle grandi città del centro-nord, le prime "studentesse", che hanno scontato pene per reati di droga o per motivi politici. Nella seconda metà degli anni Settanta sono proprio le detenute politiche che cominciano a rompere il muro di silenzio e invisibilità eretto intorno al carcere delle donne: a partire dalla prima rivolta femminile del 1976 nella sezione di San Vittore, i documenti delle "politiche" diventano il veicolo di denuncia delle condizioni di arretratezza degli istituti penitenziari femminili rispetto a quelli maschili, che comportano il riconoscimento di minori diritti²². E la rappresentazione di una estenuante arretratezza si traduce in una evocazione di arcaicità nelle parole con cui Luisa Passerini ricorda il suo ingresso nelle Carceri Nuove di Torino

19 La legge n. 354 del 1975 costituisce, com'è noto, una tappa decisiva per la riforma del sistema penitenziario e ha importantissime ricadute sulla detenzione delle donne, in quanto innanzitutto laicizza il carcere femminile, la cui gestione è via via sottratta agli ordini religiosi e affidata all'amministrazione statale.

20 G. Parca, *Voci dal carcere femminile*, Editori Riuniti, Roma 1973.

21 Ivi, p. 16.

22 I. Faré, F. Spirito, *Mara e le altre. Le donne e la lotta armata*, Feltrinelli, Milano 1979. Sull'esperienza delle detenute politiche segnalò anche L. Braghetto, F. Mambro, *Nel cerchio della prigionia*, Sperling & Kupfer, Milano 1995.

per una serie di seminari universitari su *Identità femminile e violenza politica*, svolti nel 1987:

Passiamo due-tre-sette porte [...] e ogni volta vigilatrici diverse ci aprono e chiudono. Scambiamo il “buongiorno” o “buonasera”, ma anche qui si avverte una lontananza rassegnata. Non indossano una divisa, ma ciabatte, scialletti, grembiuli. Leggono giornaletti accanto a piccole stufe elettriche. L’atmosfera del carcere femminile appare singolarmente arcaica: crocifissi, immaginette, fiori di plastica, le suore. Come tutte le arcaicità, è meno sinistra delle immagini di nuovi carceri. A me appare simbolica di una regressione, per altro indispensabile se è mancata gravemente l’attenzione a qualcosa di fondamentale.²³

Il superamento di una prospettiva *cieca* rispetto alle differenze di genere nell’analisi globale dell’esperienza carceraria femminile si deve al pregevole volume pubblicato nel 1992 da Enzo Campelli, Franca Faccioli, Valeria Giordano e Tamar Pich, che resta ancora un riferimento imprescindibile nel panorama degli studi italiani²⁴. Questa ricerca, promossa dal gruppo interparlamentare delle donne elette nelle liste del Pci, mette a fuoco, con metodologia rigorosa, i principali “aspetti della detenzione femminile a partire dalla rappresentazione che di essi danno le donne che vivono in carcere”²⁵. L’indagine registra l’impatto relativo ai mutamenti nella composizione della popolazione carceraria femminile, facendo luce su vulnerabilità e disagi legati all’aumento delle detenute tossicodipendenti e straniere. Nel tentativo di sondare “le forme [...] assunte dal dolore quando questo è recluso, quando cioè le vie del suo manifestarsi sono così povere e limitate da arrivare a renderlo perfino sterile e afasico”²⁶, le studiose indagano le molteplici e ambivalenti sfaccettature della cesura di relazioni e affetti che l’attraversamento della soglia del carcere impone alle detenute. È un passaggio che segna l’ingresso in un tempo “fermo”, in uno spazio di solitudine, dove il corpo parla il linguaggio della malattia, somatizzando il malessere con disturbi del ciclo mestruale, crisi respiratorie. Il corpo ristretto delle donne “per lo più tende ad ‘ammalarsi’ anche in presenza di

- 23 L. Passerini, *Storie di donne e femministe*, Rosenberg & Sellier, Torino 1991, pp. 48-49. I seminari, organizzati dall’Università di Torino, furono condotti tra il 1986 e il 1987, oltre che da Luisa Passerini, da Bianca Guidetti Serra e da Patrizia Guerra.
- 24 E. Campelli, F. Faccioli, V. Giordano, T. Pitch, *Donne in carcere. Ricerca sulla detenzione femminile in Italia*, Feltrinelli, Milano 1992.
- 25 F. Faccioli, *Le donne in carcere: la composizione sociale, i reati, le pene*, in E. Campelli, F. Faccioli, V. Giordano, T. Pitch, *Donne in carcere*, cit., p. 29.
- 26 V. Giordano, *Vivere la detenzione*, in E. Campelli, F. Faccioli, V. Giordano, T. Pitch, *Donne in carcere*, cit., p. 158.

una certa sollecitudine da parte dell'istituzione nella 'cura'. [È] un corpo che [...] fa del sintomo il suo portavoce"²⁷.

L'attenzione verso la salute fisica e psichica delle detenute, verso una generale arretratezza del carcere femminile che è frutto della scarsità di investimenti istituzionali, verso i differenti modelli di giustizia e di pena storicamente ascritti a uomini e donne s'impongono come aspetti nevralgici di una riflessione analitica che, soprattutto a partire dal primo decennio del Duemila, fa registrare un cambio di passo. Decisive risultano in particolare le indagini svolte da Susanna Ronconi e Grazia Zuffa²⁸: l'opzione di fondo adottata dalle autrici, feconda soprattutto rispetto a una concettualizzazione critica della categoria di vulnerabilità, risiede nella scelta di "affrontare il 'mal di vivere' di chi è reclusa" senza tralasciare "il suo radicamento nella sofferenza della carcerazione", superando così un'ottica psichiatrizzante che tende a enfatizzare la "patologia individuale [...] rispetto alla patologia del contesto"²⁹. Tale opzione si rivela assai produttiva soprattutto all'interno della ricerca pubblicata nel 2014, che era nata con l'obiettivo di esplorare la fenomenologia dell'autolesionismo e del suicidio nelle carceri femminili toscane e nella quale le studiose ritengono prioritario spostare il fulcro dell'analisi da un esame circoscritto a peculiari vulnerabilità delle singole detenute a una sistematica considerazione dei fattori ambientali e istituzionali che concorrono ad accrescere il rischio di "levar la mano su di sé"³⁰. Questo approccio certamente contribuisce all'elaborazione di una prospettiva in cui tematizzare la condizione della soggettività reclusa, e in specifico quella femminile, in termini di soggettività vulnerabile significa operare una radicale revisione della nozione stessa di vulnerabilità, che da costruito statico, foriero di etichettature stigmatizzanti e teso a legittimare forme di protezione paternalistica, deve divenire "dispositivo euristico"³¹

27 Ead., *Tempo e corpo recluso: i ritmi della salute e della malattia*, in E. Campelli, F. Faccioli, V. Giordano, T. Pitch, *Donne in carcere*, cit., p. 151.

28 S. Ronconi, G. Zuffa, *Recluse. Lo sguardo della differenza femminile sul carcere*, Ediesse, Roma 2014; S. Ronconi, G. Zuffa, *La prigionia delle donne. Idee e pratiche per i diritti*, Ediesse, Roma 2020.

29 S. Ronconi, G. Zuffa, *Recluse*, cit., p. 18.

30 J. Améry, *Hand an sich legen. Diskurs über den Freitod*, Ernst Klett, Stuttgart 1976; tr. it. *Levar la mano su di sé. Discorso sulla libera morte*, Bollati Boringhieri, Torino 1990.

31 Martha Albertson Fineman sottolinea l'importanza della nozione di vulnerabilità come "dispositivo euristico": "the concept of vulnerability can act as a heuristic device, pulling us back to examine hidden assumptions and biases that shaped its original social and cultural meanings. Conceiving of vulnerability in this way renders it valuable in constructing critical perspectives on political and societal

dinamicamente modulabile e capace di rendere visibili i fattori sociali, economici, politici, ideologici decisivi per la configurazione di processi discriminatori e marginalizzanti³².

Ancora altre ricerche si sono misurate nell'ultimo decennio col tentativo di proiettare in maniera innovativa un punto di vista di genere su internamento e detenzione femminile³³. Il denominatore comune di questi studi, che spaziano dall'approccio storico a quello sociologico e filosofico-giuridico, risiede nell'impegno a esaminare la "specialità della questione detentiva femminile"³⁴, facendo emergere le ricadute di una "condizione satellitare"³⁵ del carcere delle donne rispetto a quello degli uomini, che ancora resta la matrice cui s'ispira l'intero sistema penale sul piano strutturale, organizzativo e culturale.

La traiettoria che da una totale cecità verso l'esperienza detentiva delle donne approda all'auspicio di un'ottica *gender-specific* si delinea anche in relazione a un progressivo ampliamento, in sede internazionale ed europea, della protezione dei diritti umani delle persone detenute. Per un'analisi circostanziata degli strumenti normativi di *hard* e *soft law*, nonché della casistica giurisprudenziale della Corte EDU rinvio a recenti

institutions, including law" (M.A. Fineman, *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, in "Yale Journal of Law and Feminism", vol. 20, n. 1, 2008, p. 9).

- 32 Per l'analisi delle valenze "situazionali" della vulnerabilità cfr. C. Mackenzie, W. Rogers, S. Dodds, *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, New York 2014.
- 33 La recente bibliografia sul tema donne e carcere è diventata più consistente rispetto al passato. Mi preme qui ricordare, senza pretesa di esaustività, alcuni lavori: M. Gibson, *Ai margini della cittadinanza: le detenute dopo l'Unità italiana (1860-1915)*, in "Storia delle donne", n. 3, 2007, pp. 187-207; A. Salvati, *La detenzione femminile*, in "Amministrazione in cammino", 26 maggio 2010; M.L. Fadda, *Differenza di genere e criminalità*, cit.; L. Ravagnani, C.A. Romano, *Women in prison. Indagine sulla detenzione femminile in Italia*, Pensa MultiMedia, Lecce-Brescia 2013; S. Ciuffoletti, *Le politiche legislative sulla detenzione femminile in Italia. Tra effettività e propaganda*, in "Studi sulla questione criminale", n. 3, 2014, pp. 47-71; S. Rossetti, *La detenzione femminile tra uguaglianza e differenza*, in "Studi sulla questione criminale", n. 3, 2014, pp. 127-142; G. Mantovani (a cura di), *Donne ristrette*, Ledizioni, Milano 2018; D. Pajardi, R. Adorno, C.M. Lendaro, C.A. Romano (a cura di), *Donne e carcere*, Giuffrè, Milano 2018; N. Gandus, C. Tonelli (a cura di), *Doppia pena. Il carcere delle donne*, Mimesis, Milano-Udine 2019; A. Lorenzetti, *Genere e detenzione*, cit.; F. Meola, *Detenzione e questioni di genere: a proposito della condizione carceraria femminile*, in "BioLaw Journal", n. 4, 2022, pp. 117-153.
- 34 S. Ciuffoletti, *Le politiche legislative sulla detenzione femminile in Italia*, cit., p. 49.
- 35 *Ibidem*.

studi specialistici³⁶, limitandomi qui solo a segnalare la rilevanza di alcuni documenti. Ad esempio in ambito europeo le Regole penitenziarie del 2006³⁷ dedicano passaggi significativi al tema della reclusione femminile: segnatamente l'art. 34 stabilisce che "le autorità devono porre un'attenzione particolare ai bisogni fisici, professionali, sociali e psicologici delle donne detenute al momento di prendere decisioni che coinvolgono qualsiasi aspetto della detenzione". Tale riconoscimento della specificità di bisogni si declina su diversi piani: da quello legato alle esigenze di carattere igienico, a quello connesso all'assistenza al parto e all'accesso a servizi rivolti a vittime di abusi fisici, psicologici o sessuali. Inoltre, sottolineando l'importanza del lavoro non solo come fonte di sostentamento dentro le mura ma altresì come occasione per prepararsi a una futura vita professionale, il documento afferma un principio anti-discriminatorio, per cui alle donne deve essere assicurata la possibilità di accedere a tutte le tipologie di occupazione. Su quest'ultimo aspetto si sofferma anche la Risoluzione del Parlamento europeo del 2008³⁸, che riveste una "valenza paradigmatica"³⁹ per quanto concerne la denuncia di stereotipi di genere ancora dominanti nella formazione professionale delle detenute, ancorata ad attività tradizionalmente attribuite al ruolo sociale femminile (sarta, parrucchiera, addetta alle pulizie, ecc.), mal retribuite e poco rispondenti alle esigenze del mercato del lavoro.

Sul piano internazionale è indispensabile citare almeno le *Bangkok Rules*, adottate nel 2010 dall'Assemblea delle Nazioni Unite⁴⁰, che restano un punto di riferimento in vista di una maggiore "possibilità di fruizione, in sede carceraria, dei diritti umani"⁴¹ da parte delle detenute, e il Report *Women's health in prison*, stilato nel 2009 dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) e dallo United Nations Office on Drugs and Crime

36 Cfr. in particolare S. Ciuffoletti, *The female brain: la prospettiva biologicamente orientata nella tutela dei diritti delle donne detenute*, in C. Botrugno, G. Caputo (a cura di), *Vulnerabilità, carcere e nuove tecnologie. Prospettive di ricerca sul diritto alla salute*, Phasar Edizioni, Firenze 2020, pp. 126-192.

37 Consiglio d'Europa, Raccomandazione R (2006)2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle Regole penitenziarie europee. Nel 2020 tali regole sono state aggiornate con una ulteriore Raccomandazione.

38 Risoluzione del Parlamento europeo del 13 marzo 2008 sulla particolare situazione delle donne detenute e l'impatto dell'incarcerazione dei genitori sulla vita sociale e familiare.

39 F. Meola, *Detenzione e questioni di genere*, cit., p. 120.

40 United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders (the Bangkok Rules), 2010.

41 F. Meola, *Detenzione e questioni di genere*, cit., p. 121.

(UNODC), in cui si precisa che “women’s prisons require a *gender-specific framework* for health care that pays special attention to reproductive health, mental illness, substance use problems and physical and sexual abuse. Timely access to all services available for women outside prison should be available for women inside prison”⁴².

L’urgenza di riorientare l’organizzazione e la gestione del sistema penale entro un *gender-specific framework*, che tenga conto dei peculiari bisogni delle detenute, su molteplici piani, da quello della salute a quello dell’affettività, della relazione materna, della formazione, sembra dunque una consapevolezza ormai acquisita a livello normativo ma ben lontana dal tradursi in effettive prassi, che, restando ancora molto distanti dai principi enunciati, finiscono con l’acuire dimensioni plurime di vulnerabilità.

3. *Vulnerabilità dentro e fuori le mura*

Se dunque risulta decisivo individuare le “specificità” peculiari del carcere delle donne, altrettanto importante è, come sottolinea Susanna Marietti,

vigilare affinché il concetto della specificità della detenzione femminile non si perda in una tonalità indistinta, inutile se non anche dannosa, come a volte è accaduto nel dibattito sul tema. A tale scopo vale la pena di cercare di ridurre tale specificità ai suoi minimi termini [...]. Maggiore è infatti il rischio contrario: quello per cui, in assenza di contenuti analitici, si guardi alla specificità della detenzione femminile quasi con una sorta di romanticismo, contrapponendo al machismo del modello carcerario da rigettare un qualche astratto e generico elemento femminile che non serve affatto alle donne e ai loro bisogni.⁴³

I “contenuti analitici” che dovrebbero sostanziare un approccio *gender-sensitive*⁴⁴ all’esperienza detentiva sono riconducibili a fattori riguardanti le interazioni tra corporeità e istituzione carceraria, tra normatività morale e storicità di rappresentazioni sociali e simboliche del femminile.

42 WHO Europe, UNODC, *Women’s health in prison. Correcting gender inequity in prison health*, Copenhagen, 2009, p. 20. Il corsivo è mio.

43 S. Marietti, *Editoriale. Non è un carcere per donne: ed è bene che non lo sia*, in “Antigone”, n. 2, 2022, p. 13.

44 L’includibilità del “*gender-sensitive* monitoring of prisons” per il conseguimento di una “*substantive gender equality*” è sottolineata nella scheda tematica *Women in prison*, presentata nel 2018 dall’European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment del Consiglio d’Europa. Il corsivo è mio.

Una prima “specificità” da considerare nelle sue plurime sfaccettature concerne l’esiguità numerica delle donne recluse. Utili in questa direzione sono i recenti dati forniti dall’Associazione Antigone nel Rapporto pubblicato ad aprile 2023:

La presenza delle donne detenute nelle carceri italiane si attesta da molti anni poco sopra il 4% del totale della popolazione detenuta. Se all’inizio degli anni Novanta del secolo scorso, quando il numero complessivo delle persone detenute era poco più della metà di quello odierno, la percentuale femminile superava di poco il 5% del totale dei reclusi, essa è ormai ferma da molti anni attorno all’attuale 4,2%.

Erano 2.392 le donne presenti negli istituti penitenziari italiani al 31 gennaio 2023, di cui 15 madri con 17 figli al seguito. Le quattro carceri femminili presenti sul territorio italiano (a Trani, Pozzuoli, Roma e Venezia) ospitano 599 donne, pari a un quarto del totale. L’Istituto a custodia attenuata di Lauro ospita 9 madri detenute e altri tre piccoli Icam ospitano 5 donne in totale. Le altre 1.779 donne sono sostanzialmente distribuite nelle 44 sezioni femminili ospitate all’interno di carceri maschili.⁴⁵

Le cifre dicono, dunque, che le detenute sono poche, ma proprio tale esiguità è all’origine di una serie di effetti distorsivi. Innanzitutto il numero limitato di istituti e sezioni femminili finisce col relegare le donne in luoghi distanti dalle loro comunità di riferimento, in aperta violazione del principio di territorialità della pena teso invece a salvaguardare le reti di relazioni familiari e sociali. In secondo luogo i dati evidenziano come le detenute in alcune realtà subiscono più degli uomini il sovraffollamento, mentre in altre realtà soffrono maggiormente l’isolamento. Infatti nelle carceri femminili si registra un tasso di affollamento superiore a quello generale delle carceri italiane⁴⁶. Criticità molto gravi e risalenti nel tempo si verificano anche nelle 44 sezioni femminili, dove la marginalità delle detenute si concretizza in minori opportunità di accesso a strutture comuni, ad attività lavorative, forma-

45 S. Marietti, *I numeri della detenzione femminile: poche e poco criminali*, in *Dalla parte di Antigone. Primo rapporto sulle donne detenute in Italia*, 2023, pp. 408-409. Tutti i rapporti dell’Associazione Antigone sono reperibili sul sito www.antigone.it.

46 “Per quanto riguarda le quattro carceri esclusivamente femminili, ad eccezione della Casa di Reclusione di Venezia, gli altri tre istituti risultano significativamente sovraffollati. Nello specifico, Trani registra un tasso di sovraffollamento del 140,6%, Pozzuoli del 139% e Rebibbia femminile del 123,5%” (*Il carcere visto da dentro. XVIII rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione*, 2022, p. 32).

tive e ricreative⁴⁷. La paucità numerica diviene così fonte di una segregazione di genere, che non è una semplice disparità di trattamento ma piuttosto lo specchio di una profonda asimmetria di potere, storicamente radicata nel sistema di “dominio maschile”, la cui leva fondamentale è la “violenza simbolica”⁴⁸.

Ma studi e documenti nazionali e internazionali raccontano ancora molto “altro”. E tra i diversi tasselli di questo “altro” mi sembra utile selezionare almeno tre questioni cruciali, che, nel loro intreccio, costituiscono un prisma attraverso cui leggere le articolate sfaccettature della vulnerabilità delle donne recluse.

La prima questione riguarda l’incidenza delle forme di vittimizzazione pregressa: esperienze di abuso fisico, sessuale, emotivo, economico vissute durante l’infanzia e l’adolescenza all’interno del gruppo parentale o relazionale influenzano l’emersione di condotte devianti e comportamenti criminosi⁴⁹. Il passato traumatico si configura così come una trappola che proietta tante ragazze verso i circuiti della detenzione. “Women constitute a vulnerable group in prisons, due to their gender”, sottolineano gli estensori dell’*Handbook on Women and Imprisonment*, pubblicato dalle Nazioni Unite nel 2014. E tra i fattori che accrescono

47 “Nonostante la riforma dell’ordinamento penitenziario entrata in vigore nell’ottobre 2018 abbia introdotto all’art. 14 l’esplicita specificazione che le donne ospitate in apposite sezioni devono essere ‘in numero tale da non compromettere le attività trattamentali’, si continua ad andare dalle 114 presenze femminili nel carcere milanese di Bollate o dalle 117 nel carcere di Torino alle 5 di Mantova, le 4 di Paliano, fino alle 2 di Barcellona Pozzo di Gotto [...]. Difficile organizzare occupazioni significative per queste persone, nell’approccio generale che quasi mai permette la frequentazione diurna di uomini e donne per partecipare ad attività congiunte” (S. Marietti, *I numeri della detenzione femminile*, cit., p. 409).

48 Sulle forme di incorporazione del “dominio maschile” e sulle implicazioni della “violenza simbolica”, che riguarda il modo stesso di percepirsi e valutarsi del soggetto dominato, imprescindibili sono le riflessioni di Pierre Bourdieu. Scrive il sociologo e antropologo francese: “L’ordine sociale funziona come un’immensa macchina simbolica tendente a ratificare il dominio maschile sul quale esso si fonda” (P. Bourdieu, *La domination masculine*, Édition du Seuil, Paris 1998; tr. it. *Il dominio maschile*, Feltrinelli, Milano 1998, p. 18).

49 Per l’analisi di tale tematica rinvio a C.A. Romano, L. Ravagnani, N. Policek, *Percorsi di vittimizzazione e detenzione femminile*, in “Rassegna italiana di criminologia”, n. 2, 2017, pp. 115-122; C. Pecorella, *Donne in carcere. Una ricerca empirica tra le donne detenute nella Casa di Reclusione di Milano-Bollate*, in C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, tomo II, Giuffrè, Milano 2018, pp. 663-690; C. Taccardi, *Note ai margini dei rapporti tra detenzione femminile e pregressa vittimizzazione*, in “Antigone”, n. 2, 2022, pp. 71-85.

la vulnerabilità delle detenute vengono subito citati quelli connessi alla loro “disproportionate victimization from sexual or physical abuse prior to imprisonment” e all’elevato livello di “mental health-care needs, often as a result of domestic violence and sexual abuse”⁵⁰. La violenza di genere subita da bambine e donne concorre dunque ad alimentare, soprattutto in alcuni gruppi già segnati anche da altre pratiche discriminatorie⁵¹, un circuito in cui la criminalizzazione diviene la risposta al trauma dell’abuso. Una risposta certamente ingiusta e dannosa, che va letta entro una logica intersezionale capace di cogliere la connessione dinamica tra gli assi discriminatori legati al genere, all’appartenenza etnica, allo *status* sociale⁵². Come precisa Anna Loretoni, “per prendere in seria considerazione le realtà complesse dei gruppi marginalizzati, per demarginalizzarli, è necessario porre al centro della riflessione l’intersezione di più elementi categoriali, assumendo il punto di vista che vede il volumetrico sovrapporsi di diverse dimensioni della discriminazione”⁵³.

L’impatto cumulativo di vittimizzazione pregressa e di esperienze, spesso molto precoci, di carcerazione si manifesta in forme di disagio e malattia che erodono la salute fisica e psichica. Ed è questa la seconda questione su cui vorrei brevemente soffermarmi, perché in qualche modo funge da giuntura tra i diversi assi di possibile vulnerazione cui le detenute sono esposte. Che il carcere sia intrinsecamente “patogeno” è un fatto ben noto da tempo. Lo evidenziava con grande acume il medico penitenziario francese Daniel Gonin, descrivendo l’insorgenza di disturbi legati a vere e proprie modificazioni della sensorialità, quali la riduzione della vista, l’acuirsi dell’udito, l’involuzione dell’olfatto, e la progressiva e inesorabile esplosione di sofferenze dello stato psichico

-
- 50 UNODC, *Handbook on Women and Imprisonment*, 2nd edition, New York, 2014, p. 7.
- 51 Significativo, ad esempio, è l’elevato rischio di criminalizzazione delle ragazze afro-americane negli Stati Uniti, evidenziato nella ricerca di Malika Saada Saar, Rebecca Epstein, Lindsay Rosenthal e Yasmin Vafa (*The Sexual Abuse to Prison Pipeline: The Girl’s Story*, Georgetown University Law Center, Washington 2015). Non a caso le studiose hanno scelto come esergo del loro lavoro una citazione della scrittrice Alice Walker, autrice del celebre romanzo *Il colore viola* (ed or. 1982).
- 52 Un approccio di carattere intersezionale può risultare idoneo per illuminare le vicende di donne immigrate, ad esempio nigeriane, vittime di tratta e sfruttamento della prostituzione, che si trovano poi coinvolte in prima persona nell’esercizio di attività criminali connesse allo sfruttamento di altre giovani ragazze.
- 53 A. Loretoni, *Un femminismo intersezionale e multidisciplinare*, cit., p. 308.

che si manifestano attraverso vertigini, sindromi algiche, eruzioni cutanee⁵⁴. Il corpo recluso delle donne, come dicevo prima, parla il linguaggio della malattia: una malattia che trova nel dolore dell'anima la sua espressione più drammatica. Se le persone detenute godono in generale "di livelli inferiori di salute rispetto a chi sta 'fuori', [...] la salute mentale rappresenta l'area più critica"⁵⁵: questa perentoria affermazione del Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB) trova uno specifico riscontro nell'universo carcerario femminile, dove più numerose sono le diagnosi psichiatriche gravi e maggiormente diffuso è l'uso di psicofarmaci⁵⁶. I potenti meccanismi di sofferenza aggiuntiva propri del sistema penitenziario, che producono umiliazione e depersonalizzazione, vengono così governati attraverso una "massiccia contenzione farmacologica"⁵⁷, che finisce col rendere impraticabili percorsi di recupero dell'autonomia e responsabilità. Disagio psichico, problemi di tossicodipendenza, origine straniera sono altresì fattori che nel carcere femminile contribuiscono ad accrescere in maniera significativa il rischio di suicidio e di autolesionismo. Se infatti le condotte autoaggressive e suicidarie rappresentano un'emergenza di giorno in giorno più allarmante nelle carceri italiane⁵⁸, le detenute sembrano essere esposte in misura crescente negli ultimi anni a eventi critici e letali⁵⁹. Lo notava già nel 2012 uno studio dell'OMS, secondo cui la detenzione si configura come "una condizione di gran lunga più rischiosa" per donne, in quanto mentre per i detenuti il tasso di suicidi è circa dieci volte maggiore di quello della popolazione generale, nel caso delle detenute tale valore si triplica, rovesciando "la proporzione che caratterizza il mondo esterno" dove le condotte autolesive

54 D. Gonin, *La Santé incarcérée: médecine et conditions de vie en détention*, l'Archipel, Paris 1991; tr. it. *Il corpo incarcerato*, Edizioni Gruppo Abele, Torino 1994.

55 CNB, *Salute mentale e assistenza psichiatrica in carcere*, 22 marzo 2019, p. 6.

56 Significativi a questo proposito sono i dati forniti in M. Miravalle, *Il carcere-manicomio: i numeri della psichiatrizzazione dei penitenziari in Italia*, in *Nodo alla gola. XX rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione*, 2024, p. 230.

57 G. Chiola, *L'insufficienza del ricovero nelle REMS e la compressione della dignità degli autori di reato con patologia psichiatrica*, in L. Chieffi (a cura di), *Salute e dignità umana in carcere*, cit., p. 90.

58 Cfr. Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, *Per un'analisi dei suicidi negli Istituti penitenziari*, Roma, 2023.

59 I dati più recenti sono reperibili nel *Dossier sui suicidi in carcere nel 2023 e nei primi mesi del 2024*, elaborato da Sofia Antonelli (<https://www.rapportoantigone.it/ventesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/nodo-alla-gola-emergenza-suicidi-in-carcere/>).

sono di gran lunga più diffuse fra gli uomini che fra le donne⁶⁰. Questa “condizione di gran lunga più rischiosa” va letta entro una cornice in cui la sanità penitenziaria costituisce ancora, per molti versi, “una variabile dipendente dal prevalente mandato custodiale del carcere”⁶¹ e restano disattese le indicazioni dell’OMS e del nostro CNB a favore di un “approccio globale alla salute”⁶², che rafforzi gli aspetti trattamentali e riabilitativi sostanziando così “il principio etico della centralità della persona, anche in condizioni di privazione della libertà”⁶³. Nel carcere femminile la fenomenologia dell’autolesionismo, come ho rilevato in precedenza a proposito degli studi di Susanna Ronconi e Grazia Zuffa, non va interpretata esclusivamente entro un quadro di medicalizzazione del disagio, ma attraverso la decodifica dei dispositivi afflittivi propri del contesto penitenziario, che sono all’origine di una vulnerabilità istituzionalmente indotta e produttiva di umiliazione. Il gesto del procurarsi ferite, precisa Susanna Ronconi, è un atto politico di denuncia del sentimento doloroso della propria irrilevanza:

Le donne che raccontano in prima persona i gesti di autolesionismo pronunciano le parole della disperazione, certo, ma non con il linguaggio della patologia: è il linguaggio del corpo ribelle a parlare, la ferita dell’autolesionismo rende visibile chi si sente invisibile, rivendica voce, denuncia l’assenza di ogni signoria su di sé, rivela un acme della sofferenza non più sostenibile.⁶⁴

La terza questione a cui vorrei ora fare riferimento riguarda i complessi significati assunti dal materno all’interno e all’esterno delle mura. Si tratta di una questione di grande rilievo sociale e di enorme portata simbolica perché lo stigma della detenzione produce un discredito morale legato all’infrazione delle norme di genere e *in primis* al “fantasma tormentoso di essere considerata una ‘cattiva madre’”⁶⁵. Sempre l’ingresso in carcere di un padre o di una madre determina la rottura della quotidianità della relazione familiare e origina vissuti di angoscia: angoscia di perdere le fasi della crescita dei

60 A. Oretti, G. Castelpietra (a cura di), *Prevenire il suicidio in carcere. Le linee guida dell’OMS e la realtà italiana. Manuale per operatori penitenziari e sanitari*, Trieste 2012, p. 28.

61 CNB, *Salute mentale e assistenza psichiatrica in carcere*, cit., p. 8.

62 CNB, *La salute “dentro le mura”*, 27 settembre 2013, p. 11.

63 *Ibidem*.

64 S. Ronconi, *Il carcere delle donne. Insanabili aporie e forza delle soggettività*, in N. Gandus, C. Tonelli (a cura di), *Doppia pena*, cit., p. 17.

65 G. Zuffa, *Sessualità, maternità, affettività: verso il carcere dei diritti*, in S. Ronconi, G. Zuffa, *La prigione delle donne*, cit., p. 75.

figli, di non conoscerli più e di non essere da loro conosciuti⁶⁶. Ma la reclusione della madre acquisisce una tonalità più acuta e drammatica anche perché a lungo il carcere è stato, e in alcuni casi purtroppo ancora rimane, dimora dei figli piccoli delle detenute. Proprio sul terreno delle dinamiche emotive e simboliche assunte dal legame materno la categoria di vulnerabilità dispiega a pieno le proprie potenzialità euristiche. Le donne recluse sono, spesso anche prima della detenzione, “madri imperfette”⁶⁷. Su di loro pesa la consapevolezza di esporre i figli a condizioni di precarietà materiale ed esistenziale, di venir meno al proprio essenziale compito di cura. Il tradimento della responsabilità materna è, ancor prima del reato, la fonte principale di sentimenti di colpa e di dolore. Le detenute sono “madri interrotte”⁶⁸, che vivono la paura di perdere la potestà genitoriale, di vedere i figli affidati fuori dalla cerchia familiare, di percepirsi ed essere percepite come distanti e inopportune. In alcuni casi i bambini piccoli sono reclusi con le madri all’interno di strutture carcerarie: la piaga della “detenzione involontaria”⁶⁹ dei minori continua purtroppo ancora a determinare forme di vulnerazione destinate a ripercuotersi lungo tutto l’arco della vita di questi cittadini incolpevoli ma dimidiati nell’esercizio dei loro fondamentali diritti. Certo nel corso degli ultimi decenni la normativa ha fatto registrare significativi passi in avanti verso la tutela dell’interesse del minore, mediante disposizioni volte a garantirgli la continuità dell’assistenza materna in ambiente familiare⁷⁰. Tuttavia l’obiettivo dell’esternalizzazione della detenzione resta ancora sostanzialmente lontano e questo nonostante le previsioni della legge n. 62 del 2011, che stabiliva “la creazione di un apposito circuito penitenziario a custodia attenuata per madri (e, in via residuale, padri) con figli a carico”⁷¹. E suona come un esplicito richiamo alle responsabilità della politica e più in generale

66 Significativa è la testimonianza di una detenuta nella sezione femminile del carcere di San Vittore, raccolta dalla giornalista Monica Lanfranco: “Io ho un figlio solo, è tutto quello che ho e il nostro rapporto è fondamentale. [...]. Ha trentacinque anni e a volte non è facile rapportarsi con lui, che ho lasciato quando ne aveva ventuno. Non so nulla dell’uomo, ricordo bene il ragazzo. Lui si ricorda la mamma così com’era prima, ma io sono un’altra persona, stare qui mi ha cambiata molto” (M. Lanfranco, *Donne dentro. Detenute e agenti di polizia penitenziaria raccontano*, Settenove Edizioni, Cagli 2017, p. 53).

67 S. Ronconi, G. Zuffa, *Recluse*, cit., p. 65.

68 Ivi, p. 59.

69 M. Grimaldi, *Tra tutela, diritto e modelli sperimentali. L’esperienza di Milano*, in N. Gandus, C. Tonelli (a cura di), *Doppia pena*, cit., p. 43.

70 Cfr. F. Rossi, *Figli minori e madri detenute. Alla ricerca del best interest of the child*, in L. Chieffi (a cura di), *Salute e dignità umana in carcere*, cit., pp. 173-184.

71 S. Grieco, *La relazione materna oltre le sbarre. Scenari attuali e prospettive possibili*, in “GenIus”, 8 gennaio 2023, p. 4.

della comunità civile la constatazione di Sarah Grieco: la riforma del 2011 “è stata amputata, *in primis*, dalle evidenti carenze strutturali di adeguate risorse finanziarie per realizzare strutture alternative al carcere, idonee ad ospitare le detenute madri con i loro bambini”⁷².

4. Meccanismi di minorazione

Le questioni che ho provato a enucleare nel precedente paragrafo costituiscono alcune delle tessere di un mosaico di criticità qualificanti la condizione del “corpo incarcerato” delle donne nella sua totalità di vita biologica ed esistenza biografica. Si tratta di criticità che concorrono a delineare un contesto in cui si situano molteplici traiettorie di possibile vulnerazione. Di recente Stefano Anastasia, analizzando l’impatto delle misure di privazione della libertà, ha proposto una triplice articolazione delle forme di vulnerabilità specificamente ascrivibili alle persone detenute: pregressa, legale e istituzionale.

La “vulnerabilità pregressa [...] accompagna la persona al suo destino detentivo attraverso i filtri di selettività sociale che sono propri della macchina della giustizia”⁷³: bassi livelli di istruzione, scarsa esperienza lavorativa legale, precario stato di salute, spesso aggravato dall’abuso di sostanze stupefacenti, assenza di domicilio, condizioni di clandestinità, soprattutto per immigrati, profughi, rifugiati, e, nel caso delle donne, maternità e traumi connessi a vissuti di violenza di genere, sulla cui precipua rilevanza mi sono già soffermata, costituiscono variabili decisive per la configurazione di quei processi di criminalizzazione che presiedono alla composizione della “demografia penitenziaria”⁷⁴. Il carcere in questo senso conferma la funzione, storicamente iscritta nella sua stessa genesi, di controllo e segregazione di precarietà e marginalità, che nell’ottica neoliberale sono sempre più criminalizzate dalle politiche di “tolleranza zero” e sempre meno destinatarie di misure di sostegno, secondo una logica che equipara “la dipendenza dal welfare [a] un fallimento morale, derivante dal carattere improvvido delle persone”⁷⁵.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ S. Anastasia, *Le tre vulnerabilità delle persone detenute*, in V. Lorubbio, M.G. Bernardini (a cura di), *Diritti umani e condizioni di vulnerabilità*, Erickson, Trento 2023, p. 173.

⁷⁴ *Ivi*, p. 174.

⁷⁵ E. Morlicchio, *L’orientamento punitivo, compassionevole e pedagogico nei confronti dei poveri: forme diverse di evitamento?*, in “Revista Brasileira de Sociologia da Emoção”, v. 15, n. 44, 2016, p. 142.

Così la marcata atrofia dello stato sociale vede una corrispondente ipertrofia dello stato penale⁷⁶, ma, come nota Loïc Wacquant,

servirsi della prigione come di un aspiratore sociale per eliminare le scorie delle trasformazioni economiche in atto e far scomparire dallo spazio sociale gli scarti della società di mercato [...] è un'aberrazione nel senso letterale del termine, ossia, secondo la definizione del *Dictionnaire de l'Académie française* del 1835, uno "scarto di immaginazione" e un "errore di giudizio" sia politico che penale.⁷⁷

Tornando indietro nel tempo, l'immagine dell'"aspiratore sociale" mi sembra pertinente anche alla lunga storia dell'internamento femminile. È ben noto il serrato ricorso, fin dall'inizio dell'età moderna, a tecniche di controllo e rieducazione mediante le quali il potere disciplinare istituisce la separazione fisica e la proscrizione morale dei cosiddetti "anormali"⁷⁸. Il grande *renfermement*, che si estende come un capillare reticolo in tutta l'Europa, coinvolge su vasta scala anche le donne. Michel Foucault, nel suo spietato resoconto di quanto accadeva alla fine del XVII secolo a Parigi, ricorda la presenza alla Salpêtrière, oltre che delle folli per "spirito debole" e delle pazze furiose, di "donne caduche", "vecchie rimbambite o inferme", "innocenti gobbe e deformi", "ragazze incorreggibili"⁷⁹. L'anormalità femminile viene così ricondotta attraverso i secoli nell'alveo di un difetto morale che assume le caratteristiche di uno *status* di malattia, pericoloso in quanto non solo contamina l'individuo ma rischia di corrompere l'intero corpo della società. La patologizzazione del difforme e del deforme, che la psichiatria positivista (e non solo) s'incarica di classificare attraverso rigide nosografie⁸⁰, si traduce in criminalizzazione della devianza, in particolare di quella femminile su cui gli artigiani del controllo pubblico e privato

76 L. Wacquant, *Les prisons de la misère*, Raisons d'Agir, Paris 1999; tr. it. *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neo-liberale*, Feltrinelli, Milano 2000.

77 L. Wacquant, *Punir les pauvres. Le nouveau gouvernement de l'insécurité sociale*, Agone, Marseille 2004; tr. it. *Punire i poveri. Il nuovo governo dell'insicurezza sociale*, DeriveApprodi, Roma 2006, p. 272.

78 M. Foucault, *Les anormaux. Cours au Collège de France. 1974-75*, Seuil-Gallimard, Paris 1999; tr. it. *Gli anormali. Corso al Collège de France (1974-1975)*, Feltrinelli, Milano 2000.

79 M. Foucault, *Histoire de la folie à l'âge classique*, Gallimard, Paris 1972; tr. it. *Storia della follia in età classica*, Rizzoli, Milano 1976, p. 117.

80 A proposito della genesi e degli sviluppi dell'antropologia criminale rinvio al pregevole lavoro di S. Montaldo, *Donne delinquenti. Il genere e la nascita della criminologia*, Carocci, Roma 2019. Per un'analisi del nesso tra sessualità e criminalità femminile e del peso assunto in Italia dalle teorie lombrosiane segnalo in

esercitano un potere normalizzante tramite forme autoritarie di coercizione⁸¹. L'internamento – in case correzionali, rifugi, conservatori, educandati – di donne, anche giovanissime, perché ribelli, oziose, povere, vagabonde, ladre, prostitute, alcoliste, acquisisce una valenza etico-politica di aspirazione, appunto, dal corpo sociale delle soggettività che insidiano l'ordine tradendo l'ideale della virtù femminile.

La seconda declinazione della vulnerabilità della persona detenuta, proposta da Stefano Anastasia, è quella legale. Essa investe un nodo nevralgico delle teorie e delle prassi riguardanti la natura e la funzione della pena. Se quest'ultima “consiste in una inflizione di sofferenza [...], nella produzione intenzionale e legalmente predeterminata di un male”⁸², diviene decisivo, sul piano etico e giuridico, determinare il limite oltre il quale la pena sfocia in trattamento inumano e degradante. A essere chiamato in causa, come dimostra ampiamente la giurisprudenza della nostra Corte Costituzionale⁸³, è quel principio della dignità della persona, che non ammette deroghe in quanto individua il nucleo minimo e incompressibile di diritti fondamentali, il cui esercizio deve essere universalmente garantito⁸⁴. Forse proprio all'interno del carcere la dignità si rivela una categoria tutt'altro che astratta e sfuggente⁸⁵: con il suo richiamo alle concrete condizioni d'esistenza essa ci impone di non dimenticare che “la separazione sociale imposta dalla detenzione non può convertirsi in una privazione di dignità della persona considerata in sé e nella relazione che comunque rimane con la società nel suo complesso”⁸⁶. Non a caso Stefano Rodotà sottolinea come, a fronte della trama di principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, *in primis* la dignità e l'integrità fisica e psichica,

particolare L. Azara, L. Tedesco (a cura di), *La donna delinquente e la prostituta. L'eredità di Lombroso nella cultura e nella società italiane*, Viella, Roma 2019.

- 81 Cfr. C. Agnella, *Continuità disciplinare nell'internamento femminile: due approcci storico-sociologici a confronto*, in “Antigone”, n. 2, 2022, pp. 154-182; M. Pignata, *(P)recluse. Discriminazione di genere e frenocomi giudiziari tra Otto e Novecento*, in L. Chieffi (a cura di), *Salute e dignità umana in carcere*, cit., pp. 145-161.
- 82 S. Anastasia, *Le tre vulnerabilità delle persone detenute*, cit., p. 178.
- 83 Cfr., *ex multis*, V. Onida, *Carcere e legalità*, in “Dignitas”, n. 11/12, 2002, pp. 15-20; G.M. Flick, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in “Diritto e società”, n. 1, 2012, pp. 187-201.
- 84 Su questo tema cfr. M. Ruotolo, *La libertà della persona in stato di detenzione*, in “Osservatorio Costituzionale”, fasc. 6, 2021, p. 254.
- 85 Imprescindibile per l'inquadramento delle coordinate filosofico-giuridiche relative al dibattito sulla dignità resta la riflessione di Stefano Rodotà, confluita in particolare nel volume *Il diritto di avere diritti* (Laterza, Roma-Bari 2012).
- 86 S. Rodotà, *Prefazione*, in L. Manconi, G. Torrente, *La pena e i diritti. Il carcere nella crisi italiana*, Carocci, Roma 2015, pp. 15-16 (edizione digitale).

si svela la drammaticità del corpo “recluso”. Che non è un altro corpo. È la sua negazione come elemento costitutivo della persona, quando l’essere in carcere consegna quel corpo a una logica profondamente intrisa di materialità, nel senso però di trasformarlo in un puro oggetto, affidato a un potere che si presenta come necessitato e che, invece, è la manifestazione dell’irrelevanza nel carcere di principi antichi e nuovi della civiltà giuridica.⁸⁷

Purtroppo l’attuale contesto penitenziario continua ancora, in tante realtà, a non riconoscere libertà e diritti intangibili – il diritto alla salute, all’istruzione, al lavoro – e infligge pene corporali “nascoste”, come quella che fa capo al diniego della sessualità⁸⁸. E il corpo recluso delle donne diventa anch’esso “puro oggetto” nel momento in cui l’intero sistema, pensato da e per gli uomini, nega le specificità connesse al genere, aggravando la portata afflittiva della pena.

Infine la terza forma di vulnerabilità di cui parla Stefano Anastasia è quella “istituzionale”⁸⁹, che s’innesca a partire dai processi di “prisonizzazione”⁹⁰ imposti dal governo della comunità carceraria, che subordina il soddisfacimento dei bisogni delle persone detenute al mantenimento dell’ordine e all’esigenza di non intaccare la continuità funzionale dell’apparato burocratico-amministrativo. La dura materialità del carcere si dispiega, infatti, in una miriade di regole, formali e informali, di procedure opache e spesso mortificanti. L’esempio paradigmatico di questa burocrazia spersonalizzante è la pratica della domandina: ogni richiesta, anche la più banale, deve essere vagliata, autorizzata, concessa. Attraverso tale pratica si esplica insomma la “presa in carico fagocitante da parte dell’istituzione che finisce per sovrintendere e controllare in maniera invasiva tutti gli aspetti della [...] vita”⁹¹ detentiva. La quotidianità carceraria, con la sua fitta rete di interdizioni, obblighi, interminabili at-

87 Ivi, pp. 16-17.

88 L. Re, S. Ciuffoletti, *La pena rimossa. Detenzione e diniego della sessualità nelle carceri italiane*, in C. Botrugno, G. Caputo (a cura di), *Vulnerabilità, carcere e nuove tecnologie*, cit., pp. 47-125.

89 S. Anastasia, *Le tre vulnerabilità delle persone detenute*, cit., pp. 180-183.

90 Il termine “prisonizzazione” è stato utilizzato per la prima volta nel 1940 da Donald Clemmer, sociologo di formazione e funzionario dell’amministrazione penitenziaria negli Stati Uniti, per descrivere i processi di assimilazione e progressiva condivisione, da parte dei detenuti, degli stili di vita, dei costumi, delle abitudini della comunità carceraria (D. Clemmer, *The Prison Community*, Rinehart, New York 1958).

91 I. Acocella, G. Castellano, *Tensioni e sfide biografiche del “corpo incarcerato”*: significati e vissuti dell’esperienza reclusa, in “Studi sulla questione criminale”, XIX, n. 1, 2024, p. 14.

tese, distorce la percezione dello spazio e del tempo, logora le relazioni dentro e fuori le mura, generando una privazione ancora più pervasiva per le detenute, in quanto è alle donne che tradizionalmente viene assegnata la “responsabilità sul quotidiano proprio e altrui”⁹². La microfisica del potere all’interno del carcere agisce per sottrazione capillare di spazi di autonomia insinuandosi nelle *routines* più minute e plasmando soggettività infantilizzate.

Questa signoria ferita, impedita, mancata – osserva Susanna Ronconi – ha due effetti: l’uno diretto, di nuda sofferenza, che spesso è sofferenza aggiunta, cioè non dovuta o prescritta ma consuetudinaria, distratta, e per ciò stesso odiosa; l’altro, di dis-empowerment, di passivizzazione appresa, di infantilizzazione forzata.⁹³

La privazione della “signoria su di sé”, che è appunto infantilizzazione, incapacitazione, investe globalmente le soggettività nel sistema carcerario ma assume nel caso delle detenute una declinazione specifica, rinviando a precise questioni connesse alla storia delle rappresentazioni sociali e giuridiche del femminile. E su tali questioni vorrei proporre qualche rapido riferimento funzionale a una considerazione conclusiva dedicata a una più articolata concettualizzazione della vulnerabilità, che non oscuri le capacità dei soggetti escludendo qualsiasi possibilità di *agency*.

5. Tra passato e futuro: qualche considerazione conclusiva

Incapacitazione è un termine chiave che attraversa la lunga vicenda dell’esclusione delle donne dal perimetro dell’autonomia morale e della libertà politica. Ed è un termine che contrassegna altresì le sfere del diritto civile e penale, dove regole discriminatorie e dispositivi di minorazione rispecchiano, anche oltre la metà del XX secolo, un rigido ordine patriarcale della società. “Cittadina minorata, esclusa in sostanza dalla sfera pubblica, e vincolata, da subalterna, a quella privata”, la donna si trova irretita nelle maglie di un “diritto diseguale”⁹⁴, in cui il richiamo all’*infirmas sexus* funge da perno di per-

92 S. Ronconi, *Il carcere delle donne. Insanabili aporie e forza delle soggettività*, cit., p. 18.

93 *Ibidem*.

94 M. Graziosi, *Infirmas sexus. La donna nell’immaginario penalistico*, in “Democrazia e diritto”, n. 2, 1993, pp. 99-143. Un versione online di questo saggio, da cui cito, è disponibile all’indirizzo: <https://www.juragentium.org/topics/women/it/sexus.htm>.

sistenti strategie di assoggettamento. Del resto il dibattito otto-novecentesco sull'imputabilità femminile attinge a piene mani alle elaborazioni di medici, psichiatri, antropologi, che nella temperie culturale del positivismo, argomentando a favore dell'inferiorità naturale delle donne, sostengono come la loro scarsa razionalità finisca con l'inficiare l'esercizio del libero arbitrio e implichi una minore o diversa responsabilità sul piano penale.

Il paradigma dell'*infirmas sexus*, con la sua evocazione di una intrinseca fragilità delle facoltà intellettuali e morali proprie della natura muliebre, è destinato a lasciare una impronta duratura nell'immaginario giuridico, e non solo, rispetto ai modi d'intendere la devianza e la criminalità femminili. "Non pericolose, ma eternamente pericolanti a causa della loro debolezza, una debolezza dell'intelligenza e della volontà [...] le donne – come i minori e i pazzi – non sono punite, ma messe sotto tutela, in linea di principio accudite, rieducate"⁹⁵. Il dispositivo dell'incapacitazione diventa così l'operatore normativo di una ortopedia morale e sociale che si esercita su un soggetto naturalmente deficitario al quale va assicurata una protezione paternalistica. E la rappresentazione della detenuta entro coordinate che enfatizzano una vulnerabilità costitutiva, avvalorando una sorta di irredimibile *infirmas*, è ancora oggi largamente egemone. Certo questa rappresentazione contiene elementi di verità, perché la maggior parte delle detenute sono "donne il cui destino aveva già in serbo una tappa in cella"⁹⁶. Eppure ragionare esclusivamente in termini di *deficit* risulta fuorviante, in quanto finisce con l'occultare risorse e capacità che le donne in carcere ancora posseggono e che proprio all'interno di quel contesto dovrebbero imparare a riconoscere. La nozione di vulnerabilità si rivela dunque una risorsa ermeneutica preziosa, da maneggiare però con prudenza⁹⁷ affinché non si trasformi in etichettatura essenzialistica, in stereotipia passivizzante. Capire quali fattori *rendono* le donne – e più in generale tutti i detenuti – vulnerabili all'interno del contesto carcerario e soprattutto mettere a fuoco come gli "strati di vulnerabilità"⁹⁸ si cumulano, sovrapponendosi l'uno all'altro ed esacerbando la suscettibilità al danno di alcuni soggetti,

95 T. Pitch, *Dove si vive, come si vive*, in E. Campelli, F. Faccioli, V. Giordano, T. Pitch, *Donne in carcere*, cit., p. 61.

96 M. Lanfranco, *Donne dentro*, cit., p. 17.

97 M.-H. Soulet, *La vulnérabilité, une ressource à manier avec prudence*, in L. Burghogue Larsen (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Pedone, Paris 2014, p. 15.

98 F. Luna, *Elucidating the Concept of Vulnerability: Layers not Labels*, in "The International Journal of Feminist Approaches to Bioethics", vol. 2, n. 1, 2009, pp. 121-139.

significa fare i conti con un orizzonte di obbligazione morale sia negativa che positiva. Pensata in connessione a processi economici, sociali e politici che generano il diseguale riconoscimento del valore delle vite⁹⁹, la vulnerabilità chiama dunque in causa non solo un intervento di protezione e tutela, l'impegno cioè a non procurare danno, ma altresì un compito di relazione solidale che deve sostanziare la responsabilità ad agire affinché anche il carcere possa diventare un luogo in cui rendere praticabili percorsi di capacitazione¹⁰⁰. Questo resta il compito più arduo eppure decisivo per immaginare uno spazio detentivo abitato da soggetti, piuttosto che da oggetti, di processi funzionali a un nuovo orientamento del sé autobiografico, che consenta a detenute e detenuti una "ricomprensione narrativa"¹⁰¹ della propria identità. Il carcere, ha scritto Grazia Zuffa, dovrebbe costituire un "costante assillo etico"¹⁰² per l'intera società. Un assillo che rinvia alla nostra comune responsabilità¹⁰³ di conferire un diverso significato al *tempo* della detenzione: non più un tempo fermo, burocraticamente gestito con la finalità dell'addestramento di "corpi docili"¹⁰⁴, bensì un tempo coniugato al futuro, proiettato verso il cambiamento, verso possibili modi d'esistenza in cui l'elaborazione consapevole del passato si trasformi in un ri-posizionamento del sé nel mondo¹⁰⁵.

99 J. Butler, *Precarious Life. The Powers of Mourning and Violence*, Verso, London-New York 2004; tr. it. *Vite precarie. Contro l'uso della violenza come risposta al lutto collettivo*, Meltemi, Roma 2004.

100 Il termine capacitazione va qui inteso nell'ampio significato proposto dalle teorie di Amartya Sen e Martha Nussbaum. Cfr. A. Sen, *Development as Freedom*, Oxford University Press, Oxford, New York 1999; tr. it. *Lo sviluppo è libertà*, Mondadori, Milano 2000; M.C. Nussbaum, *Women and Human Development. The Capabilities Approach*, Cambridge University Press, Cambridge, New York 2000; tr. it. *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, Il Mulino, Bologna 2001.

101 S. Achella, A. Cozzolino, *Autobiografie recluse. Rinarrare il sé*, in "Critical Hermeneutics", n. 1, 2022, p. 4.

102 G. Zuffa, *Essere persona in carcere: per un'etica del conflitto*, in Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Relazione al Parlamento 2020*, p. 82.

103 Per un approfondimento dei profili filosofici del concetto di responsabilità cfr. F. Miano, *Responsabilità*, Guida, Napoli 2009.

104 Cfr. M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, Paris 1975; tr. it. *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Torino 1976.

105 Sulla rilevanza della questione del tempo all'interno dei meccanismi di funzionamento del carcere cfr. V. Pellegrino, M. Inglese, *Il tempo nella vita quotidiana del carcere: il "presente senza futuro" e le difficili forme di resistenza biografica*, in "Antigone", n. 1-2, 2016, pp. 233-254; R. De Vito, *L'orologio della società e la clessidra del carcere. Riflessioni sul tempo della pena*, in "Questione giustizia", n. 1, 2017, pp. 39-47.

In tale prospettiva diventa cruciale coltivare e potenziare quelle esperienze di formazione in senso lato che rappresentano, nel “mare morto” del sistema penitenziario, tante “piccole isole di attività vitali”, per tornare alla metafora usata da Erving Goffman, che ho proposto nell’introduzione di questo lavoro. Si tratta di esperienze sviluppate secondo modalità di intervento impegnate a tracciare vettori di temporalità orientata al futuro, che proprio all’interno del carcere femminile acquisiscono una specifica rilevanza per contrastare *routines* disabilitanti e meccanismi di minorazione nei quali storicamente le detenute si trovano irretite finendo con l’assolutizzare le proprie dimensioni di vulnerabilità. Esempio in tal senso si rivela il progetto *Women in Transition*, realizzato nel 2018 all’interno delle sezioni femminili delle carceri di Firenze e Pisa con l’obiettivo di “restituire alle donne uno sguardo di valorizzazione di sé, [...], rafforzare la percezione di autoefficacia nella possibilità di immaginare e praticare cambiamento, saper trovare nel contesto di vita (anche quella carceraria) risorse e relazioni positive”¹⁰⁶. Affinché il futuro non resti vuota illusione, quel futuro di reinserimento nella società che dovrebbe rappresentare la stella polare della transizione nel carcere, diventa dunque necessario un apprendimento riflessivo sorretto e orientato da un sapere esperto, in grado di contribuire alla “liberazione progressiva del diritto a desiderare”, di riattivare spinte di fiducia verso la delineazione di “desideri possibili, che possono farsi progetto”¹⁰⁷.

106 S. Ronconi, G. Zuffa, *La prigioniera delle donne*, cit., p. 25.

107 Ivi, p. 29.



CAP. IV
VULNERABILITÀ GEOGRAFICA
E AMBIENTALE



DELIO SALOTTOLO
RIPENSARE LA “VULNERABILITÀ
AMBIENTALE” NELL’ANTROPOCENE:
PARADOSSI E PROBLEMATIZZAZIONI

SOMMARIO: 1. Vivere nel paradosso. – 2. La vulnerabilità come problematizzazione. – 3. La vulnerabilità come questione di temporalizzazione. – 4. Oltre il paradosso.

1. *Vivere nel paradosso*

Viviamo nell’epoca del cosiddetto “Antropocene”¹, l’epoca della crisi ecologica dispiegata e caratterizzata dal fatto che l’“umano” sarebbe divenuto una forza geofisica paragonabile a quella degli agenti nonumani e non viventi²: questo termine-concetto tende a suscitare polemiche come “nome” – proprio perché nella stessa scelta lessicale ci sarebbe una posta in gioco etica e politica: la responsabilità della crisi ecologica non sarebbe di un umano in generale (*anthropos*) ma dell’umano Occidentale³ – e come

- 1 Cfr. P.J. Crutzen, E. F. Stoermer, *The “Anthropocene”*, in “IGP Newsletter”, 41, 2000, pp. 17-18.
- 2 D. Chakrabarty, *Gli studi postcoloniali e la sfida del cambiamento climatico* (2012), in Id., *La sfida del cambiamento climatico. Globalizzazione e Antropocene*, Ombre Corte, Verona 2021, pp. 35-56.
- 3 Impossibile restituire il dibattito sorto intorno al “nome” Antropocene e soprattutto la creatività mediante la quale sono stati immaginati tanti altri “nomi” possibili: da Capitalocene (Cfr. A.Malm, A. Hornborg, *A Geology of Mankind? A Critique of the Anthropocene Narrative*, in “The Anthropocene Review”, 1, 2014, pp. 62-69, e J.W. Moore, *Antropocene o Capitalocene? Scenari di ecologia-mondo nell’era della crisi planetaria*, Ombre Corte, Verona 2017) a Chthulucene (Cfr. D. Haraway, *Chthulucene. Sopravvivere su un pianeta infetto*, Nero, Roma 2019.), passando per Plantationocene (Cfr. D. Haraway, N. Ishikawa, S.F. Gilbert, K. Olwig, A.L. Tsing, N. Bubandt, *Anthropologists Are Talking – About the Anthropocene*, in “Journal of Anthropology”, 81, 2016, pp. 535-564, termine segnalato come “creazione” collettiva) e Wasteocene (Cfr. M. Armiero, *L’era degli scarti. Cronache dal Wasteocene, la discarica globale*, Einaudi, Torino 2021), arrivando a Manthropocene e Northropocene (Cfr. K. Raworth, *Must the Anthropocene be a Manthropocene?*, in “The Guardian”, 20 October 2014), o anche a Proletarocene (Cfr. J.W. Moore, *Oltre la giustizia climatica. Verso un’ecologia della rivoluzione*

“concetto” – proprio perché nella stessa proposta di una nuova era geologica che seguirebbe l'era dell'Olocene, l'attuale fase di surriscaldamento globale di origine antropogenica, il reperimento e la datazione delle tracce che segnalerebbero una rottura nella storia geologica del pianeta hanno a loro volta un portato etico e politico⁴.

ne, Ombre Corte, Verona 2024). Come si può facilmente notare, ogni “nome” indica un aspetto critico di carattere etico-politico.

- 4 D. Chakrabarty, *Il significato umano dell'Antropocene* (2016), in Id., *La sfida del cambiamento climatico*, cit., pp. 113-128. Uno dei segnali più rilevanti di una soglia nella storia geologica del pianeta tale da indicare la possibilità di un ingresso in una nuova era geologica sarebbe dato dallo *Orbis spike* del 1610. L'invasione delle Americhe ad opera degli europei, a partire dal 1492, ha comportato la più grande sostituzione di popolazione umana dell'era dell'Olocene, il più vasto scambio di organismi vegetali ed animali, prima separati in distinte aree geografiche, e il declino della popolazione nativa americana, che passò da circa 60 a 6 milioni di individui in poco più di un secolo e mezzo, tale da restituire più di 50 milioni di ettari alla riforestazione. Soprattutto quest'ultimo evento, il primo grande genocidio ad opera occidentale, ha fatto sì che le curve di CO₂ mostrino un declino di 7-10 ppm a livello globale, a tal punto che il minimo di 271.8 ppm datato 1610 circa rappresenterebbe un marker GSSP di particolare interesse (Cfr. S.L. Lewis, M.A. Maslin, *Defining the Anthropocene*, in “Nature”, 519, 2015, pp. 171-180). Dal punto di vista della scienza geologica e stratigrafica è notizia di marzo 2024 che la Subcommission on Quaternary Stratigraphy ha votato contro l'ufficializzazione dell'Antropocene (su quanto abbia pesato la politica su questa scelta, e su come scienza oggettiva e politica siano intimamente mescolate, contraddicendo la retorica di *noi moderni*, cfr. P. de Jouvancourt, *Qui a tué l'Anthropocène?*, in “Terrestres”, 8 avril 2024, liberamente consultabile al seguente link: <https://www.terrestres.org/2024/04/08/qui-a-tue-lanthropocene/>); dal punto di vista delle *soft sciences*, al di là della decisione, si tratta di mettere in luce quali sono i processi reali che hanno portato alla situazione attuale, e dunque quali sono le responsabilità differenziate (Cfr. D. Chakrabarty, *Il significato umano dell'Antropocene*, cit.). Come ha sottolineato Bruno Latour, certo non può essere una commissione di geologi a decidere dello spirito del nostro tempo (Cfr. B. Latour, *Face à Gaïa. Huit conférences sur le nouveau régime climatique*, La Découverte, Paris 2015). Secondo Jason W. Moore, storico e sociologo dell'ambiente, la data del 1610 spiegherebbe perché l'Antropocene è in realtà un Capitalocene, nella misura in cui il capitalismo, come forma-di-vita, sarebbe una strategia complessiva che implica la necessità di trovare sempre nuove Nature a buon mercato (forza-lavoro, cibo, energia, materie prime) per il proprio sviluppo infinito, fatto di sfruttamento ed espropriazione, e che si dispiega come modo di produzione, nuove forme di patriarcato e nascita del razzismo moderno (Cfr. J.W. Moore, *Oltre la giustizia climatica. Verso un'ecologia della rivoluzione*, cit. Importante anche S. Barca, *Forces of reproduction. Notes for a counter-hegemonic Anthropocene*, Cambridge University Press, Cambridge 2020, e N. Fraser, *Capitalismo cannibale. Come il sistema sta divorando la democrazia, il nostro senso di comunità e il pianeta*, Laterza, Roma-Bari 2023). L'elemento interessante è come divenga sempre più

L’Antropocene solleva allora questioni di grande rilevanza innanzitutto per la lettura dei fenomeni storici di lungo periodo: da un lato la relazione fenomenologica tra una temporalità umana di breve periodo e una temporalità geologica di lunghissimo periodo⁵; dall’altro la ridefinizione dei contorni della storia umana che non si dispiega più su uno sfondo, la “Natura”, che può sì intervenire ma che rimane scenografia per l’agire umano “libero” e “astratto”⁶. Si tratta allora di questioni caratterizzate da un grande portato etico e politico e che dispiegano due ordini di problematizzazioni: la prima concerne la percezione del futuro nel presente nei termini di una esperienza umana e storica che possa essere all’altezza della sfida dei “futuri”⁷, la seconda riguarda le condizioni di possibilità di un’etica e di una giustizia che siano allo stesso tempo sociali ed intergenerazionali⁸.

Ma il dibattito sull’Antropocene, divenuto “nome” e “concetto” popolare⁹, rimette inoltre in discussione la relazione tra crisi ecologica e globalizzazione¹⁰ a partire dalle promesse della Modernità – felicità e benessere sulla base di una crescita economica infinita – e la relazione tra la crisi ecologica e la forma che ha assunto la forma-di-vita del Capitalismo, sia dal punto di vista delle relazioni di sfruttamento e appropriazione che hanno caratterizzato gli ultimi cinque secoli della storia umana, sia dal punto di vista della costruzione ideologica di entità astratte come “Uomo” e “Natura”, un vero e proprio immaginario definito da un perenne conflitto tra queste astrazioni, conflitto che

difficile pensare Umano e Natura come entità separate, e le ultime decisioni segnalano quanto forse davvero *non siamo mai stati moderni* (Cfr. B. Latour, *Non siamo mai stati moderni*, Elèuthera, Milano 1995).

5 Cfr. D. Wood, *Deep Time*, *Dark Times*, Fordham University Press, New York 2019, e M. Serres, *Darwin, Napoleone e il samaritano. Una filosofia della storia*, Bollati Boringhieri, Torino 2017.

6 Cfr. M. Armiero, S. Barca, *Storia dell’ambiente*, Carocci, Roma 2004.

7 Ci permettiamo di rinviare a D. Salottolo, *Temporalizzazione, autocomprensione storica e cancellazione del futuro nell’Antropocene. Una riflessione etico-politica a partire da Koselleck e Foucault*, in “Etica & Politica / Ethics & Politics”, XXV, 3, pp. 339-371, e Id., *La terza epoca del concetto di “rivoluzione”: da Platonov a Latour passando per Koselleck (e oltre)*, in “S&F_scienzafilosofia.it”, 30, pp. 405-439.

8 Cfr. F.G. Menga, *L’emergenza del futuro. I destini del pianeta e le responsabilità del presente*, Donzelli, Roma 2021.

9 Cfr. J.M. Moore, *Antropocene o Capitalocene?*, cit.

10 Cfr. D. Chakrabarty, *La sfida del cambiamento climatico*, cit., ma anche A. Ghosh, *La grande cecità*, Neri Pozza, Vicenza 2017 e Id., *La maledizione della noce moscata. Parabole per un pianeta in crisi*, Neri Pozza, Vicenza 2022

avrebbe prodotto da un lato un Prometeismo tecnologico insostenibile¹¹ e dall'altro tutte le forme di riduzionismo a enti di natura che avrebbe informato tutta la storia moderna del razzismo e del patriarcato¹². Quando parliamo di “Antropocene” – sia nel momento in cui si accetta la definizione sia quando la si critica e, provocatoriamente, si propongono nuovi “nomi” – la posta in gioco sembra essere la rimodulazione di una serie di abitudini di pensiero proprie della Modernità occidentale globalizzantesi e delle modalità mediante le quali *noi moderni* abbiamo costruito il mondo sulla base di una disuguaglianza radicale che trova nella forma-di-vita del Capitalismo neoliberista attuale il suo limite massimo e potenzialmente catastrofico, ma anche l'eventualità di ripensare il concetto stesso di limite integrandolo con la possibilità di una forma di organizzazione che porti a una trasformazione radicale dell'attuale ecologia-mondo¹³.

Viviamo nell'epoca del cosiddetto “Antropocene”, dunque, ma viviamo anche in una “società del rischio”¹⁴, una società caratterizzata sia da un Prometeismo che si dispiega sempre di più e in maniera contraddittoria nei termini di una “vergogna prometeica” e di un “dislivello prometeico”¹⁵ sia da una necessità etica di ripensamento della responsabilità nei termini di una risposta non soltanto *a posteriori* nei confronti di ciò che è stato *già* fatto, ma anche e soprattutto *a priori* nei confronti di ciò che non è stato *ancora* fatto¹⁶. Vivere in una “società del rischio” – così come vivere nell’“Antropocene” – conduce a un paradosso fondamentale: da un lato la società moderna e la forma-di-vita capitalistica pienamente globalizzata e dispiegata tendono ad agire e a riprodursi sulla base di una rappresentazione del futuro come “rischio calcolabile” e non come “pericolo imprevedibile”, divenendo centrale la “decisione” in uno stato di incertezza sulla base del mantenimento

11 Cfr. J.W. Moore, *The Opiates of the Environmentalists? Anthropocene Illusions, Planetary Management & the Capitalocene Alternative*, Abstrakt (www.pole-nekoloji.org), in Id., *Oltre la giustizia climatica*, cit.

12 Cfr. N. Fraser, *Capitalismo cannibale*, cit.

13 Cfr. J.W. Moore, *Ecologia-mondo e crisi del capitalismo. La fine della natura a buon mercato*, Ombre Corte, Verona 2015, e Id., *Oltre la giustizia climatica*, cit.

14 Cfr. U. Beck, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci, Roma 2000.

15 Cfr. G. Anders, *L'uomo è antiquato I. Considerazioni sull'anima nell'epoca della seconda rivoluzione industriale*, Bollati Boringhieri, Torino 2003.

16 Cfr. H. Jonas, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Einaudi, Torino 1990.

di una crescita infinita a partire dall’analisi costi-benefici¹⁷; dall’altro la società moderna e la forma-di-vita capitalistica pienamente globalizzata e dispiegata tendono a favorire contemporaneamente un immaginario catastrofista, tecnocratico e popolazionista, funzionale a disattivare le spinte organizzative e trasformative¹⁸ – il famoso adagio sulla maggiore facilità nel pensare la fine del mondo che non la fine della forma-di-vita capitalistica è il risultato di questo paradosso della società del rischio e dell’Antropocene.

Il paradosso che porta con sé vivere e pensare nell’epoca dell’Antropocene e della società del rischio conduce a un ripensamento radicale della bioetica a mezzo secolo di distanza dalla sua nascita “ufficiale”¹⁹. Se la bioetica compare come disciplina dal sapore positivistico – come applicare la scienza all’etica – ed è poi divenuta una disciplina che si interroga sempre più sugli sviluppi della biologia, della medicina, della biotecnologia, e sui problemi di carattere morale, giuridico e sociale che non smettono di porre – come porre “limiti” etici alla scienza –, ci troviamo allora probabilmente dinanzi alla necessità di ripensare i “confini” di questa disciplina, proprio in connessione con quella che potrebbe rappresentare la più determinante crisi dell’umano da quando l’umano è entrato nella “storia”, la cosiddetta “crisi ecologica”. Questione di “limiti”, dunque, ma anche di “confini”: il presupposto di una netta separazione tra “Umano” e “Natura” da un lato e tra “Umano” e “Tecnica” dall’altro (con i correlati Natura/Cultura e Scienza/Politica) non sembra essere più sostenibile o comunque non così facilmente determinabile perché riflesso di una specifica cosmologia e cosmopolitica occidentale²⁰.

17 Si tratta del discorso di Niklas Luhmann, dalla nostra prospettiva particolarmente utile oggi dinanzi alla crisi ecologica, secondo cui il “pericolo” è sempre stato la rappresentazione di qualcosa di indipendente dalla nostra volontà (*l’orrore dell’ingestibile*), in cui il futuro si manifesta come non *immediatamente* razionalizzabile in quanto già-sempre carico di una certa imprevedibilità, mentre il “rischio” è la rappresentazione di qualcosa pensato come una conseguenza di una decisione presa in un determinato momento di incertezza, in cui il futuro si manifesta come già-sempre razionalizzabile in quanto carico di una certa prevedibilità (Cfr. N. Luhmann, *Sociologia del rischio*, Mondadori, Milano 1996).

18 Cfr. J.W. Moore, *The Opiates of the Environmentalists?*, cit.

19 Cfr. ovviamente V.R. Potter, *Bioetica: un ponte verso il futuro*, Sicania, Messina 2000.

20 Cfr. B. Latour, *Non siamo mai stati moderni*, cit., e P. Descola, *Oltre natura e cultura*, Raffaello Cortina, Milano 2021

La “bioetica”, allora, in quanto etica applicata e pratica, deve darsi il compito di confrontarsi con tutti questi piani da un punto di vista sempre “situato”, approfondendo il suo lavoro sulla distinzione tra una razionalità in astratto o *ragione* – i principi della morale siano essi di matrice deontologica o utilitarista, teleologica o formalista – e una razionalità nella pratica o *ragionevolezza*, a partire dall’idea che la ragione non può mai essere ridotta a ragione strumentale, e che *ragione* e *ragionevolezza* – così come scienza e politica – hanno un’origine comune²¹. Dinanzi alla crisi ecologica, compito dell’etica e della bioetica ripensata dovrebbe essere quello di rendere effettiva questa genealogia dinanzi alle trasformazioni epocali verso cui gli umani stanno andando: c’è già-sempre dell’etica nella scienza e della scienza nell’etica, la scienza è già-sempre politica e non soltanto in chiave ideologica²².

Ritornando così alle origini della bioetica, laddove essa sarebbe dovuta essere anche e soprattutto una disciplina con al centro il problema della sopravvivenza umana nell’ecosistema²³, e nonostante una normatività e un biologismo oggi insostenibili che l’accompagnava, essa – questa bioetica aurorale – portava con sé un’intuizione fondamentale: al di là di ogni riduzionismo sempre rischioso, l’impossibilità di scindere la vita dell’umano dalla vita del nonumano. La bioetica, *oggi*, pur non distaccandosi e non potendosi distaccare dalla sua matrice umana e dal suo applicarsi a questioni umane (ma sono davvero *solo* umane le questioni di inizio e fine vita? e le biotecnologie?), sempre più si interroga e dialoga con altre forme di etica applicata, come l’etica ambientale e l’etica animale, muovendo dalla necessità di un’estensione della comunità morale nello spazio (al di là dei confini geografici), nel tempo (al di là dei confini segnati dalle generazioni), e oltre la specie (al di là dell’umano)²⁴.

Se la bioetica aspira a divenire un’etica all’altezza delle sfide dell’Antropocene e della società del rischio – così come le abbiamo definite – non può esimersi dall’interrogarsi non solo sulla genealogia comune tra dimensione morale e dimensione scientifica, muovendo dalla constatazione che sono da considerarsi superate tutte le dicotomie fondamentali che hanno

21 Cfr. M. Serres, *Il contratto naturale*, Feltrinelli, Milano 1991

22 Cfr. B. Latour, *Non siamo mai stati moderni*, Elèuthera, Milano 1995, e Id., *Pandora’s Hope. Essays on the Reality of Science Studies*, Harvard University Press, Cambridge MA 1999

23 Cfr. V.R. Potter, *Bioetica: un ponte verso il futuro*, cit.

24 Cfr. L. Battaglia, *Un’etica per il mondo vivente. Questioni di bioetica medica, ambientale, animale*, Carocci, Roma 2011.

caratterizzato il Prometeismo culturale della forma-di-vita capitalistica, ma anche e soprattutto sulla definizione della "sostanza etica"²⁵ che questi oltrepassamenti impongono (o dovrebbero imporre).

Questa riflessione su ciò che preliminarmente possiamo definire "vulnerabilità ambientale"²⁶ – nel senso di una nuova forma di "possibilità di ferita" degli umani dinanzi ai cambiamenti climatici nell'epoca del cosiddetto Antropocene – muove così da due indicazioni fondamentali.

La prima – di carattere metodologico – parte dall'idea foucaultiana di "problematizzazione" e cercherà di definire le ragioni per cui la vulnerabilità come descrizione ontologica della condizione umana e/o come determinazione etico-politica fondamentale è apparsa, si è diffusa ed è *divenuta problema* in un determinato momento. A partire dal nesso vulnerabilità-dignità ai tempi della crisi ecologica, si definiranno i contorni di un'indagine sulla fortuna del concetto di "vulnerabilità", e quali immagini dell'umano veicola. Il discorso muove dall'idea latouriana di un'impossibilità di compimento della Modernità finché prosegue nel percorso che presuppone Natura e Società come due "zone" ontologiche separate, idea che produce i seguenti interrogativi: la vulnerabilità dinanzi ai cambiamenti climatici appartiene alla natura o alla società? è un concetto che esprime le conseguenze di un evento o di un processo? può essere inquadrata dal punto di vista individuale o relazionale? è universale o relativa? Tutte questioni che riposizionano il nesso vulnerabilità/dignità a partire da una costellazione di senso caratterizzata – dinanzi allo snodo del cambiamento climatico – da altri concetti e pratiche di difficile definizione, quali "principio di precauzione" e *human resilience*.

25 Secondo la definizione foucaultiana (Cfr. M. Foucault, *L'uso dei piaceri. Storia della sessualità* 2, Feltrinelli, Milano 1984), l'individuo di una determinata epoca lavora specificamente su una parte molto definita del proprio Sé che diviene la *materia* a partire dalla quale operare per la propria condotta morale: la sostanza etica dell'umano, oggi lo si è compreso, è sempre più inscindibile dalla sostanza etica di cui è composto il nonumano, e la "vulnerabilità ambientale" rappresenta questa ridefinizione della materia sulla quale lavorare.

26 Ci sarebbe da discutere sull'adeguatezza dell'aggettivo "ambientale" da affiancare al sostantivo "vulnerabilità", in quanto sicuramente troppo antropocentrico, e sulla sua possibile sostituzione con "climatica" o "ecologica" (comunque, non equivalenti). Un ulteriore ragionamento – come diverrà chiaro nel corso dell'argomentazione – è che è un presupposto fallace e troppo moderno quello di distinguere una "vulnerabilità ambientale" da una "vulnerabilità sociale". Ai fini della nostra trattazione, tenderemo a mantenere la definizione "vulnerabilità ambientale" proprio perché tiene in sé il paradosso antropocentrico di ogni retorica antropocenica e il paradosso moderno di ogni retorica sulla separazione di Natura e Società.

La seconda – di carattere “trascendentale” – muove dalla riflessione koselleckiana sulle condizioni di possibilità dell’esperienza storica e temporale dell’umano della Modernità, il *futuro passato*²⁷, per cui la categoria di “vulnerabilità ambientale” rischia di non poter essere tematizzata in tutte le sue implicazioni a causa di alcuni limiti di quella stessa esperienza, limiti che sembrano non permettere la relazione con un avvenire che tenga conto della responsabilità nei confronti dei futuri e la pensabilità di un’etica che – dinanzi alla continua produzione di vite di scarto²⁸ e alle possibilità di accelerazioni di questo processo dovute ai cambiamenti climatici (la connessione profonda tra giustizia sociale e giustizia ambientale)²⁹ – possa tenere insieme la dignità di chi c’è e non conta e di chi non c’è ancora. Questa caratteristica dell’esperienza storica e temporale di *noi moderni* sarà messa in relazione con la “fortuna” che sta avendo la matematica morale dell’“altruismo efficace” e del “lungotermismo”, l’idea per cui l’impegno etico e politico nel qui e ora deve sottomettersi a una visione di lungo e lunghissimo periodo. Lungi dall’essere in contrapposizione, si dimostrerà come queste due caratterizzazioni siano in realtà speculari e *inefficaci*.

2. La vulnerabilità come problematizzazione

Quando Foucault afferma che lavorare a partire da una “metodologia” della problematizzazione “vuol dire: come e perché certe cose (comportamenti, fenomeni, processi) diventano un *problema*”³⁰, intende mostrare come il compito etico-politico della ricerca filosofica sia quello di determinare il momento in cui si verificano riposizionamenti nei regimi discorsivi (momento *archeologico*) e spostamenti nelle relazioni di potere (momento *genealogico*) tali da produrre una *cosa* che si presenta come *problema* da essere analizzato. Non si tratta di ritrovare il *sensu* recondito di una determinata *cosa*, ma il dispositivo che ha permesso che assumesse un determinato senso, che comparisse allo stesso tempo come *cosa* e come *problema*. La “problematizzazione” ha un portato etico fondamentale: “c’è un rapporto tra pensiero e realtà nel processo

27 Cfr. R. Koselleck, *Futuro passato*, Marietti 1820, Genova 1996.

28 Cfr. Z. Bauman, *Vite di scarto*, Laterza, Roma-Bari 2005.

29 Cfr. J.W. Moore, *Oltre la giustizia climatica*, cit.

30 M. Foucault, *Discorso e verità nella Grecia antica*, Donzelli, Roma 2005, pp. 112-113.

di problematizzazione"³¹ afferma Foucault, in quanto essa rappresenta il punto di tangenza tra i modi in cui la realtà effettiva si dispiega nei discorsi e nelle relazioni di potere e i modi (che sono sempre) etici e politici in cui "l'essere umano 'problematizza' ciò che è, ciò che fa e il mondo in cui vive"³². Quando, dunque, e perché si parla sempre di più di "vulnerabilità" e "vulnerabilità ambientale" nel nostro tempo?

Viviamo nell'Antropocene e in una "società del rischio", ma viviamo anche nell'epoca della "vulnerabilità". Il punto di partenza per provare a comprendere l'emergere della sua problematizzazione si trova, a nostro avviso, in un passaggio determinante: se la nozione di "vulnerabilità" è stata sempre connessa all'"incertezza" e all'"indeterminatezza", l'esposizione *alla* e la dipendenza *dalla* "cieca fortuna", a partire dagli anni '80 – gli anni dell'avvento del neoliberismo come rinnovamento della forma-di-vita capitalistica – essa è stata letta in connessione con la questione della "società del rischio" da un lato e la rappresentazione del "pericolo incalcolabile" non più come soglia esterna ma come limite interno all'organizzazione sociale. *La riflessione sul rischio e sulla vulnerabilità – e gli atteggiamenti morali e le pratiche di gestione politica ad essa intrecciate – è sempre una riflessione su una certa rappresentazione del futuro implicata da una certa azione nel presente.*

Ecco allora un rapido profilo genealogico. Il "rischio", come categoria che legge il "pericolo" come qualcosa di calcolabile, conduce a una certa gestione della "decisione" che si gioca sul piano della *prevenzione*, che porta allo stesso tempo a una *normalizzazione* e a una *distribuzione* delle conseguenze economiche. Il piano della *prevenzione* mostra come il "rischio" possa essere contenuto attraverso l'accrescimento delle conoscenze scientifiche, per cui la "vulnerabilità" si manifesta a causa di un'assenza di saperi adeguati. Il piano della *normalizzazione* mostra come – in vista della *prevenzione* – occorra che tutta la popolazione sia presa in carico dalla gestione governamentale, perché la vulnerabilità non è qualcosa di "ontologico" ma di connesso a una determinata organizzazione sociale. Il piano della *distribuzione* mostra come la gestione tramite *normalizzazione* si concentri sugli effetti economici e sul calcolo costi-benefici³³: si tratta della fase del *welfare state* e del modo mediante il quale il "rischio" è stato gestito dalla fine del

31 Ivi, p. 114.

32 Id., *L'uso dei piaceri. Storia della sessualità* 2, Feltrinelli, Milano 2004, p. 15.

33 Cfr. E. Ferrarese, *Il geometra e i vulnerabili: sugli usi del concetto di vulnerabilità nelle scienze sociali*, in "Gênero & Direito", 5, 2016, pp. 152-173.

XIX secolo agli anni '70 del XX secolo³⁴. La “vulnerabilità” è presente ma risulta dunque gestibile.

A partire, però, dagli anni '80 del XX secolo entra in crisi questo dispositivo sia perché iniziano a crescere l'estensione geopolitica e sociale dei “rischi”, non più determinabili a partire dalle forme di organizzazione dello Stato-nazione (la globalizzazione, le migrazioni, il terrorismo globale), sia perché sfuma sempre di più la distinzione tra “rischio calcolabile” e “pericolo incalcolabile” (la crisi ecologica). Si tratta di una fase di rideterminazione allo stesso tempo dei regimi discorsivi e delle relazioni di potere che devono gestire questo nuovo regime di incertezza: la crisi della presunzione di prevedibilità della conoscenza scientifica come effetto dell'emergenza di un numero crescente di “pericoli incalcolabili” e la crisi della presunzione di prevedibilità della conoscenza razionale degli effetti delle “decisioni” umane portano a un riposizionamento della nozione di “vulnerabilità”. Essa diviene *problema*. A essere rideterminata nella teoria del rischio è la soglia della “catastrofe”, da intendersi come l'al di là di ogni prevedibilità e calcolabilità razionale.

Ci troviamo dinanzi a un nuovo paradosso: la “catastrofe” è sì “esterna” al mondo umano – la minaccia proveniente dalla natura o dal prometeismo tecnico – ma diviene anche “interna”, un indicatore epistemologico che da un lato inaugura un modello sociale di instabilità e provvisorietà, e dall'altro definisce i contorni di una responsabilità individuale nella capacità di far fronte alle richieste di un ambiente naturale e sociale sempre più complesso e aleatorio³⁵. Il “paradosso” è dettato dal fatto che *non siamo mai stati moderni*³⁶, dal momento che *noi moderni* tendiamo a costruire una dialettica di interiorità/esteriorità tra Umano e Natura, ma allo stesso tempo moltiplichiamo le forme di ibridazione tra questi due costrutti culturali e sociali.

La “vulnerabilità ambientale”, nell'epoca dell'Antropocene, risente proprio di questo paradosso: essa è pensata, di volta in volta, come conseguenza di qualcosa di “esterno” all'Umano – siamo vulnerabili a causa della “ribellione” della Natura; come conseguenza di qualcosa di “esterno” alla Natura – la Natura è vulnerabile a causa dell'Umano; come qualcosa di “interno” all'Umano – siamo vulnerabili a causa della nostra condizione

34 Cfr. F. Ewald, *Histoire de l'Etat providence. Les Origines de la solidarité*, Grasset, Paris 1986.

35 Cfr. V. Marzocco, *Insicuri e liberi. Vulnerabilità e resilienza nel lessico giuridico-politico del neoliberismo*, in M.G. Bernardini, B. Casalini, O. Giolo, L. Re (a cura di), *Vulnerabilità: etica, diritto, politica*, IF Press, Roma, 2018, pp. 295-314.

36 Cfr. B. Latour, *Non siamo mai stati moderni*, cit.

umana; come qualcosa di "interno" alla Natura – la Natura è vulnerabile a causa della precarietà dei suoi equilibri omeostatici. L'ambiguità della nozione di "vulnerabilità ambientale" risiede nella costruzione ontologica di due reami separati – l'Umano e la Natura – e contemporaneamente dalla proliferazione di intrecci tra questi due costrutti socio-tecnici e culturali. Semplificando: la "vulnerabilità ambientale" dell'epoca dell'Antropocene e della società del rischio è già-sempre "vulnerabilità sociale", e giocare sulla distinzione tra le due rappresenta la forma che assume la gestione degli intrecci naturalculturali da parte della forma-di-vita del Capitalismo neoliberista, che da un lato moltiplica le mescolanze di Umano e Natura e dall'altro, strategicamente, le tiene normativamente separate.

Gli effetti sono chiari: la "vulnerabilità" diviene caratteristica strutturante la condizione umana e, nella sua instabilità, si mescola con la dinamica dell'adattamento all'ambiente (naturale e/o sociale), definendo la fortuna di un altro concetto, la *human resilience*, come paradigma allo stesso tempo etico e politico. Si tratta del passaggio dall'incertezza epistemologica alla indeterminatezza ontologica: la realtà è caratterizzata da "pericoli" imprevedibili non perché la nostra conoscenza scientifica non è (ancora) adeguata, ma perché è la realtà stessa a essere caratterizzata da aleatorietà. Il meccanismo dell'assicurazione sociale³⁷, che si basava sulla percezione dei "rischi" ambientali e sociali come qualcosa di calcolabile, non è all'altezza della situazione: la "vulnerabilità" è lo stato di cose che caratterizza individui e società, e la "resilienza" diviene compito individuale e sociale, vera e propria virtù, dinanzi alla possibilità della "catastrofe".

Il filosofo François Ewald, nel quadro di un paradigma biopolitico foucaultiano³⁸, ha già da tempo lavorato a una ricostruzione archeologica-genealogica della definizione e ridefinizione del nodo dell'assicurazione sociale dinanzi ai "rischi" della vita, identificando tre paradigmi: nel XIX secolo la "responsabilità", nel XX secolo la "solidarietà", dalla fine del XX secolo e, aggiungiamo noi, nel XXI secolo il "principio di precauzione"³⁹. È utile al nostro discorso seguire, seppur rapidamente, questa ricostruzione.

37 Cfr. F. Ewald, *Histoire de l'Etat providence*, cit.

38 Cfr. almeno M. Foucault, *La volontà di sapere. Storia della sessualità I*, Feltrinelli, Milano 2003, Id., *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, Feltrinelli, Milano 2005, e Id., *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Feltrinelli, Milano 2005.

39 Cfr. F. Ewald, *Histoire de l'Etat providence*, cit., Id., *Philosophie de la précaution*, in "L'Année sociologique", 46, 1996, pp. 383-412, e Id., *Le principe de précaution*, PUF, Paris 2001.

Quando a prevalere era il principio della “responsabilità”, le obbligazioni morali e individuali erano sentite come più significative rispetto a quelle legali: le virtù morali individuali per eccellenza erano la capacità di previsione, la prudenza e, nel caso, la “benevolenza”. Il principio di responsabilità si fonda sull’idea che “nessuno può considerare nessun altro responsabile di ciò che gli accade”, dunque si oppone a ogni pratica di carattere assistenziale. Si tratta di un principio connesso all’avvento del liberalismo e della forma-di-vita del Capitalismo: le persone devono divenire “previdenti”, aprirsi al futuro e non vivere soltanto nel presente, sentirsi responsabili di sé stesse e di ciò che accade; l’errore di calcolo, di “previsione”, l’assenza di “prudenza” trasformano l’evento che accade in una responsabilità individuale. La sicurezza è vista come un dovere e non un diritto, e non c’è posto per una ideologia della “vittima”, in quanto, nonostante si possano sviluppare sentimenti di pietà umana, la percezione di fondo è che l’individuo sia sempre e comunque l’unico responsabile del proprio destino. Non esiste, secondo Ewald, nel XIX secolo l’idea che l’umano con la tecnica possa dominare tutti gli aspetti e i fenomeni della natura⁴⁰, l’unico modo per affrontare tale squilibrio è l’utilizzazione razionale della più grande virtù del XIX secolo, la “previdenza”.

Il paradigma della “solidarietà”, invece, corrisponde al sistema del *welfare state* e le obbligazioni di carattere giuridico assumono una rilevanza decisamente superiore rispetto alle obbligazioni morali. A partire dalle lotte dal basso, a moltiplicarsi sono i diritti sociali, e il “risarcimento” diviene una sorta di diritto generale nei confronti degli eventi della vita. La virtù o imperativo morale diviene la “prevenzione”. Il passaggio dalla “responsabilità” alla “solidarietà” si ha a partire da una nuova interrogazione sul “rischio”, che sorge innanzitutto negli ambienti di lavoro. L’idea di rischio è connessa infatti alla nuova dimensione, scoperta negli ultimi decenni del XIX secolo, della statistica: al di là della “responsabilità individuale”, si nota una regolarità che non può essere imputata alla mancanza di “prevenzione” e “prudenza” da parte dell’individuo. Il “rischio sociale” riposiziona la responsabilità degli incidenti sulla società e sulla sua organizzazione, e lo stesso concetto di “responsabilità” assume una riconfigurazione da una dimensione esclusivamente morale a una dimensione del tutto economica: se la questione non riguarda più la colpa individuale ma la persona a cui andrà imputato il danno e l’obbligo di risarcimento della perdita, la responsabilità morale diviene *ipso facto* responsabilità economica. La “responsabilità” si trasforma da virtù morale di un soggetto a conseguenza di un determinato

40 Cfr. Id., *Le principe de précaution*, cit.

fatto sociale; la "giustizia" diviene una forma di ripartizione sociale dei rischi individuali. La "prevenzione" differisce dalla "previdenza" o "prudenza", perché non è soggettiva ma oggettiva, si basa sull'idea di un "rischio" misurabile e calcolabile, e presuppone dunque la scienza e l'intervento tecnico. Nel XX secolo, si è potuta immaginare l'utopia di una scienza in grado di prevenire e controllare i rischi, l'ottimismo consisteva nel fatto che tutto poteva rientrare in un comunque profittevole calcolo costi-benefici.

Il paradigma che si fonda sul "principio di precauzione" definisce una nuova relazione tra obbligazioni giuridiche e obbligazioni morali, e un nuovo spazio di comprensione degli eventi e dei fenomeni. La parola-chiave diviene "incertezza", la quale definisce un nuovo rapporto con il sapere scientifico, percepito più attraverso i dubbi che esprime che non attraverso le verità che svelerebbe. Il passaggio avviene soprattutto attraverso il sorgere, negli ultimi decenni del XX secolo, di una sensibilità nei confronti delle questioni ambientali. Cambia la percezione stessa di ciò che è "sicurezza": compaiono sulla superficie della realtà delle vulnerabilità inattese, che gli umani occidentali, convinti di vivere in un mondo sempre più sicuro e sempre più "controllato" dalla scienza e dalla tecnica, non sono in grado di inquadrare se non attraverso la sensazione di un "ritorno" delle catastrofi. Il "principio di precauzione" compare proprio dinanzi alle "catastrofi", e nel 1992 diviene il decimo principio fondamentale sancito nel Summit di Rio del 1992 e viene inserito nel Trattato di Maastricht. Il "principio di precauzione", muovendo dall'incertezza scientifica, parte dall'idea di un rischio non calcolabile e non valutabile, pone dinanzi contemporaneamente a un rischio e a un non-rischio, conduce all'idea di un'incertezza fondamentale nella relazione di causalità tra un determinato evento e gli effetti che si attendono. Una piccola variazione nelle condizioni di partenza, in un sistema complesso, può condurre a effetti imprevedibili, seppur non casuali, e potenzialmente molto vasti. Questa incertezza conduce all'ambiguità tra un invito a decidere *a priori*, dinanzi alla previsione del peggio e della catastrofe irreversibile, e un invito a decidere *a posteriori*, dinanzi a una indeterminatezza ontologica degli effetti, in vista di un calcolo costi-benefici economicamente accettabile.

L'ambiguità e i paradossi segnalati conducono a due modalità di gestione che informano la forma-di-vita del Capitalismo neoliberista. Il primo è la "vulnerabilità" divenuta *problema*: se l'incertezza scientifica, nell'ambito di una indeterminatezza ontologica propria dei sistemi complessi per cui l'incertezza sempre più si trasforma in imprevedibilità (la fine dell'utopia ottocentesca e novecentesca di un dominio scientifico-razionale della realtà), non permette più la gestione razio-

nale attraverso il meccanismo dell'assicurazione, occorre che questa "vulnerabilità", che resta vaga e indefinita⁴¹, funga da premessa a una vera e propria trasformazione nell'attitudine morale degli individui e nelle pratiche di gestione istituzionale dei rischi. Il secondo è dunque proprio la "virtù" della "resilienza", come attitudine virtuosa di adattabilità sempre precaria all'ambiente naturale e sociale (pensati allo stesso tempo come separati e uniti, secondo lo schema autocontraddittorio mostrato precedentemente sulla scorta delle analisi latouriane): essa da un lato richiama – secondo lo schema di Ewald – il primo liberalismo, nella misura in cui la responsabilità sembra divenire nuovamente individuale, dal momento che la responsabilità sociale è entrata in crisi a causa dell'entrata in crisi della prevedibilità scientifica, dall'altro identifica – paradossalmente – allo stesso tempo l'esposizione umana ("ontologica" verrebbe da dire) alla vulnerabilità e la possibilità di superamento individuale di quest'ultima.

La "vulnerabilità" va allora pensata allo stesso tempo come condizione dell'Umano e condizione della Natura, ma anche come processo che determina l'opportunità di ridefinire questa condizione; la "resilienza" va allora pensata allo stesso tempo come virtù dell'Umano, fondamentale nell'epoca dell'indeterminatezza ontologica, e virtù della Natura, in quanto gli stessi ecosistemi vengono sempre di più letti nei termini di una capacità di riadattamento costante sulla base di una precarietà ontologica.

Nell'epoca dell'Antropocene, della società del rischio, della "vulnerabilità ambientale", la dignità umana diviene "resilienza", e la "resilienza" – allo stesso tempo individuale e, come somma matematica di individualità, comunitaria – diviene lo strumento che assume il governo nell'epoca del Capitalismo neoliberista: da un lato, attitudine individuale – come nel primo liberalismo; dall'altro, orizzonte di normalizzazione e, dunque, di intervento securitario dall'altro. La "resilienza" conduce a un riduzionismo della vita morale degli umani, a nuove forme di controllo delle società umane, fungendo da vero e proprio paradigma etico e politico dell'epoca della forma-di-vita del Capitalismo neoliberista.

Per il nostro discorso, la "resilienza" (connessa al "principio di precauzione") assume un ulteriore valore, perché rappresenta una forma specifica di relazione con il tempo e la storia. La nostra tesi è che l'imprevedibilità (a partire da una lettura funzionale dell'indeterminatezza ontologica) che sta alla base della "resilienza" – come precipitato della riflessione

41 Cfr. T. Casadei, *La vulnerabilità in prospettiva critica*, in Giolo O., Pastore B. (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, Roma 2018.

dominante sulla "vulnerabilità" – definisce i contorni di una impossibilità di pensare il "futuro" e la responsabilità nei confronti dei "futuri". La "resilienza" è del tutto "presente" – ha a che vedere esclusivamente con il qui e ora dell'adattamento – e contemporaneamente è ciò che permette di immaginare una responsabilità verso i futuri soltanto nel lunghissimo tempo. Questa è la questione che cercheremo di affrontare nella seconda parte del saggio.

3. *La vulnerabilità come questione di temporalizzazione*

Nella prima parte del saggio abbiamo visto come, per inquadrare la questione etica e bioetica della "vulnerabilità", occorra indagare alcuni processi: dal punto di vista epistemologico il passaggio da "incertezza scientifica" a "indeterminatezza ontologica", dal punto di vista etico e politico una nuova forma di gestione dell'umano fondato sui paradossi del "principio di precauzione" e della virtù morale e politica del nostro tempo, la "resilienza". Abbiamo visto, però, anche come i paradossi nascano da quella che è stata definita come la vera e propria cosmologia occidentale, che ha accompagnato e accompagna ancora la forma-di-vita del Capitalismo, la scissione della realtà in due reami separati, l'Umano e la Natura; scissione che però "ricopre" quelle che sono le vere pratiche tecniche e politiche, che invece producono una proliferazione di ibridi naturalculturali. La "vulnerabilità", il "principio di precauzione", la "resilienza" rappresentano allora degli ibridi, pensati però – contraddittoriamente – a partire dalla grande divaricazione Umano-Natura; in questo senso, definiscono i contorni contraddittori delle nostre idee e delle nostre pratiche, la forma di governo e le modalità di esposizione morale tipiche della forma-di-vita del Capitalismo neoliberista. La stessa distinzione tra "vulnerabilità ambientale" e "vulnerabilità sociale" non sussiste, proprio perché la crisi ecologica rappresenta allo stesso tempo la fine dell'idea di Natura e della sua sfruttabilità infinita, vale a dire la fine di un certo regime socio-ecologico di sfruttamento e appropriazione che ha caratterizzato gli ultimi cinque secoli.

Quella che proponiamo è dunque un'analisi archeologica e fenomenologica delle condizioni di possibilità dell'esperienza storica e temporale di *noi moderni*, sulla scorta delle analisi di Reinhart Koselleck ma procedendo anche oltre, in connessione con "lungotermismo" e "altruismo efficace", costruendo quella che secondo noi rappresenta la tensione fondamentale del nostro tempo, tra "presentismo" e "lungotermismo", solo apparentemente in contraddizione.

Come è noto, la riflessione koselleckiana muove dalla tensione fenomenologica tra le categorie antropologiche di *esperienza* e *aspettativa*⁴² – da intendersi come condizioni di possibilità della storia reale e come condizioni della sua conoscenza – in connessione con la tensione politica che si instaura tra i *concetti* e la *realtà* e tra le *parole* e le *cose*⁴³: l'esperienza di noi stessi e del mondo – nei termini foucaultiani: *come problematizziamo ciò che siamo* – si definisce in termini temporali ed è sempre in connessione con determinati orizzonti di apertura concettuale, per cui la pensabilità di noi stessi e del mondo è ridefinita costantemente dall'ordine del discorso temporale di riferimento, fatto di esperienza del *presente* (sulla base del *passato*) e *aspettativa* nei confronti del *futuro*. Dunque, l'esperienza concreta si realizza sempre attraverso un regime di mediazione concettuale, mentre la mediazione concettuale – vale a dire la temporalità e la storicità dell'essere-nel-mondo – si presenta sempre come un campo di battaglia. Questa “duplice tensione” – esperienza/aspettativa, concetti/realtà – non è semplicemente “strutturale” ma ha una sua storia peculiare: la Modernità – quella che possiamo definire come la forma-di-vita del Capitalismo – si fonda su un modo particolare di riposizionamento di questa “duplice tensione”.

Il primo processo da segnalare per definire i limiti dell'esperienza storica e temporale di *noi moderni* è l'articolazione delle “storie plurali” in una Storia al singolare – la “non-contemporaneità di storie diverse ma contemporanee in senso cronologico”⁴⁴: questa ri-articolazione del concetto di storia ha la sua origine nel fenomeno della colonizzazione in connessione con lo sviluppo dell'idea di “progresso”, quella “miscela di prognosi razionale dell'avvenire e di certezza della futura salvezza”⁴⁵. La Storia al singolare diviene l'unica marcia possibile, l'unico percorso attraversabile da un Umano anch'esso concepito al singolare. La costruzione tipicamente moderna dei contenitori concettuali, Umano e Natura, determina ed è determinata allo stesso tempo da come si è costruita materialmente e concettualmente, sulla base di appropriazione e sfruttamento, una rappresentazione dell'esperienza temporale come *unica* e *unidirezionale*.

Il secondo processo è quella che possiamo definire come la definizione/produzione della “differenza rispetto al passato”, e può assumere caratteri-

42 Il riferimento è ovviamente a R. Koselleck, “*Spazio di esperienza*” e “*orizzonte di aspettativa*”. *Due categorie storiche*, in Id., *Futuro passato*, cit., pp. 300-322.

43 Cfr. Id., *Storia dei concetti e storia sociale*, in Id., *Futuro passato*, cit., pp. 91-109.

44 Id., “*Età moderna*” (*Neuzeit*). *Sulla semantica dei moderni concetti di movimento*, in Id., *Futuro passato*, cit., pp. 258-299, qui p. 278.

45 Id., *Il futuro passato agli inizi dell'età moderna*, in Id., *Futuro passato*, cit., pp. 11-29, qui p. 25.

stiche progressive – la fuoriuscita dalle tenebre dell’ignoranza – e caratteristiche regressive – il passato da preservare, la tradizione da conservare. La definizione di un’epoca è data dal suo posizionamento lungo la linea della “differenza rispetto al passato”, vale a dire lungo la linea del “progresso” – il processo unificato è quello predisposto dall’Umano occidentale; ma questa caratterizzazione appartiene anche alla percezione individuale di *noi moderni*: noi leggiamo la nostra vita – *problematizziamo ciò che siamo* – esattamente allo stesso modo: il “progresso esistenziale” è dettato dalla differenza *dal* e dal superamento *del* passato.

Il terzo processo è, allora, la dilatazione della distanza tra “esperienza” e “aspettativa”: si scava un solco tra l’esperienza del passato e del presente e l’aspettativa del futuro, tale che il tempo vissuto e l’esperienza storica sono concepiti sempre come momenti di una transizione nell’attesa dell’emergenza del nuovo e dell’inatteso. I processi tecnici e materiali, sempre più rapidi, determinano l’accelerazione come specifica esperienza della temporalità e della storia. Passato e futuro diventano due campi di battaglia, il primo nella tensione tra superamento e ritorno, il secondo nella tensione tra ignoto e costruzione. Come abbiamo visto, il paradosso della nostra esperienza temporale e storica consiste nel fatto che *noi moderni* la concepiamo come un processo unidirezionale, caratterizzato da una Storia in generale che annulla le storie particolari e dal progresso come movimento già-sempre indirizzato che implica l’impensabilità dell’evento come scarto o anomalia nel percorso. A perdersi è dunque proprio l’esperienza – la connessione tra passato, presente e futuro – in quanto perde di consistenza e si determina soltanto come il movimento che deve realizzare ciò che è pre-indirizzato. *L’esperienza diviene dunque prescrittiva, un dovere da realizzare.*

A questo punto possiamo identificare il primo elemento della tensione: il “presentismo”. *Noi moderni*, nell’epoca dell’Antropocene, della “società del rischio” e della “vulnerabilità”, *problematizziamo ciò che siamo* a partire dalla contraddizione tra un futuro pensato come “ignoto” e un’esperienza temporale e storica caratterizzata dall’impossibilità di esperire la pluralità delle storie umane, l’ingovernabilità dell’evento e del caso e la pluridirezionalità delle virtualità da attuare. *Noi moderni ci nutriamo di “crisi”* – nel suo movimento proprio che articola circolarità e ripetitività lungo la freccia del tempo⁴⁶ – che permette di pensare allo stesso tempo la nostra epoca come qualcosa di nuovo e qualcosa di già indirizzato: il *futuro passato* kosselleckiano. La “crisi” aiuta a pensare la Modernità – la forma-di-vita del

46 Cfr. Id., *Crisi* (2009), in Id., *Il vocabolario della modernità*, il Mulino, Bologna 2012, pp. 95-109, e Id., *Crisi. Per un lessico della modernità*, Ombre Corte, Verona 2012.

Capitalismo – come un cammino, magari accidentato di tanto in tanto, che proseguirà all’infinito, un cammino che *si vuole credere* infinito. L’epoca dell’Antropocene, della “società del rischio” e della “vulnerabilità” rappresentano, o dovrebbero rappresentare, la messa in discussione di questa “credenza” tipica di *noi moderni* che abbiamo avuto sempre la presunzione di *pensare razionalmente* e non di *credere*.

Quella che possiamo definire come “bioetica ambientale”, la necessità di pensare la “vulnerabilità” allo stesso tempo come stato presente e apertura ai futuri possibili, non può aprirsi a un’etica e a una giustizia intergenerazionale se non accoglie una rinnovata relazione con il tempo e la storia. Cosa che sembra avvenire con il cosiddetto “lungotermismo”, una nuova “filosofia morale” che ha deciso di abbandonare ogni presentismo e confrontarsi con il futuro, e che prende le mosse dal cosiddetto “altruismo efficace”. Nei limiti di questo studio, cercheremo esclusivamente di cogliere, all’interno di questo movimento di pensiero, gli aspetti che ci sembrano particolarmente utili al nostro discorso.

L’“altruismo efficace” emerge agli inizi degli anni ‘10 del XXI secolo e si fonda su alcuni presupposti che, seppur rapidamente, vanno analizzati. Innanzitutto, l’“imparzialità”: per mettere in campo un “altruismo” che sia “efficace”, occorre partire dal fatto che tutte le vite contano allo stesso modo, hanno il medesimo valore, attraverso quello che viene definito un “progetto” di usare la razionalità matematica per cercare di scoprire come fare il bene maggiore al numero maggiore possibile di umani⁴⁷; si tratta del classico dispositivo razionale volto a evitare i coinvolgimenti emotivi e situati che portano a provare maggiore “compassione” e “simpatia” per coloro che soffrono nella nostra prossimità. Il punto di partenza teorico è il famoso ragionamento di Singer: “La sofferenza e la morte per mancanza di cibo, riparo e cure mediche sono un male [...] Se è in nostro potere impedire che qualcosa di brutto accada, senza sacrificare nulla di analoga importanza morale, allora dovremmo moralmente farlo [...] Non fa alcuna differenza morale se la persona che posso aiutare è il figlio di un vicino a dieci metri da me o un bengalese di cui non saprò mai il nome, a diecimila chilometri di distanza”⁴⁸.

Un altro principio, strettamente connesso, è la “priorità delle cause”, intendendo con questa definizione il fatto che le risorse che gli altruisti efficaci intendono investire dovrebbero essere distribuite a partire da ciò

47 Cfr. W. MacAskill, T. Pummer, *Effective Altruism*, in LaFollette H. (ed.), *International Encyclopedia of Ethics*, John Wiley & Sons Ltd, New York 2020.

48 Cfr. P. Singer, *Famine, Affluence, and Morality*, in “Philosophy & Public Affairs”, 1, 1972, pp. 229-243, qui pp. 231-232.

che porterà il maggior beneficio complessivo, al di là di chi o cosa ne sia beneficiario e in che modo venga beneficiato⁴⁹

Il terzo passaggio riguarda il calcolo costi-benefici, a partire dalla definizione del migliore investimento possibile per sviluppare la maggiore quantità di “bene”: in questo senso, si tratta di identificare, attraverso studi quantitativi, quale potrebbe essere la migliore relazione tra “aspettativa” e “certezza del beneficio”.

Un ultimo elemento va sottolineato: si tratta del cosiddetto “ragionamento controfattuale”, per cui, piuttosto che lavorare direttamente nell’ambito della cooperazione, potrebbe essere utile fare una carriera che conduca a redditi altissimi – nella finanza, ad esempio – in modo tale da poter in maniera più “efficace” (in senso economico) applicare l’“altruismo”⁵⁰. Quest’ultimo passaggio è sicuramente uno dei più problematici, i lavori ad altissimo reddito sono spesso quelli che producono le maggiori disuguaglianze (o hanno il maggiore impatto ambientale) e dovrebbero però essere scelti proprio per “curare” i mali che producono.

Si tratta di una filosofia utilitarista e consequenzialista particolarmente “insidiosa”, ma l’elemento che a noi interessa è come abbia dato vita al “lungotermismo”, il cui presupposto sembra essere anch’esso particolarmente condivisibile: fermo restando l’impossibilità di modificare la seconda natura della forma-di-vita capitalistica, l’agire etico non solo non può basarsi su prossimità nello spazio ed empatia (“altruismo efficace”), ma neanche su una prossimità nel tempo, l’etica e la politica devono acquisire una prospettiva di “lungo termine”, prendere in considerazione le future generazioni. Il passaggio è semplice: i principi-guida dell’altruismo efficace sono, come abbiamo visto, l’imparzialità e la priorità delle cause, ebbene il nostro agire etico non solo non deve ritenere importante il *dove* del proprio intervento, ma neanche il *quando* – se il principio è quello di massimizzare il “bene” e dunque aiutare il maggiore numero possibile di umani, allora l’etica deve divenire di “lungo termine”, divenire responsabile nei confronti della possibile esistenza di miliardi di umani che non sono ancora nati. Gli umani del futuro contano, dal punto di vista morale, quanto gli umani vivi oggi ed è responsabilità di coloro che vivono oggi la sopravvivenza e la prosperità delle generazioni future⁵¹. È chiaro che centrale diviene, anche per il “lungotermismo”, la questione della vulnerabilità ambientale.

49 Cfr. W. MacAskill, T. Pummer, *Effective Altruism*, cit.

50 Cfr. ad esempio <https://benjamin todd.org/>.

51 Cfr. H. Greaves, W. MacAskill, *The case for strong longtermism*, in “GPI Working Paper”, 5, 2021.

Il punto di partenza di MacAskill è che la sopravvivenza a lungo termine ha un valore superiore rispetto alla diminuzione della morte e della sofferenza nel presente e nel futuro prossimo: gli umani del futuro di lungo termine saranno in un numero nettamente superiore rispetto agli umani attuali. I ragionamenti sono di carattere matematico, una vera e propria “matematica morale”. MacAskill cita Parfit, che in *Reasons and Persons*⁵² aveva utilizzato questo famoso ragionamento. Occorre considerare tre possibilità, afferma Parfit nel decennio dell’incubo nucleare: 1) la pace, 2) una guerra nucleare che uccide il 99% della popolazione, 3) una guerra nucleare che uccide il 100% della popolazione. La maggior parte delle persone è portata a vedere un divario maggiore tra l’opzione 1) e l’opzione 2), mentre a fare davvero la differenza è il divario tra l’opzione 2) e l’opzione 3). Il *non-identity problem* afferma che, dal momento che il corso della storia influisce su quali umani nasceranno in futuro, gli umani futuri, quali e quanti essi siano, non avranno il diritto di lamentarsi delle nostre azioni, poiché altrimenti non esisterebbero se il corso della storia fosse stato differente. Fondamentale è evitare in ogni caso i rischi esistenziali maggiori, quelli che potrebbero portare all’estinzione. Se fosse possibile scegliere se salvare oggi un milione di vite o ridurre dello 0,0001 per cento la probabilità di un’estinzione umana prematura – il calcolo è il seguente: una possibilità su un milione di salvare almeno 8.000 miliardi di vite – si dovrebbe lasciare morire un milione di persone⁵³.

Questa “matematica morale” viene applicata anche ai possibili effetti distruttivi di una crisi ecologica pienamente dispietata⁵⁴. Come ha notato il filosofo Torres la ragione per cui il lungotermismo si preoccupa poco del cambiamento climatico sta nel fatto che, seppure dovesse provocare migrazioni di

52 Cfr. D. Parfit, *Reasons and Persons*, Oxford University Press, Oxford 1984.

53 Cfr. W. MacAskill, *What We Owe The Future*, Basic Books, New York 2022.

54 Interessante notare come, rispetto alla crisi ecologica, MacAskill riproduca in un certo senso il ragionamento parfitiano quando sottolinea che, se è vero che il riscaldamento globale è uno dei grandi problemi del nostro tempo, è anche vero che, in un modo o nell’altro, anche con un aumento di 7 gradi della temperatura globale, l’umanità sopravviverebbe, anche se si dovesse arrivare alla morte della maggior parte degli umani nel *breve termine* (Cfr. W. MacAskill, *What We Owe The Future*, cit.). Al di là del fatto che, secondo molti studi, con un aumento della temperatura di questo genere difficilmente l’umano potrebbe sopravvivere, è il ragionamento stesso che colpisce. La soluzione, spesso propugnata tra i rappresentanti più naïf dell’altruismo efficace e del lungotermismo, è una sorta di fantasia escapistica di colonizzazione di altri pianeti dove l’umano, anche se ridotto a un piccolo numero, potrebbe nuovamente iniziare a fiorire e a proliferare in tutto il cosmo.

massa e uccidere milioni di persone, il calcolo delle probabilità dimostra che non comprometterà il potenziale umano a lungo termine nei prossimi milioni di anni: si tratta dell’applicazione di una visione cosmica, per cui una catastrofe climatica che dovesse decimare il 75% della popolazione nei prossimi millenni, non sarebbe nel “lungo termine” che un piccolo incidente di percorso⁵⁵. Del resto, un altro punto di riferimento è il filosofo Nick Bostrom che, agli inizi degli anni 2000, in un noto saggio sui rischi esistenziali e sugli scenari di estinzione umana affermava che anche catastrofi “non esistenziali” – cioè che non portano a rischi di estinzione – “dal punto di vista dell’umanità nel suo complesso [...] sono semplici increspature sulla superficie del grande mare della vita” in quanto “non hanno influito in modo significativo sulla quantità totale di sofferenza o felicità umana, né hanno determinato il destino a lungo termine della nostra specie”⁵⁶. La vulnerabilità è una questione di calcolo matematico sul lungo periodo.

Eccederebbe i limiti di questo contributo la discussione su come l’“altruismo efficace” e il “lungotermismo” si inseriscano nella tradizione utilitarista o più genericamente consequenzialista, quanto prendano da Singer o da Parfit, perché quello che è invece utile sottolineare nelle conclusioni è come – seppur paradossalmente – il “presentismo” del “futuro passato” e il “lungotermismo” rappresentino due modi speculari di affrontare il grande tema della “vulnerabilità” (ambientale e sociale), non tenendo in conto la dignità di chi c’è e non conta e di chi non c’è ancora⁵⁷ sullo sfondo di una sorta di necessità naturale segnata dalla forma-di-vita capitalista.

4. Oltre il paradosso

La nostra tesi è che la lettura della “vulnerabilità”, allo stesso tempo “ambientale” e “sociale” (a partire da una realtà caratterizzata da inde-

55 Cfr. E.P. Torres, *Against longtermism*, in “Aeon”, 19 October 2021.

56 N. Bostrom, *Existential Risks. Analyzing Human Extinction Scenarios and Related Hazards*, in “Journal of Evolution and Technology”, 9, 2002, p. 4.

57 Si comprende come “altruismo efficace” e “lungotermismo” riscuotano molto successo tra le élite globali: Elon Musk, ad esempio, ha donato un milione e mezzo di dollari al Future of Humanity Institute, istituto di ricerca centrale per il “lungotermismo”. Ma il “lungotermismo” sta penetrando anche in importanti istituzioni politiche nazionali e globali: Jason Matheny, che ha fatto ricerca al FHI, è divenuto vice assistente di Joe Biden, ed è a capo di un importante istituto di ricerca che collabora con le forze armate statunitensi, la Rand Corporation. Un altro filosofo del lungotermismo, Toby Ord, ha collaborato con l’Organizzazione Mondiale della Sanità e il World Economic Forum (cfr. I. Doda, *L’utopia dei miliardari. Analisi e critica del lungotermismo*, Tlon Edizioni, Roma 2024..

terminatezza ontologica) ma articolata mediante pratiche etiche e politiche connesse al “principio di precauzione” e alla “resilienza”, può essere compresa fino in fondo soltanto se inserita all’interno del modo mediante il quale *noi moderni* pensiamo la nostra esperienza temporale. La nostra idea è che la “vulnerabilità” possa avere un valore determinante nell’analisi etica e politica della responsabilità nei confronti di chi c’è già ma non conta e di chi non c’è ancora, soltanto qualora venga “liberata” da una certa rappresentazione temporale che definisce l’universo simbolico della forma-di-vita del Capitalismo. Non si tratta di pensare che la posta in gioco sia il “piano simbolico” delle idee o dei principi e non il “piano materiale” delle relazioni, ma come il concetto di “vulnerabilità” perda di efficacia una volta inserito all’interno di un *frame* temporale che determina la nostra rappresentazione.

La morsa all’interno della quale ci troviamo, dunque, sembra essere la seguente: se si intende tenere in considerazione morale chi non c’è ancora, allora possiamo (al limite *dobbiamo*) *non* tenere in considerazione morale chi c’è e non conta, e chi ci sarà e non conterà nel futuro di “breve termine”⁵⁸; se si intende tenere in considerazione morale

58 È possibile citare in tal senso un passo abbastanza noto di un altro filosofo del “lungotermismo”, secondo il quale “salvare vite umane nei paesi poveri può avere effetti a catena significativamente minori rispetto a salvare e migliorare vite umane nei paesi ricchi”; la ragione è che “i paesi più ricchi hanno una quantità sostanzialmente maggiore di innovazione e i loro lavoratori sono molto più produttivi dal punto di vista economico”, anche se “secondo gli standard umanitari illuminati – salvare e migliorare le vite nei paesi ricchi è importante quanto salvare e migliorare le vite nei paesi poveri, a condizione che le vite siano migliorate in misura approssimativamente comparabile”; il ragionamento però conduce a ritenere “più plausibile che salvare una vita in un paese ricco sia sostanzialmente più importante che salvare una vita in un paese povero, a parità di altre condizioni” (Cfr. Beckstead N., *On the overwhelming importance of shaping the far future*, 2013, Retrieved from <https://doi.org/doi:10.7282/T35M649T>, p. 23). Per correttezza citiamo anche una sorta di *excusatio non petita* del filosofo, datata 2022: “I paragrafi a destra sono stati oggetto di attenzione da parte di persone che ritengono che il testo implichi che alcune vite siano intrinsecamente più importanti di altre. Oggi sto apportando una modifica per chiarire che (a) questo passaggio stava esplorando una particolare considerazione filosofica ristretta, nello spirito accademico di considerare le idee da angolazioni insolite; (b) non credo che le vite nei Paesi ricchi siano intrinsecamente più preziose di quelle nei paesi poveri; (c) tutto sommato, credo che in generale sia meglio che le donazioni per la salute pubblica diano la priorità ai paesi più poveri (e personalmente ho dedicato una parte significativa della mia carriera alla promozione di tali donazioni, ad esempio come membro del consiglio di amministrazione di <https://www.givingwhatwecan.org/>). Se citate

chi c'è ora e chi ci sarà nel futuro di breve termine, allora possiamo (al limite *dobbiamo*) non tenere in considerazione morale chi non c'è ancora. Quello che è interessante, per cui consideriamo speculari – se non la *medesima* cosa – il “presentismo” e il “lungotermismo”, è che entrambi seguono la medesima logica e perseguono i medesimi obiettivi sulla base di una “necessità” storica di crescita economica infinita (nel secondo caso, con fantasie di escapismo; nel primo caso, tutt'al più con fantasie di piccoli aggiustamenti *green*) e di disuguaglianza strutturale.

Il discorso della vulnerabilità ambientale e sociale, all'interno del quadro che abbiamo descritto in queste pagine, sembra non poter mai funzionare: quando si nomina la vulnerabilità, rischia di divenire qualcosa di connaturato a chi è *per natura* “debole” e, in quanto debole, deve essere preso in carico, vulnerabilizzato, vittimizzato e dunque più facilmente governato – il “per natura”, nella forma-di-vita del Capitalismo, rappresenta la forma di oggettivazione ed eternizzazione dei rapporti storici e culturali di sfruttamento ed espropriazione; quando *non* la si nomina – e non nominandola la si ritiene un'esternalità magari dolorosa ma necessaria alla crescita infinita – il rischio è più direttamente la marginalizzazione, la stigmatizzazione, ancora una volta lo sfruttamento e l'espropriazione. Si tratta dell'ennesimo paradosso che segnaliamo.

Quale conclusione possibile a questo discorso? Qual è il compito dinanzi alle vulnerabilità che si moltiplicano nel nostro tempo dell'Antropocene e della “società del rischio”? Il compito dell'analisi filosofica è quello di definire i quadri interpretativi e, definendoli, aprire all'azione possibile: quello che sembra essere chiaro è che viviamo nuovamente nell'epoca dell'interpretazione del mondo, e non nell'organizzazione di una sua trasformabilità. Dinanzi a sfide che potrebbero essere determinanti, nei confronti di chi non c'è ancora e di chi c'è e non conta (umani e nonumani che siano), il nostro tempo non può che essere quello in cui va nuovamente articolata la relazione tra teoria e prassi, e la bioetica ambientale – ripensata alla luce di quanto analizzato in queste pagine – proprio per le sue caratteristiche, può e deve dare un suo contributo. Contributo la cui importanza potrà essere valutata soltanto a posteriori.

questa parte della mia tesi, vi sarei grato se includeste anche questa nota a piè di pagina per evitare inutili fraintendimenti” (*Ibid.*). Lasciamo al lettore il giudizio complessivo su questi passaggi, sottolineiamo soltanto come l'altruismo efficace e il lungotermismo si fondino proprio su queste tipologie di ragionamenti logico-deduttivi e su quelli basino la propria visione del mondo.

Bibliografia

- Anders G., *L'uomo è antiquato I. Considerazioni sull'anima nell'epoca della seconda rivoluzione industriale*, Bollati Boringhieri, Torino 2003.
- Armiero M., *L'era degli scarti. Cronache dal Wasteocene, la discarica globale*, Einaudi, Torino 2021.
- Armiero M., Barca S., *Storia dell'ambiente*, Carocci, Roma 2004.
- Barca S., *Forces of reproduction. Notes for a counter-hegemonic Anthropocene*, Cambridge University Press, Cambridge 2020.
- Battaglia L., *Un'etica per il mondo vivente. Questioni di bioetica medica, ambientale, animale*, Carocci, Roma 2011.
- Bauman Z., *Vite di scarto*, Laterza, Roma-Bari 2005.
- Beck U., *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci, Roma 2000.
- Beckstead N., *On the overwhelming importance of shaping the far future*, 2013, Retrieved from <https://doi.org/doi:10.7282/T35M649T>.
- Bostrom N., *Existential Risks. Analyzing Human Extinction Scenarios and Related Hazards*, in "Journal of Evolution and Technology", 9, 2002. [Available at <http://jetpress.org/volume9/risks.html>].
- Casadei T., *La vulnerabilità in prospettiva critica*, in Giolo O., Pastore B. (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, Roma 2018.
- Chakrabarty D., *Gli studi postcoloniali e la sfida del cambiamento climatico* (2012), in Id., *La sfida del cambiamento climatico. Globalizzazione e Antropocene*, Ombre Corte, Verona 2021, pp. 35-56.
- Id., *Il significato umano dell'Antropocene* (2016), in Id., *La sfida del cambiamento climatico. Globalizzazione e Antropocene*, Ombrecorte, Verona 2021, pp. 113-128.
- Id., *La sfida del cambiamento climatico. Globalizzazione e Antropocene*, Ombre Corte, Verona 2021.
- Crutzen P.J., Stoermer E.F., *The "Anthropocene"*, in "IGP Newsletter", 41, 2000, pp. 17-18.
- de Jouvancourt P., *Qui a tué l'Anthropocène?*, in "Terrestres", 8 avril 2024, liberamente consultabile al seguente link: <https://www.terrestres.org/2024/04/08/qui-a-tue-lanthropocene/>.
- Descola P., *Oltre natura e cultura*, Raffaello Cortina, Milano 2021.
- Doda I., *L'utopia dei miliardari. Analisi e critica del lungotermismo*, Tlon Edizioni, Roma 2024.
- Ewald F., *Histoire de l'Etat providence. Les Origines de la solidarité*, Grasset, Paris 1986.
- Id., *Philosophie de la précaution*, in "L'Année sociologique", 46, 1996, pp. 383-412.
- Id., *Le principe de précaution*, PUF, Paris 2001.
- Ferrarese E., *Il geometra e i vulnerabili: sugli usi del concetto di vulnerabilità nelle scienze sociali*, in "Género & Direito", 5, 2016, pp. 152-173.

- Foucault M., *La volontà di sapere. Storia della sessualità 1*, Feltrinelli, Milano 2003.
- Id., *L'uso dei piaceri. Storia della sessualità 2*, Feltrinelli, Milano 2004.
- Id., *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, Feltrinelli, Milano 2005.
- Id., *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Feltrinelli, Milano 2005.
- Id., *Discorso e verità nella Grecia antica*, Donzelli, Roma 2005.
- Fraser N., Capitalismo cannibale. Come il sistema sta divorando la democrazia, il nostro senso di comunità e il pianeta, Laterza, Roma-Bari 2023.
- Ghosh A., *La grande cecità*, Neri Pozza, Vicenza 2017.
- Id., *La maledizione della noce moscata. Parabole per un pianeta in crisi*, Neri Pozza, Vicenza 2022.
- Greaves H., MacAskill W., *The case for strong longtermism*, in “GPI Working Paper”, 5, 2021.
- Haraway D., *Chthulucene. Sopravvivere su un pianeta infetto*, Nero, Roma 2019.
- Haraway D., Ishikawa N., Gilbert S. F., Olwig K., Tsing A. L., Bubandt N., *Anthropologists Are Talking – About the Anthropocene*, in “Journal of Anthropology”, 81, 2016, pp. 535-564.
- Jonas H., *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Einaudi, Torino 1990.
- Koselleck R., *Futuro passato*, Marietti 1820, Genova 1996.
- Id., “Spazio di esperienza” e “orizzonte di aspettativa”. *Due categorie storiche*, in Id., *Futuro passato*, Marietti 1820, Genova 1996, pp. 300-322.
- Id., *Storia dei concetti e storia sociale*, in Id., *Futuro passato*, Marietti 1820, Genova 1996, pp. 91-109.
- Id., “Età moderna” (Neuzeit). *Sulla semantica dei moderni concetti di movimento*, in Id., *Futuro passato*, Marietti 1820, Genova 1996, pp. 258-299.
- Id., *Il futuro passato agli inizi dell'età moderna*, in Id., *Futuro passato*, Marietti 1820, Genova 1996, pp. 11-29.
- Id., *Il vocabolario della modernità*, il Mulino, Bologna 2012.
- Id., Crisi (2009), in Id., *Il vocabolario della modernità*, il Mulino, Bologna 2012, pp. 95-109.
- Id., *Crisi. Per un lessico della modernità*, Ombre Corte, Verona 2012.
- Latour B., *Non siamo mai stati moderni*, Elèuthera, Milano 1995.
- Id., *Pandora's Hope. Essays on the Reality of Science Studies*, Harvard University Press, Cambridge MA 1999.
- Id., *Face à Gaïa. Huit conférences sur le nouveau régime climatique*, La Découverte, Paris 2015.
- Lewis S.L., Maslin M.A., *Defining the Anthropocene*, in “Nature”, 519, 2015, pp. 171-180.
- Luhmann N., *Sociologia del rischio*, Mondadori, Milano 1996.
- MacAskill W., Pummer T., *Effective Altruism*, in H. LaFollette (ed.), *International Encyclopedia of Ethics*, John Wiley & Sons Ltd, New York 2020.
- MacAskill W., *What We Owe The Future*, Basic Books, New York 2022.

- Malm A., Hornborg A., *A Geology of Mankind? A Critique of the Anthropocene Narrative*, in "The Anthropocene Review", 1, 2014, pp. 62-69.
- Marzocco V., *Insicuri e liberi. Vulnerabilità e resilienza nel lessico giuridico-politico del neoliberismo*, in Bernardini M.G., Casalini B., Giolo O., Re L. (a cura di), *Vulnerabilità: etica, diritto, politica*, IF Press, Roma, 2018, pp. 295-314.
- Menga F.G., *L'emergenza del futuro. I destini del pianeta e le responsabilità del presente*, Donzelli, Roma 2021.
- Moore J.W., *Ecologia-mondo e crisi del capitalismo. La fine della natura a buon mercato*, Ombre Corte, Verona 2015.
- Id., *Antropocene o Capitalocene? Scenari di ecologia-mondo nell'era della crisi planetaria*, Ombre Corte, Verona 2017.
- Id., *The Opiates of the Environmentalists? Anthropocene Illusions, Planetary Management & the Capitalocene Alternative*, Abstrakt (www.polenekoloji.org), in Id., *Oltre la giustizia climatica. Verso un'ecologia della rivoluzione*, Ombre Corte, Verona 2024.
- Id., *Oltre la giustizia climatica. Verso un'ecologia della rivoluzione*, Ombre Corte, Verona 2024.
- Parfit D., *Reasons and Persons*, Oxford University Press, Oxford 1984.
- Potter V.R., *Bioetica: un ponte verso il futuro*, Sicania, Messina 2000.
- Raworth K., *Must the Anthropocene be a Manthropocene?*, in "The Guardian", 20 October 2014.
- Salottolo D., *Temporalizzazione, autocomprensione storica e cancellazione del futuro nell'Antropocene. Una riflessione etico-politica a partire da Koselleck e Foucault*, in "Etica & Politica / Ethics & Politics", XXV, 3, pp. 339-371.
- Id., *La terza epoca del concetto di "rivoluzione": da Platonov a Latour passando per Koselleck (e oltre)*, in "S&F_scienzafilosofia.it", 30, pp. 405-439.
- Serres M., *Il contratto naturale*, Feltrinelli, Milano 1991.
- Id., *Darwin, Napoleone e il samaritano. Una filosofia della storia*, Bollati Borin-ghieri, Torino 2017.
- Singer P., *Famine, Affluence, and Morality*, in "Philosophy & Public Affairs", 1, 1972, pp. 229-243.
- Torres E.P., *Against longtermism*, in "Aeon", 19 October 2021.
- Wood D., *Deep Time, Dark Times*, Fordham University Press, New York 2019.

MASSIMO RUBINO DE RITIS
LA VULNERABILITÀ DELL'IMPRENDITORE
MERIDIONALE: MA "RESTO AL SUD"

SOMMARIO: 1. Analisi storica: verifica della competitività delle attività produttive al momento della unificazione dell'Italia. – 2. Cause economiche del divario esistente tra il Nord e il Sud del Paese. – 3. Verifica sociologica della spaccatura del Paese. – 4. Prospettive dell'attuale tessuto industriale del Mezzogiorno. – 5. Soluzioni normative per un Sud vincente. – 6. Raffronti con altre Nazioni. – 7. Innovazione tecnologica come forza della spinta economica.

1. *Analisi storica: verifica della competitività delle attività produttive al momento della unificazione dell'Italia.*

L'analisi storica della competitività delle attività produttive al momento dell'unificazione dell'Italia richiede una valutazione della situazione pre-unitaria e delle peculiarità del tessuto economico sotto la dominazione borbonica.

Nel Regno delle Due Sicilie, l'economia era caratterizzata da una forte presenza agricola nelle aree rurali, mentre le aree urbane, come Napoli e Palermo, avevano una base economica più diversificata con attività commerciali e manifatturiere. Il Regno era caratterizzato da alcune situazioni produttive di eccellenza. San Leucio, con la sua produzione di seta di alta qualità, è un esempio emblematico di come la pianificazione e l'innovazione potessero portare a un'industria fiorente anche nel Sud Italia¹.

1 Per le peculiarità della Colonia di San Leucio, si veda P. Villani, *San Leucio: L'utopia possibile*, Napoli, 2000, che offre un'analisi dettagliata della storia e dell'organizzazione sociale di San Leucio, evidenziando l'importanza del Codice delle Leggi e la sua innovatività; F. Forgione, *San Leucio: Storia di un'utopia sociale e industriale*, Roma, 2003, che esplora la fondazione e lo sviluppo della colonia di San Leucio, mettendo in luce i principi di uguaglianza e meritocrazia alla base della comunità; R. Giura, *San Leucio: Un modello di organizzazione del lavoro nel Regno di Napoli*, Caserta, 2008, che analizza il modello organizzativo di San Leucio nel contesto del Regno di Napoli, con particolare attenzione agli aspetti legislativi e sociali.

La Colonia di San Leucio, fondata nel 1776 dal Re Ferdinando IV di Borbone, rappresenta un caso unico di pianificazione industriale e sociale². La colonia iniziò con l'insediamento di 17 famiglie, ampliandosi successivamente fino a formare un nucleo di 214 abitanti. Per regolamentare la vita dei suoi coloni, nel 1789 il Re promulgò il Codice delle Leggi, che si basava sui principi di uguaglianza e rispetto reciproco, dove l'unica distinzione ammessa era basata sul merito individuale³. Questo Codice può essere visto come un precursore delle moderne leggi sul lavoro e sui diritti dei lavoratori. L'introduzione del Codice delle Leggi a San Leucio non solo regolamentava la vita quotidiana dei lavoratori, ma promuoveva anche un modello di sviluppo basato sulla meritocrazia e sul benessere sociale. Questo approccio era radicalmente diverso rispetto ad altre parti del Regno, dove il latifondismo e le disuguaglianze sociali erano prevalenti. Le iniziative di industrializzazione di Ferdinando IV, benché avanzate per l'epoca, non furono sufficienti a trasformare l'intera economia meridionale, che rimase largamente agricola e meno competitiva rispetto alle regioni del Nord Italia.

Per comprendere appieno la competitività delle attività produttive meridionali al momento dell'unificazione, è fondamentale considerare le differenze tra i vari territori del Regno delle Due Sicilie. Mentre alcune aree, come San Leucio, erano avanzate e caratterizzate da un'organizzazione industriale moderna, altre regioni del Sud Italia presentavano un'economia più tradizionale e agricola. Questa eterogeneità derivava dalla varietà delle risorse naturali disponibili, dalle differenti tradizioni culturali e dalle politiche economiche locali. L'analisi della competitività economica delle diverse aree al momento dell'unificazione permette di comprendere meglio le sfide e le opportunità affrontate dal nuovo Regno d'Italia, influenzando

- 2 Sull'industria della seta a San Leucio, esaminando il contesto economico e sociale in cui si sviluppò la colonia, E. Stumpo, *L'industria serica borbonica: il caso di San Leucio*, in *Quaderni Storici*, 2003, 36, 51-75; A. Spagnoletti, *La politica economica di Ferdinando IV e il modello di San Leucio*, in *Società e Storia*, 1994, 17, 59-82, attraverso un'analisi della politica economica di Ferdinando IV con un focus particolare su San Leucio come modello di innovazione industriale e sociale.
- 3 Cfr. G. D'Alessandro, *Il Codice di San Leucio: Uguaglianza e merito nel Regno di Napoli*, Caserta, 2003; P. Villani, *San Leucio e il suo codice: Storia di un esperimento sociale*, Roma, 2003. E v. anche G. Musto, *Il Codice delle Leggi di San Leucio: Innovazione sociale nel Regno di Napoli*, in *Quaderni Storici*, 2005, 40, 207-226, che tratta dell'innovazione sociale rappresentata dal Codice delle Leggi e i principi su cui si basava; L. Zoppi, *Meritocrazia ed uguaglianza: Il modello di San Leucio*, in *Rivista di Storia Economica*, 1998, 14, 389-412.

il processo di integrazione economica e la formazione di un mercato nazionale unificato, e offrendo un quadro delle radici delle disparità economiche regionali che hanno caratterizzato l'Italia unita nel corso del tempo.

Questa diversità economica rappresentava una sfida considerevole per il neonato Regno d'Italia, che si trovava a dover armonizzare regioni con livelli di sviluppo economico molto differenti.

L'unificazione italiana del 1861 portò alla luce queste disparità, mettendo a confronto il dinamismo industriale del Nord, trainato dal triangolo industriale Torino-Genova-Milano, con le strutture economiche più arretrate del Sud. Le politiche economiche post-unitarie, spesso centrate sullo sviluppo industriale del Nord, non riuscirono a colmare il divario economico, contribuendo alla nascita della cosiddetta "questione meridionale". Questa problematica, caratterizzata da un persistente squilibrio economico e sociale tra Nord e Sud, ha radici profonde che risalgono proprio al periodo pre-unitario e alla varietà delle esperienze economiche locali.

L'analisi storica delle attività produttive al momento dell'unificazione dell'Italia, quindi, non solo aiuta a comprendere le dinamiche economiche di quel periodo, ma offre anche spunti significativi per interpretare le sfide attuali dell'economia italiana. Le strategie di sviluppo economico contemporaneo possono trarre insegnamento dalle esperienze passate, riconoscendo l'importanza di politiche inclusive e mirate, che considerino le specificità regionali e promuovano un progresso equilibrato in tutto il territorio nazionale⁴.

4 È interessante un aneddoto su Johann Wolfgang von Goethe e sul suo viaggio in Italia. Il poeta sentì dire che a Napoli c'erano trenta o quarantamila fannulloni. Questa diceria era diffusa specialmente tra i settentrionali, ma Goethe rifiutò di crederci. Egli sospettava che considerare fannullone chiunque non si ammazasse di fatica da mattina a sera fosse un criterio tipicamente nordico. Chiese ad alcuni amici se esisteva veramente questa massa di fannulloni, desideroso di conoscerli, ma non furono in grado di indicarglieli. Decise allora di cercarli lui stesso. Girando per Napoli, soprattutto in quella che oggi chiamiamo "antica" dove alloggiava (nel Palazzo Filangieri in Via Atri) anche per distinguerla dal centro storico (agglomerato da considerarsi più ampio), Goethe rimase colpito dai ragazzini che lavoravano trasportando merci, vendendo cibo e portando via l'immondizia. Si tratta ancora oggi della Napoli che produce, nelle viuzze dove tuttora pullulano esercizi commerciali sempre in attività, tra i decumani e non solo. Per Goethe le uniche persone che erano in pausa avevano un motivo: i facchini, per esempio, aspettavano i clienti nei posti riservati a loro, mentre i pescatori erano sdraiati al sole perché magari il vento era contrario e non gli consentiva di uscire in mare. Goethe non vide mendicanti, se non vecchi, storpi o gente inabile a qualsiasi lavoro. Più si guardava intorno e meno riusciva a trovare autentici fannulloni. Al contrario, notò che i napoletani, se gli si dà da fare un lavoro, non si tirano indie-

2. Cause economiche del divario esistente tra il Nord e il Sud del Paese

Il divario economico tra Nord (o meglio Centro-Nord) e Sud in Italia è attualmente riconducibile alla differente presenza di imprese sul territorio, amplificate in termini di addetti dalla maggiore/minore dimensione media delle imprese esistenti. La densità di imprese in relazione alla popolazione in età di lavoro supera, ad esempio, i 135% in Val d'Aosta, Toscana, Liguria, Lombardia, Emilia-Romagna e Marche, ma scende intorno o sotto il 100 % in Campania, Basilicata, Calabria e Sicilia. Molto più ampio è il divario in termini di addetti: si va da valori molto alti in Lombardia, nelle province emiliane, a Bolzano e Prato, e nella città metropolitana di Milano, riducendosi al minimo in Calabria e Sicilia (con un minimo ad Agrigento). Ciò è legato alla scarsità di imprese industriali e nei servizi non commerciali (dove primeggiano Milano e Roma, insieme a diverse province toscane). Le attività commerciali sono, invece, distribuite in maniera più omogenea. Peraltro, nel Sud le imprese tendono ad avere dimensioni medie sensibilmente inferiori rispetto al Nord. Andrebbero analizzati gli attuali aspetti organizzativi delle imprese attraverso la forma giuridica scelta, le caratteristiche anagrafiche degli imprenditori e la dotazione di capitale umano, con riferimento ai settori d'attività ed alle singole unità economiche, avvalendosi dei dati ISTAT⁵.

Tanto acquisito in ordine all'attuale divergenza economica nel territorio italiano, va ricordato che la politica adottata dall'avvento della Repubblica ad oggi è stata inadeguata. Con legge 10 agosto 1950 n. 646 venne istituita la Cassa del Mezzogiorno. Uno degli strumenti di pianificazione utilizzati per la finalizzazione degli interventi era il cosiddetto *piano A.S.I.*, ovvero un piano per la creazione di *Aree di Sviluppo Industriale*: esso prevedeva l'istituzione di consorzi. La Cassa con D.P.R. 6 agosto 1984 venne posta

tro, ma trovano ogni volta il modo di scherzare su ciò che fanno. Erano permeati di spirito sempre sveglio e sapevano guardare alle cose con occhio libero e giusto. Ma allora perché al Nord pensavano che Napoli fosse piena di fannulloni?

Secondo Goethe, la colpa era del clima. Infatti, dato che le persone del Nord dovevano lavorare tanto per accumulare scorte e superare gli inverni gelidi, applicavano troppo rigidamente il loro punto di vista nel giudicare le genti del Sud, che potevano lavorare un po' meno e godersi la vita grazie al clima migliore.

- 5 Su questo aspetti, v. G. Viesti, *Abbandonare il Sud?*, Bari, 2008, con analisi delle politiche di sviluppo economico nel Mezzogiorno; C. Trigilia, *Sviluppo senza autonomia: Effetti perversi delle politiche nel Mezzogiorno*, Bologna, 1992, che approfondisce le problematiche economiche del Sud Italia; G. Iuzzolino, G., Pellegriani, G. Viesti, *Convergence among Italian Regions, 1861-2011*, Roma, 2003, che analizzano la convergenza economica delle regioni italiane nel lungo periodo.

in liquidazione dal 1° agosto 1984. Venne sostituita, due anni dopo, negli obiettivi e nelle funzioni, dall'Agenzia per la promozione e lo sviluppo del Mezzogiorno (AgenSud) istituita con la legge 1° marzo 1986 n. 64 e soppressa a sua volta con la legge 19 dicembre 1992 n. 488, a decorrere dal 1° maggio 1993, lasciando al Ministero dell'Economia e delle Finanze il compito di coordinare e programmare l'azione di intervento pubblico nelle aree economicamente depresse del territorio nazionale. Nonostante 70 anni di finanziamenti a fondo perduto e investimenti significativi, il divario di ricchezza permane in termini di PIL pro capite e in termini di produttività.

Oggi il reddito pro capite è mediamente il doppio al Nord rispetto al Sud e i tassi di disoccupazione sono pari al doppio al Sud rispetto al Nord⁶. La cosiddetta "austerità espansiva", invece di aiutare a risanare le finanze pubbliche, ha duramente colpito l'economia delle regioni meridionali; il crollo del mercato interno, di conseguenza, ha trascinato con sé le aree forti del Paese a dispetto delle loro positive *performance* sui mercati mondiali.

In sintesi, le debolezze strutturali attuali che caratterizzano l'economia meridionale sono molte, tra cui: a) eccessivo sottodimensionamento e troppo ridotta presenza di imprese medie⁷; b) specializzazione produttiva concentrata su settori tradizionali⁸; c) difficoltà con il sistema crediti-

6 Secondo i dati del 2024, il PIL pro capite nel Mezzogiorno si attesta a circa 16.761 euro, mentre nel Nord Ovest raggiunge i 30.821 euro, confermando una differenza significativa, (www.econopoly.ilsole24ore.com/2023/05/08/distanza-nord-sud-italia; <https://www.wallstreetitalia.com/non-e-un-paese-per-giovani-disoccupazione-fino-a-60-nel-sud-italia/>).

In termini di disoccupazione, il tasso nel Sud Italia è significativamente più alto rispetto al Nord. Per esempio, nel 2020, il tasso di disoccupazione nel Mezzogiorno era di circa il 15,9%, mentre nel Nord era del 5,8%, quasi tre volte superiore (<https://www.infodata.ilsole24ore.com/2024/04/28/la-ricchezza-degli-italiani-raccontata-con-mappe-e-grafici>; <https://www.quotidianodelsud.it/laltravoce-dellitalia/le-due-italie/occupazione/2020/12/08/al-sud-loccupazione-e-sotto-il-livello-di-12-anni-fa>).

7 Sull'eccessivo sottodimensionamento e troppo ridotta presenza di imprese medie: E. Felice, *Divari regionali e intervento pubblico: per una rilettura dello sviluppo in Italia*, 2007, Bologna, che analizza i divari economici tra le regioni italiane, con particolare attenzione alle dimensioni delle imprese; L. Cannari, D. Franco, *Le economie regionali italiane: convergenza o divergenza?*, in *Rivista di Politica Economica*, 2008, per un esame delle dimensioni e della struttura delle imprese nelle diverse regioni italiane.

8 Sulla specializzazione produttiva concentrata su settori tradizionali: C. Triglia, *Sviluppo senza autonomia: Effetti perversi delle politiche nel Mezzogiorno*, Bologna, 1992, che esplora come la specializzazione produttiva nel Sud Italia sia rimasta concentrata su settori tradizionali; G. Viesti, *Mezzogiorno a rischio*, Bari, 2000.

zio che, insieme alle deboli capacità di autofinanziamento, penalizza gli investimenti; d) inadeguatezza dei trasporti (vedi l'area di Crotone e la mancata realizzazione dell'autostrada Ionica), in quanto in Italia la relazione progresso economico – realizzazione dei trasporti che dovrebbe essere bidirezionale è stata impostata in un senso, favorendo le aree settentrionali del Paese.

3. *Verifica sociologica della spaccatura del Paese*

L'ulteriore verifica sulla spaccatura del Paese di tipo sociologico, basata anche su osservazioni dirette e "sul posto", rivela una situazione complessa e stratificata. Uno dei principali problemi è costituito dalla borghesia meridionale, che sembra più interessata a mantenere la propria posizione sociale piuttosto che difendere e sviluppare la propria città. Questa classe sociale tende a costruire barriere per proteggere il proprio *status*, mentre cerca opportunità altrove per inserirsi nel contesto produttivo e dinamico dell'Italia settentrionale. Questa tendenza è comprensibile, poiché è difficile non scegliere strade che portano verso luoghi con migliori offerte di lavoro e si riverbera sui giovani.

Un fenomeno significativo che emerge è l'emigrazione dei giovani meridionali verso il Nord Italia per motivi di studio. Questo esodo coinvolge prevalentemente i giovani delle famiglie più agiate, in grado di sostenere i costi elevati delle università settentrionali. Questo spostamento di studenti implica un notevole trasferimento di risorse economiche dal Sud al Nord, con milioni di euro che vengono spesi in canoni di locazioni, vitto e rette universitarie. Tale flusso finanziario rappresenta un sostanziale contributo al sistema economico del Nord, in particolare favorendo chi ha investito nel settore immobiliare milanese. Un esempio emblematico delle scelte statali che favoriscono il Nord è, del resto, la concentrazione di corsi post-universitari di enti pubblici istituzionali a Milano, nonostante questi enti abbiano sedi in diverse città italiane.

Negli ultimi 25 anni, il fenomeno dell'emigrazione lavorativa dal Sud al Nord ha raggiunto livelli massicci, coinvolgendo circa 1,6 milioni di persone, in gran parte giovani. Questo spostamento è stato motivato dalla ricerca di migliori opportunità occupazionali e ha portato a un progressivo e inesorabile aumento delle differenze sociali ed economiche tra le regioni italiane. La conseguenza è una situazione in cui il Sud rischia di

diventare una terra per anziani, un luogo dove trascorrere la pensione piuttosto che un'area dinamica e produttiva⁹.

Un altro elemento critico è la mancanza di una coscienza collettiva nella classe dirigente meridionale. Questa carenza di consapevolezza delle proprie potenzialità e la mancanza di volontà di costruire un futuro nel Mezzogiorno contribuiscono a perpetuare la spaccatura socio-economica del Paese. La classe dirigente sembra incapace di promuovere e sostenere iniziative che possano invertire la tendenza all'emigrazione e creare un ambiente favorevole allo sviluppo economico e sociale nel Sud Italia. Senza un cambiamento di atteggiamento e una visione a lungo termine, il divario tra Nord e Sud rischia di approfondirsi ulteriormente, minando la coesione nazionale e il potenziale di crescita complessivo dell'Italia.

4. Prospettive dell'attuale tessuto industriale del Mezzogiorno

Nonostante le sfide storiche e le disparità economiche, il Sud Italia possiede un tessuto manifatturiero significativo, caratterizzato principalmente dalla prevalenza di piccole imprese. Secondo dati di Eurostat, quasi 100 mila imprese meridionali sono impegnate nelle produzioni manifatturiere, rappresentando un quarto delle imprese manifatturiere italiane. Questo numero è considerevole non solo nel contesto nazionale ma anche europeo. Infatti, se considerassimo il Sud Italia come una nazione separata, occuperebbe il settimo posto tra i paesi europei per numero di imprese manifatturiere, posizionandosi tra Spagna e Slovacchia, mantenendo un confronto competitivo con altre economie europee.

Questa tradizione manifatturiera nel Sud Italia è associata alla capacità di "saper fare" e di creare valore aggiunto, alimentando il prestigio del *made in Italy* tanto apprezzato all'estero. I poli manifatturieri più densi e forti del Mezzogiorno sono tradizionalmente collocati lungo gli assi di connessione Sud-Nord o in presenza di importanti infrastrutture portuali¹⁰.

9 Cfr. C. Bonifazi, F. Heins, E. Tucci *Dimensioni e caratteristiche della nuova emigrazione italiana*, in *Quaderni di sociologia*, 2021, online (<https://journals.openedition.org/qds/4625>).

10 Tra questi poli si distinguono le aree di Caserta-Napoli-Salerno, Chieti-Pescara, Termoli, Foggia-Bari-Brindisi-Taranto, così come il Cosentino e il Reggino. Altre aree rilevanti includono Catania, Siracusa-Augusta-Priolo, Palermo-Trapani, Cagliari-Sarrocchio, Portovesme e Porto Torres. Anche alcune zone interne come il Melfese, i bacini petroliferi della Val d'Agri e della Valle del Sauro nel Potentino, la Murgia appulo-lucana, il polo Salentino del Tac, e le aree industriali dell'Avelinese e del Beneventano sono parte integrante del tessuto industriale del Sud.

Questi poli industriali non solo contribuiscono in modo significativo all'economia regionale, ma svolgono anche un ruolo cruciale nel mantenere viva la tradizione manifatturiera italiana. La presenza di infrastrutture portuali e di collegamenti efficaci con il resto del Paese facilita il flusso delle merci e supporta le attività produttive, rendendo queste aree nodi vitali per l'economia italiana. Il Sud Italia, quindi, nonostante le difficoltà, continua a essere un'importante regione produttiva, contribuendo alla competitività e alla reputazione internazionale del settore manifatturiero italiano¹¹.

La questione riguarda, però, gli ulteriori settori nei quali possono essere eseguiti investimenti: fra tutti, occorre pensare alla ricerca scientifica e all'innovazione tecnologica, non solo al turismo, come si vorrebbe.

5. Soluzioni normative per un Sud vincente

Le soluzioni per un Sud vincente devono partire innanzitutto dalla consapevolezza della popolazione di “poter restare” nel Mezzogiorno e da politiche di agevolazione fiscale promosse dallo Stato.

Un importante strumento giuridico in questo contesto è rappresentato dalle Zone Economiche Speciali (ZES)¹². Istituite con il Decreto legge 20 giugno 2017 n. 91 e convertite con modificazioni dalla legge 3 agosto 2017 n. 123, le ZES sono state create per favorire la crescita economica nel Mezzogiorno attraverso agevolazioni fiscali e semplificazioni amministrative per le imprese già operative o di nuovi insediamenti¹³.

- 11 La Campania attualmente cresce più della media nazionale. A trainarla nel 2023 sono stati soprattutto il settore dei servizi e delle costruzioni, mentre continua a soffrire l'industria che segnala un netto arretramento. È Svimez, che nel suo report sull'andamento dell'economia spiega come la Campania sia cresciuta dell'1,3% nel 2023, un dato nettamente superiore alla media nazionale, pari allo 0,9% e pari a quella del “mitico” Nord-Est (+0,9%). La Campania è cresciuta anche il triplo del Centro, dove nel 2023 il Pil si è fermato a +0,4%. Si conferma poi il grande ruolo delle esportazioni, che hanno vissuto un anno da vero e proprio record.
- 12 Le Zone Economiche Speciali (ZES) sono aree geografiche designate dai governi per incentivare lo sviluppo economico attraverso benefici fiscali, doganali e amministrativi. Queste zone offrono alle imprese agevolazioni come riduzioni delle tasse, semplificazioni burocratiche, e infrastrutture avanzate. Le ZES mirano ad attirare investimenti nazionali e internazionali, stimolare l'occupazione, e promuovere l'innovazione e l'*export*, contribuendo così alla crescita economica regionale e nazionale.
- 13 Le ZES offrono vantaggi significativi, come riduzioni dell'imposta sul reddito e semplificazioni procedurali per avviare nuove attività industriali, produttive e logisti-

Non è possibile in questa sede approfondire il tema. Qui rileva il fatto che il successo delle ZES può essere importante in diverse aree del Mezzogiorno, dove poli industriali come quelli di Caserta-Napoli-Salerno e Foggia-Bari-Brindisi-Taranto hanno visto un incremento delle attività economiche. Questi poli beneficiano della presenza di infrastrutture portuali e di collegamenti efficaci con il resto del Paese, rendendoli nodi cruciali per la logistica e il commercio. Il problema, però, riguarda aree geografiche abbandonate dalle principali rotte commerciali e dalla politica dei trasporti.

In conclusione, la chiave per un Sud vincente risiede nella combinazione di politiche fiscali favorevoli, investimenti infrastrutturali e una maggiore consapevolezza delle potenzialità locali. Le ZES rappresentano un passo significativo in questa direzione, fornendo un modello di sviluppo economico che può ridurre il divario con il Nord e promuovere una crescita sostenibile nel Mezzogiorno. Ma non basta. Occorre, tra l'altro, maggiore consapevolezza da parte della classe dirigente meridionale, che non crede nelle proprie capacità. Diversa, infatti, è l'esperienza di altre nazioni, che non si scontrano con una mentalità poco incline a mettersi in gioco.

6. *Raffronti con altre Nazioni*

Diversi Paesi hanno adottato strategie efficaci per ridurre le disparità regionali, promuovendo uno sviluppo economico più equilibrato. Un esempio importante è costituito dalla Germania, che ha implementato politiche di "solidarietà finanziaria" tra le regioni. Il programma "*Solidarpakt*" ha trasferito risorse dalle regioni economicamente più forti a quelle meno sviluppate, soprattutto nell'ex Germania dell'Est, per migliorare le infrastrutture, stimolare l'economia locale e creare posti di lavoro. Questi trasferimenti finanziari sono stati accompagnati da investimenti in istruzione e formazione per migliorare le competenze della forza lavoro locale.

D'altronde, l'Unione Europea ha introdotto la politica di coesione, che mira a ridurre le disparità tra le regioni attraverso finanziamenti per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. Questa politica supporta progetti in

che. Il DPCM del 25 gennaio 2018 ha adottato il regolamento per l'istituzione delle ZES, e successivi decreti hanno ulteriormente regolato il progetto "Supporto ZES". Un esempio pratico di queste agevolazioni è l'autorizzazione unica, che consente di ottenere permessi più rapidamente per la creazione o l'espansione di stabilimenti industriali, a patto che i progetti siano coerenti con i piani di sviluppo strategico delle ZES. Questo approccio non solo attira nuovi investimenti, ma stimola anche l'occupazione locale e contribuisce a ridurre l'emigrazione verso il Nord.

ambiti come la ricerca, l'occupazione, l'inclusione sociale e l'educazione. L'obiettivo è rafforzare la coesione sociale ed economica, migliorare le condizioni di vita nelle regioni svantaggiate e promuovere uno sviluppo sostenibile.

La Spagna ha così utilizzato i Fondi di Coesione dell'Unione Europea per sostenere lo sviluppo regionale. Questi fondi sono stati destinati a migliorare le infrastrutture, l'accesso ai servizi pubblici e l'innovazione tecnologica nelle regioni meno sviluppate. Inoltre, le politiche di decentralizzazione hanno permesso alle comunità autonome di gestire direttamente una parte significativa delle risorse e delle decisioni politiche, adattandole alle specifiche esigenze locali.

Oltreoceano, negli Stati Uniti, il programma "*Opportunity Zones*" offre incentivi fiscali per attrarre investimenti privati nelle aree economicamente svantaggiate. Gli investitori che reinvestono i guadagni di capitale in queste zone possono beneficiare di significative riduzioni fiscali. Questo programma mira a stimolare la crescita economica e creare posti di lavoro nelle comunità in difficoltà, migliorando le infrastrutture e i servizi locali.

In Sudamerica, il Brasile ha sviluppato una politica di sviluppo regionale che combina investimenti in infrastrutture con incentivi fiscali e finanziari. Le zone economiche speciali (ZES) brasiliane offrono vantaggi fiscali e regolamentari per attrarre investimenti industriali nelle regioni meno sviluppate. Inoltre, il Paese ha investito pesantemente in progetti infrastrutturali per migliorare i collegamenti tra le diverse regioni, facilitando il commercio e l'accesso ai mercati.

Questi esempi dimostrano che una combinazione di politiche di trasferimento finanziario, incentivi fiscali, investimenti infrastrutturali e decentralizzazione può contribuire significativamente a ridurre le disparità regionali e promuovere uno sviluppo più equilibrato all'interno di un Paese.

L'Italia si è, invece, preoccupata di concentrare tutto in una determinata area, fondamentalmente quella milanese, verso la quale si concentrano le attenzioni anche della borghesia meridionale. In altri Paesi, infatti, non si è assistito ad un fenomeno analogo al "Milanocentrismo" (esploso con l'Expo, ma già presente da tempo). Tenendo, infatti, da parte la Francia e Parigi, ci sono paesi come la Germania che presentano una diffusione di interessi economici in tutti i territori.

Particolarmente interessante è lo sviluppo della Spagna (apparentemente cresciuta intorno alla "fama" di Madrid e Barcellona), dove lo Stato si occupa di incentivare molte aree del Paese. Da ricordare è l'attuale insediamento dell'Autorità per l'Intelligenza Artificiale. Con il *Real Decreto* 729/2023, del 22 agosto 2023 è stato approvato lo Statuto della *Agencia*

Española de Supervisión de Inteligencia Artificial (AESIA), la cui istituzione è prevista in applicazione della Legge di Bilancio 22/2021 per l'anno 2022 e della Legge 28/2022 di promozione dell'ecosistema delle imprese emergenti. La costituzione dell'AESIA è coerente con il *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*, finalizzato a sviluppare un'agenda di investimenti e riforme strutturali che ha, tra i suoi obiettivi trasversali, la promozione della transizione ecologica e digitale. All'interno di queste politiche, si inserisce la strategia nazionale per l'intelligenza artificiale, con cui la Spagna mira a ritagliarsi un ruolo da protagonista all'interno dell'innovazione algoritmica dell'economia mondiale. Gli spagnoli, infatti, hanno l'ambizioso obiettivo di posizionarsi come nazione leader dell'IA, promuovendo la creazione di lavoro qualificato, con il fine di trattenere il talento nazionale e attrarre quello globale, anche perché l'IA è utilizzata per migliorare la produttività delle imprese, ma anche della Pubblica Amministrazione.

La sede istituzionale dell'Autorità spagnola sarà a La Coruña, coerentemente con la strategia governativa di decentralizzazione del settore pubblico e strutturazione del territorio, con il fine di poter rendere la Galizia un polo tecnologico di attrazione in base alla *Estrategia Gallega de Inteligencia Artificial 2021-2030* (EGIA), con cui da tempo quel territorio si prepara a diventare l'enclave strategico dell'IA in Spagna¹⁴. Non solo turismo, quindi, lungo il *Cammino di Santiago di Compostela*, perché il turismo da solo non genera innovazione, anche se porta molto danaro, nel breve periodo, perché i flussi turistici sono destinati anche a modificarsi.

È quanto in Italia parallelamente andrebbe fatto, con il rilancio del Meridione (non solo della Campania, anche se auspico l'insediamento anche di un polo tecnologico di ricerca lungo l'asse Napoli-Caserta). È importante una strategia governativa di decentralizzazione del settore pubblico e ristrutturazione del territorio industriale del nostro Paese, liberandoci dall'egemonia di Roma in campo pubblico e di Milano in quello economico. Infatti, l'Autorità sull'IA dovrà essere indipendente non solo dai mercati, ma anche dall'autorità governativa, in quanto entrambi saranno utilizzatori abituali di intelligenze artificiali. Purtroppo, non sembra questa l'idea che si vorrebbe intraprendere con gli attuali disegni di legge¹⁵.

14 Cfr. M. Rubino De Ritis, *La guerra nei mercati di intelligenza artificiale: regole di concorrenza, posizioni dominanti, possibili abusi e ruolo delle autorità*, in www.giustiziacivile.com, 03-01-2024.

15 Oltretutto, anche se la politica nel campo dei trasporti ha pregiudicato il Meridione (e quindi i porti e gli interporti), in quanto autostrade e ferrovie dovrebbero essere realizzati per migliorare insediamenti produttivi in tutte le aree del Paese (si

Se si concentrano tutte le attività produttive e tutti gli interessi politici in determinare aree del Paese, andrebbe allora sviluppata una considerazione più ampia dell'attuale "sistema Italia", iniziando con una rivisitazione della distinzione dei poteri, distinguendo "potere politico" (senza differenze sostanziali tra legislativo ed esecutivo, comprendendo anche le c.d. Autorità indipendenti), "potere giudiziario" e "potere economico". Questa distinzione mira a superare le tradizionali separazioni dei poteri, riconoscendo come oggi le Autorità indipendenti abbiano un ruolo cruciale nelle decisioni politiche e economiche. Il potere politico comprende, infatti, non solo le funzioni legislative ed esecutive, ma anche le Autorità indipendenti che, pur non essendo direttamente emanazioni del governo, esercitano un'influenza significativa su settori chiave come le telecomunicazioni, l'energia e la finanza. Queste Autorità operano con un certo grado di autonomia, ma sono comunque parte integrante del più ampio potere politico.

Il secondo potere è quello giudiziario, che rimane sufficientemente separato e indipendente, a volte in competizione con il primo, con la responsabilità di interpretare e applicare le leggi. Questo potere è fondamentale per garantire la giustizia e la protezione dei diritti, ma deve operare in un contesto in cui gli altri poteri non interferiscono indebitamente nelle sue funzioni.

Il terzo potere è quello economico, rappresentato dalle forze del mercato ma soprattutto dalle grandi "corporazioni" che, con la loro capacità finanziaria e influenza, possono modellare le politiche economiche e sociali. La stampa, la radio e la TV (quarto potere) possono essere viste sia come strumenti del potere politico che del potere economico, a seconda di chi controlla questi mezzi di comunicazione. In effetti, la proprietà e il controllo dei media possono determinare se essi servono maggiormente gli interessi del governo o delle grandi imprese. E il più delle volte il Meridione è rimasto fuori, di fatto, dai "giochi".

Si può sperare principalmente in quello che va definito, in questa scala, il quinto potere o "potere diffuso", costituito dalla Rete, in un ambiente virtuale in cui si trovano idee dominanti ma anche una vasta pluralità di voci. Internet offre una piattaforma per la libera espressione e la circolazione delle informazioni, ma è anche soggetta a manipolazioni e dinamiche di potere sottili che possono influenzare l'opinione pubblica. Dunque, la protesta – come attualmente sta avvenendo sulla autonomia indifferenziata – nasce e si diffonde nel Web.

pensi all'autostrada ionica o alla linea ferroviaria tra Napoli e Bari) e non solo per collegare meglio insediamenti produttivi già realizzati, la delocalizzazione delle attività produttive in tutto il suolo nazionale in modo omogeneo è più agevole oggi attraverso il potenziamento dei collegamenti virtuali tra operatori economici.

Infine, vi è il sesto potere, quello della ricerca scientifica e della formazione professionale, che ispira anche la presente ricerca, l'unico tendenzialmente indipendente dagli altri poteri. Tuttavia, nel Sud, questo potere è attualmente depotenziato per diverse ragioni, tra cui la mancanza di investimenti, l'inefficienza delle infrastrutture e una connessione limitata con il mondo produttivo. La debolezza delle istituzioni di ricerca e formazione nel Meridione non solo limita le opportunità per i giovani, ma riduce anche la capacità della regione di sviluppare innovazioni e di competere in un'economia globale.

7. Innovazione tecnologica come forza della spinta economica

In questa prospettiva di revisione storica della situazione meridionale, pertanto, è fondamentale sottolineare, in primo luogo, l'importanza di un cambiamento nell'atteggiamento della classe dirigente meridionale. Storicamente, questa classe ha spesso mancato di credere realmente nel territorio che avrebbe dovuto guidare, limitando così le opportunità di sviluppo. Tuttavia, con un'analisi positiva delle potenzialità delle imprese meridionali e l'applicazione delle Zone Economiche Speciali (ZES) e altre agevolazioni, c'è un potenziale significativo per la crescita economica.

Le Zone Economiche Speciali (ZES) rappresentano uno strumento strategico per promuovere lo sviluppo economico del Mezzogiorno italiano, affrontando le debolezze strutturali che caratterizzano questa area. Come già esposto, le ZES sono aree geografiche delimitate dove le imprese possono beneficiare di agevolazioni fiscali, semplificazioni burocratiche e incentivi per gli investimenti, con l'obiettivo di attrarre capitali e creare occupazione. Le agevolazioni e gli incentivi possono favorire la crescita delle imprese esistenti e attirare nuove imprese di dimensioni maggiori, contribuendo a superare il problema del sotto-dimensionamento delle attività produttive; promuovendo investimenti in settori innovativi e tecnologicamente avanzati, le ZES possono contribuire a diversificare la struttura produttiva del Sud, tradizionalmente concentrata su settori tradizionali; le agevolazioni fiscali e gli incentivi possono migliorare la capacità di autofinanziamento delle imprese, riducendo la dipendenza dal sistema creditizio e facilitando gli investimenti; gli investimenti nelle infrastrutture di trasporto e logistica nelle ZES possono migliorare significativamente la connettività e l'accessibilità delle aree meridionali, supportando lo sviluppo

economico regionale¹⁶. Se ben implementate, le ZES possono contribuire significativamente a ridurre il divario economico tra Nord e Sud Italia, promuovendo uno sviluppo più equilibrato e sostenibile su tutto il territorio nazionale.

Le ZES, dunque, offrono incentivi fiscali e semplificazioni amministrative che possono attrarre investimenti e stimolare l'attività produttiva. Questo approccio non solo sostiene le imprese già esistenti, ma favorisce anche l'insediamento di nuove attività industriali, creando un ambiente più favorevole per lo sviluppo economico del Sud Italia. Tuttavia, per assicurare un benessere di lungo periodo, è essenziale non limitarsi al settore turistico. Sebbene il turismo sia una risorsa importante, la vera chiave per uno sviluppo sostenibile risiede nell'innovazione tecnologica¹⁷.

Le conclusioni tratte suggeriscono un collegamento tra il modello universitario presente nel territorio meridionale e il mondo delle imprese e della innovazione tecnologica. Vi sono situazioni in cui, invece, non si riesce a garantire un legame nel territorio tra università, imprese ed enti locali, per motivi essenzialmente politici o per contrasti personali.

Per sviluppare un modello universitario efficiente nel territorio meridionale, è cruciale integrare strettamente l'istruzione con il mondo dell'impresa e della ricerca. I centri di ricerca devono giocare un ruolo propulsore, diventando incubatori di innovazione e punti di collegamento tra università e industria. L'esperienza di successo di Silicon Valley negli Stati Uniti mostra che la collaborazione tra università, centri di ricerca e industrie tecnologiche può creare ecosistemi di innovazione altamente produttivi. La Silicon Valley, del resto, è un micro ecosistema, da San Francisco a San

16 Alcuni esempi di ZES attualmente operative o in fase di sviluppo nel Sud Italia includono la ZES Adriatica che comprende aree in Puglia e Molise, con un focus su settori come l'agroindustria, la logistica e l'energia rinnovabile; la ZES Ionica che coinvolge territori in Calabria e Basilicata, con l'obiettivo di promuovere l'industria manifatturiera e la logistica; e la ZES Campania focalizzata sulle aree portuali di Napoli e Salerno, con incentivi per il settore marittimo e la logistica. Le ZES rappresentano un'opportunità cruciale per rilanciare l'economia del Mezzogiorno, fornendo gli strumenti necessari per attrarre investimenti, favorire la crescita delle imprese e migliorare le infrastrutture.

17 Un esempio emblematico di come l'innovazione possa trasformare un territorio è rappresentato dal Silicon Box in Italia (Novara), un investimento di 3,2 miliardi di euro che creerà 1600 nuovi posti di lavoro. Questo progetto dimostra come l'attrazione di investimenti tecnologici non richieda necessariamente enormi insediamenti industriali. Un altro esempio significativo è l'Hub dell'Università degli Studi di Napoli Federico II, a San Giovanni a Teduccio (Napoli), che dimostra come l'innovazione possa prosperare anche in aree ex-industriali, grazie all'accesso a risorse umane qualificate e infrastrutture adeguate.

José su 80 km percorribili in autostrada, che concentra la maggioranza di tutto ciò che riguarda l'innovazione negli Stati Uniti.

Un modello universitario efficiente dovrebbe iniziare con la promozione di partenariati strategici tra università e imprese. Le università meridionali dovrebbero stabilire maggiori accordi di collaborazione con imprese locali e multinazionali, offrendo programmi di formazione pratica e opportunità di *stage* che consentano agli studenti di acquisire competenze direttamente rilevanti per il mercato del lavoro. Questi partenariati possono anche facilitare la ricerca applicata, con le aziende che finanziano progetti di ricerca universitaria e collaborano allo sviluppo di nuove tecnologie e prodotti.

Inoltre, è fondamentale creare infrastrutture adeguate che favoriscano l'interazione tra accademia e industria. I parchi tecnologici e scientifici possono svolgere un ruolo chiave, ospitando sia le *startup* che i laboratori universitari e fornendo spazi comuni dove accademici e imprenditori possano lavorare insieme su progetti innovativi. Questi parchi dovrebbero essere supportati da politiche governative che incentivino gli investimenti in ricerca e sviluppo, nonché da un quadro normativo che faciliti il trasferimento tecnologico.

Un altro elemento cruciale è la formazione continua e l'aggiornamento professionale. Le università devono offrire corsi di formazione avanzata e programmi di certificazione per i professionisti che già operano nel settore industriale, garantendo che le competenze della forza lavoro siano sempre aggiornate con le ultime innovazioni tecnologiche. Questo approccio promuove una cultura di apprendimento permanente che è essenziale per sostenere un ecosistema di innovazione¹⁸.

Infine, è necessario implementare un sistema di valutazione e monitoraggio per misurare l'impatto delle collaborazioni tra università e industria. Questo sistema dovrebbe raccogliere dati su indicatori chiave come la creazione di posti di lavoro, l'attrazione di investimenti e il numero di brevetti e pubblicazioni scientifiche generate dalle collaborazioni. Questi dati possono aiutare a identificare le *best practice* e a migliorare continuamente il modello di integrazione tra istruzione, impresa e ricerca.

18 L'esperienza della Silicon Valley dimostra l'importanza della cultura dell'innovazione e dell'imprenditorialità. Le università meridionali dovrebbero ancor più incoraggiare la creazione di *startup* tra i loro studenti e ricercatori, offrendo supporto attraverso incubatori di impresa, programmi di *mentorship* e accesso a finanziamenti iniziali. Gli incubatori di impresa possono fornire risorse cruciali come spazi di lavoro, consulenza legale e finanziaria, e opportunità di *networking* con potenziali investitori e partner commerciali.

In conclusione, un modello universitario efficiente nel Meridione deve promuovere una stretta collaborazione tra università, centri di ricerca e industria, sostenuto da infrastrutture adeguate, politiche incentivanti e una cultura dell'innovazione. Questo approccio può trasformare il potenziale economico del Meridione, creando un ecosistema di innovazione che stimoli la crescita economica e il progresso tecnologico. Ciò non solo aumenterà la competitività del Mezzogiorno, ma contribuirà anche a ridurre le disparità regionali, promuovendo uno sviluppo economico più equilibrato e sostenibile a livello nazionale.

FRANCESCO CATAPANO

VULNERABILITÀ DEI CIVILI NEI CONFLITTI ARMATI, IN PARTICOLARE DELLE PERSONE CON DISABILITÀ, PROTEZIONI VIOLATE

SOMMARIO: 1. Quando i civili non erano vittime delle guerre – 2. I civili vittime dei conflitti armati – 2.1 La violenza diretta ed indiretta sulla disabilità nei conflitti armati – 3. Il concetto di disabilità nella normativa internazionale – 3.1 Il Diritto internazionale umanitario e il Diritto internazionale dei Diritti umani, complementarità – 3.2 Applicazione dei principi fondamentali del DIU alle persone con disabilità nei conflitti armati – 3.3 Obbligo dell'acquisizione di dati sulla disabilità, gli impatti sulla condotta delle operazioni militari e le garanzie di accesso ai servizi di base – 4. I minori con disabilità, tutela internazionale – 5. Conclusione.

1. *Quando i civili non erano vittime delle guerre*

Da “*Un ricordo di Solferino*” si apprende che Henry Dunant, da semplice borghese, è stato presente alla battaglia combattuta a Solferino e a San Martino il 24 giugno 1859 dall'esercito franco-piemontese contro gli austriaci. Si prodigò nell'assistenza alle vittime insieme ad un gruppo di donne del luogo.

Forse storicamente è stato un caso isolato che la popolazione civile sia stata coinvolta in guerra non come vittima ma con il ruolo di soccorritore per lenire le sofferenze degli uomini in armi a qualunque esercito appartenessero:

Sul pavimento degli ospedali o delle chiese di Castiglione sono stati deposti, a fianco a fianco, uomini di tutte le nazionalità, Francesi e Arabi, Tedeschi e Slavi, provvisoriamente collocati nel fondo delle cappelle, non hanno più la forza di muoversi [...].

Benché ogni casa fosse diventata un'infermeria ed ogni famiglia avesse abbastanza da fare per curare gli ufficiali ospitati, ero tuttavia riuscito, sin dalla domenica, a riunire un certo numero di donne del popolo che fanno del loro meglio per assecondare l'opera di soccorso in favore dei feriti [...].

Nella Chiesa Maggiore vi sono ammassati quasi 500 soldati, e ve n'è ancora almeno un centinaio sulla piazza davanti alla chiesa e sotto dei teloni tesi

per ripararli dal sole; le donne, entrate nell'interno, passano dall'uno all'altro con orci e brocche pieni d'acqua che serve a placare la sete e a umettare le ferite. [...] Ragazzetti del luogo vanno e vengono dalla chiesa alle fontane più vicine con secchi, brocche e annaffiatori [...].¹

Da quel libretto che non aveva, come precisato dallo stesso Dunant, velleità di essere un reportage giornalistico (come si direbbe oggi) nacque la Convenzione per il miglioramento della sorte dei militari feriti negli eserciti in campagna che fu firmata a Ginevra il 22 agosto 1864 dai rappresentanti di alcuni Paesi dell'epoca: il Granducato di Baden, il Regno del Belgio, il Regno di Danimarca, il Regno di Spagna, l'Impero Francese, il Granducato di Hesse, il Regno di Italia, il Regno dei Paesi Bassi, il Regno di Portogallo e Algarve, il Regno di Prussia, la Confederazione Elvetica, il Regno di Württemberg. I rappresentanti di Inghilterra, Sassonia, Stati Uniti e Svezia non avevano avuto i poteri di firma.

L'articolo 5 della Convenzione assegnava ai civili uno *status* di neutralità che avrebbe consentito loro di espletare la importante funzione a favore di tutti i soldati vittime delle guerre:

Gli abitanti del luogo che recheranno soccorso ai feriti saranno rispettati e rimarranno in libertà. I generali delle Potenze belligeranti avranno il compito di avvertire gli abitanti dell'appello rivolto alla loro umanità e della neutralità che ne deriverà. Ogni ferito raccolto e curato in una casa le servirà da salvaguardia. L'abitante che avrà raccolto in casa sua dei feriti sarà esonerato dall'alloggiarvi delle truppe, come pure dai contributi di guerra che potrebbero essere imposti.²

Come solitamente accade, non erano trascorsi molti anni che alcune Parti in conflitto, pur essendo firmatarie della Convenzione di Ginevra del 22 agosto 1864, ne violarono l'art. 5.

Il riferimento è alla guerra tra la Francia e la Prussia combattuta negli anni 1870-71 e in particolare all'assedio di Parigi chiusa da un anello di forze tedesche, mentre cadevano anche Strasburgo (28 settembre) e Metz (27 ottobre). Iniziò un'eroica resistenza dei francesi all'invasore, tecnicamente e materialmente superiore. Nel secondo periodo (28 novembre 1870) del conflitto al comando del generale Ducrot si susseguirono i tentativi francesi di infrangere il blocco di Parigi e gli attacchi in campo aperto

1 H. Dunant, *Un Ricordo di Solferino* ristampato dal Comitato internazionale della Croce Rossa Ginevra, 1986, versione italiana, pp. 62-65

2 Ivi, p. 147

ad opera delle armate della Loira e del Nord. In un terzo periodo (gennaio 1871), il comando tedesco impresso nuovo vigore all'assedio, iniziando il bombardamento della città³.

I colpi di cannone raggiunsero i quartieri centrali della capitale, colpendo anche zone come i Giardini del Lussemburgo e il Pantheon. Il 4 gennaio venticinque civili, tra feriti e morti, vennero colpiti dai proiettili lanciati dalle micidiali armi da fuoco pesanti dei tedeschi. A metà di quel mese di gennaio Trochu registrò 189 cittadini morti sotto i colpi dell'artiglieria e in tre settimane erano andati distrutti numerosi edifici tra cui scuole, prigioni, chiese e ospedali. Oltre al pericolo delle esplosioni e della distruzione degli edifici, i cittadini di Parigi patirono le altre conseguenze dell'assedio, come il freddo e la fame che fecero molte vittime (si arrivò anche a uccidere gli animali dello zoo per ricavarne cibo). Per queste cause morirono, durante il solo mese di gennaio, il più duro di tutto l'assedio, tra i 3mila e i 4mila parigini.

Il bombardamento della città di Parigi segnò l'estensione della battaglia in zone urbane prima escluse dagli effetti disastrosi delle guerre.

Malgrado il ruolo che viene tuttora assegnato dalle norme ginevrine alla popolazione civile di rispettare i feriti, malati e naufraghi anche se essi appartengano alla Parte avversa, nonché di prestare soccorso agli stessi è sconvolgente che nell'epoca in cui viviamo i civili siano diventati vittime nei conflitti armati insieme ai beni civili come se fossero obiettivi militari⁴.

3 https://www.treccani.it/enciclopedia/guerra-franco-prussiana_%28Dizionario-di-Storia%29/

4 Art. 17, I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra, 8 giugno 1977:

1. La popolazione civile dovrà rispettare i feriti, malati e naufraghi, anche se essi appartengono alla Parte avversaria, e non compiere contro di essi atto di violenza alcuno. La popolazione civile e le società di soccorso quali le Società nazionali della Croce Rossa (Mezzaluna Rossa, Leone e Sole Rossi) saranno autorizzate, anche nelle regioni invase o occupate, a raccogliere detti feriti, malati e naufraghi e a prodigare loro cure, anche di propria iniziativa. Nessuno sarà molestato, perseguito, condannato o punito per tali atti umanitari.
2. Le Parti in conflitto potranno fare appello alla popolazione civile e alle società di soccorso indicate nel paragrafo 1 per raccogliere e curare i feriti, malati e naufraghi, e per ricercare i morti e indicare i luoghi in cui questi si trovano; esse accorderanno la protezione e le facilitazioni necessarie a chi avrà risposto a un tale appello. Nel caso in cui la Parte avversaria prenda o riprenda il controllo della regione, essa manterrà in vigore detta protezione e dette facilitazioni fino a che saranno necessarie.

2. I civili vittime dei conflitti armati

Dopo il secondo conflitto mondiale la Comunità internazionale decise di aggiungere, alle prime tre Convenzioni di Ginevra, una quarta a protezione delle persone civili in tempo di guerra (Ginevra, 12 agosto 1949).

Nel conflitto le persone con disabilità sterminate furono circa 300mila, insieme ad ebrei, dissidenti politici, minoranze etniche e omosessuali a seguito del triste e famoso programma “Aktion T4” messo in atto dai nazisti. Fu un esecrabile accanimento sulle persone con disabilità, in particolare sui bambini e su quanti presentavano disturbi mentali, malattie genetiche o malformazioni. Tutto ciò nasceva dal fatto che le persone con disabilità venivano considerate da Hitler e dai suoi seguaci “vite indegne di essere vissute” e, pertanto, da sterminare anche attraverso pratiche di sterilizzazione forzata⁵.

Per tornare ai tempi attuali, secondo stime rilanciate dal segretario generale dell’ONU, Antonio Guterres, negli ultimi dieci anni precedenti al 2022 le vittime di guerre nel mondo sono state più di duecentotrentamila, delle quali nove su dieci erano civili. Le conseguenze sulle popolazioni sono spesso letali: sono provocati danni a infrastrutture civili, come i sistemi fognari o la disseminazione di ordigni in aree abitate o agricole, con campi che diventano minati e rischi quotidiani di incidenti nelle città⁶.

Di fronte alle frequenti emergenze causate dalla utilizzazione di armi più distruttive la Comunità internazionale recentemente ha approvato la “*Dichiarazione politica sul rafforzamento della protezione dei civili dalle conseguenze umanitarie derivanti dall’uso di armi esplosive nelle aree popolate*”, aperta alla firma degli Stati dal 18 novembre 2022.

Il testo della dichiarazione comprende un preambolo che descrive l’aumento del rischio per i civili a causa dell’urbanizzazione dei conflitti armati e le conseguenze umanitarie derivanti dall’uso di armi esplosive nelle zone popolate, danni diretti e indiretti, spesso definiti come effetti riverberanti.

L’uso di armi esplosive nelle zone popolate provoca un’ampia discussione su una serie di temi di politica internazionale che concerne il contesto bellico tra cui la protezione dei civili nei conflitti armati, dei bambini, la migrazione, l’impatto dei conflitti sull’ambiente, l’assistenza alle vittime e alle persone con disabilità, l’accesso umanitario, la violenza di genere nei conflitti armati, gli ordigni inesplosi e l’educazione al rischio.

5 <https://www.vita.it/loocausto-delle-persone-con-disabilita/>

6 https://www.aics.gov.it/oltremare/articoli/pace/il-diritto-umanitario-riparte-da-dublinto/file:///C:/Users/Francesco/Downloads/7_00813.pdf

La Dichiarazione non è un accordo vincolante ma un impegno politico. L'obiettivo della stessa è sensibilizzare e lanciare un allarme, nella convinzione che gli strumenti a disposizione non sono più sufficienti. Ciò perché, come spiega Laura Boillot, *campaign manager* della rete *International Network on Explosive Weapons (INEW)*: "l'utilizzo di armi esplosive non è vietato dal diritto umanitario internazionale, che è stato pensato in un'altra epoca, quando le guerre si combattevano sul campo di battaglia e non nelle città".

Se il conflitto armato oramai causa notevoli vittime tra i civili considerati da sempre, ma ancor più dal secondo conflitto mondiale in poi, categoria fragile sovente utilizzata come scudo umano, la disabilità è una componente che espone la persona agli effetti disastrosi della guerra, rendendola particolarmente vulnerabile in un contesto di per sé pericoloso.

"L'Europa e il mondo ricco hanno gli occhi puntati altrove, ma nella regione sudanese è in corso una tragedia senza precedenti da arginare immediatamente, anche per evitare ulteriori escalation", ha dichiarato Ennio Miccoli, direttore di Cooperazione internazionale, in occasione del COOPI Meeting svoltosi nel 2023 a Milano⁷.

In Sudan sei mesi dopo l'inizio degli scontri, il bilancio provvisorio delle Nazioni Unite parla di almeno 9 mila persone uccise "in uno dei peggiori incubi umanitari della storia recente", queste sono le parole di Martin Griffith, sottosegretario generale. Secondo l'Organizzazione internazionale delle migrazioni oltre 4,5 milioni di persone sono sfollate all'interno del Sudan, mentre 1,3 milioni hanno cercato rifugio nei Paesi vicini, in gran parte in Ciad (508mila), Egitto (323mila), Sud Sudan (315mila). Inoltre, 25 milioni di abitanti, ossia più della metà dei 48 milioni del Sudan, hanno bisogno di aiuti umanitari⁸.

Questi dati sono soltanto una piccola parte dei numeri terrificanti che quantificano le vittime civili nei conflitti armati che molte volte sono a carattere non internazionale. Nel mese di ottobre 2023 la dichiarazione del Segretario Generale dell'ONU sulla situazione umanitaria a Gaza, ha suscitato molte polemiche quando ha parlato di pausa nel conflitto, di rilascio degli ostaggi e di forniture salvavita. Antonio Guterres ha ricordato che si tratta di far fronte a una tragedia che travolge oltre 2 milioni di civili.

7 <https://www.micromega.net/conflitto-in-sudan-la-crisi-umanitaria-e-sempre-piu-grave/>

8 Ivi.

Tutto questo anche perché la guerra ha cambiato volto e natura, facendosi “tecnologica”, provocando molte vittime tra i civili. Il terrorismo, inoltre, ha aggravato ancor più la situazione.

Relativamente al conflitto in atto nella striscia di Gaza una nuova indagine di +972 Magazine e Local Call⁹ ha rivelato che l'esercito israeliano ha sviluppato un programma basato sull'intelligenza artificiale noto come “Lavender” per generare obiettivi da assassinare e l'IA (intelligenza artificiale) ha svolto un ruolo centrale nel bombardamento senza precedenti di Palestinesi. Formalmente, il sistema “Lavender” è progettato per contrassegnare tutti i sospetti agenti nelle ali militari di *Hamas* e della *Jihad islamica palestinese* (PIJ), compresi quelli di basso rango, come potenziali obiettivi di bombardamento. Le fonti hanno riferito a +972 e Local Call che, durante le prime settimane di guerra, l'esercito si è affidato quasi completamente a “Lavender”, che ha individuato fino a 37mila Palestinesi come sospetti militanti – e le loro case – per possibili attacchi aerei.

L'esercito israeliano ha attaccato sistematicamente le persone prese di mira mentre si trovavano nelle loro case – di solito di notte, quando erano presenti tutte le loro famiglie – piuttosto che nel corso di un'attività militare. Secondo le fonti ciò era dovuto al fatto che, dal punto di vista dell'*intelligence*, era più facile localizzare le persone nelle loro case private. Attualmente non si conosce quante persone con disabilità siano rimaste vittime.

2.1 La violenza diretta ed indiretta sulla disabilità nei conflitti armati

Il Relatore speciale delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità ha evidenziato come la violenza legata al conflitto perpetrata contro bambini e adulti assume varie forme, così come il suo impatto sulle persone con disabilità¹⁰.

Tra le gravi violazioni dei diritti umani commesse a danno di questi ultimi gruppi di persone, secondo i dati storici vi sono il genocidio, l'omicidio di massa, l'uccisione mirata, la sterilizzazione forzata, la sperimentazione medica e scientifica involontaria, l'utilizzo di persone con disabilità come scudi umani, la violenza sessuale, la tratta di esseri umani, gli attacchi contro edifici dedicati all'istruzione, all'assistenza sanitaria e alla riabilitazione delle persone con disabilità.

⁹ <https://www.972mag.com/lavender-ai-israeli-army-gaza/>

¹⁰ <http://www.marinacastellaneta.it/blog/unione-europea-e-diritti-delle-persone-disabili-nellanalisi-del-relatore-speciale-onu.html>

Le vittime più esposte alle violenze nei conflitti armati ancora una volta sono le donne e le ragazze disabili peraltro oggetto di violenze in tempo di pace.

Una situazione da cui può scaturire violenza nei confronti delle persone fragili è la deportazione o il trasferimento della popolazione civile di un territorio occupato a meno che tali misure si rendano necessarie per la sicurezza dei civili o per imperativi motivi militari.

Relativamente alla precarietà delle donne e delle ragazze con disabilità durante la deportazione o l'evacuazione il Comitato per l'eliminazione della discriminazione contro le donne (CEDAW) ha manifestato in un recente passato la propria preoccupazione per la situazione delle donne e ragazze a Gaza, comprese quelle con disabilità per l'elevato rischio di violenza sessuale e di genere.

Una nota triste in un contesto di crisi: le donne e le ragazze disabili normalmente possono essere vittime di abusi nell'ambito delle mura domestiche da parte degli stessi familiari.

Inoltre, in termini di violenze indirette sono da considerare le conseguenze dovute all'interruzione di servizi sanitari e riabilitativi, lo stato di povertà che espone la persona disabile ai disagi dovuti all'insufficiente capacità economica che gli impedisce di cibarsi sufficientemente ovvero di muoversi sul territorio non potendo semmai usufruire di mezzi di trasporto pubblico per raggiungere i centri di servizio.

La povertà, infatti, è un elemento che aggrava in maniera sproporzionata la condizione dei bambini con disabilità e le loro famiglie come sostiene il Fondo delle Nazioni Unite per l'infanzia (UNICEF). Secondo *Human Rights Watch* in Siria per le famiglie di bambini con disabilità è una impresa immane fornire ai propri figli beni di prima necessità tra cui cibo, farmaci, terapie, pannolini. ovvero assistenza sanitaria, alloggi adeguati.

3. Il concetto di disabilità nella normativa internazionale

Per poter definire il concetto di disabilità e l'evoluzione che ha avuto secondo il Diritto internazionale umanitario (DIU) ed il Diritto internazionale dei diritti umani (DIDU) è importante fare riferimento agli studi e alle ricerche effettuati da organizzazioni impegnate nei soccorsi e nella difesa delle persone disabili in tempo di guerra, taluno da sempre come

il Comitato internazionale della Croce Rossa (CICR)¹¹, altre successivamente (*Amnesty international*, *Save the Children*, *UNICEF*, *INEW*, *Human Rights Watch*....).

Da premettere che nei primi anni del XX secolo la disabilità era attenzionata come un problema medico e, pertanto, doveva essere protetta, prevenuta, risolta e migliorata con un'assistenza sanitaria ovvero con la beneficenza.

Il processo del riconoscimento dei diritti e, quindi, la protezione della disabilità inizia con la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo (UDHR-Parigi 10 dicembre 1948) da cui si sviluppa un imponente *corpus* giuridico internazionale e prende corpo la consapevolezza che per le persone disabili non può prescindersi dai diritti spettanti ad ogni individuo umano. Nel Preambolo della Dichiarazione si parla, infatti, del "riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti uguali e inalienabili".

Le norme della IV Convenzione di Ginevra (12 agosto 1949) e del Protocollo I (8 giugno 1977) relativo ai conflitti internazionali hanno previsto una serie di misure per la protezione della popolazione civile allorché il proprio territorio sia stato occupato da forze armate straniere. Allo stesso modo anche il Protocollo II (8 giugno 1977) sulla protezione delle vittime dei conflitti armati non internazionali prevede rispettivamente agli artt. 4 ss. e 13 ss. le garanzie fondamentali per il trattamento umano delle persone che non partecipano direttamente o non partecipano alle ostilità nonché la protezione della popolazione civile.

Segna una tappa importante per l'affermazione dei diritti umani il Patto internazionale sui diritti civili e politici (ICCPR) del 1966 che, ammettendo il verificarsi di situazioni di "*emergenza pubblica*" stabilisce chiaramente i casi in cui è possibile derogare ad alcune disposizioni del Patto.

Al riguardo se ne richiamano gli articoli 2.1 e 4.1. L'art. 2.1 comprende, anche se non in maniera esplicita, il divieto della discriminazione sulla base della disabilità. quando stabilisce che gli Stati si impegnano a rispettare i diritti del Patto "[...] senza distinzione alcuna, sia essa fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, l'opinione politica o qualsiasi altra opinione, l'origine nazionale o sociale, la condizione economica, la nascita o qualsiasi altra condizione".

L'art. 4.1 prevede, inoltre, che "in caso di pericolo pubblico eccezionale, che minacci l'esistenza della nazione e venga proclamato un atto ufficiale,

11 <https://international-review.icrc.org/reviews/irrc-no-922-persons-with-disabilities-in-armed-conflict>

gli Stati parti del presente Patto possono prendere misure le quali deroghino agli obblighi imposti dal presente Patto, nei limiti in cui la situazione strettamente lo esiga, e purché tali misure non siano incompatibili con gli altri obblighi imposti agli Stati medesimi dal diritto internazionale e non comportino una discriminazione fondata unicamente sulla razza, sul colore, sul sesso, sulla lingua, sulla religione o sull'origine sociale"¹².

Il carattere esclusivo dell'art. 4.1 comporta che possono essere ammesse, anche se in via eccezionale, deroghe al divieto di discriminazione basate sulla disabilità.

Tappa importante è la designazione del 1981 come Anno internazionale delle Persone con disabilità e con l'adozione del "Programma Mondiale di Azione riguardante le Persone con Disabilità"¹³.

Se il Programma Mondiale era in linea con la concezione vigente all'epoca della disabilità come questione medica da prevenire, bisognevole di riabilitazione, la medesima era considerata come effetto del conflitto armato.

In quel documento si affermava che "[le] guerre e le conseguenze delle guerre [,] e altre forme di violenze, distinzione, povertà, epidemie..., [e] grandi cambiamenti nella popolazione" erano fattori che causavano la disabilità.

C'è da rilevare che il Programma non considerava se le persone con disabilità dovessero essere protette durante i conflitti armati o il loro *status* di civile o non combattente. Il Programma, seppure in breve, conteneva un invito all'ONU, ai governi e alle altre Parti interessate a prestare la dovuta attenzione ai diritti umani delle persone disabili.

Anche la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (CEDAW) del 1979 manca di un richiamo esplicito all'obbligo vincolante della tutela delle donne dalla discriminazione in alcune delle situazioni emergenziali elencate nel preambolo.

Soltanto con la Convenzione sui diritti dell'infanzia (CRC) del 1989 in particolare con l'art. 38¹⁴ c'è l'inclusione in un trattato internazionale di protezioni specifiche applicabili in situazioni di conflitto armato.

12 U. Vincenti (a cura di), *Codice dei Diritti Umani e fondamentali*, art. 1, par. 2, p. 381, Edizioni Plus, Pisa University press, 2011

13 https://unipd-centrodirittiumani.it/it/strumenti_internazionali/Dichiarazione-di-Vienna-e-Programma-dazione-1993/20

14 U. Vincenti (a cura di), *Codice dei Diritti Umani e fondamentali*, Edizioni Plus, Pisa University press, 2011
Articolo 38, p. 260

a) Gli Stati parti si impegnano a rispettare e a far rispettare le regole del diritto umanitario internazionale loro applicabili in caso di conflitto armato, e la cui protezione si estende ai fanciulli.

Le “Regole standard sulle Pari opportunità per le Persone con Disabilità”, adottate dall’Assemblea Generale delle NU nel dicembre 1993 riconoscevano le persone con disabilità come titolari di diritti a pieno titolo. Le stesse Regole nulla però prevedevano per le persone disabili in una situazione di conflittualità armata e di emergenza umanitaria¹⁵.

Nel prosieguo degli anni il diritto internazionale si è evoluto in materia con l’affermazione sempre più incisiva delle Organizzazioni sorte a tutela dei diritti dei disabili composte in massima parte da elementi esperti della materia essendo pur essi persone con disabilità.

Varie sono state le proposte formulate e le discussioni seguite ma nella maggior parte dei casi la disabilità era considerata come evento causato da un conflitto armato, insomma non si prendevano in esame i diritti che spettano comunque a tutte le persone con disabilità verificatesi in situazioni precedenti il conflitto.

La disabilità preesistente al conflitto, dunque, costituisce fattore di complicazione e di aumento del rischio. Difatti in una situazione di conflittualità armata che richiede con urgenza l’evacuazione da un territorio sottoposto a bombardamenti riesce difficile per le persone disabili richiamare l’attenzione sui loro bisogni specifici ad es. l’accesso ai farmaci o ai trattamenti fisioterapici.

Una tappa importante per l’acquisizione di uno stato di protezione è segnata dalla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità (CRPD), firmata a New York il 13 dicembre 2006 ed entrata in vigore nel 2008, ratificata quasi universalmente.

In particolare l’art. 11 della Convenzione obbliga gli Stati a proteggere le persone con disabilità da danni in situazioni di rischio in conformità alle norme stabilite dal DIU e dal DIDU.

b) Gli Stati parti adottano ogni misura possibile a livello pratico per vigilare che le persone che non hanno raggiunto l’età di quindici anni non partecipino direttamente alle ostilità.

c) Gli Stati parti si astengono dall’arruolare nelle loro forze armate ogni persona che non ha raggiunto l’età di quindici anni. Nel reclutare persone aventi più di quindici anni ma meno di diciotto anni, gli Stati parti si sforzano di arruolare con precedenza i più anziani.

d) In conformità con l’obbligo che spetta loro in virtù del diritto umanitario internazionale di proteggere la popolazione civile in caso di conflitto armato, gli Stati parti adottano ogni misura possibile a livello pratico affinché i fanciulli coinvolti in un conflitto armato possano beneficiare di cure e di protezione.

15 A. Begg, *From invisibility to positive legal protection: The drafting of Article 11 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, IRRC n.922 Novembre 2022, p.137 ss.

Nel preambolo della Convenzione si sottolinea la necessità che siano osservati gli strumenti applicabili in materia di diritti umani per il conferimento di una ampia protezione delle persone con disabilità specialmente durante i conflitti armati e l'occupazione straniera di un territorio.

Invero l'art. 11 prevede una unificazione degli obblighi di protezione delle persone disabili sia in situazioni di pace che di conflitto; è un anello di congiunzione tra il Diritto dei diritti umani ed il DIU. In questo solco si colloca la Risoluzione 2475 del 2019 del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite che esorta gli Stati "a prendere tutte le misure appropriate per eliminare la discriminazione e l'emarginazione delle persone sulla base della disabilità in situazioni di conflitto armato, in particolare coloro che affrontano molteplici e intersecanti forme di discriminazione".

Con la CRPD la persona con disabilità viene ad essere considerata una persona appartenente alla categoria dei civili ma con uno *status* di protezione a sé stante rispetto ai civili senza disabilità.

Ciò a significare che le violazioni durante i conflitti hanno un impatto diverso sulle persone con disabilità a causa della loro ineguale posizione sociale ed economica e della loro conseguente invisibilità nella società.

Per tale motivo si considera questa categoria la più vulnerabile tra i civili.

3.1 *Il Diritto internazionale umanitario e il Diritto internazionale dei Diritti umani, complementarità*

Per codificare chi è la persona disabile ci si è rifatto in origine al modello medico della disabilità ovvero alla considerazione della stessa come malattia, della persona con bisogni medicalizzati escludendo, quindi, i bisogni non medici e senza considerare l'esistenza delle barriere inerenti alla società.

Secondo la CRPD la disabilità, invece, non si identifica solo nella infermità, nella malattia, nella mutilazione.

Quello che viene considerato è il modello sociale ovvero un modello che non considera esclusivamente come caratterizzante uno stato di malattia, un intervento medico: "Per persone con disabilità si intendono coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura (N.d.R.: attitudinali, fisiche, comunicative ed ambientali) possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione alla società su base di uguaglianza con gli altri"¹⁶.

16 U. Vincenti (a cura di), *Codice dei Diritti Umani e fondamentali, CRPD art. 1, par.2, p. 381*, Edizioni Plus, Pisa University press, 2011

Un esempio di disabilità che calza molto bene con la definizione testé enunciata è la sordità di un individuo che non equivale a infermità medica o malattia ma è un elemento che impedisce al soggetto di poter evacuare dalla zona che sta per essere bombardata, perché a causa della sua menomazione non riesce a udire le sirene che avvertono l'imminente arrivo di aerei nemici ovvero non riesce a percepire gli altri avvisi acustici diramati dalle autorità militari del proprio Paese.

C'è una differenza tra il concetto di disabilità nel diritto internazionale dei diritti umani e quello che traspare dal DIU.

Bisogna considerare che le differenze socialmente costruite tra le persone con o senza disabilità sono esse stesse mutevoli nel tempo e sono diverse all'interno e tra le culture. Incidono sulla determinazione della disabilità il genere, l'età, l'etnia, la classe. Sono fattori che determinano un differente comportamento, ruoli, poteri, bisogni e risorse diversi.

Se il DIU non tiene conto di queste considerazioni per il riconoscimento della disabilità come fattore che aggrava la vulnerabilità, la CRPD interviene per estendere e proteggere i soggetti con disabilità. Non trattasi di creare una classificazione tra le protezioni ma anzi di eliminare un'applicazione della legge che possa apparire discriminatoria e non equa.

Il rapporto tra i due regimi normativi è di complementarità pur tenendo presente che il DIU e la CRPD si applicano in modo diverso. Il DIU si applica solo nei conflitti armati internazionali tra Stati o a carattere non internazionale come i conflitti armati tra uno Stato e uno o più gruppi armati non statali organizzati oppure tra tali gruppi.

Su tali soggetti (Stati e gruppi armati organizzati) incombe l'obbligo di proteggere, di risparmiare le persone civili, tra cui le persone disabili, da rischi che mettono in pericolo la loro vita, purché non partecipino alle ostilità. La CRPD, invece, vincola gli Stati ma non i gruppi armati.

La complementarità tra il DIU e il DIDU, in particolare con la CRPD, significa che malgrado la differenza tra i due regimi, tuttavia le rispettive norme possono essere interpretate nell'ottica di una loro armonizzazione.

L'art.11 della Convenzione fornisce una chiave di lettura in tal senso effettuando un rinvio generale agli obblighi internazionali degli Stati parti della Convenzione stessa ai sensi del Diritto internazionale compresi il DIU e il DIDU e affermando con chiarezza l'applicabilità della Convenzione in una situazione di conflitto armato.

In entrambe i regimi giuridici c'è l'obbligo di trattare con umanità tutti i civili, comprese le persone con disabilità e coloro che sono fuori combattimento (detenuti, combattenti che si sono arresi, i feriti ed i malati) quando sono in potere di una parte in conflitto.

È utile al riguardo specificare cosa comprende il “trattamento umano” perché il DIU non lo definisce. Esso tiene conto non solo delle condizioni individuali della persona e, quindi, anche della sua menomazione ma anche della età, del *background* sociale, culturale, religioso o politico e delle sue esperienze passate, della diversità delle capacità e dei bisogni. Da ciò consegue che il DIU e la CRPD considerano la disabilità una forma di diversità umana.

L'interpretazione di atti disumani tiene conto dell'impatto negativo che hanno su una persona con disabilità. Così per valutare la gravità delle conseguenze fisiche o mentali di un comportamento che sia una tortura o un trattamento crudele bisogna aver presente la diversità di una persona disabile.

Relativamente all'assistenza medica le persone con disabilità possono qualificarsi alla pari di quelle senza disabilità e, quindi, rientrano nella categoria delle “persone ferite e malate” beneficeranno di servizi sanitari specifici comprese le cure di salute mentale e la riabilitazione.

Questa assistenza piena dovrà essere fornita anche qualora la persona disabile vive una condizione di prigionia e, pertanto devono essere assicurate le terapie necessarie per la loro riabilitazione, devono essere fornite stampelle o carrozzina agli amputati oppure occorre rendere le informazioni in maniera accessibile attraverso l'uso del Braille.

Per poter soccorrere adeguatamente bisogna accordare priorità alle persone con disabilità con l'adozione di misure speciali e così si deve garantire loro, ad es. l'accessibilità fisica alle strutture idriche ed igienico-sanitarie, sostenere il trasporto di beni di prima necessità alimentari e no, progettare rifugi in modo tale da poter essere raggiunti dalle persone con disabilità.

Tutto ciò deve essere possibile a seguito di una raccolta dati che servono per identificare le persone da soccorrere e da assistere ed i loro bisogni.

Questa è un'importante attività che obbligatoriamente gli Stati Parti devono perseguire come previsto anche dalla CRPD.

Le Organizzazioni umanitarie possono fornire il loro aiuto sociosanitario non solo per bisogni urgenti. È importante rilevare come la 31.a Conferenza internazionale della Croce Rossa e Mezzaluna Rossa ha sottolineato che l'assistenza umanitaria deve poter essere accessibile alle persone con disabilità negli ambiti dell'istruzione, dei trasporti, della comunicazione così pure deve prevedere l'inclusione socioeconomica.

Il DIU e la CRPD prevedono, inoltre, l'assistenza umanitaria anche alle persone la cui menomazione è stata riportata a causa del conflitto., senza che siano creati privilegi specifici per queste persone. Infatti la Convenzione sulle munizioni a grappolo (*Convention cluster mu-*

nition, 30 maggio 2008 – CCM) è connessa strettamente a quanto è previsto dal DIU e dalla CRPD e sancisce una solida garanzia di non discriminazione in relazione alle persone che hanno riportato la menomazione¹⁷.

Per completezza, ancor prima della CRPD e delle altre disposizioni internazionali, la IV Convenzione di Ginevra del 12 agosto 1949 secondo la storia della stesura della Convenzione, con l'art 16 ha previsto, anche se non esplicitamente, la categoria delle persone disabili allorquando accorda oltre che ai feriti, ai malati e alle donne incinte anche agli infermi la protezione e un rispetto particolari.

Alexander Breitegger¹⁸ precisa che il termine infermo significa “non forte fisicamente e mentalmente” soprattutto a causa dell'età o della malattia e deriva dalla parola latina *infirmus* che significa debole o non forte. Durante il processo di stesura del termine lo stesso è stato inteso comprendere le persone con disabilità, in particolare le persone con menomazioni fisiche. Secondo il citato art.16 la stessa categoria, pertanto, fruirà di una protezione e di un rispetto particolari, ovvero speciali quindi di tutele specifiche.

17 E. Greppi-G. Venturini, *Codice di Diritto internazionale umanitario*, G. Giappichelli Editore-Torino 2012, p. 291 Articolo 5 – Assistenza alle vittime.

1. Ogni Stato Parte presterà alle vittime delle munizioni a grappolo nelle aree sotto la sua giurisdizione o il suo controllo, e in conformità con il diritto internazionale umanitario e al diritto internazionale dei diritti umani applicabili, un'assistenza che terrà in considerazione l'età e le specificità di genere, comprese cure mediche, riadattamento e sostegno psicologico, reinserimento sociale e economico. [...];

2. Nell'adempiere i suoi obblighi ai sensi del paragrafo 1 del presente articolo, ogni Stato dovrà:

(a) [...];

(b) [...];

(c) elaborare un piano e un bilancio nazionali, che comprendano il tempo ritenuto necessario per la realizzazione delle suddette azioni, al fine di integrarle nel quadro e nei meccanismi relativi alla disabilità, allo sviluppo ed ai diritti umani, nel rispetto dello specifico ruolo e contributo dei relativi attori;

(d) [...];

(e) non discriminare le vittime delle munizioni a grappolo né operare discriminazioni al loro interno o tra le vittime delle munizioni a grappolo e le persone che hanno riportato ferite o disabilità per altre cause; le differenze di trattamento dovranno essere fondate esclusivamente su esigenze mediche, di riadattamento, psicologiche o socio-economiche; [...]

18 A. Breitegger “Increasing visibility of persons with disabilities in armed conflict: Implications for interpreting and applying IHL” nota 54, p.111 in IRRC n.922 novembre 2022

Tanto è che nel secondo paragrafo dell'articolo in esame si prevede un'azione di soccorso di ciascuna delle Parti in conflitto verso altre persone (oltre che verso i naufraghi) esposte ad un grave pericolo ossia la protezione o il sostegno da danni e pericoli derivanti dalle ostilità, nello specifico: dalla violenza, dallo sfruttamento o dai maltrattamenti causati dai combattenti o dai civili, dal rischio di aggravamento di una menomazione preesistente o di una menomazione secondaria se i servizi o il supporto medico diventano inaccessibili.

3.2 Applicazione dei principi fondamentali del DIU alle persone con disabilità nei conflitti armati

Secondo l'art. 11 della CRPD "Gli Stati parti adottano, in conformità con i loro obblighi ai sensi del diritto internazionale, compreso il diritto internazionale umanitario e il diritto internazionale dei diritti umani, tutte le misure necessarie per garantire la protezione e la sicurezza delle persone con disabilità in situazioni di rischio, comprese situazioni di conflitto armato, emergenze umanitarie e il verificarsi di calamità naturali".

Il richiamo che la CRPD fa del DIU evidenzia, come già sottolineato, l'importante interconnessione tra i due regimi giuridici tale che sono in essi coesistenti i principi di distinzione, di proporzionalità e di precauzione.

Avere incluso nella CRPD l'art.11 significa che i comandanti militari dovrebbero valutare l'applicazione del DIU e dei suoi principi attraverso una lettura della stessa Convenzione.

In sostanza in base allo stesso articolo le persone con disabilità (tra cui i rifugiati disabili) hanno diritto di essere protette in ogni situazione di rischio indipendentemente dal regime giuridico internazionale applicabile.

Ciò contribuisce ad assicurare che possono essere comunque perseguiti gli autori delle violazioni nei processi innanzi alla Corte penale internazionale.

a. Il principio di distinzione

Un attacco armato deve essere esclusivamente diretto contro obiettivi militari; è proibito contro i civili e altre persone o oggetti che non sono obiettivi. Il principio di distinzione deve essere applicato per intero e servire per distinguere nell'ambito dei civili le singole categorie di persone ad essi appartenenti e a maggior ragione quelle con disabilità. Nell'ambito di queste ultime la distinzione, purché non sfavorevole, conseguente alle barriere ed ai bisogni delle persone, trova giustificazione ed è soprattutto necessaria al fine di garantire che dette persone possano usufruire dei servizi di soccorso in una posizione di uguaglianza con gli altri civili.

b. Il principio di proporzionalità

Considerazioni analoghe bisogna che si facciano allorquando si tratta di applicare il principio di proporzionalità. In base a tale principio sono proibiti gli attacchi che potrebbero causare danni civili accidentali, morte di civili o danni a beni civili che sarebbero eccessivi rispetto al vantaggio militare concreto e diretto previsto.

Ciò è tanto vero se consideriamo che ci sono strutture che ospitano persone con disabilità o che sono deputate ad assistere le stesse. Si pensi agli orfanotrofi ove spesso ci sono bambini con disabilità, case di cura, strutture pediatriche, scuole speciali per bambini con disabilità. Nella valutazione della proporzionalità di un attacco, pertanto, va preso in considerazione il danno civile incidentale prevedibile sulla base di informazioni che sono note ai comandanti militari.

c. Il principio di precauzione

Allo stesso modo devono essere prese misure precauzionali per preservare da un attacco armato i civili ed i beni civili. Bisogna che effettivamente l'azione militare deve colpire solo bersagli che possono definirsi obiettivi militari.

Così occorre considerare che in un determinato luogo c'è la presenza di persone disabili ovvero che ci sono strutture deputate a soccorrere o assistere le persone con disabilità (ad es. servizi sanitari tradizionali e deputati alla disabilità, i centri di assistenza primaria, ospedali per la riabilitazione, i servizi di salute mentale e di supporto psico sociali).

Di tutto ciò, come si dirà in seguito, i comandanti militari dovrebbero essere a conoscenza per ridurre al massimo il danno alle persone disabili e ai beni civili.

Ne consegue che lo stesso comandante nelle sue valutazioni dovrà fare in modo che l'azione militare causi il minore pericolo per la vita dei civili e che l'attacco venga sferrato verso obiettivi militari lontani quanto più possibile, avendo cura di prestare attenzione agli alloggi abitati da persone con disabilità.

Nel concetto del principio di precauzione rientrano, pertanto, tutte quelle misure atte a preavvertire l'imminenza di un attacco armato.

L'efficacia di un allarme sarà valutata in base alla presenza di una popolazione civile comprendente le persone con disabilità. Dovrà, pertanto, considerarsi ad es. che le persone udipolesse non potranno percepire l'avviso diramato attraverso altoparlanti o trasmissione radio.

È il caso di Odai a Gaza, un ragazzo audioleso che non sentendo l'allarme di avvertimento non si è messo al riparo restando paralizzato dal lancio di un razzo¹⁹.

Utile al riguardo è la specificazione che fornisce la CRPD allorquando indica le modalità di comunicazione utilizzate dalla variegata popolazione con disabilità²⁰. Le informazioni che i comandanti militari devono fornire alle autorità civili devono essere tali da consentire loro di emettere efficaci avvertimenti preventivi e di valutare i rischi che un attacco potrebbe comportare per i beni civili, considerato che i rifugi costruiti per le persone in genere potrebbero avere barriere architettoniche che impediscono alle persone disabili di trovare accogliimento nel rifugio stesso.

3.3 *Obbligo dell'acquisizione di dati sulla disabilità, gli impatti sulla condotta delle operazioni militari e le garanzie di accesso ai servizi di base*

I comandanti militari, pertanto, prima di ordinare un attacco armato, devono tenere conto, in applicazione dei principi di precauzione e di proporzionalità, dei dati sulla quantificazione dei civili presenti nella zona del conflitto e delle rispettive categorie (anziani, donne, bambini, persone disabili...).

L'eventuale assenza di dati è una lacuna che inevitabilmente si riflette sulle vittime. Al riguardo il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite (CS) nella Risoluzione 2475 del 2019, deliberata all'unanimità, ha espressamen-

19 Janet E. Signore, *Accounting for disability in international humanitarian law*, Tr. it di F. Catapano, nota 66, p. 80: Accademia di Ginevra "Odai, Gaza, 2015", *Disability and Armed Conflict*, mostra fotografica, Ginevra, 2019. "Il 10 luglio 2014, mentre Odai si prendeva cura delle mucche nella fattoria della sua famiglia, è stata attaccata. Non sentendo gli allarmi di avvertimento, non si è messo al riparo. Un razzo è atterrato vicino a lui, lanciandolo per 5 metri; è atterrato sulla schiena e l'impatto lo ha lasciato paralizzato. Ora su una sedia a rotelle, Odai ha lottato per riconquistare la sua indipendenza. Vivendo in un appartamento al secondo piano, si affida alla sua famiglia per farlo scendere le scale. È troppo spaventato per visitare la fattoria ed è soggetto a sbalzi d'umore". <https://international-review.icrc.org/n.922> del novembre 2022.

20 Vincenti U. (a cura di), *Codice dei Diritti Umani e fondamentali*, Edizioni Plus, Pisa University press, CRPD Art. 2 "Ai fini della presente convenzione – per comunicazione si intendono: lingue, visualizzazione di testo, Braille, comunicazione tattile, caratteri grandi, multimedia accessibili così come testi scritti, audio, semplici – linguaggio, modalità di lettura umana e aumentative e alternative, mezzi e formati di comunicazione, comprese le tecnologie dell'informazione e della comunicazione accessibili", p. 381.

te riconosciuto “la necessità di dati e informazioni tempestive e analisi sull’impatto del conflitto armato sulle persone con disabilità”.

L’art. 31 della CRPD prevede che “gli Stati si impegnano a raccogliere informazioni appropriate, inclusi i dati statistici e di ricerca, per consentire loro di formulare e attuare politiche per dare attuazione alla presente Convenzione”.

È indubbio che la raccolta di informazioni specifiche sulla disabilità, anche se non sarà un elemento indispensabile per assicurare la protezione, comunque contribuisce a ridurre al minimo i rischi e, quindi, al rispetto degli obblighi del DIU in materia di protezione dei civili.

L’assenza di dati specifici sui civili, come anzidetto, non impedisce ai comandanti di tenere conto della presenza della popolazione civile e dei gruppi che ne fanno parte.

Come riferito dal Relatore speciale nella sua relazione sulle persone con disabilità si presume in genere la presenza del 50% o più di civili che sono donne e ragazze, il 15% sarà costituito da persone con disabilità con punte del 20 e 30 %.

A questo proposito è fondamentale il monitoraggio ai fini dell’applicazione del principio di proporzionalità, per valutare danni prevedibili ovvero una probabile perdita accidentale di civili, danni ai loro beni, lesioni.

Di particolare rilievo è l’adozione di misure precauzionali quando ci si trova di fronte a persone con disabilità psicosociali o intellettive. Per evitare che si effettuino attacchi illegittimi o di violenza contro tali persone e che si possa incorrere in una errata valutazione del loro comportamento durante un’operazione militare di terra in atto è opportuno che i militari stessi abbiano un’appropriata formazione in materia e cioè siano dotati di una consapevolezza più specifica che consenta loro di saper distinguere le potenziali reazioni proprie delle persone con le predette disabilità.

4. I minori con disabilità, tutela internazionale

I fanciulli (termine adottato nel Protocollo I addizionale alle Convenzioni di Ginevra, insieme agli anziani, sono i membri della popolazione civile più vulnerabili. Non ci abitueremo mai a vederli nei servizi giornalistici alla TV in preda al terrore, alla disperazione, soli tra le macerie o nelle braccia delle mamme o sui furgoni pieni di masserizie salvate a stento dai bombardamenti mentre sono in fuga dalle zone di guerra.

Quei bambini sono talvolta senza forme di protezione degli adulti, perdono anni di istruzione, sono in fuga con le proprie famiglie in cerca di un posto sicuro che possa sostituire (!) l'ambiente della loro casa distrutta; costretti a soffrire la fame; senza una assistenza sanitaria o una igiene adeguata. Saranno inevitabilmente segnati da effetti duraturi sulla salute mentale.

Tutto ciò viene moltiplicato in capo ai bambini, ai ragazzi minorenni con disabilità quando sono costretti a fuggire e non hanno la capacità di allontanarsi con speditezza dai luoghi che sono oggetto di attacchi militari, senza aiuti ovvero con accessi limitati ai dispositivi di assistenza o addirittura nulli.

Talvolta le famiglie devono decidere in pochissimo tempo di fuggire con i bambini che non possono scappare autonomamente ovvero devono decidere di rimanere indietro per sostenerli.

Per ridurre la vulnerabilità sono stati stabiliti i Principi guida nello sfollamento²¹ ed il Manuale per la protezione degli sfollati interni che riconosce la necessità di garantire protezione alle persone con disabilità²².

Ai fanciulli con disabilità si presentano difficoltà di accedere ai servizi ed ai beni vitali di cui hanno bisogno per la loro disabilità nonché di sottoporsi a terapie particolari.

Se le scuole sono distrutte e ci sono organizzazioni umanitarie che si occupano di assicurare il minimo per consentire ai fanciulli di non interrompere del tutto il percorso scolastico, in questi casi però possono esserci barriere (es. strade inaccessibili, assenza di dispositivi di assistenza) che impediscono loro di poter usufruire dei servizi sostitutivi che la situazione di precarietà può offrire.

A proteggere i fanciulli, compresi quelli con disabilità, colpiti dai conflitti armati, intervengono il DIU che si applica esclusivamente in tempo di guerra ed il diritto internazionale dei diritti umani (CRC, CRPD).

La CRC garantisce a tutti i fanciulli indifferentemente il diritto alla sopravvivenza, il diritto a sviluppare al massimo il loro potenziale, ad essere protetti da situazioni che possono determinare nei loro confronti un danno fisico e/o psichico e, quindi, abusi e sfruttamento nonché il diritto a partecipare alla vita familiare e sociale.

21 Principio 4(2): "Alcune persone sfollate interne, come i bambini, in particolare i minori non accompagnati, le donne incinte, le madri con bambini piccoli, le donne capofamiglia, le persone con disabilità e le persone anziane, hanno diritto alla protezione e all'assistenza necessarie dalla loro condizione e ad un trattamento che tenga conto delle loro particolari esigenze" www.refworld.org/docid/3c3da07f.html

22 www.unhcr.org/en-us/protection/idps/4c2355229/handbook-protection-inter...

La Convenzione però si rivolge anche specificatamente ai bambini con disabilità evocando il principio di non discriminazione e l'impegno degli Stati, durante i conflitti armati "a rispettare e a garantire il rispetto delle norme del Diritto internazionale umanitario che riguardano i bambini e a garantire la protezione e la cura dei bambini colpiti da conflitto armato".

Un richiamo opportuno che anche la CRC fa del DIU che sottolinea, come anzidetto, la intersezionalità ovvero la complementarità tra i rispettivi regimi compreso quello della CRPD, ove si fa riferimento ai principi di uguaglianza e di non discriminazione.

Oltre all'art. 11 della CRPD che estende il campo di applicazione delle proprie norme alle situazioni di rischio compresi i conflitti armati, l'art. 7 sancisce specificatamente i diritti dei bambini con disabilità su base di uguaglianza con altri bambini senza disabilità²³.

Secondo il DIU gli Stati devono applicare all'interno del territorio da loro occupato le disposizioni di legge sui diritti umani a cui il Paese occupato ha aderito. In ogni circostanza gli Stati devono rispettare il diritto internazionale umanitario consuetudinario applicabile a tutti gli Stati indipendentemente se hanno o meno sottoscritto le Convenzioni Ginevra ed i relativi Protocolli addizionali.

Il DIU protegge i bambini in quanto membri della popolazione civile che gode di una protezione generale secondo i principi fondamentali del trattamento umano, del rispetto della vita, della integrità fisica e morale. La protezione generale si concreta anche con i divieti di coercizione, di infliggere punizioni corporali, di sottoporre le persone a torture o sanzioni collettive o ritorsioni.

L'art 77 del Protocollo I addizionale alle Convenzioni di Ginevra²⁴ prevede una protezione generale ai fanciulli da qualsiasi aggressione al pudore

23 Vincenti U. (a cura di), *Codice dei Diritti Umani e fondamentali*, Edizioni Plus, Pisa University press, p. 385 – Art.7 Minori con disabilità – 1. Gli Stati Parti adottano ogni misura necessaria a garantire il pieno godimento di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali da parte dei minori con disabilità, su base di uguaglianza con gli altri minori. 2. In tutte le azioni concernenti i minori con disabilità, il superiore interesse del minore costituisce la considerazione preminente. 3. Gli Stati Parti garantiscono ai minori con disabilità, su base di uguaglianza con gli altri minori, il diritto di esprimere liberamente le proprie opinioni su tutte le questioni che li riguardano e le loro opinioni sono debitamente prese in considerazione, tenendo conto della loro età e grado di maturità, assicurando che sia fornita adeguata assistenza in relazione alla disabilità e all'età, allo scopo di realizzare tale diritto.

24 E. Greppi-G. Venturini, *Codice di Diritto internazionale umanitario*, G. Giappichelli Editore-Torino 2012, pp.170-171, Art. 77 – Protezione dei fanciulli: 1. I

e l'obbligo per le parti belligeranti di fornire ai fanciulli le cure e l'aiuto di cui necessitano per la loro età, per qualsiasi altro motivo. Allo stesso modo il successivo art. 78 disciplina, a protezione del minore e della integrità della sua famiglia le modalità da seguire durante l'evacuazione dai territori.

Sempre secondo il DIU è d'obbligo per le parti in conflitto dare un segnale efficace di preavviso con qualsiasi mezzo di comunicazione, compresi mezzi audio, scritti visivi e alternativi nel rispetto della diversità.

L'Ufficio dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani (OHCHR) ha precisato che non adottare un mezzo efficace "equivale a una discriminazione sulla base della disabilità".

Lo stesso Ufficio nel 2015 in un rapporto sui diritti delle persone con disabilità ai sensi dell'art. 11 della CRPD ha sottolineato la necessità che tra le emergenze umanitarie fosse compreso anche quella connessa alla situazione di conflittualità armata.

5. Conclusione

Nella più volte riferita Risoluzione 2475 del 2019 il CS invita gli Stati membri e parti nel conflitto armato a proteggere le persone con disabilità e a garantire loro l'accesso alla giustizia, ai servizi di base e alla assistenza umanitaria senza ostacoli.

In particolare, l'invito è rivolto a facilitare l'accesso umanitario sicuro, tempestivo e senza ostacoli a tutte le persone bisognose di assistenza in applicazione dei suddetti principi. L'invito ha una duplice finalità, *in pri-*

fanciulli saranno oggetto di un particolare rispetto e saranno protetti contro ogni forma di offesa al pudore. Le Parti in conflitto forniranno loro le cure e l'aiuto di cui hanno bisogno a causa della loro età o per qualsiasi altro motivo. 2. Le Parti in conflitto adotteranno tutte le misure praticamente possibili affinché i fanciulli di meno di 15 anni non partecipino direttamente alle ostilità, in particolare astenendosi dal reclutarli nelle rispettive forze armate. Nel caso in cui reclutassero persone aventi più di 15 anni ma meno di 18 anni, le Parti in conflitto procureranno di dare la precedenza a quelle di maggiore età. 3. Se, in casi eccezionali e malgrado le disposizioni del paragrafo 2, fanciulli che non hanno compiuto 15 anni partecipano direttamente alle ostilità e cadono in potere di una Parte avversaria, essi continueranno a beneficiare della protezione speciale concessa dal presente articolo, siano o no prigionieri di guerra. 4. Se sono arrestati, detenuti o internati per motivi connessi con il conflitto armato, i fanciulli saranno custoditi in locali separati da quelli degli adulti, salvo nel caso di famiglie alloggiate in quanto unità familiari come previsto nel paragrafo 5 dell'articolo 75. 5. Non saranno eseguite condanne a morte per un reato connesso con il conflitto armato irrogate a persone che non avevano 18 anni al momento della commissione del reato stesso.

mis prevenire la violenza e gli abusi contro i civili in situazioni di conflitto armato, comprese quelle violenze che implicano uccisioni e mutilazioni, rapimenti e torture, nonché stupri e altre forme di violenza sessuale durante e dopo il conflitto. L'altra finalità è di garantire che le persone con disabilità godano di pari accesso ai servizi di base, compresi l'istruzione, l'assistenza sanitaria, i trasporti, le tecnologie e i sistemi di informazione e comunicazione.

La disabilità, pertanto, non deve costituire affatto un limite all'esercizio dei diritti che spettano alla persona in quanto tale. Ciò dovrebbe valere ancora più in una situazione ove sono maggiori i rischi che siano violati i diritti nell'ambito di un conflitto armato.

Per tale motivo il CS ha sottolineato ancora la necessità che gli Stati pongano fine all'impunità perseguendo gli autori degli atti criminali contro i civili, compresi quelli con disabilità e di garantire loro l'accesso alla giustizia e a rimedi efficaci e, se appropriato, per il risarcimento.

Di fronte all'immane tragedia a cui stiamo assistendo in questo ultimo periodo in cui sono in atto due conflitti armati di una violenza inaudita verso la popolazione civile (Ucraina e Gaza, oltre alle molteplici guerre in atto nello Yemen, in Siria e tante altre non all'attenzione quotidiana dei *mass-media*) è giustificato lo sconforto di quanti si sono adoperati in ogni modo per cercare di lenire le sofferenze che patisce la popolazione civile.

Fortunatamente per l'Umanità esistono molte organizzazioni internazionali che continueranno ad occuparsi di denunciare le violazioni del DIU e del DIDU e di prestare ogni sorta di soccorso sanitario e sociale alle vittime civili dei conflitti armati.

L'auspicato impegno degli Stati ai quali le risoluzioni del CS sono indirizzate però non è sufficiente. È necessario un coinvolgimento di organizzazioni locali, regionali e internazionali e del settore privato.

Ruolo fondamentale di promotore di una cultura intesa al rispetto soprattutto in tempo di guerra dei diritti delle persone disabili è da sempre riconosciuto al Comitato internazionale della Croce Rossa che istituzionalmente si fa carico con la propria azione di promuovere il rispetto dei principi dianzi richiamati nei confronti della categoria dei civili di cui finora ci si è occupati.

Il CICR, infatti, nel 2020 ha adottato, quale documento programmatico *Vision 2030 on Disability*, l'impegno che i servizi umanitari assolti dallo stesso organismo internazionale e le politiche attuative siano tesi ad includere ed a fornire opportunità alle persone con disabilità nelle aree ove si svolgono conflitti armati.

Come riferisce Robert Mardini, Direttore Generale del CICR²⁵, la *Vision 2030* si basa su quattro pilastri importanti: il primo è garantire che i programmi e le operazioni del CICR possano includere le persone con disabilità consentendo loro di poter accedervi promuovendo la protezione e la sicurezza all'insegna del massimo rispetto della loro dignità; il secondo pilastro è di assicurare servizi di riabilitazione fisica mirati, che siano qualitativamente significativi, accessibili e sostenibili dalle persone con disabilità che vivono in contesti bellici; il terzo è costruire un ambiente di lavoro favorevole nel rispetto degli standard delle pratiche e delle politiche in materia di risorse umane che includano la disabilità; in ultimo colmare la lacuna nell'ambiente giuridico e politico della tematica in discorso, promuovendo l'inclusione delle persone con disabilità nelle attività umanitarie e la loro protezione e sicurezza nei conflitti armati ed in altre situazioni di violenza.

Obiettivo e desiderio del CICR [...] “è aiutare le persone con disabilità a ottenere la visibilità e rivendicare il centro della scena – non come vittime, ma come attori e agenti di cambiamento”.

Nel giugno 2019 il rappresentante della Federazione Russa, Gennady V. Kuzmin, insieme alla sua delegazione, relativamente alla Risoluzione del CS 2475 ebbe a dichiarare che concordava con i principi umanitari in essa contenuti²⁶.

Ove si potesse rivolgere una domanda al rappresentante della Federazione Russa, verrebbe spontaneo chiedergli perché allora tante protezioni violate nella “*Operazione militare speciale*” in Ucraina da parte dell'esercito russo. Analoga domanda andrebbe rivolta ai responsabili degli Stati che hanno sottoscritto le varie convenzioni facenti parte del DIU e del DIDU, chiedendo perché le proprie forze armate hanno violato e continuano a vio-

25 R. Mardini, Editorial “*Persons with disabilities in armed conflicts: from invisibility to visibility*” p. 1, in IRRC n.922 novembre 2022

26 Gennady V. Kuzmin (Russian Federation) struck a similar note, cautioning that, while his delegation agrees with the resolution's humanitarian principles, some of its provisions exceed the Council's mandate. The work of protecting vulnerable groups must be carried out strictly in accordance with the United Nations principle of division of labour, he emphasized, pointing out that efforts to protect persons with disabilities are only possible when each United Nations entity acts in accordance with the mandate conferred upon it. He went on to stress that all groups should be protected equally in armed conflict and one should not be protected to the detriment of another. Warning against inventing new international principles and new categories requiring protection under international law, he said the Council should pursue its practical work. – <https://www.informareunh.it/la-prima-risoluzione-sulla-disabilita-del-consiglio-di-sicurezza-dellonu/>

lare puntualmente le norme stabilite a protezione della popolazione civile. Sono trascorsi 154 anni da quell'anno 1870 (assedio di Parigi) in cui la guerra si estese alle zone urbane; i civili senza distinzione di età ora sono diventati addirittura obiettivi da abbattere!



MARIA ANNA FILOSA
DIRITTO INTERNAZIONALE UMANITARIO
E CONFLITTO ARMATO: QUALE FUTURO?

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi – 2. Diritto Internazionale Umanitario e disabilità: Principi a confronto – 3. Diritto Internazionale Umanitario e Persone con disabilità in potere di parte in conflitto – 4. Conclusione – 5. Bibliografia

1. *Cenni Introduttivi*

In tutto il mondo i conflitti armati ingigantiscono le barriere preesistenti per le persone disabili. Difatti, alle barriere che solitamente questi soggetti incontrano nella vita normale, se ne aggiungono altre comportanti rischi specifici. Si stima che essi rappresentino circa il 15% di quelli solitamente in capo alla popolazione civile¹. Le barriere possono essere fisiche e non solo. Le prime, ad esempio, sono conseguenza della distruzione di infrastrutture essenziali o della maggiore difficoltà per raggiungerle, a causa di lunghe distanze, percorsi o terreni inaccessibili affrontati senza di dispositivi di assistenza. Nel secondo caso gli ostacoli presenti possono essere ricondotti anche a difetti nella comunicazione, negli atteggiamenti o nelle istituzioni. Le barriere di comunicazione includono la mancanza di informazioni accessibili sulle vie di evacuazione, i rifugi disponibili, aiuti umanitari o la mancanza di allarmi preventivi accessibili. Le barriere attitudinali includono atteggiamenti negativi o idee sbagliate sulle persone con disabilità, supposizioni secondo cui fornire sistemazioni specifiche per loro sarebbe irrealistico, troppo oneroso nei conflitti armati, una negazione della partecipazione di questi soggetti alle attività umanitarie a causa della visione pervenuta, secondo cui i disabili non possono comunicare i propri desideri e bisogni o contribuire alla progettazione delle risposte umanitarie. Le barriere istituzionali includono una mancanza di considerazio-

¹ CICR, Diritto Internazionale Umanitario e Sfide dei conflitti armati contemporanei: rinnovare l'impegno per la protezione nei conflitti armati in occasione del 70° anniversario delle Convenzioni di Ginevra, Ginevra, 209, p. 401.



ne delle persone normodotate nella dottrina militare, nell'addestramento, nella pianificazione o nella conduzione delle operazioni. Più in generale una mancanza di dati di qualità su cui basare strategie o programmi che includano la disabilità. Questi tipi di barriere comportano una maggiore probabilità di rischio o danni per questa particolare categoria di soggetti fragili, rispetto ad altri civili o persone *"fuori combattimento"* nei conflitti armati. I rapporti mostrano costantemente che le persone con disabilità affrontano pericoli specifici come l'essere danneggiate accidentalmente da attacchi, perché affrontano maggiori difficoltà rispetto ad altri civili, per quanto riguarda la fuga da aree in cui si svolgono operazioni militari o si nascondono in rifugi sicuri oppure perché sono lasciate indietro da familiari o altre persone di supporto. Anche le persone con disabilità, in particolare i bambini e le donne con disabilità, corrono un rischio maggiore di violenza, compresa la violenza sessuale e di genere². A causa dell'inaccessibilità degli aiuti umanitari le persone con disabilità possono affrontare maggiori rischi per la salute o condizioni di vita inadeguate e non dignitose. Questo può accadere quando tali categorie sono detenute o sfollate e anche quando, più in generale, fanno parte della popolazione civile colpita. Le persone con disabilità sono danneggiate in modo sproporzionato e allo stesso tempo sono tra i gruppi di persone più escluse dai conflitti armati. Il Diritto Internazionale Umanitario prevede una varietà di norme che potrebbero contribuire a evitare o ridurre al minimo i danni specifici del conflitto o delle condizioni di detenzione inadeguate. Tuttavia, le persone con disabilità sono, in gran parte, *"invisibili"* nell'attuazione delle norme relative alla protezione generale dei civili e delle persone *"fuori combattimento"* e mancano orientamenti sufficienti sull'attuazione di tali norme che tengano conto della disabilità³. In particolare, non vi è stata una consapevolezza generale da parte delle parti in conflitto armato della rilevanza della legislazione sulla condotta delle ostilità, relativamente, ad esempio, alle precauzioni, volte ad evitare o ridurre al minimo il maggior rischio di danni accidentali alle persone con disabilità. Allo stesso modo, c'è spazio per esplorare ulteriormente ciò che i principi del Diritto Internazionale Umanitario comportano concretamente per contribuire a condizioni di detenzione più accessibili per i detenuti con handicap fisici e psichici. Un secondo gruppo di sfide riguarda la terminologia e la concettualizzazione associate alle norme del DIU, che si riferiscono specificamente alle perso-

2 Rapporto del relatore speciale sui diritti delle persone con disabilità, UN Doc. S/2019/373, 7 maggio 2019, par. 9.04.

3 Protezione dei civili nei conflitti armati: rapporto del Segretario Generale, Un Doc. S/01/43, 3 maggio 01, par. 34.02.

ne con disabilità. La terminologia utilizzata nelle norme di protezione specifica ha alimentato critiche secondo cui il DIU riflette approcci medici (in termini di visione della disabilità solo attraverso una risposta medica) e di beneficenza (considerando le persone con disabilità come vittime deboli e passive) alla disabilità. È in relazione a queste sfide che la complementarità tra DIU e Diritto Internazionale dei Diritti Umani nonché, in particolare, la Convenzione sui Diritti delle Persone con Disabilità (CRPD), per gli Stati parte di tale Trattato, può dare un contributo. Gli sforzi per esaminare questa complementarità sono diventati solo di recente più dettagliati e sistematici nel contesto generale del contributo a un ambiente giuridico e politico che includa la disabilità nei conflitti armati tra Stati, Organizzazioni Umanitarie, attori dei Diritti Umani e mondo accademico, insieme alle persone con disabilità e alle loro organizzazioni rappresentative. Anche il Comitato Internazionale della Croce Rossa (CICR) ha progressivamente aumentato il suo impegno in questo senso, insieme ad altre componenti del Movimento Internazionale di Croce Rossa e Mezzaluna Rossa⁴. Nel 2020 il CICR ha adottato la sua Vision 2030 sulla disabilità, progettata per aiutare l'organizzazione a diventare più consapevole della disabilità nelle sue attività di protezione e assistenza. Gli sforzi del CICR per contribuire a un'interpretazione e attuazione del DIU, che includa la disabilità, in complementarità con la CRPD, fanno parte della Visione 2030. Complementarità significa che, mentre le norme del DIU e della CRPD possono rivelare alcune differenze, le stesse, generalmente, si prestano ad essere interpretate, favorendo, così, la loro armonizzazione. L'articolo 11 della CRPD fornisce una base giuridica esplicita per l'attuazione di questa complementarità, prevedendo un rinvio generale agli obblighi giuridici internazionali degli Stati parte della Convenzione, ai sensi del Diritto Internazionale, compresi il DIU e il DIHRL, affermando esplicitamente l'applicabilità della Convenzione in situazioni di conflitto armato. Ciò significa che le tutele generali del DIU possono essere interpretate e applicate al fine di aumentare la visibilità dei rischi specifici e delle barriere incontrate dalle persone con disabilità nelle loro diversità, utilizzando il modello contemporaneo dei Diritti Umani e Sociali e l'azione attiva delle persone con disabilità alla base del CRPD⁵. Questo approccio è indispensabile per sensibilizzare le parti coinvolte nei conflitti armati su questi rischi specifici. La CRPD contiene anche, tra i suoi principi generali e obblighi fondamentali, che le persone con disabilità

4 Al momento la CRPD è uno dei trattati universali IHRL più ampiamente ratificati con 185 Stati.

5 Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, UN Doc. A/RES/61/106, 24 gennaio 2007, entrata in vigore il 03.05.2008), art. 3, comma 4.

devono poter partecipare ad essere consultate e coinvolte attivamente in tutte le decisioni che le riguardano. La partecipazione richiede che ci sia una procedura attraverso la quale gli stessi disabili possano esprimersi su come le regole del DIU, rilevanti per loro, dovrebbero essere interpretate e applicate. Dare il dovuto riconoscimento alla voce collettiva delle persone con disabilità è stato anche un leitmotiv alla base degli sforzi congiunti del CICR nel 2022 con il Relatore Speciale delle Nazioni Unite sui diritti delle persone affette da patologie, l'Alleanza Internazionale sulla Disabilità, il Forum Europeo sulla Disabilità (EDF) e il Diakonia IHL Center, volti a riunire le persone con disabilità e le loro organizzazioni rappresentative insieme ai rappresentati militari.

2. Diritto Internazionale Umanitario e disabilità: Principi a confronto

Le persone con disabilità, soprattutto quando sono civili, a meno che non partecipino direttamente alle ostilità, godono di protezione generale, ai sensi delle norme disciplinanti la condotta delle ostilità⁶. Tuttavia, nelle leggere queste ultime, è bene chiarire, per meglio specificare come i principi di distinzione, proporzionalità e precauzione, possano essere agevolmente adattati anche a questa categoria. Il principio di DISTINZIONE del DIU richiede che le parti in conflitto debbano sempre distinguere tra civili e combattenti. Gli attacchi, difatti, possono essere diretti solo contro i combattenti e, di conseguenza, gli stessi non devono essere diretti contro i civili, se non quando questi ultimi partecipino direttamente alle ostilità. Infatti, anche per i civili senza disabilità, la fuga da un'area in cui sono in corso le ostilità, può essere irta del rischio di subire attacchi. Questo rischio è particolarmente elevato in situazioni dinamiche e fluide, come lo spostamento di popolazione su larga scala. Le persone con disabilità psicosociali e sensoriali, ad esempio, possono essere maggiormente a rischio, se il loro comportamento è erroneamente giudicato dai combattenti come partecipante diretto alle ostilità o, in qualche modo, indicante l'appartenenza a un gruppo armato non statale⁷. In tale contesto, le Raccomandazioni del CICR ai comandanti militari, formulate, specificamente per i conflitti armati non internazionali, sono particolarmente rilevanti, se si considera che gli scenari e le tecniche di addestramento non solo riflettono

6 AP I, art. 51 (5) (b); Studio del Diritto Consuetudinario del CICR, sopra nota 15, regola 14.20.

7 AP I, art. 57 (2) (a) (ii), Studio del Diritto Consuetudinario del CICR, sopra nota 15, regola 17.41.

l'impostazione operativa e la probabile condotta di un nemico, ma includono anche una presenza civile realistica, suddivisa per età, sesso, disabilità e numero, attività e rischi che i civili affrontano, nonché le loro azioni e reazioni, intese erroneamente a familiarizzare e condizionare le truppe, prima del dispiegamento. Inoltre, tutti coloro che sono coinvolti nelle procedure di targeting, sia pianificate in anticipo, che improvvise, dovrebbero ricevere una formazione completa e prendere parte a esercitazioni correlate, che includano una serie di aspetti diversi e che aiutino a garantire che il targeting sia legale. Un aspetto di tale formazione dovrebbe essere l'identificazione positiva di bersagli per verificare con ragionevole certezza che, ad esempio, una persona da aggredire costituisca un obiettivo legittimo, ai sensi del Diritto Internazionale Umanitario. Tale identificazione deriva dall'osservazione e dall'analisi delle caratteristiche del bersaglio. Gli scenari e le tecniche di formazione dovrebbero rappresentare realisticamente la realtà che le persone con disabilità sensoriali, psicosociali o intellettive potrebbero non essere in grado di comprendere o reagire alle ostilità che si verificano intorno a loro⁸. Questa specifica consapevolezza del potenziale comportamento delle persone con disabilità sensoriali, psicosociali e intellettive dovrebbe anche alimentare l'analisi delle caratteristiche dei target e, quindi, aiutare a evitare qualsiasi presunzione errata che queste persone, a causa del loro comportamento, sarebbero legittimamente dei bersagli. Per creare tale consapevolezza specifica dovrebbero essere coinvolti in tali percorsi di formazione sia le persone con disabilità sia le organizzazioni di persone con disabilità (OPD). Il Diritto Internazionale Umanitario proibisce gli attacchi che potrebbero causare la perdita accidentale di vite civili, lesioni a civili, danni a beni civili o una combinazione di questi, che sarebbe eccessiva rispetto al vantaggio militare concreto e diretto previsto. Il principio di PROPORZIONALITA' richiede ai comandanti militari di effettuare tale valutazione nella fase di pianificazione, prima di decidere in merito a un attacco e di annullare o sospendere un'azione potenziale a danni civili accidentali eccessivi⁹. La chiave di tale valutazione della proporzionalità è la determinazione di quale danno accidentale ai civili sia prevedibile sulla base di tutte le informazioni provenienti da tutte le fonti ragionevolmente disponibili al comandante nelle circostanze, comprese fonti militari. In particolare, nelle aree urbane e in

8 CICR, *Armi esplosive con effetti su vasta area: una scelta mortale in aree popolate*, Ginevra, 20, pp. 97-98.

9 Yves Sandoz, Christophe Swinarski e Bruno Zimmerman, *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, Geneva, 1987 (ICRC, *Commentary on the APs*) p.680, par. 2191.

altre aree popolate, a causa della mescolanza di obiettivi militari con civili e oggetti civili, è fondamentale che le informazioni raccolte nel processo di pianificazione non si concentrino solo sulla verifica degli obiettivi. Infatti, tale analisi dovrebbe anche servire a valutare il danno civile accidentale, derivante dall'attacco. In questa valutazione deve essere preso in considerazione il fatto che, in molti contesti, le barriere impediscono ai civili con disabilità di fuggire o essere evacuati dalle aree in cui sono in corso le ostilità. Pratiche come la valutazione di una presenza civile realistica, così come l'ipotesi della presenza civile in ogni edificio civile, salvo prova contraria, aiuterebbero a tenere conto di questi rischi di danno accidentale specifici per la disabilità. Il danno civile accidentale non includerebbe solo la perdita casuale di vite civili, il ferimento di civili o la distruzione di oggetti non militari, ma anche effetti indiretti o riverberanti, spesso noti anche come "secondo e terzo ordine", "colpo" o "lungo effetti a termine". Secondo il CICR, tali effetti devono essere presi in considerazione anche nella valutazione della proporzionalità e nelle precauzioni in caso di attacco, nella misura in cui sono ragionevolmente prevedibili. Ad esempio, i danni accidentali alle infrastrutture civili critiche, come gli impianti idrici ed elettrici vitali e le reti di approvvigionamento, comporteranno probabilmente effetti di riverbero su altri servizi essenziali, come i servizi sanitari, la distribuzione dell'acqua, l'alimentazione elettrica e i servizi igienico-sanitari, che dipendono da tali infrastrutture¹⁰. Questo, a sua volta, può portare ad ulteriori morti o malattie tra i civili. Ciò è particolarmente rilevante nella guerra urbana, dove gli obiettivi militari sono mescolati con obiettivi civili e dove le infrastrutture civili critiche e i sistemi di servizi essenziali sono ampiamente interconnessi e interdipendenti. Ciò che è ragionevolmente prevedibile varia a seconda delle circostanze dell'attacco, ma è possibile prevedere modelli di danni civili accidentali sulla base dell'esperienza passata. La prevedibilità sarà informata e si evolverà, in particolare, anche attraverso la raccolta di dati sulle vittime civili disaggreganti per sesso, età e disabilità, studi sugli effetti dei conflitti, migliore modellazione degli effetti delle armi, migliore comprensione dell'assetto infrastrutturale e dell'interdipendenza tra i servizi e nuove tecnologie per valutare meglio la presenza di civili e la condizione o lo stato delle infrastrutture e della fornitura di servizi durante il conflitto. A questo proposito, ciò che è stato sottolineato dal CICR per gli impatti specifici di genere degli attacchi, è che per gli impatti specifici sulla disabilità, mentre c'è una certa comprensione generale delle barriere e dei rischi affrontati dai civili

10 CICR Reducing Civilian Harm: A Commander's Handbook, Ginevra, 2021, p. 25.

con disabilità, mancano dati sugli impatti specifici degli attacchi su tali civili¹¹. Per gli Stati parte della CRPD, questa analisi più granulare degli ostacoli e dei rischi affrontati dalle persone con disabilità derivanti da attacchi specifici, comporta l'obbligo di raccogliere dati disaggreganti per guidare tale analisi. In tal modo, la prevedibilità del danno specifico della disabilità potrebbe essere migliorata dai decisori militari. Per i civili con disabilità, potrebbero esserci articolazioni specifiche di tali effetti riverberanti dagli attacchi, per esempio, come gli ospedali o i centri di riabilitazione, che possono essere più spesso necessari ad alcuni civili con disabilità, piuttosto che ad altri. Essi, difatti, diventano totalmente o parzialmente disfunzionali. Anche i danni alle reti elettriche influiscono sul funzionamento di dispositivi di assistenza o medici, come sedie a rotelle, scooter, dispositivi di comunicazione, macchine per le dialisi, ventilatori o concentratori di ossigeno, che possono essere vitali per il funzionamento quotidiano. Un'analisi comprensiva di attacchi specifici per i disabili può anche informare sul valore assegnato a particolari usi civili, quando ci si confronta con la sfida generale della guerra contemporanea relativamente a molti oggetti usati simultaneamente per scopi militari e civili nella valutazione del danno accidentale¹². Ad esempio, se alcuni oggetti, come i ponti, dovessero essere attaccati perché per i loro scopi o utilizzi sono diventati obiettivi militari, le restanti opzioni di evacuazione per i civili si tradurrebbero in percorsi alternativi su terreni difficili con numerosi ostacoli fisici. Ciò comporterebbe che alcuni civili, in particolare quelli con disabilità fisiche, avranno maggiori probabilità di non essere in grado di utilizzare questi percorsi e, di conseguenza, potrebbero essere lasciati indietro in un'area in cui sono in corso le ostilità. Se questo specifico danno prevedibile è omesso dalla valutazione della proporzionalità o non è sufficientemente prioritario in tale calcolo, probabilmente non sarà preso in considerazione nella valutazione del danno accidentale. Mentre l'omissione di specifici danni accidentali prevedibili conferma il problema generale della mancanza di consapevolezza degli impatti specifici per disabilità della condotta delle ostilità, non dare priorità a tale danno, laddove potrebbe esserci consapevolezza, evidenzia in questo contesto specifico la sfida generale del valore intrinseco sentenze sull'applicazione del principio di proporzionalità. Oltre ai principi di distinzione e proporzionalità, il DIU impone anche l'obbligo agli aggressori di prestare costante attenzione nel risparmiare la popolazione civile durante i conflitti, secondo il prin-

11 Commento del CICR sugli AP, sopra Nota 37 p. 682, par 2200.

12 H Durham e G. Quinn, sopra nota 3.

cipio di PRECAUZIONE¹³. Le parti devono adottare “*tutte le precauzioni possibili*” durante l’attacco, al fine di evitare o, almeno, ridurre al minimo i danni civili accidentali (precauzioni attive), detenendo i civili sotto la loro protezione (precauzioni passive). “Fattibile” implica ciò che è possibile in pratica, tenendo conto di tutte le considerazioni umanitarie e militari che prevalgono in quel momento. Tale concetto è dinamico dinamico e può evolvere nel tempo. Si sostiene che con questa comprensione dinamica dell’evoluzione delle informazioni sulle barriere e sui rischi affrontati dalle persone con disabilità, i dati forniti dalle stesse persone con disabilità, dagli OPD e/o dalle Organizzazioni Umanitarie imparziali dovrebbero alimentare le considerazioni su cui si basano le precauzioni. L’obbligo generale di cura costante integra la regola fondamentale di distinzione¹⁴. Il termine “*operazioni militari*” comprende “*qualsiasi movimento, manovra e altra attività effettuata dalle forze armate in vista del combattimento*” o “*correlata alle ostilità*”. L’obbligo di assistenza costante è un obbligo di condotta volto a mitigare il rischio e prevenire danni. Si applica costantemente nella pianificazione o esecuzione di qualsiasi operazione militare. Come regola generale, maggiore è il rischio per la popolazione civile in una data operazione militare, maggiore sarà il bisogno di cure¹⁵. Il requisito di prestare attenzione si estende a ogni aspetto dell’addestramento operativo militare, della pianificazione e dell’esecuzione della missione ed è interpretato da alcuni come una richiesta che i soldati vengano addestrati e diretti in tal senso. Ad esempio, nei movimenti di truppe pronte all’attacco di obiettivi militari in una città o in un villaggio, vi è un alto rischio che le persone con disabilità sensoriali non siano in grado di sentire la presenza delle forze armate. A questo proposito, in passato, in tali contesti, persone sorde sono state colpite alle spalle e uccise, non accorgendosi che i militari stavano avanzando, essendo erroneamente associate ad un avversario in un conflitto armato. Ciò che è stato osservato in precedenza riguardo all’identificazione positiva degli obiettivi con ragionevole certezza è qui *mutatis mutandis* rilevante, vale a dire che la specifica consapevolezza da parte delle parti del conflitto armato in tali situazioni, può contribuire a valutare correttamente il comportamento, quindi, ad evitare o mitigare il danno ad alcuni civili diversamente abili. In questo contesto, le parti in conflitto armato dovrebbero essere attente ai tentativi da parte di persone con disabilità sensoriali di comunicare. Ad

13 API art. 57 (2) (c) Studio del Diritto consuetudinario del CICR, sopra Nota 15, regola 20.

14 ICTY Procuratore contro Mike Mrksic *et al.*, Cusa n. IT – 96-21-T, Sentenza.

15 ICTY, Krnojelac, sopra nota 90, par. 183.

esempio, una persona sorda potrebbe agitare la mano o un pezzo di stoffa, un ramo di un albero o un fazzoletto, per far intendere ai combattenti di non essere un bersaglio. Le precauzioni attive possono essere prese nella scelta dei mezzi e dei metodi di attacco al fine di evitare o, comunque, di minimizzare, danni accidentali ai civili. In generale, ciò include la considerazione della tempistica degli attacchi, volto a determinare un momento propizio per muoversi militarmente, come, ad esempio, quando ci sono meno civili presenti (di notte, piuttosto che in pieno giorno). Dato che i civili con disabilità affrontano difficoltà specifiche per quanto riguarda l'allontanamento da obiettivi militari verso spazi più sicuri, le considerazioni sulla tempistica degli attacchi sono particolarmente rilevanti. Un'altra precauzione attiva, particolarmente rilevante per i civili con disabilità, è che le parti in conflitto armato debbano fornire efficaci avvertimenti preventivi circa attacchi rischiosi per la popolazione civile¹⁶. L'efficacia di un allarme dovrebbe essere valutata meticolosamente. Le considerazioni di pianificazione generale per i comandanti, ai fini di attuare avvertimenti preventivi efficaci, includono vari formati di comunicazione, volti a garantire che il contenuto dei messaggi sia chiaro, di facile comprensione, e soprattutto costituisca un preavviso sufficiente affinché la popolazione civile possa reagire all'avvertimento¹⁷. Queste considerazioni dovrebbero essere opportunamente contestualizzate al fine di renderle inclusive per le persone con disabilità come per la popolazione civile. I messaggi radio da soli non saranno ascoltati dalle persone con disabilità uditive, che avrebbero bisogno che le informazioni fossero presentate loro nella lingua dei segni. Volantini o altre forme di avvertimento esclusivamente visive non saranno visibili alle persone con disabilità visive. Istruzioni e avvertenze complesse, se non semplificate, non saranno comprese dalle persone con disabilità intellettive. Esplorare le opzioni per dotare le parti in conflitto armato di determinate competenze linguistiche, come la lingua dei segni locale, facendo affidamento su competenze già esistenti all'interno di una parte in conflitto o su esperti esterni, comprese le autorità civili e OPD, contribuirebbe alla diversificazione dei formati di comunicazione e aumenterebbe la gamma dei mezzi di comunicazione in modo più inclusivo della disabilità. I civili con disabilità potrebbero aver bisogno di più tempo per lasciare un'area interessata ad operazioni militari e anche questo aspetto dovrebbe essere preso in considerazione nell'informare la decisione

16 Cfr. A. Priddy, 2021, sopra nota 8, p.13

17 Cicr, Risoluzione 1, "Rafforzamento della protezione giuridica per le vittime dei conflitti armati", 31 a Conferenza Internazionale della Croce Rossa e della Federazione Internazionale di Croce Rossa

degli aggressori su quando dovrebbe essere emesso un avvertimento e quanto tempo sarà concesso alla popolazione civile fino alla scadenza dell'avviso. In termini di precauzione passive per i difensori, queste possono includere la costruzione di rifugi sicuri, il ritiro della popolazione civile in tali luoghi o le evacuazioni spontanee temporanee¹⁸. Le evacuazioni forzate, d'altra parte, sono vietate a meno che non siano intraprese per la sicurezza dei civili stessi, inclusa quella dei civili con disabilità, o siano dettate da necessità militari imperative. Per garantire che le evacuazioni non siano forzate o illegittime, devono rimanere limitate al tempo richiesto dalle circostanze. Quando tali circostanze cessano di esistere, gli sfollati, comprese le persone sfollate con disabilità, hanno il diritto al ritorno alle loro case o luoghi di residenza abituale. Prendere precauzioni passive anche per persone disabili significa, ad esempio, garantire che i rifugi sicuri siano fisicamente accessibili agli utenti su sedia a rotelle o che le informazioni sulla loro posizione siano rese conoscibili a coloro che hanno disabilità intellettive. Ciò significa prestare attenzione, durante le evacuazioni, all'identificazione delle persone con disabilità, garantire mezzi di trasporto accessibili, consentire ai loro assistenti personali di accompagnarle e, infine, garantire che i dispositivi non siano stati persi o danneggiati. Infine, va sottolineato, che anche i civili, che non siano in grado di agire in base ad un efficace preavviso, che non possano accedere ai rifugi sicuri nonché partecipare a evacuazioni temporanee, continuano a beneficiare di tutte le tutele generali concesse, compresi i principi di distinzione, proporzionalità e precauzione¹⁹. A causa di questi fattori, molti continueranno a essere presenti nelle zone di pericolo. Un'interpretazione e un'attuazione del DIU che includa la disabilità è anche rafforzata da protezioni specifiche per le persone con disabilità come parte della popolazione civile. Queste protezioni specifiche non esistono isolate dalle protezioni generali, piuttosto, sono un riconoscimento dei rischi specifici, anche derivanti dalle operazioni militari, affrontati da alcuni gruppi all'interno della popolazione civile come le persone con disabilità, gli anziani, le donne e i bambini. La terminologia utilizzata nelle disposizioni delle Convenzioni di Ginevra, compresa la IV Convenzione, volta a descrivere le persone con disabilità, come "infermi" e l'idea che tali categorie fragili meritassero una protezione specifica, perché ritenute in uno stato di debolezza dovuto alla loro condizione fisica o mentale, sono da sempre state un prodotto del contesto sociale e storico dell'epoca. È ben chiaro oggi che

18 J. Pejic, sopra nota 125, p. 381.

19 Cfr. Commento 2020 al CG III, sopra nota 77, par. 2240.

questi termini e concetti, che si concentrano sulla condizione individuale della persona con disabilità in una prospettiva medica sono certamente obsoleti, alla luce delle interpretazioni contemporanee di disabilità²⁰. Sebbene possiamo e dobbiamo andare oltre tali termini e nozioni, non bisogna scartare l'importante riconoscimento, già presente nelle menti degli estensori delle Convenzioni di Ginevra, che alcuni gruppi di civili, compresi i civili con disabilità, richiedono. L'essenza delle tutele specifiche, ai sensi del DIU, è racchiusa nell'obbligo che le persone con disabilità abbiano diritto a rispetto a protezioni speciali²¹. Questo obbligo, sancito dal Diritto dei Trattati, applicabile ai conflitti armati internazionali (IAC) nel CG IV e nel Diritto Internazionale Umanitario consuetudinario per tutti i tipi di conflitto armato, richiede che le parti in conflitto armato si astengano dall'attaccare, danneggiare o maltrattare le persone con disabilità e che tali parti adottino misure attive per assistere e proteggere tali persone dal danno. L'obbligo di "*assistere e proteggere*" deve essere interpretato in senso ampio per coprire la protezione o il sostegno da un'ampia gamma di danni o pericoli. I danni o pericoli dai quali le persone con disabilità devono essere protette includono quelli derivanti dalle ostilità, da violenze sfruttamento o maltrattamenti, sia da parte di combattenti che da parte di civili, e dal rischio di esacerbazione di una menomazione esistente o menomazione secondaria se i servizi medico o il supporto esistenti diventano inaccessibili. Pertanto, una protezione specifica è applicabile sia durante lo svolgimento delle ostilità, sia quando la persona interessata è sotto il controllo di una parte in conflitto. Ulteriori regole affrontano alcuni aspetti dell'attuazione di questo obbligo, come l'obbligo previsto dal CIG IV di facilitare le misure intraprese per assistere i civili, diversi dai civili feriti o naufraghi, in grave pericolo. Il tipo di misure da agevolare consta di precauzioni prese per proteggere i civili sotto il controllo delle parti in conflitto armato dai pericoli delle operazioni militari, che potrebbe riguardare, ad esempio, l'evacuazione delle persone con disabilità o la fornitura di rifugi temporanei sicuri accessibili. Da una prospettiva contemporanea, la sfida principale è considerare la diversità delle menomazioni delle persone con disabilità e la varietà delle barriere come mezzo nell'interpretazione e nell'attuazione di protezioni specifiche. La complementarità tra il Diritto Internazionale Umanitario e gli obblighi degli Stati parte della CRPD aiuta a questo proposito. L'art. 11 della CRPD è un'espressione esplicita di questa complementarità, in quanto obbliga gli Stati parti ad adottare tutte

20 Arte comune. 3 (1) (d); CG III, art.84 (2); AP I art. 75 (4).

21 CG III Art. 84 (2), 96 (4); CG IV, art 73 (1); AP I, art. 75 (4); AP II, art.6 (3).

le misure necessarie per garantire la protezione e la sicurezza delle persone con disabilità in situazioni di conflitto armato, in conformità con i loro obblighi ai sensi del Diritto Internazionale, compreso il DIU e IHRL²². Un'interpretazione contemporanea del DIU può essere basata sul modello di disabilità sociale e dei diritti umani e sul concetto in evoluzione di disabilità alla base della CRPD, e include tra le persone con disabilità quelle con menomazioni fisiche, psicosociali, intellettuali o sensoriali che, in interazione con varie barriere, siano esse fisiche, di comunicazione. Leggere l'obbligo del DIU di "speciale" rispetto e protezione delle persone con disabilità alla luce della complementarità con la CRPD presuppone che non solo le persone con disabilità fisiche siano identificate come tali, ma anche quelle con disabilità meno visibili, comprese le persone con disabilità sensoriali, intellettive o disabilità psicosociali. Identificare l'ubicazione e la diversità delle persone con disabilità solleva la questione dell'attuazione dell'obbligo di raccogliere dati disaggregati sulla disabilità pubblicamente disponibili di qualità sufficiente, ai sensi della CRPD come base per l'interpretazione inclusiva e l'attuazione di tutele specifiche, ai sensi del DIU. Il coinvolgimento di attori civili, comprese le autorità civili, OPD e organizzazioni umanitarie imparziali, può consentire alle parti in conflitto armato di ottenere informazioni più precise sulle persone con disabilità durante lo svolgimento delle loro operazioni militari e può aiutare a colmare temporaneamente lacune o errori sui dati disponibili in uno Stato²³. Tuttavia, il coordinamento e la centralizzazione dei dati provenienti da varie fonti saranno necessari per garantire che le informazioni siano accurate ed affidabili. La complementarità tra DIU e la CRPD significa anche che la natura e la varietà delle barriere affrontate dalle diverse persone con disabilità devono essere efficacemente affrontate con misure diverse dalla fornitura di servizi medici. È importante affermare un approccio più ampio del DIU alle persone con disabilità, dal momento che il DIU è stato ripetutamente criticato in quanto edotta un approccio obsoleto e medicalizzato a tali persone, concentrandosi semplicemente sulla condizione individuale della persona, vale a dire la menomazione, che richiede cure mediche. In particolare, una persona con disabilità uditiva o visiva dovrà affrontare specifiche barriere comunicative che, se non affrontare, porteranno a specifici rischi che quella persona non acceda a informazioni che ne consentano la protezione durante le ostilità. Per affrontare tali bar-

22 CFR Resoconto finale della Conferenza Diplomatica di Ginevra del 1949, vol. 2 A, Dipartimento politico Federale, Berna, 1949, pp. 259, 800, 810, 838.

23 Ciò fu già riconosciuto alla Conferenza Diplomatica del 1949. Vedi Final Record, sopra Nota 15, Regola 88.

riere comunicative, non è primariamente necessaria l'assistenza medica o una competenza medica, ma piuttosto la competenza nella lingua dei segni o nel Braille. Per evitare o ridurre al minimo il rischio di attacchi illeciti o violenze contro persone con disabilità psicosociali o intellettive, a causa di un'errata valutazione del loro comportamento, sia durante le ostilità che in situazioni in cui le persone con disabilità psicosociali o intellettive sono sotto il controllo dei combattenti, non è compito dei servizi di salute mentale²⁴. La varietà delle esperienze vissute delle persone con disabilità può anche essere chiaramente visibile, quando le protezioni specifiche del DIU sono integrate dalla CRPD. Ad esempio, i negoziatori delle Convenzioni di Ginevra del 1949 avevano in mente lo scenario dei civili intrappolati nei rifugi antiaerei come un esempio particolare di persone in grave pericolo. Tuttavia, la formulazione di "*altre persone esposte a grave pericolo*" e l'intenzione degli estensori chiariscono che si tratta di una categoria onnicomprensiva volta a garantire che i gruppi di civili esplicitamente menzionati non siano intesi come elenco restrittivo. La complementarità con la CRPD, che riconosce espressamente le diversità delle persone con disabilità alla luce delle loro esperienze vissute, rafforza un'interpretazione di questa disposizione che copre le persone con disabilità o le persone anziane, che possono non essere intrappolate nei rifugi, ma nelle loro case e che sono, quindi, a grave rischio, perché non possono o non intendono fuggire dalle operazioni militari²⁵. La cooperazione e il coordinamento tra i diversi attori sulla scena rende più efficace l'attuazione di precauzioni fattibili per la protezione generale dei civili. I meccanismi di coordinamento e cooperazione dovrebbero essere messi in atto in anticipo, prima che si verifichi un conflitto armato, poiché durante un conflitto armato, l'obbligo di facilitare le misure adottate da altri attori rispetto a una parte è soggetto all'avvertenza "*come per quanto le considerazioni militari lo consentono*". Ciò che è fattibile, in termini di precauzione, dipende anche da considerazioni militari, oltre che da preoccupazioni umanitarie. Considerazioni militari, come le ostilità in corso o la necessità di stabilire posizioni militari, senza rivelarle agli attori civili, compresi quelli con nazionalità nemica, possono temporaneamente impedire a tali interessati di accedere a determinate aree. Un modo specifico per attuare le precauzioni sia in attacco che contro gli effetti dell'attacco in aree assediate ed accerchiate, nonché le protezioni specifiche applicabili ai gruppi di civili previste dal

24 CICR, *The Roots of Restraint in War*, Ginevra, 2018, p. 65.

25 Priscilla Denisse Coria Palomino, "A. New Understanding of Disability in International Humanitarian Law: Reinterpretation of Article 30 of Geneva Convention II, *International Review of the Red Cross*, vol. 104, n. 919, 2022, pp. 1453-1454.

CG IV, è quello di redigere accordi locali tra belligeranti, al fine di consentire a tali gruppi di civili, comprese le persone con disabilità, di evacuare. Tali accordi dovrebbero riguardare, in generale, dettagli come il numero di persone da allontanare, la conoscenza e la successiva comunicazione della durata di qualsiasi tregua, in modo tale da consentire l'evacuazione, il passaggio dei mezzi di trasporto e delineare il percorso da seguire. Affinché le persone con disabilità possano partecipare a tali operazioni, dovrebbero essere incluse anche le considerazioni specifiche già elaborate in precedenza.

3. Diritto Internazionale Umanitario e Persone con disabilità in potere di parte in conflitto: Quale trattamento per i detenuti disabili? Divieto di discriminazioni avverse, uguaglianza de facto e complementarità con gli obblighi della CRPD relativi all'accessibilità e alla sistemazione ragionevole

L'obbligo di trattamento umano deve essere considerato insieme al divieto di distinzione sfavorevole. La "disabilità" non è esplicitamente menzionata come motivo proibito di distinzione sfavorevole ai sensi del DIU, ma è comunque inclusa nel divieto, poiché la distinzione sfavorevole basata su "*qualsiasi altro criterio simile*" a quelli esplicitamente elencati è ugualmente vietata. Pertanto, il divieto del DIU contro la distinzione sfavorevole può essere interpretato come convergente con il divieto contro la discriminazione sulla base della disabilità, così come esplicitato nella CRPD²⁶. Solo la distinzione "negativa" è vietata, le misure di differenziazione o di prioritizzazione che tengono conto dei rischi specifici affrontati dalle persone con disabilità possono non solo essere consentite, ma anche essere richieste. Pertanto, distinzioni non avverse possono effettivamente essere necessarie per garantire un trattamento umano nelle diverse situazioni in cui si trovano le persone con disabilità. Ciò può richiedere l'adozione di tutte le misure possibili per rimuovere e prevenire l'innalzamento di eventuali ostacoli che i portatori di handicap potrebbero incontrare nell'ottenere pari accesso ai servizi o alle protezioni fornite dal DIU rispetto ad altri civili o persone *fuori combattimento*²⁷. Quanto interpretato permette di includere questi obblighi positivi, tenendo conto che il DIU agevola la convergenza tra

²⁶ CG III, art. 31; CG IV, art. 92.

²⁷ Cfr A. Priddy, 2019, sopra nota 8, p.72, PDC Palomino, sopra nota 162, pp. 1450-1453.

la promozione dell'uguaglianza *de facto* o sostanziale delle persone con disabilità e i diritti umani, ai sensi della CRPD.

Fondamentale per garantire l'uguaglianza sostanziale tra le persone con disabilità e le altre persone è garantire un accesso facilitato alle informazioni, alle comunicazioni ed ai servizi, nonché la fornitura di sistemazioni ragionevoli nei singoli casi, quando necessario. Per quanto riguarda l'adozione di misure positive adeguate relative all'accessibilità, la CRPD include esplicitamente l'identificazione e l'eliminazione delle barriere all'accessibilità, siano esse fisiche, comunicative, attitudinali o istituzionali²⁸. Le interpretazioni intrinsecamente dinamiche del trattamento umano e il divieto di distinzione avversa ai sensi del DIU, in armonia con la CRPD, consentono contestualizzazioni specifiche della disabilità in una serie di situazioni in cui tali soggetti sono in potere di una parte in conflitto. Queste considerazioni ci permettono di apprezzare l'importanza degli ausili, volte ad agevolare delle persone con disabilità il cui movimento è limitato. Se gli ausili che hanno sostenuto il funzionamento di una persona per lungo tempo vengono danneggiati o vengono confiscati e non restituiti, il danno alla dignità della persona diventa evidente, considerando che, per le persone con disabilità, gli ausili non sono semplicemente oggetti, ma estensioni dei loro corpi. Allo stesso modo, anche il rifiuto di consentire ad una persona con disabilità di essere accompagnata potrebbe ledere la dignità di quella persona. Nelle operazioni di screening in cui le parti in conflitto armato mirano a controllare grandi movimenti di popolazione, un'azione che includa la disabilità nell'obbligo di trattare i civili e le persone *fuori combattimento* con umanità e senza distinzioni avverse evidenzerebbe misure appropriate per garantire l'accessibilità alle informazioni sul processo di tale operazione. Queste misure contribuirebbero in qualche modo a ridurre il potenziale di violenze e comportamenti inappropriati, compreso il trattamento crudele, disumano o degradante da parte delle parti in conflitto armato e dei loro rappresentanti²⁹. In situazioni di detenzione connessa a conflitti, comportamenti e condizioni di detenzione specifici, che sono già ritenuti dal Tribunale Penale Internazionale per l'ex Jugoslavia (ICTY), ad esempio, come tortura o trattamento crudele, inumano o degradante, sarebbero particolarmente lesivi per i detenuti con disabilità. Tali condizioni includono la mancanza di adeguate cure mediche, condizioni di vita disumane nei luoghi di detenzione, come mancanza di cibo, acqua, vestiario, cure mediche, riparo o contatti con il mondo esterno. Questo Organo Giu-

28 Canada, Prisoner of War Handling Manual, 2004, p. 3F-9.

29 Nuova Zelanda, Manual of Armed Forces Law, Law of Armed Conflict, 2017.

risdizionale ha attinto al caso di un detenuto con disabilità psicosociale tra un gruppo di molti altri con condizioni di salute mentale per determinare le condizioni di detenzione, che equivalgono a trattamento crudele, in violazione dell'art. 3 comune alle Quattro Convenzioni di Ginevra. Ha invocato l'ambiente di detenzione molto restrittivo del detenuto, che non aveva la possibilità di fare passeggiate all'aperto per alleviare il suo stress psicologico, portandolo ad adottare comportamenti autolesivi come il taglio dell'orecchio e delle unghie. Gli effetti di quell'ambiente sono stati esacerbati dalla grave mancanza di cibo, che ha provocato una fame estrema, inducendo lo stesso a nutrirsi di insetti. Infine, le guardie erano a conoscenza dell'esistenza di un gruppo di detenuti con disabilità psicosociali, ma non hanno intrapreso alcuna azione positiva per accoglierli³⁰. L'ICTY si è basato su questi fatti per stabilire la gravità delle conseguenze fisiche e mentali subite da questa persona con disabilità psicosociale. Gravi percosse e il rifiuto di trasferire urgentemente un detenuto con problemi di udito in un Ospedale esterno, al di fuori di un campo di detenzione, comportamenti che hanno portato lo stesso alla morte, sono stati al centro di un'altra constatazione di trattamento crudele da parte dell'ICTY nel contesto di un processo. Tuttavia, ciò che ha ricevuto meno attenzione da parte dei Giudici è stata la testimonianza di un testimone, il quale riteneva che le guardie picchiassero questo detenuto, anche più di altri detenuti senza disabilità. Ciò era presumibilmente dovuto al fatto che le guardie pensavano che il detenuto si stesse rifiutando di rispondere alle loro domande ma, in realtà, il fatto che non rispondesse era riconducibile alla sua disabilità uditiva e all'incapacità di parlare, di cui non erano a conoscenza³¹. Ciò dimostra come sia più persistente il rischio di maltrattamento nei confronti di persone con disabilità psicosociali o sensoriali, quando le Potenze detentive ignorano che via siano tali tipologie di persone all'interno della popolazione detenuta. In un altro caso, percosse gravi e ripetute, che hanno causato svariate volte la perdita di conoscenza di un detenuto con disabilità fisiche e psicosociali, hanno costituito la base principale per la determinazione del trattamento crudele, allo stesso modo in cui le percosse ripetute costituivano un trattamento crudele per detenuti senza disabilità. Inoltre, l'ICTY ha riscontrato che il detenuto disabile era stato sottoposto a percosse mirate, in particolare ai suoi arti menomati³². Le diverse testimonianze hanno, inoltre, specificato che questo detenuto si era allontanato dal luogo di de-

30 "Isolation Ward", Collins Dictionary, disponibile.

31 Commento 2020 al CG III, sopra nota 77, par. 2238.

32 Report of the Special Rapporteur, sopra Nota 148, par. 15; Comitato CRPD, sopra Nota 114, paragrafi 6,13.

tenzione, andando in bagno, ignaro di ciò che lo circondava e, probabilmente, credendo che stesse tornando a casa e che le guardie lo trovassero, lo riportassero indietro e, successivamente, lo malmenassero. Questi casi illustrano le condizioni generali di detenzione, alle quali sono esposte, in particolar modo, le persone con disabilità. Le conseguenze specifiche possono includere un aggravamento delle menomazioni dei detenuti con disabilità. Ciò sottolinea anche l'importanza di misure positive di accessibilità e, ove necessario, in singoli casi, di specifiche misure mirate di accomodamento ragionevole, al fine di garantire che i detenuti con disabilità abbiano condizioni di detenzione umane, senza distinzioni avverse, e non siano esposti a maltrattamenti. Nel suo più recente Commento alla Convenzione di Ginevra III, il CICR ha sottolineato che i servizi di supporto nei campi devono essere disponibili per tutti prigionieri di guerra, compresi quelli con disabilità, e che per garantire la parità di trattamento, le esigenze specifiche e i rischi dei singoli detenuti devono essere identificati, valutati e previsti. Ciò, a sua volta, richiede un'adeguata pianificazione e specifiche misure preparatorie. Gli aspetti relativi all'accessibilità e agli accomodamenti ragionevoli sono evidenziati anche nelle interpretazioni del CICR di disposizioni specifiche del CG III³³. Ad esempio, in relazione agli obblighi relativi ai servizi igienici utilizzati da tutti i prigionieri di guerra, diurni e notturni, il CICR ha sottolineato che, in combinazione con il requisito della parità di trattamento previsto dal CG III: *“l'accessibilità implica anche che tutti i prigionieri di guerra, senza qualsiasi distinzione sfavorevole, ad esempio basata su altri fattori come l'età o la disabilità, debbano avere un accesso costante e agevole ai servizi igienici”*. Ha poi condiviso un esempio osservato durante le proprie visite di detenzione. Alcune Potenze detentriche avevano apportato modifiche strutturali alle strutture sanitarie ai fini di accogliere alcuni prigionieri di guerra con disabilità, ad esempio, dotando tali strutture di sgabelli supplementari. Altre misure fattibili in relazione all'infrastruttura fisica possono includere la costruzione di rampe, corridoi o porte più ampi. In relazione all'assistenza medica e alla riabilitazione dei prigionieri di guerra, il CICR ha enfatizzato le misure di accessibilità delle informazioni per i prigionieri di guerra con disabilità visive al fine di includere diversi metodi di comunicazione, che vanno dal braille all'audio e alla stampa a caratteri grandi. Infine, l'adozione di tutte le misure necessarie per garantire “locali adeguati” e le “attrezzature necessarie” si prestano a una lettura armonizzata con gli obblighi relativi all'accessibilità e alla sistemazione ragionevole, si sensi della

33 Commento al CG IV del 1958, sopra nota 55, p. 399.

CRPD. Ne sono un esempio, gli obblighi relativi al perseguimento di attività intellettuali, educative o ricreative, che riconoscono anche esplicitamente l'agire individuale dei detenuti, in quanto le "preferenze individuali" degli stessi devono essere rispettate. I servizi sanitari specialistici e riabilitativi sono riconosciuti anche per i prigionieri di guerra con disabilità nel CG III. L'art. 30, comma 2, del CG III prevede che siano previste agevolazioni speciali per la cura dei detenuti con disabilità, in particolare per i ciechi, relativamente anche alla loro riabilitazione. Infatti, mentre la menzione esplicita di detenuti con disabilità visiva è stata inclusa durante la Seconda Guerra Mondiale, il divieto di distinzione avversa precluderebbe di dare priorità a un gruppo di persone con specifici tipi di menomazioni rispetto ad altri. Su queste basi, il CICR ha monitorato se terapie come la fisioterapia, la psicoterapia e la consulenza psicosociale, fossero necessarie per i detenuti con disabilità per mantenere il funzionamento fisico e mentale ottimale in interazione con i loro ambienti. Le Convenzioni di Ginevra III e IV contengono anche obblighi specifici in relazione ai dispositivi di assistenza, in base ai quali i prigionieri di guerra e gli internati civili devono beneficiare gratuitamente di *"qualsiasi apparecchiatura necessaria per i loro mantenimento in buona salute"*. Problemi simili sorgerebbero anche nella detenzione correlata al NIAC, ad esempio, se non fossero rese accessibili ai detenuti con disabilità le infrastrutture per le *"salvaguardie di salute e igiene"*. Nel contesto della fornitura di cibo, le misure di accessibilità suggerite e le sistemazioni ragionevoli per alcuni detenuti con disabilità includono tempi maggiori per mangiare, supporto per il consumo dei pasti e pasti adattati. Qualora fosse necessario evacuare i detenuti per sottrarli al pericolo di operazioni militari, varrebbero anche qui considerazioni analoghe a quelle sopra descritte, in relazione alle norme sulla condotta. Difatti, è stata evidenziata l'importanza che il personale delle Potenze detentive comunichi ordini e istruzioni chiari e comprensibili. Le consultazioni tenute dal CICR con gli Stati sul rafforzamento delle tutele legali per le persone private della libertà hanno confermato la necessità di misure differenziate per questa tipologia di detenuti, al fine di garantire loro condizioni di detenzioni umane. Sebbene le circostanze operative della detenzione correlata al NIAC possano essere diverse, queste consultazioni hanno anche sottolineato l'importanza di una pianificazione anticipata per l'attuazione di misure specifiche a favore dei detenuti con disabilità, compresa la preparazione e l'addestramento delle forze per identificare e impegnarsi con tali detenuti e la considerazione delle competenze specifiche necessarie per identificare, anticipare e soddisfare le loro esigenze. Oltre alla necessità di garantire un trattamento umano, comprese

condizioni di detenzione accessibili e sistemazioni ragionevoli durante la detenzione, è anche necessario garantire che le persone con disabilità non siano arbitrariamente o illegalmente private della loro libertà nei conflitti armati. A questo proposito, la sfida già osservata in relazione alle forze armate che interpretano erroneamente il comportamento, in particolare da parte di civili con disabilità sensoriali, psicosociali intellettive, ha portato anche alla detenzione di tali persone da parte delle forze armate a causa dell'errata associazione con gruppi armati non statali o interpretazione della loro condotta come minacciosa³⁴. Al fine di prevenire la detenzione arbitraria o illegale connessa al conflitto, il Diritto Internazionale richiede che ciò avvenga secondo procedure stabilite dalla legge. Per quanto riguarda i motivi della detenzione durante il conflitto, il DIU riconosce che un essere umano possa essere privato della libertà in conseguenza di una condanna penale, a causa del suo status di POW (solo nelle IAC) o come misura di controllo per mitigare una minaccia alla sicurezza. Nelle IAC si presume che i prigionieri di guerra rappresentino *di per sé* una minaccia alla sicurezza per le forze armate avversarie ai sensi della CG III, e l'articolo 21 della CG III riflette l'accordo degli Stati relativamente all'internamento consentito sulla base del loro status. Al contrario, secondo il CG IV, l'internamento dei civili negli IAC rappresenta una misura eccezionale, laddove la sicurezza della Potenza detentrica lo renda "*assolutamente necessario*", o per "*imperativi motivi di sicurezza*". Mentre per le NIAC il DIU menziona che l'internamento può verificarsi anche in tali situazioni, non specifica i motivi o le procedure per l'internamento. Sebbene il POW e lo status di combattente non esistano nella NIAC, nel contesto delle consultazioni del CICR con gli Stati sul rafforzamento della protezione legale per le persone private della libertà si è discusso se una constatazione fattuale dell'appartenenza ad un gruppo armato non statale costituisca di per sé un motivo sufficiente per l'internamento o se debba esserci una determinazione individualizzata di una specifica minaccia imperativa alla sicurezza posta da quella alla Potenza detentrica. In ogni caso, l'inosservanza delle istruzioni militari da parte di persone con disabilità sensoriali, psicosociali o intellettive o intellettive o l'esistenza di una menomazione non sarebbe sufficiente per presumere l'esistenza di un motivo di internamento, come lo stato di prigionia, l'appartenenza a un gruppo armato non statale gruppo o minaccia imperativa alla sicurezza della Potenza detentrica. L'appartenenza dei

34 ICRC, *How Law Protects Persons with Disabilities in Armed Conflict*, Ginevra 2017. 35 Testimonianza OPD, consultazioni congiunte su persone con disabilità e operazioni militari nei conflitti armati, maggio 2022.

combattenti alle forze armate statali che dà origine allo status di POW, così come l'appartenenza a gruppi armati non statali, deve essere verificata positivamente, ai sensi del Diritto Internazionale Umanitario e non solo presunta. Ciò è evidente nelle norme del DIU relative alla determinazione dello status di prigioniero di guerra da parte di un Tribunale competente, che includerebbe anche situazioni in cui una persona catturata affermerebbe di non avere tale status, tenendo presente l'implicazione generale dell'internamento fino alla fine delle ostilità attive. Inoltre, anche se si dovesse sostenere l'idea che l'appartenenza a un gruppo armato non statale sia sufficiente come motivo di internamento, com'è stato osservato nelle consultazioni condotte dal CICR con gli Stati sul rafforzamento delle tutele legali delle persone private della loro libertà, la detenzione risultante da un'identità non verificata o errata può essere considerata arbitraria³⁵. Ciò sarebbe rilevante anche nel caso di civili con disabilità la cui condotta è erroneamente ritenuta indicativa dell'appartenenza a un gruppo armato non statale o della partecipazione diretta alle ostilità. Sarebbero anch'esse arbitrarie ipotesi generalizzate basate su un'errata comprensione del comportamento delle persone con disabilità o sull'esistenza di una disabilità come giustificazione per l'internamento e la constatazione che esiste una minaccia imperativa alla sicurezza. Ciò è dovuto al fatto che la determinazione di tale minaccia è soggetta a una valutazione individualizzata, senza discriminazioni. A questo proposito, sia i manuali militari dello Stato che la Giurisprudenza Internazionale chiariscono che l'identità di una persona o lo stato di appartenenza a un determinato gruppo di persone, anche sulla base della nazionalità, dell'età o delle convinzioni politiche, non sono, di per sé, motivi sufficienti per giustificare l'internamento. Si afferma che lo stesso ragionamento dovrebbe essere applicato alle persone con disabilità, comprese le persone con menomazioni sensoriali, psicosociali o intellettuali. A questo proposito, la CRPD proibisce assolutamente le privazioni della libertà basate sull'esistenza di una menomazione ritenute discriminatorie³⁶. In generale, supporre che una persona con disabilità costituisca una minaccia imperativa alla sicurezza, in quanto non può conformarsi alle istruzioni militari, avrebbe un effetto sproporzionato e negativo sulle persone con determinati tipi di menomazioni rispetto alle persone senza disabilità, non tenendo conto dell'inaccessibilità di tali istruzioni. Una tale ipotesi sarebbe quindi discriminatoria. Lo stesso varrebbe quando una mi-

35 Perù, Manuale di Diritto Internazionale Umanitario per le Forze Armate, 2004, p. 84 (b).

36 S. Sivakumaram, sopra nota 109, p. 53.

naccia è semplicemente presunta sulla base di una menomazione, in quanto ciò colpirebbe le persone con determinate menomazioni in modo specifico e negativo rispetto alle persone senza disabilità. Ciò non significa che le persone con disabilità non possano mai essere internate in un conflitto armato. Potrebbero essere internati se la determinazione della loro appartenenza alle forze armate o della loro costituzione di una minaccia imperativa alla sicurezza (come motivo che giustifica l'internamento) non è basata sulla loro disabilità, direttamente o indirettamente, ed è effettuata oggettivamente e su base paritaria per ogni individuo³⁷.

In linea con il riconoscimento generale che la presunta commissione di un reato può fornire un motivo di privazione della libertà, non è inoltre precluso che le persone con disabilità possano essere detenute su tale base. Quando il presunto reato ha un nesso sufficiente con un conflitto armato, il trattamento del detenuto è disciplinato dal diritto internazionale umanitario. In ogni caso, le garanzie procedurali e le garanzie del giusto processo costituiscono una garanzia necessaria contro l'arbitrarietà delle privazioni della libertà e assicurano che i motivi dell'internamento o della commissione di un reato siano fondati in casi specifici.

In tema di internamento, le garanzie procedurali comprendono le garanzie previste dal CG IV e dal I Protocollo Aggiuntivo (AP I) per un tempestivo accesso alle informazioni sui motivi dell'internamento, il diritto alla revisione della decisione iniziale di tirocinante e la rivalutazione periodica della continua necessità di internare. Secondo l'opinione del CICR, queste e altre garanzie procedurali dovrebbero essere applicate anche – come questione di diritto e politica – durante l'internamento che si verifica nei NIAC³⁸.

Per quanto riguarda le garanzie giudiziarie o di equo processo contro l'arbitrarietà della detenzione per accuse penali connesse a un conflitto armato, queste includono il diritto dell'imputato di essere informato dei motivi del suo arresto, nonché della natura e della causa del presunto reato, il diritto di essere tempestivamente portato davanti a un'autorità giudiziaria nella fase istruttoria, il diritto di contestare la legittimità della detenzione dinanzi a un Tribunale (*habeas corpus*), il diritto di essere processato davanti a un Tribunale regolarmente costituito, indipendenti e imparziali diritti e mezzi di difesa necessari, il diritto di essere informato dei propri rimedi giudiziari e di altro tipo e dei termini entro i quali possono essere

37 ICTY, Procuratore c. Naser Oric, Caso n. IT-03-68, Sentenza (Camera di primo grado), 30 giugno 2006, par. 466.

38 CG IV, art. 16 (2).

esercitati³⁹. Garantire che le persone con disabilità detenute abbiano accesso, senza distinzioni/discriminazioni avverse, alle stesse garanzie procedurali o di giusto processo dei detenuti senza disabilità nei conflitti armati può consentire e persino richiedere misure specifiche di accessibilità o accomodamenti procedurali. Un settore chiave in questo senso è l'accessibilità delle informazioni. Le prime informazioni fornite a una persona privata della libertà sui motivi della detenzione e sulla natura e la causa del presunto reato devono essere trasmesse in una lingua che la persona comprende. In tal modo, i detenuti sono messi in grado di contestare la legittimità della loro detenzione e di esercitare tutti i diritti ei mezzi di difesa necessari⁴⁰. Per i detenuti con disabilità, l'accessibilità e gli adattamenti procedurali necessari dovrebbero essere realizzati per garantire loro garanzie di processo equo.

4. Conclusioni

Questo articolo ha tentato di fornire indicazioni su come sarebbe una maggiore visibilità delle persone con disabilità nell'interpretazione e nell'attuazione del DIU. Come mostra questa analisi, una comprensione più ampia delle barriere e dei rischi che le persone con disabilità nella loro diversità affrontano nei conflitti armati può contribuire all'attuazione di protezioni generali e specifiche ai sensi delle norme del DIU sulla condotta delle ostilità, nonché nelle varie situazioni in cui le persone con disabilità possono trovarsi. Una tale consapevolezza delle barriere e dei rischi cui sono esposte le persone con disabilità è ancora poco conosciuto tra le parti belligeranti. Un primo passo per colmare questo *gap* è aprire canali di comunicazione tra le persone con disabilità, gli OPD e le parti in conflitto. Questo è precisamente il valore di consultazioni come quella co-organizzata nel 2022 dal Relatore speciale delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, l'IDA, l'EDF, il Diakonia IHL Center e il CICR sui civili con disabilità e le operazioni militari in armi conflitto. Per le persone con disabilità, questa comunicazione diretta è un'opportunità per far sentire la propria voce nelle discussioni sull'attuazione del DIU e per le parti in conflitto armato per imparare in prima persona dalle esperienze vissute delle persone con disabilità colpite dalle loro azioni, piuttosto che attraverso un intermediario come un'organizzazione umanitaria come il CICR.

39 CICR, sopra nota, 1, p. 17.

40 CG IV, Artt.16-18, 20-22.

L'analisi fornita nel presente articolo dei principi del DIU sulla condotta delle ostilità hanno dimostrato che la sensibilizzazione specifica delle forze armate statali sui rischi specifici affrontati dai civili con disabilità, anche nell'addestramento regolare sul DIU di tali forze, è necessaria per fornire al Diritto Internazionale Umanitario una visione chiara ed esaustiva della disabilità. Questa sensibilizzazione può essere utilmente condotta attorno a scenari specifici. Dovrebbe vertere sulle persone con disabilità nella loro diversità di menomazioni, tra cui le menomazioni che possono essere meno visibili, come quelle psicosociali, intellettuali o sensoriali. In effetti, la mancanza di comprensione delle barriere e dei rischi affrontati dai civili con tali disabilità sembra essere una fonte significativa di attacchi illegali, violenza e detenzione. Laddove i dati siano in possesso degli OPD, dovrebbero essere confrontati con quelli a disposizione dei Governi.

Oltre alla sensibilizzazione specifica delle forze armate statali, anche la popolazione, in generale, dovrebbe essere educata sulla disabilità. Spesso c'è ancora una mancanza di comprensione delle barriere che le persone con disabilità devono affrontare così come la loro stigmatizzazione nella società. Più in generale, il CICR ha scoperto che, mentre il Diritto Internazionale Umanitario è fondamentale per imporre restrizioni al comportamento, la diffusione della legge combinata con i suoi valori fondamentali è più efficace, poiché incoraggiare le persone a interiorizzare i suoi valori attraverso la socializzazione è un modo più duraturo per promuovere il rispetto per la legge.

Le interpretazioni del DIU che tengano conto della disabilità dovrebbero essere incluse anche nei manuali militari sul diritto dei conflitti armati. Con poche notevoli eccezioni, i manuali militari non si rivolgono alle persone con disabilità in modo significativo. Fa parte del normale lavoro del CICR fornire assistenza tecnica alle forze armate statali durante la stesura di questi manuali. Quando è in corso un processo di revisione di tali manuali, si dovrebbe prendere in considerazione come integrarvi le barriere e i rischi specifici affrontati dai civili con disabilità. Linee guida specifiche per il comportamento militare nelle interazioni con le persone con disabilità, come quelle che si verificano ai posti di blocco, dovrebbero essere incorporate nelle procedure operative standard. Tale guida dovrebbe coprire elementi come comunicare con le persone con disabilità e come maneggiare i dispositivi di assistenza che sono di importanza cruciale per tali persone. Non dovrebbe esserci equivoco sul fatto che il contenuto della dottrina militare o delle procedure operative standard debba essere necessariamente molto dettagliato e tecnico. In effetti, è uno dei principali ostacoli attitudinali che per essere maggiormente inclusivi della disabilità,

sarebbe necessaria una guida sofisticata che solo pochissime forze armate statali potrebbero produrre e implementare. Infatti, semplici domande o liste di controllo potrebbero essere un utile punto di partenza per aiutare a evitare scontri inutili tra civili con disabilità e forze armate. Prepararsi alle interazioni operative con le persone con disabilità significa anche esplorare le opzioni per rendere disponibile all'interno delle forze armate la necessaria competenza nelle forme di comunicazione accessibili, come la lingua dei segni. Ciò potrebbe essere ottenuto in vari modi oltre a fare affidamento direttamente sugli OPD (soggetto alle loro capacità), anche facendo affidamento su personale con tali competenze dei dipartimenti governativi civili che accompagnano o creano dipartimenti specializzati all'interno delle forze armate.

La protezione e l'inclusione dei civili con disabilità dovrebbero anche essere integrate in meccanismi di coordinamento operativo sostenibili tra i militari e gli OPD e altri attori civili, nonché tra le autorità governative militari e civili. Più in generale, data l'importanza dei dati inclusivi sulla disabilità e della diffusione, formazione e istruzione del DIU a livello nazionale, il ruolo della legislazione nazionale di attuazione, in particolare sull'articolo 11 della CRPD, nonché dei meccanismi nazionali sull'attuazione del DIU e sull'attuazione del DIU la CRPD per garantire il necessario coordinamento a livello nazionale, dovrebbe essere ulteriormente esplorata. Oltre a impegnarsi con le forze armate statali e le autorità statali, gli sforzi per garantire l'attuazione del DIU che includa la disabilità, dovrebbero coinvolgere anche i gruppi armati non statali. Sebbene i gruppi armati non statali non siano legalmente vincolati dalla CRPD e l'applicabilità del diritto internazionale umanitario a loro più in generale non sia definita, si potrebbe esaminare un impegno tematico sul diritto internazionale umanitario e sulla disabilità.

Il CICR potrebbe contribuire ulteriormente a far progredire l'attuazione del diritto internazionale umanitario che includa la disabilità a vari livelli. In primo luogo, potrebbe co-ospitare ulteriori riunioni di esperti come quelle organizzate sui civili con disabilità e sulla condotta delle ostilità, ad esempio sulla detenzione, che potrebbero riunire persone con disabilità, esperti militari e di altro tipo e autorità competenti. In secondo luogo, laddove gli aspetti relativi alla protezione e all'inclusione delle persone con disabilità ai sensi del DIU e/o del DIU siano affrontati nel quadro di discussioni più ampie, ad esempio sulla detenzione, il CICR dovrebbe garantire la partecipazione delle persone con disabilità e delle loro organizzazioni rappresentative. In terzo luogo, tale partecipazione dovrebbe essere incoraggiata anche nelle discussioni generali sul DIU, in cui non vi è un'atten-

zione specifica alla disabilità, ad esempio nelle discussioni relative al DIU alle Conferenze internazionali della Croce Rossa e della Mezzaluna Rossa o al Consiglio dei Delegati. Inoltre, una prospettiva sulla disabilità potrebbe essere integrata nei flussi di lavoro legali esistenti del CICR. Ciò sta già avvenendo, anche nell'ambito dei lavori sull'aggiornamento dei Commenti alle Convenzioni di Ginevra, sulla condotta delle ostilità, sulle questioni relative alle armi, sugli sfollati interni, sui dispersi e le loro famiglie, per citarne solo alcuni. Tale integrazione dovrebbe essere vista non come un onere aggiuntivo, ma piuttosto come un'opportunità per rafforzare le posizioni giuridiche. Più in generale, l'attuazione trasversale della Vision 2030 sulla disabilità del CICR attraverso diversi background professionali del personale del CICR e il rafforzamento dell'impegno con gli OPD in tale processo saranno cruciali per includere una prospettiva sulla disabilità e cambiare gli atteggiamenti nei confronti delle persone con disabilità in tutto il lavoro di protezione e assistenza del CICR.

Bibliografia

- Lanciotti A., *La Corte Penale Internazionale e la Repressione delle Gravi Violazioni del Diritto Umanitario*, Roma, Giappichelli, 2013
- Caracciolo I e U. Montuoro, *Protection of Culture and Religious Minorities, Leadership for International Peace and Security*, Roma, Giappichelli, 2020
- Giuffrida R., *La Costituzione di zone e corridoi di sicurezza quale contenuto dell'intervento umanitario*, Roma, Giappichelli, 2008
- Morrone A., *Arma di guerra. Lo stupro: arma e strategia nei conflitti. Elementi di Diritto comunitario e Internazionale Umanitario*; Torino, Galasso, 2007
- Nalin E., *L'applicabilità del Diritto Internazionale Umanitario alle operazioni di Peace – Keeping delle Nazioni Unite*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.
- International Review of The Red Cross: <http://international-review.icrc.org>



UBALDO NAZZARO

RILIEVI CRITICI SULLA DECRETAZIONE D'URGENZA IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE TRA CONTENIMENTO DEI FLUSSI E DIRITTO PENALE DELL'“AUTORE”

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi: l'asservimento delle politiche migratorie italiane e comunitarie alle logiche di mercato. – 2. Un rapido *excursus* sull'*iter* legislativo in materia di immigrazione anteriore alla decretazione d'urgenza del biennio 2023/2024. – 3. Cenni generali sul D.L. 10 marzo 2023, n. 20, convertito, con modificazioni, nella L. 5 maggio 2023, n. 50: modifiche alle modalità di programmazione dei “flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri” e al sistema di accoglienza. – 4. L'evoluzione del diritto penale dell'immigrazione e il soggetto migrante quale “tipo d'autore”. Il nuovo reato di “Morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina”. – 5. Brevi note conclusive sulle altre tre tappe della decretazione d'urgenza del biennio 2023/2024: la risposta neo-sovranista del legislatore italiano all'“emergenza immigrazione”.

1. Cenni introduttivi: l'asservimento delle politiche migratorie italiane e comunitarie alle logiche di mercato

Il “processo europeo di integrazione” – che avrebbe dovuto interessare, per un verso, la Convenzione EDU, per l'altro, l'ordinamento dell'U.E., optando per una declinazione dei diritti umani, sganciati dallo “*status* di cittadino dell'Unione”¹ – incontra un ulteriore insormontabile limite nell'affermarsi di un sistema di economia neoliberista fondato sui rapporti di forza finanziari.

I processi di globalizzazione – che, nella fase compresa tra il secondo dopoguerra e la fine degli anni Sessanta del secolo passato, non si erano ancora tradotti nella delegittimazione dello Stato quale teatro dei conflitti e delle opzioni politico-istituzionali ed economico-sociali – si ridefiniscono, a partire dai successivi anni Settanta e in concomitanza

1 Cfr. A. Patroni Griffi, *Lo statuto giuridico sovranazionale del migrante e la politica comune europea dell'immigrazione: considerazioni introduttive*, in A. Patroni Griffi (a cura di), *Europa e migranti*, “Rassegna di diritto pubblico europeo”, n. 2, 2011, p. 3.

con l'esplosione della contestazione studentesca e operaia, nella definitiva rinuncia al *Welfare State* e all'intervento pubblico, sacrificati sull'altare delle ragioni del mercato².

La progressiva sottrazione ai singoli ordinamenti statuali delle strategie monetarie e di bilancio e delle competenze legislative, avviate a livello sovranazionale, accompagna la creazione dell'Unione Europea³. Un duplice ordine di ragioni rende – per quanto concerne “la gestione dell’immigrazione in Europa”⁴ – il processo di integrazione dell’U.E. un intento meramente declaratorio, espressione di un’idea di multiculturalismo teso all’esclusione.

Il ruolo dell’Unione Europea è, da un lato, subordinato rispetto ai soggetti che, nel frattempo, acquistano egemonia nella pianificazione dello sviluppo economico: organismi quali l’Organizzazione Mondiale del Commercio (O.M.C.), il Fondo Monetario Internazionale (F.M.I.) e la Banca Mondiale (B.M.).

Esigenze di “ampliamento del mercato” – piuttosto che un’incondizionata volontà “di condivisione dell’ideale di un’Europa politicamente unita” – orientano, dall’altro, l’allargamento dell’U.E. a Est, ove le posizioni sovraniste di Stati di più recente ingresso, quali Polonia e Ungheria, rendono inefficace una politica di equa e obbligatoria redistribuzione delle persone migranti⁵.

La ridefinizione (*rectius*, lo stravolgimento) della funzione normativa, ridimensionata a rango di *soft law*, ossia “disciplina frammentata in migliaia di opzioni con logiche microsettoriali”, si mostra totalmente incurante sia di “ogni relazione reciproca tra beni e servizi (talora succedanei)”, sia degli “effetti ‘sistemici’” e dei “danni collaterali” che spiega nei confronti, in generale, dell’intera collettività e, in particolare, della soggettività migrante⁶.

2 Cfr. C. Amirante, *Dalla forma Stato alla forma mercato*, Giappichelli, Torino 2008, p. XV.

3 Cfr. C. Amirante, *Il futuro dell’Unione Europea dopo i referendum: tra economia, espertocrazia e democrazia*, in S. Gambino (a cura di), *Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa, Costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano 2006, pp. 169 ss.

4 A voler utilizzare il titolo di un recente saggio in materia, cfr. A. Patroni Griffi, *La gestione dell’immigrazione in Europa*, in *Il costituzionalismo multilivello nel terzo millennio: scritti in onore di Paola Bilancia*, “Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo”, *Federalismi.it*, 2 Febbraio 2022, pp. 746 ss.

5 Cfr. A. Patroni Griffi, *La gestione dell’immigrazione in Europa*, cit., p. 748.

6 Cfr. C. Amirante, *Dalla forma Stato alla forma mercato*, cit., p. XXI.

L'eclissi dello Stato, non più garante dell'occupazione e dei diritti sociali, si accompagna al processo di "deterritorializzazione" economica e finanziaria, che gli sottrae i suoi tradizionali compiti, assegnandogliene di nuovi, a cominciare dalla regolamentazione del mercato. Tale nuova idea egemonica – ai sensi della quale il territorio nazionale cessa di rappresentare riferimento privilegiato delle imprese – comporta una radicale trasformazione di principi, valori e regole⁷. È stato, al riguardo, sottolineato come il ribaltamento del rapporto tra ordinamenti statuali e organizzazioni sovranazionali si traduca, da un lato, nella *global governance* e, dall'altro, nel *multilevel constitutionalism*: si realizza una sovrapposizione, alle costituzioni nazionali, di norme di tenore talvolta opposto, orientate al mercato, che assurgono a rango costituzionale⁸.

Siamo lontani, allora, da quell'astratta idea di costituzionalismo multi-livello, nel cui ambito si sarebbe dovuto sviluppare – delineato attorno ai principi-cardine del pluralismo, della centralità della persona e della dignità dell'uomo – lo statuto giuridico della soggettività migrante⁹.

Istanze sovraniste, rivendicate dagli Stati nazionali, hanno compromesso ulteriormente il processo di integrazione, inibendo, di fatto, il prevalere del metodo comunitario su quello intergovernativo in materia di fenomeni migratori¹⁰. Abbiamo parallelamente assistito, agli albori degli anni dieci dell'attuale millennio, all'imporsi, innanzi alla rottura degli equilibri geopolitici nell'Africa mediterranea, delle medesime logiche particolaristiche, espresse stavolta da ordinamenti statuali membri dell'Unione di più antica appartenenza (la "differenza di vedute" tra Francia e Italia a proposito dell'aggressione militare in Libia ne rappresenta un esempio), che hanno impedito all'U.E., oltre alla definizione di una politica comune nella gestione della crisi, l'assunzione, altresì, di una posizione univoca, che andasse al di là dall'avvicinarsi di mere dichiarazioni di principio¹¹.

7 Cfr. C. Amirante, *Dalla forma Stato alla forma mercato*, cit., pp. XXII-XXV.

8 Cfr. C. Amirante, *European governance e Costituzione europea: tra revisione tacita ed anestesia dei sistemi costituzionali degli stati membri*, in S. Gambino, G. D'Ignazio (a cura di), *La revisione costituzionale e i suoi limiti. Fra teoria costituzionale, diritto interno, esperienze straniere*, Giuffrè, Milano 2007, pp. 221 ss.

9 Cfr. A. Patroni Griffi, *Lo statuto giuridico sovranazionale del migrante e la politica comune europea dell'immigrazione: considerazioni introduttive*, cit., p. 3.

10 Cfr. A. Patroni Griffi, *La gestione dell'immigrazione in Europa*, cit., p. 746.

11 Cfr. C. Sbailò, *Crisi nordafricana, καταστροφή e occasione di rilancio per l'Europa*, in "Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo", *Federalismi.it*, n. speciale 1/2019, 14 gennaio 2019, pp. 94 ss. L'Autore fa riferimento, in particolare, alle "conseguenze che la dissoluzione dello spazio politico libico [...] ha avuto

L'affermazione del mercato del credito, a partire dalla seconda metà del secolo passato, comporta la rinuncia al lavoro, quale esclusivo strumento di produzione della ricchezza, il cui ruolo sarà sostituito dalle complesse operazioni finanziarie¹². Assistiamo, allora, in concomitanza con le ondate di crisi economica, alla diffusione esponenziale del prestito usurario, che vedrà coinvolti, nella maggior parte dei casi, i soggetti contrattualmente deboli, tra i quali, *in primis*, le persone migranti "irregolari", emblematica espressione della vulnerabilità sociale e vittime privilegiate dell'usura salariale¹³. Quest'ultima si estrinseca attraverso lo sfruttamento della forza lavoro dello straniero sprovvisto del permesso di soggiorno e, quindi, totalmente privo di potere contrattuale, costretto, per tali ragioni, ad accettare retribuzioni inadeguate per le prestazioni d'opera erogate¹⁴. Pur sussistendo, a tal proposito, gli elementi di tipicità del fatto, ai fini della configurabilità della fattispecie delittuosa di usura soggettiva, di cui all'art. 644, comma 3, c.p., a reprimere un eccessivo squilibrio tra attività lavorativa e compenso salariale interviene la riscrittura, a opera del legislatore del 2016, dell'art. 603*bis* c.p., cui viene attribuita una più ampia portata nel contrasto, in generale, del fenomeno del "caporalato"¹⁵.

Una delle principali conseguenze della globalizzazione economica è la trasformazione dei processi produttivi, caratterizzati da un progressivo peggioramento dei livelli di tutela, stabilità, salario e sicurezza. La flessibilità dell'organizzazione del mercato e della produzione dei beni e dei servizi offre sempre più ampie opzioni per il decentramento produttivo. In Italia, in particolare, classe politica e Confindustria, uniformandosi ai dettami di organismi sovranazionali, quali il Fondo Monetario Internazionale

nel 2011 sull'ingrossamento e l'incontrollata moltiplicazione dei flussi migratori diretti verso il Continente"; cfr., altresì, C. Sbailò, *Immigrazione: il fallimentare approccio europeo e i limiti della risposta neo-sovranaista. (Note sui profili di costituzionalità e sulle criticità applicative del decreto-legge 113/2018/c.d. "decreto sicurezza")*, in "Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo", *Federalismi.it*, n. 3/2019, 6 febbraio 2019, pp. 2 ss.

12 Cfr. P. Troncone, *L'usura soggettiva tra le vicende del profitto iniquo. Profili dommatici e politico criminali*, Dike giuridica, Roma 2023, p. 25.

13 Ivi, pp. 56-59.

14 Ivi, p. 128.

15 Ai fini di una ricostruzione della disciplina del nuovo reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, di cui all'art. 603*bis* c.p., così come riscritto dalla Legge 29 ottobre 2016, n. 199, cfr. U. Nazzaro, *Misure di contrasto al fenomeno del caporalato: il nuovo art. 603-bis e l'ardua compatibilità tra le strategie di emersione del lavoro sommerso e le politiche migratorie dell'esclusione*, in "Cassazione penale", n. 7/8, 2017, pp. 2617 ss.

e la Banca Mondiale, esercitano continue pressioni a favore di “flessibilizzazione” e “precarizzazione” dei rapporti di lavoro¹⁶.

Strumento privilegiato per l'adeguamento delle istituzioni statali alla nuova forma dello Stato-mercato è, allora, il diritto, che abdica definitivamente al proprio astratto ruolo di tutela dei lavoratori, in luogo della difesa del capitale. In tale contesto i prestatori d'opera più vessati, che subiscono “discrimini qualitativo-giuridici”¹⁷ in quanto soggetti particolarmente ricattabili, sono, per le susesposte ragioni, inevitabilmente le persone migranti¹⁸. Le esigenze mercantili improntano, infatti, le politiche migratorie, tese a informare, a cominciare dagli anni Novanta del secolo passato, le legislazioni interne dei Paesi Membri dell'U.E.¹⁹.

A questa fase è ascrivibile la riforma della normativa italiana in materia di stranieri, realizzata attraverso la L. 6 marzo 1998, n. 40 (cd. “Turco-Napolitano”), la cui disciplina confluisce, quindi, nel D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, (il Testo Unico sull'Immigrazione – T.U.I., il cui impianto originario è oggetto di costante ridefinizione a opera dei successivi interventi legislativi)²⁰.

La sostituzione del privato al pubblico nell'erogazione dei servizi trova realizzazione attraverso l'intervento del legislatore, che negli ultimi decenni ha operato su due livelli: il progressivo smantellamento, da un lato, delle garanzie costituzionali dettate originariamente a vantaggio del singolo, attraverso le cc.dd. riforme del diritto del lavoro, che hanno imposto flessibilità e precarietà; e la ciclica riproposizione, dall'altro, della legislazione penale emergenziale, quale forma di normalizzazione della conflittualità che la negazione dei bisogni produce. L'inflazionato ricorso alla decretazione d'urgenza rappresenta, da sempre, lo strumento attraverso il quale si realizza tale duplice ordine di interventi, che hanno caratterizzato, quali tappe di un percorso avviato dalla riforma del 1998, il controllo e la neutralizzazione delle persone migranti, attraverso la loro differenziazione tra “regolari” e “irregolari”: manodopera “a basso costo”, offerta dai primi, e

16 Cfr. C. Amirante, *Dalla forma Stato alla forma mercato*, cit., p. XXXIII.

17 Cfr. M. Pascali, *La “decolorazione” del lavoro nero nel processo di decostruzione del diritto penale del lavoro. Normalizzazione, migrazione ed eclissi del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli 2007, p. 183.

18 Cfr. *ivi*, pp. 183-213.

19 Cfr. A. Dal Lago, *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Feltrinelli, Milano 2005, pp. 265-266.

20 Ai fini di una ricostruzione della legislazione in materia di immigrazione, cfr. V. Scalia, *L'espulsione dello straniero alla prova degli obblighi internazionali di protezione dei diritti fondamentali*, in “L'indice penale”, n. 2, 2010, pp. 749 ss.

“lavoro sommerso”, cui vengono costretti i secondi, sono entrambi funzionali alle logiche di mercato neoliberiste²¹.

Il doppio livello adottato dalle politiche italiane di contenimento dei fenomeni migratori, espressione di un'accoglienza fondata su interessi esclusivamente mercantili, è rappresentato, per un verso, dalla disciplina dei flussi, direttamente regolamentata dal summenzionato Testo Unico sull'Immigrazione (D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286) e dagli interventi legislativi che ne hanno periodicamente ridefinito il volto – attraverso il quale sono stati, altresì, predisposti strumenti di natura amministrativa e penale, funzionali a una progressiva negazione allo straniero dello *status* di regolare – e, per l'altro, dal sistema di protezione internazionale, ridefinito attorno al recepimento di direttive comunitarie e all'introduzione dei “decreti immigrazione e sicurezza”, che scandiscono un percorso avviato nel 2017 e che conduce, per adesso, alla legislazione emergenziale del biennio 2023/2024.

2. *Un rapido excursus sull'iter legislativo in materia di immigrazione anteriore alla decretazione d'urgenza del biennio 2023/2024*

Approvati dall'Esecutivo a pochi mesi di distanza l'uno dall'altro, il D.L. 10 marzo 2023, n. 20, convertito, con modificazioni, nella L. 5 maggio 2023, n. 50, e il D.L. 5 ottobre 2023, n. 133, convertito, con modificazioni, nella L. 1 dicembre 2023, n. 176, cui hanno fatto seguito i recenti D.L. 11 ottobre 2024, n. 145, convertito, con modificazioni, nella L. 9 dicembre 2024, n. 187, e D.L. 23 ottobre 2024, n. 158, rappresentano nuove tappe di quel percorso inaugurato dal decreto “Mininni-Orlando” del 2017. Si tratta di un *iter*, che, seppur scandito da interventi legislativi posti in

21 In relazione alla “doppia strategia” in materia di controllo dei flussi migratori, cfr. A. Dal Lago, *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, cit., p. 265. Cfr., altresì; C. Amirante, intervento in *Discriminazione razziale e autonomia privata. Atti del Convegno. Napoli, 22 marzo 2006*, Roma 2006, pp. 97 ss.; M. Pascali, *La “decolorazione” del lavoro nero nel processo di decostruzione del diritto penale del lavoro*, cit., pp. 183 ss.; A. Caputo, *Diseguali, illegali, criminali. (Una guida alla lettura)*, in “Questione giustizia”, n. 1, 2009, pp. 83 ss.; S. Gambino, G. D'Ignazio (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali fra costituzioni nazionali, Unione Europea e diritto internazionale*, Giuffrè, Milano 2010; U. Nazzaro, *Fenomeni migratori e diritti umani*, in A.A.V.V. (a cura di), *Costituzione – Economia – Globalizzazione. Liber Amicorum in onore di Carlo Amirante*, E.S.I., Napoli 2013, pp. 1403 ss.; C. Amirante, M. Pascali, *Alien. Immigrazione clandestina e diritti umani*, Editoriale scientifica, Napoli 2015.

essere, nel corso dell'alternanza parlamentare, dalle maggioranze avvicendatesi, espressioni, talvolta, di opposti schieramenti politici, mostra, nel complesso, una continuità di fondo nella lotta a un'immigrazione definita "irregolare" alla luce delle logiche dell'esclusione, *Leit-motiv* delle strategie migratorie italiane ed europee dispiegate a partire dagli anni Novanta del secolo trascorso.

Le medesime istanze securitarie, che sottendono il contenimento dei flussi, informano il parallelo percorso teso all'introduzione, nell'ordinamento italiano, di nuove forme di declinazione del concetto di "sicurezza", dapprima "urbana", quindi "nazionale", riproposto a partire dal secondo dei due decreti "Minniti" del 2017. Siffatto *iter* si è andato concretizzando attraverso quelle stesse successive tappe²², che contengono disposizioni atte al respingimento o all'espulsione dei migranti cc.dd. "irregolari".

Abbiamo assistito – come più volte sottolineato²³, in occasione dei commenti ai decreti governativi succedutisi nel corso degli ultimi otto anni – al costante ricorso alla decretazione d'urgenza, che ha dato luogo a provvedimenti estrinsecantesi in un coacervo di norme eterogenee.

Il doppio livello adottato dalle politiche italiane di contenimento dei fenomeni migratori, espressione di un'accoglienza fondata su interessi esclusivamente mercantili, è rappresentato, per un verso, dalla disciplina dei flussi, direttamente regolamentata dal Testo Unico sull'Immigrazione (D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286) e, per l'altro, dal sistema di protezione internazionale, ridefinito attorno al recepimento di direttive comunitarie.

Su entrambi i piani sono, quindi, intervenuti i summenzionati provvedimenti legislativi, introducendo, da un lato, misure di natura amministrativa e penale, funzionali a una progressiva negazione allo straniero dello *status* di regolare, e procedendo, dall'altro, al costante ridimensionamento del diritto d'asilo.

22 Si tratta dei cc.dd. decreti "Salvini", il D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, e il D.L. 14 giugno 2019, n. 53, convertiti, con modificazioni, rispettivamente nella L. 1° dicembre 2018, n. 132, e nella L. 8 agosto 2019, n. 77, cui ha fatto seguito il D.L. 21 ottobre 2020, n. 130, convertito, con modificazioni, nella L. 18 dicembre 2020, n. 173.

23 Cfr. U. Nazzaro, *I decreti "immigrazione" e "sicurezza" del 2017: considerazioni critiche*, in "Rivista penale", n. 7/8, 2017, pp. 599 ss.; Id., *I decreti "Salvini" su "immigrazione" e "sicurezza" tra profili di incostituzionalità, violazione delle norme di diritto internazionale e diritto penale massimo*, in "Rivista penale", n. 11, 2019, pp. 995 ss.; Id., *L'"emergenza immigrazione e sicurezza" dal Decreto Legge n. 130 del 2020 alla L. 23 dicembre 2021, n. 238: profili di diritto penale e misure di prevenzione*, in "Rivista penale", n. 3, 2022, pp. 184 ss.

Il D.L. 17 febbraio 2017, n. 13, convertito, con modificazioni, nella L. 13 aprile 2017, n. 46 (c.d. decreto “Minniti-Orlando”), rappresenta il primo atto del nuovo percorso teso al contenimento dei flussi migratori. Obiettivo del legislatore del 2017, in particolare, è assicurare, da un lato, l’effettività delle espulsioni e il potenziamento dei Centri di permanenza per i rimpatri (C.p.r.), che andranno a ridenominare i Centri di identificazione ed espulsione (C.i.e.), e agevolare, dall’altro, la celerità delle procedure di protezione internazionale, attraverso l’eliminazione di talune garanzie processuali (la soppressione del ricorso in appello avverso l’esito negativo della richieste d’asilo e l’introduzione del rito camerale, privo di udienza orale, in luogo del rito sommario di cognizione).

Attraverso i cc.dd. decreti “Salvini”, il D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, e il D.L. 14 giugno 2019, n. 53, convertiti, con modificazioni, rispettivamente nella L. 1° dicembre 2018, n. 132, e nella L. 8 agosto 2019, n. 77, si implementa ulteriormente il meccanismo di allontanamento degli stranieri. L’abolizione del permesso di soggiorno per motivi umanitari, a opera della L. n. 132/2018, e il potenziamento e il coordinamento dei controlli di frontiera, attuati tramite il rafforzamento dei poteri del Ministro dell’Interno, previsto dalla successiva L. n. 77/2019, rappresentano le misure più discutibili delle due riforme. Ad arginare gli effetti aberranti dei sopra citati provvedimenti, interviene il D.L. 21 ottobre 2020, n. 130 (c.d. decreto “Lamorgese”), convertito, con modificazioni, nella L. 18 dicembre 2020, n. 173. Il legislatore del 2020 introduce, innanzitutto, una nuova forma di protezione internazionale, definita “speciale”, che, prescindendo da quella sussidiaria o dal riconoscimento dello *status* di rifugiato, presenta analogie sostanziali con il permesso di soggiorno per motivi umanitari, abrogato dalla L. n. 132/2018, colmandone il vuoto normativo. La L. n. 173/2020 interviene, quindi, ad attenuare il carico sanzionatorio contemplato dall’art. 1 del D.L. n. 53/2019, che, attraverso l’inserimento del comma *1ter* nell’art. 11 del D.Lgs. n. 286/1998, attribuisce al Ministro dell’interno la facoltà di “limitare o vietare il transito e la sosta di navi nel mare territoriale”, lasciando intatto il precetto concernente le attribuzioni ministeriali e intervenendo esclusivamente ad alleggerire notevolmente le sanzioni amministrative, previste per chi viola il divieto di ingresso; limiti edittali compresi tra i 10.000 e i 50.000 euro vanno a sostituire quelli in precedenza contemplati, inclusi tra i 150.000 e i 1.000.000 euro.

I decreti “immigrazione” e “sicurezza” del quadriennio 2017/2020 scandiscono un percorso emergenziale, teso a neutralizzare un crescente novero di soggetti marginali (*rectius*, marginalizzati), che, alla luce di un sentimento di insicurezza strumentalmente ingenerato nell’opinione

pubblica da opzioni di politica penale orientate all'esclusione, assurgono progressivamente a fonti di pericolo: obiettivo dei summenzionati provvedimenti governativi sono, da un lato, i migranti cc.dd. "irregolari" e, dall'altro, i nuovi "tipi d'autore", quali, a esempio, i parcheggiatori abusivi, le persone dedite all'accattonaggio o i detenuti, cui si accompagnano gli occupanti di immobili, i writers, i manifestanti "di piazza" e, in generale, gli oppositori sociali.

L'ennesimo "giro di vite" nei confronti degli stranieri è rappresentato dalla decretazione d'urgenza del 2023, i cui interventi costituiscono ulteriori tappe di quell'*iter*, estrinsecantesi sul duplice livello del contenimento dei flussi migratori e delle strategie securitarie, avviato dai legislatori del 2017.

3. *Cenni generali sul D.L. 10 marzo 2023, n. 20, convertito, con modificazioni, nella L. 5 maggio 2023, n. 50: modifiche alle modalità di programmazione dei "flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri" e al sistema di accoglienza*

A strumentalizzare l'ennesima strage del Mediterraneo – materializzata attraverso il naufragio, avvenuto il 26 febbraio 2023 a largo delle coste calabresi di Steccato di Cutro, di un'imbarcazione che trasportava persone migranti, nel quale hanno perso la vita oltre una settantina di esseri umani – interviene il D.L. 10 marzo 2023, n. 20, convertito, con modificazioni, nella L. 5 maggio 2023, n. 50.

La paradossale reazione legislativa innanzi a una nuova "tragedia del mare" è stata quella di operare, ancora una volta, esclusivamente sul fronte delle strategie di contenimento dei fenomeni migratori e dell'ampliamento del novero delle misure di diritto penale. Il D.L. n. 20/2023 (c.d. decreto "Cutro") contiene "Disposizioni urgenti in materia di flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri e di prevenzione e contrasto all'immigrazione irregolare", che apportano modifiche al D.Lgs. n. 286/1998 (T.U.I.)²⁴.

Si tratta di un intervento di stampo propagandistico, che, lungi dal colpire le organizzazioni mafiose dedite alla tratta delle persone migranti, rappresenta una nuova tappa legislativa nel summenzionato *iter* di perfezionamento delle strategie dell'esclusione.

Siffatte logiche di contenimento dei fenomeni migratori sono – alla luce della disciplina in materia, introdotta dalla L. 6 marzo 1998, n. 40

24 "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero".

(cd. “Turco-Napolitano”), i cui contenuti sono, poi, confluiti nel D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286 – declinate attraverso una duplice strategia, estrinsecantesi, per un verso, nella definizione delle quote di ingresso di stranieri, calibrata sulle esclusive esigenze mercantili e, quindi, su una rigida selezione di individui destinati al mercato del lavoro regolare, e, per l’altro, nel progressivo perfezionamento di un apparato penale-amministrativo, finalizzato all’espulsione del cittadino extracomunitario “irregolare”, definitivamente estromesso finanche dalla prestazione d’opera “in nero” e dai sistemi economici illegali. A metà strada tra l’emersione dalla clandestinità e l’effettiva attuazione delle forme di rimpatrio si colloca la condizione di irregolarità, in cui versa la maggior parte delle persone migranti entrate illegalmente in Italia, che sono attratte dalle economie sommerse.

Il legislatore del 2023, intervenendo sull’impianto normativo delineato dal D.Lgs. n. 286/1998, apporta, da un lato, modifiche alle modalità di programmazione dei “flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri” e al sistema di accoglienza in generale e provvede, dall’altro, a inasprire le pene per le condotte delittuose connesse al favoreggiamento dell’immigrazione clandestina, introducendo, altresì, una nuova fattispecie di reato in materia, di cui più innanzi ci occuperemo.

Quanto al primo dei due aspetti, novità interessano la concessione dei permessi di soggiorno per motivi di lavoro, la cui disciplina è definita alla luce della riforma del 1998. Assume, in particolare, centralità, ai sensi dell’art. 3 del D.Lgs. n. 286/1998, il concetto di “quote massime di stranieri”, cui è subordinato l’ingresso in Italia delle persone migranti. A tal fine è predisposto un documento programmatico relativo alla politica dell’immigrazione nel territorio nazionale, nel quale sono individuati gli interventi che lo Stato italiano si propone di svolgere in materia, attraverso, altresì, la conclusione di accordi con gli ordinamenti statuali di origine. Siffatte azioni possono essere realizzate anche in cooperazione con gli altri Paesi membri dell’Unione Europea, con gli organismi internazionali, con le istituzioni comunitarie e con le organizzazioni non governative (ONG). Il documento programmatico indica, quindi, le misure di carattere economico e sociale nei confronti degli stranieri che soggiornano nel territorio dello Stato, nelle materie che non devono essere disciplinate con legge. Esso delinea, inoltre, gli interventi pubblici volti a favorire le relazioni familiari, l’inserimento e l’integrazione culturale dei cittadini extracomunitari residenti sul territorio nazionale, nel rispetto delle diversità e delle identità, purché non in contrasto con il sistema giuridico, prevedendo ogni possibile strumento per un positivo reinserimento nei Paesi di origine.

Il documento programmatico individua, nel complesso, i criteri generali per la definizione dei flussi di ingresso nel territorio dello Stato. Viene, in tal modo, regolata la concessione dei permessi di soggiorno per motivi di lavoro subordinato, autonomo o stagionale. Si tratta del c.d. “decreto flussi”, che, alla luce della riforma della normativa in esame apportata dal D.L. n. 20/2023 (convertito, con modificazioni, nella L. n. 50/2023), verrà pianificato ogni tre anni, anziché ogni anno²⁵. La programmazione degli ingressi per ragioni lavorative ha ad oggetto i cittadini di Stati non appartenenti all’Unione Europea e gli apolidi.

L’art. 1, comma 1, L. n. 50/2023 dispone che, “per il triennio 2023-2025, le quote massime di stranieri da ammettere nel territorio dello Stato per lavoro subordinato, anche per esigenze di carattere stagionale, e per lavoro autonomo, sono definite, in deroga alle disposizioni dell’articolo 3 del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri”. Siffatto provvedimento, ai sensi del successivo comma 3, “indica i criteri generali per la definizione dei flussi di ingresso che devono tener conto dell’analisi del fabbisogno del mercato del lavoro effettuata dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali, previo confronto con le organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro maggiormente rappresentative sul piano nazionale”, fissando un limite massimo di prestatori d’opera migranti da accogliere in Italia. Il legislatore del 2023, al fine di implementare misure tese alla prevenzione dell’immigrazione clandestina, predispone, quindi, un canale prioritario di ingressi. Ai sensi, infatti, del comma 5 (art. 1, L. n. 50/2023), “con i decreti di cui al presente articolo sono assegnate, in via preferenziale, quote riservate ai lavoratori di Stati che, anche in collaborazione con lo Stato italiano, promuovono per i propri cittadini campagne mediatiche aventi ad oggetto i rischi per l’incolumità personale derivanti dall’inserimento in traffici migratori irregolari”.

Ulteriori novità interessano, quindi, la disciplina dei titoli di ingresso e di soggiorno per lavoro subordinato di stranieri, al fine di semplificare e rendere, di conseguenza, più celere la procedura del rilascio del relativo nulla osta. Sono, a tal uopo, apportati, dall’art. 2 della L. n. 50/2023, correttivi a talune norme del T.U.I. Si interviene, ai sensi del comma 1, sull’art. 22 (“Lavoro subordinato a tempo determinato e indeterminato”) e sull’art. 24 (“Lavoro stagionale”), nei quali sono inserite disposizioni tese

25 Cfr., sul punto, L. Biarella, *Quote da immettere al lavoro stabilite su una base triennale*, in “Guida al diritto”, n. 11, 2023, pp. 95 ss.

ad assicurare maggiore celerità all'apparato burocratico, cui viene affidato l'accertamento dell'assenza di cause che ostano all'attività lavorativa. Nell'art. 22 del D.Lgs. n. 286/1998 è introdotto, in particolare, il nuovo comma 5.01, ai cui sensi "il nulla osta è rilasciato in ogni caso qualora, nel termine indicato al comma 5, non sono state acquisite dalla questura le informazioni relative agli elementi ostativi di cui al presente articolo".

Viene, quindi, inserito nel T.U.I. l'art. 24^{bis}, avente a oggetto – "in relazione agli ingressi previsti dai decreti di cui all'articolo 3, comma 4" del D.Lgs. n. 286/1998, che disciplinano le quote massime di lavoratori stranieri da ammettere nel territorio dello Stato – "la verifica dei requisiti concernenti l'osservanza delle prescrizioni del contratto collettivo di lavoro e la congruità del numero delle richieste presentate di cui all'articolo 30-bis, comma 8, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1999, n. 394", che sono demandate, "fatto salvo quanto previsto al comma 4 del presente articolo, ai professionisti di cui all'articolo 1 della legge 11 gennaio 1979, n. 12, e alle organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ai quali il datore di lavoro aderisce o conferisce mandato".

La volontà di agevolare l'avvio del rapporto lavorativo degli stranieri con le aziende italiane e di favorire, di conseguenza, l'accelerazione della procedura del rilascio del relativo nulla osta è, ovviamente, declinata nell'esclusivo interesse del sistema imprenditoriale, soprattutto per quel che riguarda le esigenze di carattere stagionale²⁶.

Le summenzionate verifiche di congruità devono – ai sensi del successivo comma 2 (art. 2, L. n. 50/2023) – tener, altresì, conto di ulteriori fattori, quali la "capacità patrimoniale", l'"equilibrio economico-finanziario", il "fatturato", il "numero di dipendenti" e il "tipo di attività svolta dall'impresa". Il riscontro positivo dei sopra citati requisiti comporta il rilascio di "apposita asseverazione che il datore di lavoro produce unitamente alla richiesta di assunzione del lavoratore straniero".

Una posizione privilegiata è attribuita a quelle imprese che rivestono maggior rilievo nell'ambito del sistema economico italiano e che, per tali ragioni, sono dispensate dalla produzione della certificazione di cui al dettato normativo. Si tratta delle "organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale che hanno sottoscritto con il Ministero del lavoro e delle politiche sociali un apposito protocollo di intesa con il quale si impegnano a garantire il rispetto, da parte dei propri

26 Cfr., sul punto, L. Biarella, *Quote da immettere al lavoro stabilite su una base triennale*, cit., p. 95.

associati, dei requisiti di cui al comma 1^o: alle medesime non sarà, ai sensi del comma 3 (art. 2, L. n. 50/2023), richiesta, con riferimento alle istanze presentate, l'asseverazione di cui al precedente comma 2⁷.

Al c.d. decreto "Cutro" è, così, affidato innanzitutto il compito di intervenire sulla disciplina delle quote di ingresso, al fine di perfezionare un meccanismo di esclusione, nell'ambito del quale un ruolo prioritario è attribuito alle imprese maggiormente legate ai poteri economici. L'incommensurabile strutturale sproporzione esistente, all'interno del rapporto instauratosi tra datore di lavoro e lavoratore, tra la forza contrattuale del primo a discapito di quella del secondo (sino a giungere a condizioni lavorative clandestino-schiavistiche, allorché il prestatore d'opera sia costretto a una condizione di irregolarità, inevitabile conseguenza di opzioni legislative tese alla criminalizzazione dei fenomeni migratori) è parte di una più complessa dinamica, nella quale la disparità di regole è congenita alla medesima categoria imprenditoriale. E se, da un lato, le strategie dell'emersione hanno quale obiettivo principale il singolo cittadino, che impiega manodopera domestica ("colf" e "badanti"), più che le aziende, che rimangono luoghi attrattivi di persone migranti irregolari e, quindi, di prestazioni "in nero", assistiamo, dall'altro, a interventi, quale quello del legislatore del 2023, tesi a garantire una posizione privilegiata alle imprese più rappresentative sul piano nazionale, dispensate, come nel caso in esame, dell'asseverazione da produrre unitamente alla richiesta di assunzione dello straniero.

Ai sensi dell'art. 5 è stabilita, infine, una priorità per l'assegnazione dei lavoratori agricoli rispetto ai nuovi richiedenti. Il contrasto alle agro-mafie non viene, tuttavia, declinato attraverso misure di contrasto alle organizzazioni criminali che sfruttano i fenomeni migratori.

Quanto al secondo aspetto, avente a oggetto interventi sulla disciplina della protezione internazionale, il legislatore del 2023 apporta modifiche al sistema di accoglienza degli stranieri, escludendo dai Sai²⁸ i richiedenti asilo ancora in attesa di una decisione definitiva²⁹.

L'introduzione, a opera dell'art. 5ter (L. n. 50/2023), di un ulteriore segmento normativo nel comma 1bis dell'art. 1sexies del D.L. 30 di-

27 A completare l'art. 2 della L. n. 50/2023 interviene il comma 4, che lascia "ferma la possibilità, da parte dell'Ispettorato nazionale del lavoro, in collaborazione con l'Agenzia delle entrate, di effettuare controlli a campione sul rispetto dei requisiti e delle procedure di cui ai commi 1, 2 e 3".

28 "Sistema di accoglienza e integrazione".

29 Cfr. M. Noci, *Cambia il sistema di accoglienza: esclusi i richiedenti asilo dai SAI*, in "Guida al diritto", n. 20, 2023, pp. 58 ss.

cembre 1989, n. 416, convertito, con modificazioni, nella L. 28 febbraio 1990, n. 39³⁰, comporta l'estensione della possibilità di essere accolti nei Sai agli "asilanti" "che hanno fatto ingresso nel territorio nazionale a seguito di protocolli per la realizzazione di corridoi umanitari ovvero evacuazioni o programmi di reinsediamento nel territorio nazionale che prevedono l'individuazione dei beneficiari nei Paesi di origine o di transito in collaborazione con l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR)".

Ulteriori deroghe alle nuove disposizioni operano nei confronti dei richiedenti asilo presenti nel sistema di accoglienza alla data (del 6 maggio 2023) di entrata in vigore della L. 5 maggio 2023, n. 50, dei cittadini afgani istanti protezione internazionale, "che, a seguito della grave crisi determinatasi in Afghanistan, fanno ingresso nel territorio nazionale in attuazione delle operazioni di evacuazione effettuate dalle autorità italiane", nonché dei profughi dall'Ucraina. Il regime ostativo, previsto dal legislatore del 2023, non interessa neanche i soggetti appartenenti alle "categorie vulnerabili", tra i quali i minori, i minori non accompagnati, i disabili, gli anziani, le donne in stato di gravidanza e, in generale, le vittime di tratta.

L'art. 7ter (L. n. 50/2023) apporta taluni correttivi alla disciplina del riconoscimento e revoca dello *status* di rifugiato, intervenendo su molteplici aspetti³¹. Novità interessano la procedura di esame della domanda di protezione internazionale: viene ampliata, da un lato, la casistica dell'obbligo per l'istante di abbandonare il territorio nazionale e sono ridotte, dall'altro, le opzioni di impugnabilità delle decisioni di inammissibilità delle commissioni territoriali³².

Assume rilievo, a tal proposito, il nuovo comma 2bis, introdotto, dall'art. 7ter (L. n. 50/2023), nell'art. 27 del D.Lgs. 28 gennaio 2008, n. 25. Ai sensi del comma 2bis (art. 27, D.Lgs. n. 25/2008), "la Commissione territoriale, nel caso in cui ritenga che non sussistano i presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale e non ricorrano le condizioni per la trasmissione degli atti al questore ai fini del rilascio di un permesso di soggiorno per protezione speciale o per cure mediche, acquisisce dal questore elementi informativi circa la non sussistenza di una delle cause

30 "Norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e di soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato".

31 Cfr. A. Natalini, *Procedura decisoria semplificata per i ricorsi depositati entro il 2021*, in "Guida al diritto", n. 20, 2023, pp. 64 ss.

32 Ivi, p. 64.

impeditive di cui all'articolo 19, commi 1-bis e 2, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286", ossia il respingimento alla frontiera e l'espulsione.

L'intervento del 2023 rappresenta, anche sul piano del progressivo ridimensionamento del diritto d'asilo, una nuova tappa di un *iter*, avviato dal D.L. 17 febbraio 2017, n. 13, convertito, con modificazioni, nella L. 13 aprile 2017, n. 46 (c.d. decreto "Minniti-Orlando"), teso, in generale, al costante contrasto ai fenomeni migratori. Al perfezionamento di un meccanismo di esclusione degli stranieri giova, altresì, il ricorso agli strumenti di natura penale.

4. *L'evoluzione del diritto penale dell'immigrazione e il soggetto migrante quale "tipo d'autore". Il nuovo reato di "Morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina"*

La ciclica riproposizione di un diritto penale a sfondo sintomatico-soggettivistico, distolto dal reato e incentrato sul reo e sul simbolismo da questi evocato, permea la figura del soggetto migrante "irregolare", elevato a "tipo d'autore"³³. L'allarme sociale, "preterintenzionalmente" e strumentalmente ingenerato nella coscienza collettiva dalle politiche migratorie, relega lo straniero privo del permesso di soggiorno tra le "persone pericolose". A sintetizzare le opzioni di criminalizzazione del soggetto migrante, che le legislazioni europee e nordamericana tese all'esclusione costringono all'"irregolarità", interviene il termine *crimmigration* (dall'unione di *crime* e *migration*), espressione di un più ampio concetto elaborato dalla criminologia statunitense nel corso dei primi dieci anni del nuovo millennio³⁴.

L'asservimento delle strategie migratorie alle esigenze mercantili e ai processi di riforma del mercato del lavoro, i cui principi cardine di "precarietà" e "flessibilità" impongono il reclutamento di un crescente numero di lavoratori "altamente ricattabili", definiscono una disciplina della regolazione dei flussi direttamente dipendente dalle esigenze del ciclo produttivo. Sulla scorta di siffatte necessità sarà selezionata la manodopera straniera da destinare all'economia legale o a quelle illegali. La dicotomia regolare/

33 Cfr. M. Donini, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in "Questione giustizia", n. 1, 2009, pp. 101 ss.

34 Cfr. F. Curi, *Il diritto penale speciale del Testo Unico Immigrazione*, in F. Curi, F. Martelloni, A. Sbraccia, E. Valentini, *I migranti sui sentieri del diritto. Profili socio-criminologici, giuslavoristici, penali e processualpenalistici*, Giappichelli, Torino 2020, p. 122.

irregolare esprime, allora, il doppio livello di impiego della forza lavoro, a seconda che si tratti di lavoratori migranti subordinati, autonomi o stagionali, da un lato, o prestatori d'opera "in nero", dall'altro.

Alle opzioni di politica criminale di contenimento dei fenomeni migratori è funzionale – ad ampliare il sentimento di insicurezza strumentalmente ingenerato nei consociati – la sovrapposizione degli estranei concetti dell'“irregolarità giuridica” e della “pericolosità sociale”³⁵.

Il meccanismo dell'allontanamento, che sottende le logiche dell'esclusione, è incentrato, ai sensi dell'originario impianto del D.Lgs. n. 286/1998, su misure prevalentemente di carattere amministrativo, cui si vanno progressivamente affiancando, a partire dalla L. 30 luglio 2002, n. 189 (c.d. “Bossi-Fini”), strumenti di natura penale. Il legislatore del 2002, in particolare, nell'apportare sostanziali modifiche al T.U.I., imprime un irrigidimento dei criteri di ammissione degli stranieri. La svolta autoritaria in materia è rappresentata dall'introduzione, nell'art. 14 del D.Lgs. n. 286/1998, dei commi 5^{ter} e 5^{quater}, che prevedono le ipotesi delittuose di ingiustificata inosservanza degli ordini di allontanamento emanati dal questore. Viene, per tale via, elevato a regola il principio dell'allontanamento coattivo della persona migrante “irregolare”, che sino ad allora rappresentava l'*extrema ratio* e che andrà a sostituirsi a quello volontario.

A riaffermare la volontarietà del rimpatrio, che presuppone un termine per abbandonare spontaneamente il territorio di quello Stato, ove la presenza del cittadino di un Paese terzo è giudicata irregolare, interviene la Direttiva 2008/115/CE, adottata il 16 dicembre 2008 dal Parlamento europeo e dal Consiglio dell'U.E. Obiettivo dell'intervento legislativo del 2008 è attribuire centralità e concretezza al principio del *non-refoulement*, disposto ai sensi dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra, attraverso il quale viene sancito il divieto di ogni forma di allontanamento forzato verso un ordinamento statale non sicuro.

Gli Stati membri, invitati dall'art. 20 della Direttiva 2008/115/CE ad adottare le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi a essa entro la data del 24 dicembre 2010³⁶, possono

35 Cfr. A. Sbraccia, *Effetti criminogenetici? Il decreto Salvini tra continuità e innovazione*, in F. Curi (a cura di), *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza. Commento al d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv., con mod., in legge 1 dicembre 2018, n. 132*, Pacini, Pisa 2019, p. 14.

36 In relazione alle riflessioni dottrinarie dell'epoca sui futuribili scenari, che si sarebbero potuti configurare in caso di un eventuale rifiuto del legislatore italiano di adeguare la propria normativa in materia di respingimento a quella europea, cfr. F. Viganò, L. Masera, *Inottemperanza dello straniero all'ordine di allontana-*

esimersi dall'applicarla solo nei confronti di cittadini di Paesi terzi sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale, in conformità della legislazione nazionale.

Al fine di utilizzare siffatta eccezione per sottrarsi all'obbligo di adeguare la propria disciplina ai dettami europei, il legislatore del 2009 vara un nuovo "pacchetto sicurezza", attraverso il quale, oltre a inasprire la disciplina di cui ai commi 5^{ter} e 5^{quater} dell'art. 14 del T.U.I., attrae nell'ambito del penalmente rilevante la mera condizione soggettiva di irregolarità amministrativa dello straniero.

Ai sensi della L. 15 luglio 2009, n. 94, viene, infatti, introdotto, nel testo del medesimo D.Lgs. n. 286/1998, l'art. 10^{bis}, che punisce le condotte di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato³⁷. Si tratta di un subdolo e vano tentativo di aggirare l'applicazione della Direttiva 2008/115/CE, che concede al destinatario di un ordine di allontanamento un termine compreso tra i sette e i trenta giorni per abbandonare volontariamente il territorio nazionale. L'eccezione alla regola comunitaria del rimpatrio volontario, alla luce di un orientamento dottrinario consolidatosi all'indomani dell'introduzione del "pacchetto sicurezza" del 2009³⁸, sussiste, infatti, solo quando il rimpatrio sia conseguenza di una sanzione penale differente dall'irregolarità dell'ingresso o del soggiorno.

A censurare il mancato adeguamento della disciplina italiana alla Direttiva 2008/115/CE, interviene, allora, la decisione del 28 aprile 2011 della Corte di giustizia dell'U.E.³⁹. Attraverso la pronuncia in esame, i giudici del Lussemburgo ribadiscono che "gli Stati membri non possono introdurre, al fine di ovviare all'insuccesso delle misure coercitive adottate per procedere all'allontanamento coattivo conformemente all'art. 8, n. 4, di detta direttiva, una pena detentiva, come quella prevista dall'art. 14, comma 5-ter, del decreto legislativo n. 286/1998, solo perché un cittadino di un paese terzo, dopo che gli è stato notificato un ordine di lasciare il territorio

mento e "direttiva rimpatri" UE: scenari prossimi venturi per il giudice penale italiano, in "Cassazione penale", n. 5, 2010, pp. 1710 ss.; F. Viganò, L. Masera, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", fasc. 2, 2010, pp. 560 ss.

37 Cfr. G.L. Gatta, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in "Diritto penale e processo", n. 11, 2009, pp. 1323 ss.

38 Cfr. *ivi*, p. 1332. Cfr., altresì, F. Viganò, L. Masera, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, *cit.*, p. 586.

39 Cfr. Corte di giustizia CE, 28 aprile 2011, El Dridi, C. 61/11 PPU, in "Rivista penale", n. 6, 2011, pp. 678 ss.

di uno Stato membro e che il termine impartito con tale ordine è scaduto, permane in maniera irregolare nel territorio nazionale”⁴⁰.

La bocciatura della Corte di Giustizia dell’U.E. dell’operato del legislatore italiano⁴¹, in relazione al mancato adeguamento, in generale, del proprio ordinamento all’enunciato del *non-refoulement* e all’illegittimità, in particolare, dell’art. 14, comma 5ter, D.Lgs. n. 286/1998, ha “sollecitato” un nuovo intervento legislativo⁴².

Il D.L. 23 giugno 2011, n. 89, convertito, con modificazioni, nella Legge 2 agosto 2011, n. 129, riafferma il principio dell’allontanamento volontario dello straniero⁴³, cui è intimato dal prefetto di lasciare il territorio dello Stato entro un termine compreso tra i sette e i trenta giorni. Risulta, a tal fine, ridimensionata la portata repressiva delle figure delittuose di cui ai commi 5ter (oggetto della declaratoria di illegittimità dalla Corte di Giustizia dell’U.E.) e 5quater dell’art. 14 D.Lgs. n. 286/1998, che non comportano più, come in precedenza, la reclusione per la permanenza illegale all’interno dei confini nazionali. Le nuove ipotesi incriminatrici sanzionano, adesso, con la multa la violazione dell’ordine di allontanamento, integrando reati di natura istantanea, che si consumano nel momento della scadenza del termine concesso dall’autorità giudiziaria per allontanarsi dal territorio dello Stato⁴⁴.

40 Cfr. F. Viganò, *La Corte di giustizia dichiara incompatibile con la direttiva rimpatri l’incriminazione di cui all’art. 14 co. 5 ter t.u. imm.*, in “Diritto penale contemporaneo”, 29 aprile 2011.

41 Cfr. C. Favilli, *Il reato di inottemperanza all’ordine di allontanamento del questore di fronte alla Corte di giustizia*, in “Diritto penale e processo”, n. 7, 2011, pp. 904 ss.; C. Amalfitano, *La reclusione degli immigrati irregolari per violazione dell’ordine di allontanamento del questore non è compatibile con le prescrizioni della c.d. direttiva rimpatri*, in “Cassazione penale”, n. 7/8, 2011, pp. 2786 ss.

42 Pur sostenendosi, in dottrina, come la disapplicazione non implichi, tuttavia, automatica abrogazione o annullamento dell’art. 14, comma 5ter, D.Lgs. n. 286/1998, che spetterà, comunque, al legislatore italiano, si osserva, in ogni caso, che, all’indomani della prima applicazione degli effetti della sentenza della Corte di Giustizia dell’U.E., Consiglio di Stato e Corte di Cassazione si siano espressi per la soluzione opposta. Cfr. C. Favilli, *Il reato di inottemperanza all’ordine di allontanamento del questore di fronte alla Corte di giustizia*, cit., pp. 904 ss.

43 La Suprema Corte di Cassazione si è successivamente pronunciata per l’estensione del principio del *non-refoulement* allo straniero “pericoloso” avente diritto alla protezione sussidiaria; cfr. G. Mentasti, *Secondo la Cassazione il divieto di refoulement vale anche per lo straniero pericoloso ammesso alla protezione sussidiaria*, in “Diritto penale contemporaneo”, n. 12/2017, 19 dicembre 2017.

44 Cfr. P. Pisa, *Nuove norme penali in tema di immigrazione irregolare*, in “Diritto penale e processo”, n. 7, 2011, pp. 804 ss. Cfr., altresì, O. Forlenza, *Dai rimpatri alla libera circolazione negli Stati il legislatore si mette in regola con le direttive Ue*, in “Guida al diritto”, n. 28, 2011, pp. 44 ss.

Il legislatore del 2011 si limita, pertanto, a rendere la disciplina italiana in materia di flussi migratori compatibile con la Direttiva 2008/115/CE, riscrivendo, da un lato, le norme direttamente o indirettamente oggetto delle censure dei giudici del Lussemburgo, ma astenendosi, dall'altro, da un più radicale intervento che coinvolgesse, altresì, l'art. 10^{bis} del D.Lgs. n. 286/1998. Essendo realizzabile esclusivamente da soggetti extracomunitari o da apolidi, la fattispecie incriminatrice di immigrazione clandestina si presenta come reato proprio ed è configurato come ipotesi contravvenzionale, integrabile con le condotte sia dolose, sia colpose: il giudice di pace, cui è affidata la competenza, pronuncerà – qualora l'autorità amministrativa esegua o meno, anteriormente alla definizione del procedimento penale, il provvedimento di espulsione – sentenza, rispettivamente, di non luogo a procedere o di condanna alla sanzione penale dell'ammenda⁴⁵. Si tratta della pena pecuniaria prevista per le contravvenzioni, che il condannato (lo "straniero clandestino"), nella pressoché quasi totalità dei casi, sarà impossibilitato, per evidenti motivi di indisponibilità economica, a pagare. Il reato di cui all'art. 10^{bis} del D.Lgs. n. 286/1998 assurge, per siffatte ragioni, a emblema di un sistema punitivo a sfondo sintomatico-soggettivistico, teso esclusivamente alla stigmatizzazione dell'"autore", il "migrante irregolare".

La permanenza dell'art. 10^{bis} nel T.U.I. – giudicato finanche dalla Consulta compatibile con gli enunciati costituzionali, nello stesso giorno in cui la medesima ebbe, viceversa, a dichiarare illegittima, attraverso un'altra pronuncia, la circostanza aggravante della clandestinità di cui all'art. 61, numero 11^{bis}, c.p. (introdotta dal D.L. 23 maggio 2008, n. 92, convertito nella L. 24 luglio 2008, n. 125, il primo dei due "pacchetti sicurezza" del biennio 2008/2009)⁴⁶ – è indice della volontà legislativa

45 Cfr. G.L. Gatta, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., pp. 1326-1329.

46 La Corte Costituzionale si è, nel contempo, espressa per l'illegittimità, da un lato, della circostanza aggravante di cui all'art. 61, numero 11^{bis}, c.p. (sentenza n. 249, depositata l'8 luglio 2010) e per la compatibilità, dall'altro, dell'art. 10^{bis} del D.Lgs. n. 286/1998 con gli enunciati della Carta del 1948 (sentenza n. 250, depositata l'8 luglio 2010). Cfr., ai fini di una dettagliata analisi dei percorsi motivazionali della Consulta, Corte Cost., 8 luglio 2010, n. 249 e n. 250, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", fasc. 3, 2010, pp. 1349 ss., con nota di L. Masera, *Corte Costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*; Corte Cost., 8 luglio 2010, n. 249, in "Diritto penale e processo", n. 10, 2010, pp. 1172 ss., con nota di L. Degl'Innocenti, S. Tovani, *La Corte costituzionale dichiara illegittima la cd. aggravante di clandestinità*; Corte Cost., 8 luglio 2010, n. 250, in "Diritto penale e processo", n. 10, 2010, pp. 1187 ss., con nota di A. Caputo, *La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte costituzionale*.

di preservare, quale ultimo baluardo, un diritto penale dell'immigrazione prettamente simbolico⁴⁷.

Parzialmente ridimensionato dalla L. n. 129/2011, l'ambito del penalmente rilevante sarà, quindi, nuovamente ampliato a opera del primo dei due decreti "Salvini", il D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito, con modificazioni, nella L. 1° dicembre 2018, n. 132. L'art. 5bis della L. n. 132/2018 introduce, in particolare, ulteriori sei commi (2bis, 2ter, 2quater, 2quinquies, 2sexies e 6bis) nell'art. 10 D.Lgs. n. 286/1998, prevedendo, tra le altre novità, il reato di "reingresso non autorizzato nel territorio italiano dello straniero respinto"⁴⁸.

Il legislatore italiano, lungi dall'abrogare o, quantomeno, declassare a illecito amministrativo la contravvenzione di immigrazione clandestina⁴⁹, interviene ad ampliare il novero di sanzioni penali aventi a oggetto il destinatario di un provvedimento di respingimento disposto dal questore, che, dal rispondere originariamente della sola ipotesi contravvenzionale di cui all'art. 10bis D.Lgs. n. 286/1998, si vedrà, in caso di nuovo ingresso, contestate le ulteriori figure incriminatrici di cui all'art. 10, commi 2ter e 2quater, D.Lgs. n. 286/1998.

A inserire un nuovo tassello nel rinnovato diritto penale dell'immigrazione interviene, quindi, il D.L. 21 ottobre 2020, n. 130 (c.d. decreto "Lamorgese"), convertito, con modificazioni, nella L. 18 dicembre 2020, n. 173. All'art. 1 della L. n. 173/2020 è affidato il compito di ridimensionare i limiti edittali – compresi tra i 150.000 e i 1.000.000 euro – della sanzione amministrativa per la violazione del divieto di ingresso, transito o sosta in

47 Cfr. A. Manna, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in "Cassazione penale", n. 2, 2011, pp. 446 ss.

48 Cfr. O. Bruno, *I decreti "Salvini": profili di diritto penale sostanziale, processuale e securitari*, in "Processo penale e giustizia", n. 5, 2019, pp. 1230 ss. Cfr. R. Vampa, *Divieto di reingresso verso chi è stato accolto per motivi di soccorso*, in "Guida al diritto", n. 4, 2019, pp. 31 ss.; A. Natalini, *Respingimenti: carcere per chi viola anche quelli "differiti"*, in "Guida al diritto", n. 4, 2019, pp. 36 ss.

49 In continuità con l'opzione del legislatore del 2011 di limitarsi ad attenuare la portata repressiva di quelle norme direttamente o indirettamente oggetto della bocciatura dei giudici del Lussemburgo (i commi 5ter, 5quater e 5quinquies dell'art. 14 D.Lgs. n. 286/1998), astenendosi dall'abrogare, altresì, l'art. 10bis D.Lgs. n. 286/1998, si pone il Governo, laddove ebbe a ignorare l'invito del Parlamento – attraverso una delega contenuta nell'art. 2, comma 3, lett. B) della L. 28 aprile 2014, n. 67 – a declassare a illecito amministrativo il reato di "ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato". Cfr., sul punto, C. Ruggiero, *La depenalizzazione del reato di "immigrazione clandestina": un'occasione mancata per il sistema penale italiano*, in "Diritto penale contemporaneo", n. 2, 2017, pp. 135 ss.

acque territoriali italiane, inserita dal secondo dei due decreti “Salvini”, il D.L. 14 giugno 2019, n. 53, convertito, con modificazioni, nella L. 8 agosto 2019, n. 77.

Obiettivo del divieto normativo sono, in questo caso, gli attivisti delle O.n.g., di cui si intende inibire le operazioni di soccorso nelle acque territoriali italiane, assumendo – il Ministro dell'interno, di concerto con quelli della difesa e delle infrastrutture e dei trasporti, previa informazione al Presidente del Consiglio – il totale controllo sulle frontiere marittime. Il legislatore del 2020, lungi dall'abrogare una norma in contrasto con gli enunciati di diritto costituzionale e penale, espressione della retorica salviniana dei “porti chiusi”, lascia, tuttavia, intatto il precetto, limitandosi ad attenuarne notevolmente il carico sanzionatorio. Ai sensi, infatti, della parte conclusiva dell'art. 1 della L. n. 173/2020, “nei casi di inosservanza del divieto o del limite di navigazione stabilito ai sensi del primo periodo, si applica l'articolo 1102 del codice della navigazione e la multa è da euro 10.000 ad euro 50.000”.

L'art. 1102 del codice della navigazione dispone, dal canto suo, che “fuori dei casi previsti nell'articolo 260 del codice penale, è punito con la reclusione fino a due anni e con la multa fino a euro 516,00: 1) il comandante della nave o del galleggiante, nazionali o stranieri, che non osserva il divieto o il limite di navigazione stabiliti nell'articolo 83; 2) il comandante dell'aeromobile nazionale o straniero, che viola il divieto di sorvolo stabilito nell'articolo 793”.

L'intervento legislativo del 2020, pur avendo il merito di attenuare l'eccessivo carico sanzionatorio previsto dal decreto “Salvini” bis, trasforma, tuttavia, in penale l'originario illecito amministrativo di violazione di eventuali futuri divieti ministeriali. Viene, così, configurata una nuova fattispecie incriminatrice, qualificabile come delitto di “mera disobbedienza”, integrato dalla semplice inottemperanza a un provvedimento del Ministro dell'interno di limitazione o interdizione al transito e alla sosta di navi nel mare territoriale “vigente pro tempore”, dalla cui emanazione dipende la possibilità di contestare, in concreto, la fattispecie incriminatrice esame⁵⁰.

Un decisivo implemento del diritto penale dell'immigrazione sarà, in ogni caso, realizzato attraverso la strumentalizzazione dell'ondata emotiva suscitata dall'ennesima “tragedia del mare”, materializzatasi, il 26 febbraio

50 Cfr. A. Natalini, *Divieto di sbarco in acque territoriali: reato trasgredire a ordini del Viminale*, in “Guida al diritto”, n. 2, 2021, pp. 69 ss.; A. Di Martino, L. Ricci, *L'inosservanza della limitazione o del divieto di transito e sosta nel mare territoriale come delitto*, in “La Legislazione penale”, 1° marzo 2021, www.la legislazione penale.eu.

2023, a largo delle coste calabresi di Steccato di Cutro, ove fece naufragio un'imbarcazione che trasportava persone migranti, nel quale hanno perso la vita oltre una settantina di esseri umani tra adulti e bambini.

L'unica paradossale risposta a questa nuova annunciata strage del Mediterraneo, provocata dalle medesime politiche migratorie dell'esclusione, è rappresentata dal D.L. 10 marzo 2023, n. 20, convertito, con modificazioni, nella L. 5 maggio 2023, n. 50, e, in particolare, dall'art. 8, che contiene le "Disposizioni penali".

Il legislatore del 2023 provvede, innanzitutto, a innalzare i limiti edittali di entrambe le ipotesi delittuose di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, di cui, rispettivamente, ai commi 1 e 3 dell'art. 12 del D.Lgs. n. 286/1998⁵¹.

Ai sensi dell'art. 12, comma 1, D.Lgs. n. 286/1998 – come modificato dall'art. 8, comma 1, lett. a), L. n. 50/2023 – “salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona”. L'originaria sanzione penale prevista per l'incriminazione-base di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina era della detenzione da un minimo di uno a un massimo di cinque anni.

L'art. 8, comma 1, lett. a), L. n. 50/2023 interviene, quindi, sull'ipotesi aggravata di cui al comma 3 dell'art. 12 D.Lgs. n. 286/1998, elevando i limiti di pena: la forbice edittale compresa tra i sei e i sedici anni va a sostituire quella sino ad allora inclusa tra i cinque e i quindici anni, cui viene affiancata, anche in questo caso, la multa di 15.000 euro per ogni persona trasportata. A integrare le aggravanti della fattispecie incriminatrice in esame, intervengono le circostanze tassativamente previste dal comma 3 dell'art. 12 D.Lgs. n. 286/1998. La condotta di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina è punita più severamente nei casi in cui: “a) il fatto riguarda l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio dello Stato di cin-

51 Cfr. C. Santoriello, *Pene più severe e un nuovo reato per fermare l'immigrazione clandestina*, in “Il Quotidiano giuridico”, 14 marzo 2023; L. Biarella, *Quote da immettere al lavoro stabilite su una base triennale*, in “Guida al diritto”, n. 11, 2023, pp. 95 ss.; A. Natalini, *Pene più alte per il favoreggiamento: con l'ipotesi aggravata fino a 16 anni*, in “Guida al diritto”, n. 11, 2023, pp. 108 ss.; Id., *Confermato il reato “universale” punibile fuori dai confini territoriali*, in “Guida al diritto”, n. 20, 2023, pp. 83 ss.

que o più persone; b) la persona trasportata è stata esposta a pericolo per la sua vita o per la sua incolumità per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale; c) la persona trasportata è stata sottoposta a trattamento inumano o degradante per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale; d) il fatto è commesso da tre o più persone in concorso tra loro o utilizzando sevizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti; e) gli autori del fatto hanno la disponibilità di armi o materie esplodenti”.

Nessun intervento riguarda, invece, il comma 3^{ter} dell'art. 12 D.Lgs. n. 286/1998. Rimane, pertanto, invariata la pena detentiva aumentata da un terzo alla metà e la multa di venticinquemila euro per ogni essere umano, se i fatti, di cui ai commi 1 e 3: “a) sono commessi al fine di reclutare persone da destinare alla prostituzione o comunque allo sfruttamento sessuale o lavorativo ovvero riguardano l'ingresso di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento; b) sono commessi al fine di trarne profitto, anche indiretto”.

La novità più significativa – non solo nell'ambito delle disposizioni penali di cui all'art. 8, ma dell'intera L. n. 50/2023 – è la configurazione dell'ipotesi di reato di “Morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina”, disciplinato ai sensi del nuovo art. 12^{bis}, inserito dal legislatore del 2023 nel D.Lgs. n. 286/1998. A integrare un'autonoma fattispecie delittuosa rispetto alla figura criminosa del favoreggiamento (di cui, pertanto, non rappresenta una circostanza aggravante) è la medesima condotta di agevolazione dell'ingresso illegale di stranieri nel territorio dello Stato, punita più gravemente allorquando il trasporto sia effettuato con modalità tali da esporre le persone migranti a pericolo per la vita o per l'incolumità o da sottoporli a trattamento inumano o degradante. Ipotesi circostanziate, previste nei commi successivi, si affiancano alla pena base contemplata dal comma 1 dell'art. 12^{bis}.

L'art. 12^{bis}, comma 1, D.Lgs. n. 286/1998 – come modificato in sede di conversione del D.L. 10 marzo 2023, n. 20, nella L. 5 maggio 2023, n. 50⁵² – così recita: “Chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o in qualunque modo effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza

52 In sede di conversione del decreto “Cutro” nella L. 5 maggio 2023, n. 50, è stata inserita, nel comma 1 dell'art. 12 D.Lgs. n. 286/1998, una modalità della condotta delittuosa del trasporto di stranieri, che, ai fini della configurazione del reato in esame, può essere effettuato “in qualunque modo”.

permanente, quando il trasporto o l'ingresso sono attuati con modalità tali da esporre le persone a pericolo per la loro vita o per la loro incolumità o sottoponendole a trattamento inumano o degradante, è punito con la reclusione da venti a trenta anni se dal fatto deriva, quale conseguenza non voluta, la morte di più persone. La stessa pena si applica se dal fatto derivano la morte di una o più persone e lesioni gravi o gravissime a una o più persone”.

L'elemento qualificante della nuova ipotesi di reato di cui all'art. 12bis, che la differenza rispetto a quella contemplata dal precedente art. 12 D.Lgs. n. 286/1998, è rappresentato da un ulteriore evento di danno, mutuato dall'art. 586 c.p.⁵³. La “morte di più persone”, quale “conseguenza non voluta” delle attività illegali di trasporto o di ingresso di stranieri – attuate con modalità tali da esporre le medesime a pericolo per la loro vita o per la loro incolumità o sottoponendole a trattamento inumano o degradante – rappresenta una condizione obiettiva di punibilità⁵⁴ e presuppone, al fianco del rapporto di causalità materiale, un nesso psichico, alla luce del quale si esige “l'accertamento della colpa in concreto per violazione di una regola precauzionale”⁵⁵. Ponendosi l'art. 12bis D.Lgs. n. 286/1998 in un rapporto di *species* a *genus* rispetto all'art. 586 c.p., va al primo esteso l'orientamento esegetico giurisprudenziale, consolidatosi in ordine al secondo, che richiede, al fine di preservare i principi di colpevolezza e di personalità della responsabilità penale, un “coefficiente di prevedibilità dell'evento” ulteriore rispetto alla condotta delittuosa di base⁵⁶.

Circostanze attenuanti e aggravanti sono, quindi, previste, rispettivamente, dai commi 2 e 3 dell'art. 12bis D.Lgs. n. 286/1998. Ai sensi del comma 2 dell'art. 12bis, “se dal fatto deriva la morte di una sola persona, si applica la pena della reclusione da quindici a ventiquattro anni. Se derivano lesioni gravi o gravissime a una o più persone, si applica la pena della reclusione da dieci a venti anni”. Quanto alle aggravanti, sono, dal comma successivo, contemplate tre delle cinque summenzionate circostanze già previste, dal comma 3 dell'art. 12 D.Lgs. n. 286/1998, per la condotta di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

53 Art. 586 c.p. (Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto): “Quando da un fatto previsto come delitto doloso deriva, quale conseguenza non voluta dal colpevole, la morte o la lesione di una persona, si applicano le disposizioni dell'articolo 83, ma le pene stabilite negli articoli 589 e 590 sono aumentate”.

54 Cfr. C. Santoriello, *Pene più severe e un nuovo reato per fermare l'immigrazione clandestina*, cit., p. 2.

55 *Ibidem*.

56 Cfr. A. Natalini, *Confermato il reato “universale” punibile fuori dai confini territoriali*, cit., p. 84.

Ai sensi, infatti, del comma 3, “nei casi di cui ai commi 1 e 2, la pena è aumentata quando ricorre taluna delle ipotesi di cui all’articolo 12, comma 3, lettere a), d) ed e)⁵⁷. La pena è aumentata da un terzo alla metà quando concorrono almeno due delle ipotesi di cui al primo periodo, nonché nei casi previsti dall’articolo 12, comma 3-ter”.

Quanto alle regole sul bilanciamento delle circostanze, ai sensi del comma 4 dell’art. 12bis D.Lgs. n. 286/1998, le “attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114 del codice penale, concorrenti con le aggravanti di cui al comma 3, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall’aumento conseguente alle predette aggravanti”.

Pretese di “giurisdizione universale” improntano il comma 6 dell’art. 12bis D.Lgs. n. 286/1998, laddove viene introdotta un’eccezione al principio della territorialità, enunciato dall’art. 6 c.p.⁵⁸, che disciplina la competenza giurisdizionale nazionale, sussistente allorquando l’azione o l’omissione siano realizzate in tutto o in parte in Italia ovvero l’evento si sia ivi verificato.

Ai sensi dell’12bis, comma 6, D.Lgs. n. 286/1998, “fermo quanto disposto dall’articolo 6 del codice penale, se la condotta è diretta a procurare l’ingresso illegale nel territorio dello Stato, il reato è punito secondo la legge italiana anche quando la morte o le lesioni si verificano al di fuori di tale territorio”.

L’indirizzo esegetico della giurisprudenza di Cassazione si è andato, d’altronde, consolidando nell’affermare, in materia di trasporto di migranti, la sussistenza della giurisdizione nazionale, anche quando il medesimo sia stato accertato in acque extraterritoriali, al verificarsi di talune condizioni⁵⁹. La Corte Suprema, con sentenza n. 36837, depositata il 25 luglio 2017, ebbe a ritenere la competenza interna nel caso di persone trasportate a bordo di un’imbarcazione priva di bandiera, qualora l’ingresso e lo sbar-

57 Si tratta delle ipotesi in cui: “a) il fatto riguarda l’ingresso o la permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone”; “d) il fatto è commesso da tre o più persone in concorso tra loro o utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti”; “e) gli autori del fatto hanno la disponibilità di armi o materie esplodenti”.

58 Art. 6 c.p. (Reati commessi nel territorio dello Stato): “Chiunque commette un reato nel territorio dello Stato è punito secondo la legge italiana. Il reato si considera commesso nel territorio dello Stato, quando l’azione o l’omissione, che lo costituisce, è ivi avvenuta in tutto o in parte, ovvero si è ivi verificato l’evento che è la conseguenza dell’azione od omissione”.

59 Cfr. A. Natalini, *Confermato il reato “universale” punibile fuori dai confini territoriali*, cit., p. 84.

co degli stranieri fossero avvenuti a largo delle coste italiane⁶⁰. Gli sviluppi dell'orientamento interpretativo della giurisprudenza di Cassazione conducono all'ampliamento della casistica nella quale è competente l'Italia. Alla luce di una successiva sentenza della Corte Suprema, la n. 15084, depositata il 21 aprile 2021, sussiste, infatti, "la giurisdizione del giudice italiano relativamente al delitto di procurato ingresso illegale nel territorio dello Stato di cittadini extracomunitari nella ipotesi in cui i migranti, provenienti dall'estero a bordo di navi madre, siano abbandonati in acque internazionali, su natanti inadeguati a raggiungere le coste italiane, allo scopo di provocare l'intervento dei soccorritori che li condurranno in territorio italiano, poiché la condotta di questi ultimi, che operano sotto la copertura della scriminante dello stato di necessità, è riconducibile alla figura dell'autore mediato di cui all'art. 48 c.p., in quanto conseguente allo stato di pericolo volutamente provocato dai trafficanti, e si lega senza soluzione di continuità alle azioni poste in essere in ambito extraterritoriale"⁶¹.

Il tenore enfatico della *premier* Meloni – adottato nel corso della conferenza stampa svoltasi a Cutro, allorquando presentò le nuove misure di contrasto all'immigrazione clandestina – accompagnò la necessità di una persecuzione ubiquitaria dei trafficanti di esseri umani⁶².

A strumentalizzare il sentimento di indignazione collettiva ingenerata dall'ennesima "tragedia del mare", interviene, paradossalmente, l'introduzione di una nuova fattispecie delittuosa, attraverso la quale, lungi dal colpire effettivamente i vertici o, in generale, gli associati di sodalizi criminali, che, a livello internazionale, gestiscono l'efferato commercio di esseri umani, si estrinseca esclusivamente nella retorica del perseguire

60 Cfr. Cass., sez. I Penale, 25 aprile 2017 (dep. 25 luglio 2017), n. 36837, in "Diritto e Giustizia", 17 agosto 2017.

61 Cfr. Cass., sez. I Penale, 10 febbraio 2021 (dep. 21 aprile 2021), n. 15084, in "CanestriniLex", 21 aprile 2021.

62 Le fattispecie di cui agli artt. 12 e 12bis D.Lgs. n. 286/1998 sono ascrivibili all'apparato normativo di contrasto al fenomeno del traffico di persone migranti (*smuggling of migrants*), che si esaurisce in un "accordo" di trasporto dietro compenso economico, intervenuto tra l'esponente dell'organizzazione criminale e il cittadino extracomunitario. Nella tratta di essere umani (*trafficking in persons*) acquista, viceversa, rilevanza lo sfruttamento (a esempio, lavorativo o sessuale) dello straniero, dal cui impiego in ulteriori attività illecite (come l'accattonaggio, il traffico di organi umani, i matrimoni forzati) derivano i guadagni dell'associazione mafiosa. Quanto alle differenze tra i due distinti fenomeni, che possono, tuttavia, sovrapporsi, cfr. U. Nazzaro, *Smuggling of migrants e trafficking in persons alla luce della L. 5 maggio 2023, n. 50: spunti di riflessione sui soggetti "altamente vulnerabili"*, in "Cassazione penale", n. 5, 2024, pp. 1673 ss.

gli “scafisti lungo tutto il globo terracqueo”⁶³. Si tratta di una norma dal forte valore simbolico ed esclusivamente propagandistico. Assistiamo, così, al rinnovarsi di un diritto penale dell'autore, orientato alla lotta al nemico, che assume, adesso, le fattezze dello “scafista”. Questi, tuttavia, non è altri, nella quasi totalità dei casi, che uno dei tanti cittadini extracomunitari presenti sul natante, vittima anch'egli dei *business* della criminalità organizzata, costretto, dai trafficanti di esseri umani intranei alle associazioni mafiose internazionali o con esse conniventi, ad assumere, all'atto del loro trasferimento dalle navi più grandi, la guida di sovraffollate e precarie imbarcazioni, a bordo delle quali approdano sulle coste italiane⁶⁴.

A seguito dell'intervento del legislatore del 2023, la persona migrante, lungi dal ricevere tutela penale quale vittima di condotte delittuose poste in essere dalle mafie, continua, in concreto, ad assumere rilevanza principalmente quale autore di reato. A tal fine giova la strumentale quanto errata sovrapposizione tra le figure dello “scafista” e del “trafficante”, funzionale a perpetuare le politiche dell'esclusione, implementate attraverso il potenziamento di una legislazione che favorisce “processi di clandestinizzazione” e si astiene, viceversa, dal colpire le associazioni mafiose che sfruttano la forza lavoro di soggetti altamente ricattabili, gli “irregolari”. L'art. 12*bis* D.Lgs. n. 286/1998 non rappresenta, pertanto, una norma di contrasto alla criminalità organizzata, che gestisce il commercio delle persone migranti, ma un nuovo tassello che va ad ampliare il diritto penale dell'immigrazione.

63 Cfr. A. Natalini, *Pene più alte per il favoreggiamento: con l'ipotesi aggravata fino a 16 anni*, cit., p. 108.

64 Le pratiche adottate, nella gestione dei traffici migratori, dalle organizzazioni criminali – che, al fine di evitare la cattura dei propri esponenti e il sequestro di costose imbarcazioni, trasferiscono le persone migranti, dopo averle condotte al di fuori delle acque territoriali del Paese di provenienza, su precari barconi, affidandone la guida a chi abbia dimostrato, a seguito di vere e proprie selezioni al momento della partenza, di possedere una certa dimestichezza – emergono da una ricostruzione effettuata in un'importante pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite del 2016. All'interno di questa decisione si inserisce la sentenza di assoluzione dall'accusa di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, pronunciata dal G.U.P. di Trapani nei confronti di un improvvisato “scafista”, costretto, dagli emissari di un sodalizio mafioso, ad assumere il controllo di un natante che trasportava sulle coste italiane cittadini extracomunitari. Cfr., sul punto, A. De Luca, *Il favoreggiamento dell'immigrazione illegale*, in G. Lo-sappio (a cura di), *Popolazione migrante. Atti del convegno multidisciplinare. Taranto, 24 maggio 2019*, “Quaderni del Dipartimento Jonico”, n. 14, 2020, pp. 94 ss.

5. *Brevi note conclusive sulle altre tre tappe della decretazione d'urgenza del biennio 2023/2024: la risposta neo-sovranista del legislatore italiano all'“emergenza immigrazione”*

A pochi mesi di distanza dal D.L. 10 marzo 2023, n. 20, convertito, con modificazioni, nella L. 5 maggio 2023, n. 50, è approvato dall'Esecutivo il D.L. 5 ottobre 2023, n. 133⁶⁵, convertito, con modificazioni, nella L. 1 dicembre 2023, n. 176.

Attraverso la L. n. 176/2023 si interviene, tra le altre misure, a indebolire la tutela prestata all'universo minorile⁶⁶ dalla Legge 7 aprile 2017, n. 47 (c.d. “Zampa”). Il legislatore del 2017, cui viene affidato il compito di una ridefinizione organica della materia, mutua dai precedenti interventi normativi la definizione di minore straniero non accompagnato presente sul territorio dello Stato⁶⁷.

Si tratta di una categoria di soggetti “altamente vulnerabili”, che la transizione verso l'età adulta priva di garanzie fondamentali. Nei confronti di persone non più minori erano già intervenute disposizioni in materia di conversione di permessi di soggiorno, attraverso la sostituzione del comma 1bis dell'art. 32 D.Lgs. n. 286/1998 da parte dell'art. 4bis della precedente L. n. 50/2023⁶⁸.

65 Per un'analisi delle novità più rilevanti contenute nel D.L. 5 ottobre 2023, n. 133, nell'immediato dell'entrata in vigore del secondo decreto “sicurezza” del 2023, cfr. A. Natalini, *Lungo-soggiornanti, espulsioni veloci se sono pericolosi per l'ordine pubblico*, in “Guida al diritto”, n. 41, 2023, pp. 28 ss.; Id., *Domande reiterate sull'aereo: d'ora in poi provvede il questore*, in “Guida al diritto”, n. 41, 2023, pp. 32 ss.; M. Noci, *Msna anche in centri per adulti, ma separati e per un tempo limitato*, in “Guida al diritto”, n. 41, 2023, pp. 35 ss.

66 Ai fini di un'esautiva ricostruzione dell'estensione degli enunciati costituzionali ai minori stranieri non accompagnati, cfr. A. Patroni Griffi, *Lineamenti della tutela costituzionale dei minori stranieri*, in R. Bonito Oliva (a cura di), *Identità in dialogo. La libertà des mers*, Mimesis. Quaderni di Bioetica, Milano-Udine 2012, pp. 187 ss.

67 Ai sensi dell'art. 2 della L. n. 47/2017, “per minore straniero non accompagnato presente nel territorio dello Stato si intende il minore non avente cittadinanza italiana o dell'Unione europea che si trova per qualsiasi causa nel territorio dello Stato o che è altrimenti sottoposto alla giurisdizione italiana, privo di assistenza e di rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell'ordinamento italiano”.

68 Ai sensi del nuovo comma 1bis, “il permesso di soggiorno di cui al comma 1 [“Disposizioni concernenti minori affidati al compimento della maggiore età”] può essere rilasciato, per il periodo massimo di un anno, per motivi di studio, di accesso al lavoro ovvero di lavoro subordinato o autonomo previo accertamento dell'effettiva sussistenza dei presupposti e requisiti previsti dalla normativa vigente, al

A colpire quei soggetti, che hanno oramai raggiunto l'età adulta, è introdotto il reato di "Falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri", disciplinato dal nuovo comma 3^{ter} dell'art. 19^{bis} D.Lgs. n. 142/2015⁶⁹, previsto ai sensi dell'art. 5, comma 1, lettera b), numero 1) del D.L. n. 133/2023. Sarà adesso punito chi, non più minorenne, continuerà a dichiarare di esserlo nel corso dell'identificazione.

Quanto, invece, agli stranieri che appartengono ancora all'universo minorile, ai sensi di una delle nuove disposizioni inserite nel comma 3^{bis} dell'art. 19 del D.Lgs. n. 142/2015⁷⁰ – a opera dell'art. 5, comma 1, lettera a) del D.L. n. 133/2023 – "in caso di momentanea indisponibilità di

compimento della maggiore età, ai minori stranieri non accompagnati, affidati ai sensi dell'articolo 2 della legge 4 maggio 1983, n. 184, ovvero sottoposti a tutela, previo parere positivo del Comitato per i minori stranieri di cui all'articolo 33 del presente testo unico, ovvero ai minori stranieri non accompagnati che siano stati ammessi per un periodo non inferiore a due anni in un progetto di integrazione sociale e civile gestito da un ente pubblico o privato che abbia rappresentanza nazionale e che comunque sia iscritto nel registro istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri ai sensi dell'articolo 52 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1999, n. 394".

69 Ai sensi dell'art. 19^{bis}, comma 3^{ter}, D.Lgs. n. 142/2015, "quando, sulla base degli accertamenti di cui ai commi 3 e 3-bis, il soggetto è condannato per il reato di cui all'articolo 495 del codice penale, la pena può essere sostituita con la misura dell'espulsione dal territorio nazionale ai sensi dell'articolo 16, comma 1, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286".

70 Ai sensi della prima parte del nuovo comma 3^{bis} dell'art. 19 del D.Lgs. n. 142/2015 (così come integrato da ulteriori periodi introdotti nel dettato normativo, a seguito delle modifiche apportate all'art. 5 del D.L. n. 133/2023, in sede di conversione nella L. n. 176/2023), "in presenza di arrivi consistenti e ravvicinati di minori non accompagnati, qualora l'accoglienza non possa essere assicurata ai sensi dei commi 1 e 2 del presente articolo, è disposta dal prefetto, ai sensi dell'articolo 11, l'attivazione di strutture ricettive temporanee esclusivamente dedicate ai minori non accompagnati, con una capienza massima di cinquanta posti per ciascuna struttura. Le strutture di cui al precedente periodo possono essere realizzate anche in convenzione con gli enti locali, con oneri a valere anche sul fondo di cui all'articolo 21, comma 1, del decreto-legge 18 ottobre 2023, n. 145. Nei casi di estrema urgenza la realizzazione o l'ampliamento delle strutture ricettive temporanee di cui al primo periodo sono consentiti in deroga al limite di capienza stabilito dalla medesima disposizione, nella misura massima del 50 per cento rispetto ai posti previsti. Sono assicurati in ogni caso i servizi indicati nel decreto di cui al comma 1 del presente articolo. L'accoglienza nelle strutture ricettive temporanee non può essere disposta nei confronti del minore di età inferiore a quattordici anni ed è limitata al tempo strettamente necessario al trasferimento nelle strutture di cui al comma 2 del presente articolo".

strutture ricettive temporanee di cui al presente comma, il prefetto può disporre la provvisoria accoglienza del minore di età non inferiore a sedici anni in una sezione dedicata nei centri e strutture di cui agli articoli 9 e 11, per un periodo comunque non superiore a novanta giorni”, termine, a seguito delle modifiche apportate all’art. 5 del D.L. n. 133/2023, in sede di conversione nella L. n. 176/2023, “prorogabile al massimo di ulteriori sessanta giorni e comunque nei limiti delle risorse disponibili a legislazione vigente allo scopo destinate”. Attraverso il secondo dei due decreti “immigrazione” del 2023, si pone, così, in essere un’ulteriore erosione delle forme di tutela poste a salvaguardia dell’universo minorile dal legislatore del 2017.

Nell’ambito delle cosiddette “strutture ricettive” per cittadini extracomunitari si collocano i Centri di permanenza per i rimpatri (C.p.r.), che rappresentano l’aspetto centrale di una legislazione improntata all’allontanamento del clandestino. Si tratta di veri e propri luoghi di “detenzione amministrativa”, sottratti al controllo giurisdizionale, ove sono recluse le persone migranti presenti irregolarmente nel territorio dello Stato, allorché, in assenza della domanda di protezione internazionale, non sia possibile eseguire con immediatezza l’espulsione mediante accompagnamento alla frontiera o il respingimento. La L. 21 febbraio 2024, n. 14⁷¹ – attraverso la quale viene ratificato il Protocollo tra il Governo della Repubblica italiana e il Consiglio dei ministri della Repubblica di Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria, siglato a Roma il 6 novembre 2023 – costituisce quell’ulteriore passo che l’amministrazione Meloni compie verso l’esternalizzazione, in generale, delle strutture ricettive per stranieri. Alla luce del presente accordo, le competenti autorità albanesi concedono all’Italia il diritto all’utilizzo gratuito di determinate aree, destinate alla realizzazione di centri per effettuare le procedure di frontiera o di rimpatrio delle persone migranti non aventi diritto all’ingresso e alla permanenza nel territorio nazionale. Di qui il ricorso di un cittadino egiziano in relazione alla richiesta di protezione internazionale da lui formulata, trasferito e trattenuto in Albania.

In occasione del primo trasferimento di un gruppo di dodici stranieri in territorio albanese, ai sensi del summenzionato Protocollo, al fine di sottoporre i medesimi alla procedura di identificazione accelerata e di rimpatrio nel Paese sicuro di origine, il Tribunale di Roma, attraverso il decreto n. 42251 del 18 ot-

71 “Ratifica ed esecuzione del Protocollo tra il Governo della Repubblica italiana e il Consiglio dei ministri della Repubblica di Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria, fatto a Roma il 6 novembre 2023, nonché norme di coordinamento con l’ordinamento interno”.

tobre 2024⁷², ha, infatti, negato la convalida dei trattenimenti nelle strutture di identificazione locali. La decisione in esame trova il proprio fondamento nella sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 4 ottobre 2024⁷³. I giudici del Lussemburgo ebbero, infatti, ad affermare, neanche una quindicina di giorni prima, l'impossibilità di riconoscere come "Paesi sicuri" – definendo tali quelli connotati dall'assenza del rischio di forme di persecuzioni o discriminazioni – l'Egitto e il Bangladesh, ossia gli ordinamenti statuali di provenienza delle persone migranti trattenute. Sulla scorta delle osservazioni, espresse nella sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 4 ottobre 2024, il Tribunale di Roma aveva, pertanto, dichiarato inapplicabili le procedure di frontiera e stabilito il conseguente ri-trasferimento, alla luce di quanto previsto dal sopracitato Protocollo, nel territorio italiano.

La risposta del Governo Meloni alla pronuncia del giudice romano è stata immediata: il D.L. 23 ottobre 2024, n. 158⁷⁴, rappresenta il quarto atto della decretazione d'urgenza in materia di flussi migratori dell'attuale esecutivo. Il D.L. n. 158/2024 si pone in continuità con il precedente D.L. 11 ottobre 2024, n. 145⁷⁵, convertito, con modificazioni, nella L. 9 dicembre 2024, n. 187, che apporta, tra l'altro, modifiche alle disposizioni processuali relative alle Sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea. Il D.L. n. 158/2024 intende, dal canto suo, definire con una fonte primaria del diritto ciò che in precedenza era disciplinato da una fonte secondaria, ossia un decreto interministeriale, con l'obiettivo di impedirne la disapplicazione diretta da parte della magistratura italiana e garantire, nel contempo, l'effettività dei centri di identificazione albanesi⁷⁶. Viene, a tal uopo, aggiornato – attraverso la riscrittura, da parte dell'art. 1 D.L. n. 158/2024, del comma 1 dell'art. 2bis D.Lgs. n. 25/2008 – l'elenco dei "Paesi sicuri", tra i quali sono inseriti, altresì, l'Egitto e il Bangladesh.

72 Cfr. Trib. civ. Roma sez. XVIII, decr. n. 42251 del 18 ottobre 2024, in "Rivista penale", n. 11, 2024, p. 1117.

73 Cfr. Grande sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, causa C-406/22, in "Questione giustizia", 7 ottobre 2024, www.questionegiustizia.it.

74 "Disposizioni urgenti in materia di procedure per il riconoscimento della protezione internazionale".

75 "Disposizioni urgenti in materia di ingresso in Italia di lavoratori stranieri, di tutela e assistenza alle vittime di caporalato, di gestione dei flussi migratori e di protezione internazionale, nonché dei relativi procedimenti giurisdizionali".

76 Cfr. F.P. Garzone, *Il Tribunale di Bologna propone questione pregiudiziale d'interpretazione ed il decreto del Governo sui "Paesi sicuri" è già sotto esame della Corte di Giustizia europea*, in "Rivista penale", n. 12, 2024 (in corso di pubblicazione).

Nel frattempo, avverso l'atto di rigetto, datato 17 settembre 2024, della richiesta di riconoscimento della protezione internazionale, presentata proprio da un cittadino del Bangladesh all'apposita Commissione territoriale, veniva, il 18 ottobre 2024, depositato ricorso innanzi al Tribunale di Bologna⁷⁷. Il ricorrente richiedeva, altresì, la sospensione del provvedimento impugnato. A dispetto di quanto stabilito dall'art. 1 D.L. n. 158/2024, il Tribunale di Bologna, con ordinanza n. 14572 del 25 ottobre 2024, sospende il giudizio e propone alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 267 T.F.U.E., una duplice questione pregiudiziale, in merito alla regolazione dei rapporti tra il diritto dell'U.E. e quello nazionale⁷⁸.

Le politiche migratorie dispiegate dall'attuale esecutivo, in generale, e le disposizioni presenti nella decretazione d'urgenza del biennio 2023/2024 in materia di immigrazione, in particolare, rappresentano – alla medesima stregua di quanto condivisa dottrina ebbe ad affermare a proposito delle misure contenute nel D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito, con modificazioni, nella L. 1° dicembre 2018, n. 132 – una “risposta neo-sovranista all'esaurimento del paradigma giuridico-umanitario con cui s'è cercato di ricostruire il rapporto tra il nord e il sud del Mediterraneo dopo la fine della Guerra fredda”⁷⁹.

77 Cfr. F.P. Garzone, *Il Tribunale di Bologna propone questione pregiudiziale d'interpretazione ed il decreto del Governo sui “Paesi sicuri” è già sotto esame della Corte di Giustizia europea*, cit.

78 Il Tribunale di Bologna, con ordinanza n. 14572 del 25 ottobre 2024, propone alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 267 T.F.U.E., le seguenti questioni pregiudiziali: “1) se per il diritto dell'Unione Europea e in particolare ai sensi degli articoli 36, 37 e 46 della Direttiva 2013/32/UE e del suo Allegato I, il parametro sulla cui base debbono essere individuate le condizioni di sicurezza che sottendono alla designazione di un paese terzo come paese di origine sicuro debba essere inderogabilmente individuato nella carenza di persecuzioni dirette in modo sistematico e generalizzato nei confronti degli appartenenti a specifici gruppi sociali e di rischi reali di danno grave come definito nell'Allegato I della Direttiva 2013/32/UE, in particolare se la presenza di forme persecutorie o di esposizione a danno grave concernenti un unico gruppo sociale di difficile identificazione – quali ad esempio le persone lgbtqi+, le minoranze etniche o religiose, le donne esposte a violenza di genere o a tratta ecc... – escluda detta designazione; 2) se il principio del primato del diritto europeo ai sensi della consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea imponga di assumere che, in caso di contrasto fra le disposizioni della Direttiva 2013/32/UE in materia di presupposti dell'atto di designazione di un paese terzo come paese di origine sicuro e le disposizioni nazionali, sussista sempre l'obbligo per il giudice nazionale di non applicare queste ultime, in particolare se tale dovere per il giudice di disapplicare l'atto di designazione permanga anche nel caso in cui detta designazione venga operata con disposizioni di rango primario, quale la legge ordinaria”.

79 Cfr. *Ibidem*.

Analogamente a quanto detto per il primo dei due decreti “Salvini” – in continuità con il quale (e con il successivo D.L. 14 giugno 2019, n. 53, convertito, con modificazioni, nella L. 8 agosto 2019, n. 77) si pongono i legislatori del 2023 e del 2024 – la predisposizione di un apparato normativo di contrasto ai flussi migratori è inquadrato in un contesto geopolitico che non prescinde dal concetto di Stato-nazione⁸⁰. L'assenza di uno spazio politico condiviso – non avendo giuridicamente l'Unione Europea struttura federale – impedisce ai singoli governi di ricorrere all'U.E. nell'affrontare la perenne crisi umanitaria, generata dalle ataviche strategie occidentali (dapprima colonialiste, quindi liberiste e neoliberiste) di aggressione militare in aree di interesse geoeconomico⁸¹. La gestione dell'immigrazione in Europa è sussunta, pertanto, all'interno di un “modello vestfaliano”⁸².

Alle istanze sovraniste dei governi di estrema destra di più recente ingresso nell'U.E., quali Polonia e Ungheria, ostili a una politica di equa e obbligatoria redistribuzione delle persone migranti, fanno eco i provvedimenti neo-sovrani di Stati, quali l'Italia, che, indipendentemente dalle maggioranze parlamentari avvicendatesi nell'ultimo decennio (da quelle di centro, cui sono riconducibili i decreti “Minniti-Orlando” del 2017 e “Lamorgese” del 2020, a quelle di destra, che hanno provveduto al varo dei decreti “Salvini” del 2018 e del 2019 e “Cutro” del 2023, oltre al successivo D.L. 5 ottobre 2023, n. 133, e ai due recenti D.L. 11 ottobre 2024, n. 145, e D.L. 23 ottobre 2024, n. 158), offrono, quanto agli effetti sostanziali, una risposta legislativa di ordine esclusivamente securitario, sovente in contrasto con i principi dell'ordinamento costituzionale italiano⁸³.

La decretazione d'urgenza del biennio 2023/2024 rappresenta l'ultima, per adesso, tappa di quel percorso emergenziale, che – seppur scandito da provvedimenti provenienti da quattro distinti esecutivi, espressione di differenti orientamenti politici e di diverse sensibilità – declina le strategie migratorie attraverso il medesimo esercizio retorico di un inafferrabile,

80 Cfr. C. Sbailò, *Immigrazione: il fallimentare approccio europeo e i limiti della risposta neo-sovranaista. (Note sui profili di costituzionalità e sulle criticità applicative del decreto-legge 113/2018/c.d. “decreto sicurezza”)*, cit., p. 2.

81 La rottura degli equilibri nelle aree di interesse geopolitico danno luogo a improvvise spinte demografiche, che interessano, in prima istanza, quei Paesi che confinano con il Mediterraneo.

82 Ai fini di un approfondimento dei concetti di “rappresentazione ‘vestfaliana’ dello spazio europeo” o di “modello vestfaliano”, cfr. C. Sbailò, *Crisi nordafricana, καταστροφή e occasione di rilancio per l'Europa*, cit., p. 95 e pp. 101 ss.

83 Cfr. C. Sbailò, *Immigrazione: il fallimentare approccio europeo e i limiti della risposta neo-sovranaista. (Note sui profili di costituzionalità e sulle criticità applicative del decreto-legge 113/2018/c.d. “decreto sicurezza”)*, cit., p. 3.

quanto strumentale concetto di “sicurezza”, *Leit-motiv* dell’intero *iter* legislativo in esame. I decreti “immigrazione” del 2023 e del 2024 offrono, tuttavia, testimonianza di una recrudescenza delle logiche repressivo-securitarie, che pervadono l’impianto dei due provvedimenti: dalla ri-programmazione dei flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri, funzionale alle esigenze di mercato e alla conseguente esclusione della maggior parte dei cc.dd. “migranti economici”, all’ulteriore ridimensionamento delle forme di protezione internazionale, sino alle nuove misure penali, che, lungi dal colpire le mafie che gestiscono l’efferato traffico di esseri umani, finiscono con il criminalizzare le medesime vittime di *racket*.

Assistiamo, così, al definitivo passaggio da astratte dichiarazioni, pronunciate dal legislatore italiano di turno, sull’intento di contrastare i fenomeni migratori irregolari a una concreta guerra, ingaggiata con l’ausilio di misure tese esclusivamente al respingimento o all’allontanamento dei cittadini extracomunitari, alle migrazioni *tout court*.



OSVALDO SACCHI
*OCCIDUNT NON NULLOS, VULNERANT
MULTOS*
(CIC. PRO SEST. 35.75)

Riflessioni sulla legge marziale e sulla vulnerabilità
“liquida” del cittadino

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I cambiamenti del Codice penale ucraino per effetto della Legge marziale. – 3. La guerra nella Costituzione italiana. – 4. Legge marziale e *iustitium*. – 5. La dottrina della guerra “giusta”. – 6. La guerra “giusta” e il *bonum et aequum*. – 7. Vulnerabilità “liquida”. – 8. Impreparati alla guerra – 9. Vulnerabilità “liquida” e il tramonto dell’Occidente. – 10. Conclusione.

Un mondo senza diritto è un mondo costruito su misura per i forti, dato che il diritto serve a garantire i deboli, chi è in minoranza economica o sociale. Ed è un mondo che ha smarrito la certezza del diritto: come diceva *Lopez de Oñate*, la certezza costituisce “la specifica eticità del diritto”.

Michele Ainis¹

Lo spettro della vulnerabilità aleggia sopra il “pianeta globalizzato negativamente”. Siamo tutti in pericolo, e siamo tutti un pericolo gli uni per gli altri. Ci sono solo tre ruoli da recitare – carnefici, vittime e “vittime collaterali” – e per il primo non scarseggiano certo i pretendenti, mentre le fila di coloro cui sono stati assegnati il secondo o il terzo ruolo si moltiplicano in modo inarrestabile.

Zygmunt Bauman²

-
- 1 M. Ainis, *L'eclissi della legge*, in U. Vincenti (a cura), *Inchiesta sulla legge nell'occidente giuridico*, Giappichelli, Torino 2005, pp. 61-77, spec. p. 76.
2 Z. Bauman, *Paura liquida*, Laterza, Roma-Bari 2008, pp. 3-234, spec. p. 122.



1. Premessa.

Il collega Anton Guzhva dell'Università di Kharkiv ha tenuto il 29 maggio 2023, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Napoli "Federico II", una conferenza dal titolo *I cambiamenti del Codice Penale Ucraino collegate con la legge marziale*.

Lo spunto per queste brevi note nasce proprio da questo incontro (molto toccante) che avvalorava la tesi sostenuta da Cicerone in un'arringa pronunciata nel 56 a.C. per il tribuno Publio Clodio (Cic. *pro Sestio* 35.75) per cui *la difesa delle istituzioni a volte può giustificare l'uso della violenza o di altri mezzi illegali*. Ciò perché, in determinate circostanze: "alcuni possono essere uccisi, ma questo ferisce tantissimi altri" (*occidunt non nullos, vulnerant multos*). Ricordando Cicerone ho ripensato al collega ucraino che adesso, senza aver fatto nulla per meritarglielo, si trova in stato di guerra con i suoi colleghi russi con i quali, per anni, ha condiviso una comune passione per il diritto romano e per la ricerca storico-giuridica. Una passione cementata da stima reciproca, in tanti seminari su Diritto romano e attualità, svolti in giro per l'Europa, dove la questione della verità nel diritto per costruire un mondo migliore è sempre stata in primo piano. Lo so è un pensiero ingenuo. Con un po' di mestiere avrei potuto rigiocarlo come paradosso, ma la Storia insegna a chi (come me) non ha vissuto (per fortuna) gli orrori della Seconda guerra mondiale, che è proprio la banalità di questi pensieri, riflettendo realtà drammatiche e inevitabili, che li rende tragici. Il filosofo Giuseppe Limone dice bene: *la Storia insegna agli uomini che dalla Storia non imparano nulla*.

Neanche il tempo di scrivere queste note che già l'ennesimo conflitto arabo israeliano infiamma di nuovo (dal 7 ottobre 2023) il medio oriente, preoccupando il mondo intero. Un conflitto portato oltre la soglia del sostenibile, dove la ragione e il torto, la Legge, il Diritto e la Religione, sembrano confondersi in un groviglio inestricabile e confuso. La comunità internazionale fa quello che può. Le modalità sono però quelle postmoderne: asimmetria; attacchi a sorpresa di ferocia inaudita (portati da sedicenti militanti che, quando non psicologicamente condizionati, agiscono spesso "disumanizzati" sotto l'effetto di droghe che li aiutano a compiere crimini inespugnabili); risposte a distanze chilometriche di varia intensità (addirittura, previo avviso mediatico), e così via.

Il conflitto Russo/Ucraino appare più tradizionale, ma non per questo è meno efferato. Inoltre si aggiunge alle altre modalità di guerra comparse dopo la fine della guerra fredda. Uno dei contendenti non vuole sentire ragioni; l'altro, non avendone i mezzi, può difendersi solo grazie al sostegno

della comunità internazionale. Questa, a sua volta, sacrifica ingenti risorse di bilancio sottraendole ai suoi cittadini, provocando insoddisfazione e malessere, favorendo derive populiste e demagogiche che si riflettono nel voto di elettori sempre più esasperati e confusi.

Per questa nuova iniziativa del CIRB tratterò quindi il tema della vulnerabilità dal punto di vista *biopolitico* (Foucault) richiamando l'attenzione sulla fragilità delle nostre democrazie esposte, sempre, al pericolo di ricadere nel baratro di una guerra, come continuamente accade nel mondo³.

2. I cambiamenti del Codice penale ucraino per effetto della Legge marziale

Gli esseri umani vulnerabili siamo pertanto tutti noi (insieme alle nostre democrazie), ormai assuefatti al pericolo costante di un attentato improvviso, che potrebbe anche essere il preludio a una nuova guerra. Dall'11 settembre 2001, privati di molti diritti in nome di una sicurezza impossibile da garantire e quindi sempre esposti alla scelleratezza umana. È vero, da italiani, possiamo considerarci dei cittadini fortunati, perché viviamo ancora in un paese democratico e gli orrori della guerra, fino ad ora, li abbiamo vissuti (a parte le "missioni di pace" internazionali) solo indirettamente; attraverso i telegiornali (ormai latori di un'esecrazione mediatica filtrata), o cercando di far fronte, per quanto possibile, al fenomeno migratorio. Mi auguro di sbagliare, ma non è detto che questo potrà durare per sempre.

L'inizio del conflitto bellico in atto tra la Federazione russa e l'Ucraina risale al febbraio del 2014. Questo ha imposto, il 12 maggio 2015, la pro-

3 Il verbo transitivo latino *vulnero*, significa "ferire" (Enn. *scen.* 173). Da cui il sostantivo *vulnus*, – *eris* che è la "piaga che versa", "che stilla sangue"; in greco οὐλή, che significa "ferita" (restituito in latino come *ad cicatricem perduco*). Cfr. E.F. Leopold, οὐλή, in *Lexicon graeco-latinum manuale ex optimis libris concinnatum* (Lipsiae rist. 1852), Arnaldo Forni Editore, Sala Bolognese (BO) 1874 s.v., p. 603. La parola greca a sua volta, è riconducibile all'accadico *hulu* ("danno", "male"), a sua volta corrispondente alla forma, sempre accadica, *lu-wu-un* (da cui la parola "lumnu": tradotta in tedesco come *Übel* = "male"; *Kummer* = "dolore"; *Trauer* = "tristezza"). Questo si ritiene abbia influito sulla formazione di *vulnus*, per rotacismo dalla base di accadico *nešû* (= "lacerare"); morfologicamente, per incrocio con *hûl*-, in accadico *ihûl*, dal verbo *hâlu* (= "versare", *to exude*). G. Semerano, *vulnus*, in *Le origini della cultura europea. II. Dizionari etimologici. Basi semitiche delle lingue europee*, Olschky, Firenze 1994 s.v., p. 618. Si potrebbe quindi dire che "vulnerabilità" sia la condizione di chi soffre le conseguenze di una lacerazione che gli procura male, danno, dolore; come una piaga che stenta a rimarginarsi o che è sempre pronta a riaprirsi e che per questo è causa di fragilità fisica, psicologica e/o materiale.

mulgazione della Legge marziale in Ucraina, con la necessità di apportare riforme significative (sebbene temporanee) al codice penale e quindi l'introduzione di nuovi reati come quello di collaborazionismo con lo Stato aggressore; o come quello (di opinione) consistente nella giustificazione, nel riconoscimento come legittimo, o nella sola negazione dell'aggressione armata della Federazione russa contro l'Ucraina. Non solo, con l'inasprirsi della guerra, dal febbraio del 2022, sempre l'Ucraina ha dovuto depenalizzare alcune condotte che in tempo di pace comporterebbero una responsabilità penale, in applicazione al principio d'ispirazione groziana per cui "è pulita la mano che uccide il nemico"⁴.

La legge del 3 marzo 2022, n. 2113-IX, "*Sugli emendamenti al Codice penale dell'Ucraina sul rafforzamento della responsabilità per i crimini contro le basi della sicurezza nazionale nelle condizioni della legge marziale*", ha previsto dunque l'ergastolo per il reato di tradimento dello Stato, ma anche un inasprimento significativo delle pene contro gli atti di sciacallaggio, insieme ad altre nuove misure rivolte a civili e militari (contemplate dall'art. 43 1, 2 e 3 comma, della parte 5, di tale legge che titola "*Sulla garanzia della partecipazione dei civili alla difesa dell'Ucraina*").

Secondo questa legge, tra le circostanze che in Ucraina integrano la fattispecie dell'adempimento del dovere (art. 43, 1 comma), troviamo oggi rubricato anche ogni atto che sia compiuto per proteggere la Patria, l'indipendenza e l'integrità territoriale di tale Paese, indipendentemente dalla possibilità di evitare uno scontro di qualsiasi tipo, di causare danni o di chiedere aiuto ad altre persone, ad autorità statali o alle Forze Armate (art. 43, 2 comma).

Infine, è disposta la depenalizzazione di atti compiuti da qualsiasi cittadino ucraino, anche civile, che usi armi, munizioni o esplosivi contro qualsiasi aggressore armato contro l'Ucraina, ovvero contro chiunque procuri danni o distrugga beni di proprietà in questo Paese (art. 43, 3 comma).

Quest'ultimo punto forse è quello che colpisce di più, perché non si può non pensare che, in circostanze analoghe, chiunque di noi potrebbe trovarsi in una condizione analoga a quella del prof. Guzva, il quale, oggi è autorizzato dalla legge a uccidere senza incorrere in alcuna sanzione, nel senso di "una vita che può essere uccisa senza commettere omicidio"⁵. Accadeva

4 Cfr. ora sul tema L. Labanca, *Il diritto dei conflitti armati nel pensiero di Ugo Grozio*, in *Cammino Diritto*, 8, pubbl. sul web il 9 agosto 2022, pp. 1-17: https://rivista.camminodiritto.it/public/pdfarticoli/8463_8-2022.pdf.

5 G. Agamben, "*Homo sacer*". *Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino 1995.

lo stesso, più di duemilacinquecento anni fa a Roma con l'*homo sacer* che, una volta dichiarato tale, poteva essere ucciso da chiunque senza che questi commettesse omicidio⁶. Pensare che oggi questo continui a succedere di nuovo in Europa, dopo il Kosovo, la Bosnia e gli stupri etnici delle guerre della ex Jugoslavia degli anni novanta del '900, desta molta impressione e non è certo rassicurante⁷.

3. La guerra nella Costituzione italiana

La Costituzione italiana del 1948, ingiustamente maltrattata da qualche decennio da una classe politica inadeguata perché (nella media) culturalmente povera, è stata costruita come tutti sanno sulle macerie della Seconda guerra mondiale⁸. I Costituenti, che sapevano cosa fare, rispetto al problema, dopo articolato dibattito, hanno assunto una posizione molto netta.

L'art. 11 Cost. (nella parte dedicata ai principi fondamentali) proclama, *apertis verbis*, che "*l'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie*

6 Per approfondire v. R. Fiori, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione politico-religiosa*, Jovene, Napoli 1996.

7 B. Bruneteau, *Il secolo dei genocidi*, il Mulino, Bologna 2005, p. 5-299, in part. p. 215-226.

8 Una certa insofferenza per la Costituzione del 1948 si può dire però endemica della classe politica italiana se si pensa alla legge 31 marzo 1953 (la cd. "legge truffa") con cui si tentò di sovvertire il principio proporzionale in violazione del comma 2 dell'art. 48 Cost. che sancisce l'uguaglianza del voto. Con tale legge, che nel 1953 non poteva essere dichiarata incostituzionale da una Corte costituzionale non ancora istituita, si stabilì il principio in base al quale la lista o il gruppo di liste collegate che avesse raggiunto nelle elezioni politiche per la Camera dei Deputati, il 50%+1 dei voti validamente espressi, avrebbe ottenuto 380 dei 590 seggi assegnabili. I sostenitori di questa legge motivarono l'approvazione di questo premio di maggioranza invocando la necessità di dare stabilità ai governi della seconda legislatura. Il meccanismo elettorale per uno scarto di voti non entrò in funzione e la "legge truffa" sarà poi abrogata: "L'alterazione del criterio proporzionale, in altri termini, avrebbe consentito di superare senza difficoltà quegli accorgimenti che la costituzione ha introdotto allo specifico scopo di evitare il monopolio del potere politico della maggioranza". Si v. per tutto G. Ambrosini, *Introduzione, in Costituzione italiana, [Progetto di Costituzione in Appendice]*, Einaudi, Torino 1975, pp. LXIII-LXV con ampio dettaglio sugli aspetti tecnici della questione e valutazione dei pro e dei contro. Pensando alla vigente legge elettorale in Italia, con candidature bloccate e "quote rosa", viene davvero da sorridere, per non dire altro.

*internazionali*⁹. Prevalse quindi l'idea della guerra come una "violenza alla libertà dei popoli"¹⁰. Quest'ampio consenso sul ripudio della guerra manifestato

9 Nella relazione del Presidente della Commissione per la Costituzione Meuccio Ruini, che accompagnò il Progetto di Costituzione della Repubblica italiana, la prima frase relativa al progetto dell'art. 11 Cost. è indicativa: "Rinnegando recisamente la sciagurata parentesi fascista l'Italia rinuncia alla guerra come strumento di conquista e di offesa alla libertà degli altri popoli". L'intervento di Ugo Damiani (1899-1992), iscritto al gruppo parlamentare misto, dell'8 marzo 1947 descrive quindi molto bene il clima del tempo: "[...] Ora, esaminando i primi articoli del progetto, incontriamo subito un articolo di una importanza enorme e fondamentale, che caratterizza veramente la nuova epoca storica che si è iniziata. È un articolo che fa onore alla Costituzione italiana, al popolo italiano, e alla Commissione dei 75, che ha dimostrato una grande sensibilità politica, storica e morale. Con detto articolo il popolo italiano dimostra d'essere all'avanguardia dei popoli che lavorano per l'organizzazione di una pace internazionale. L'articolo 4 che afferma: 'L'Italia rinuncia alla guerra come strumento di conquista', dice un cosa veramente solenne. La guerra, questa follia, questo crimine che sempre ha perseguitato nei secoli l'umanità, perché l'umanità è stata sempre lontana, ed è ancora lontana, da quella forma di civiltà che sia veramente degna dello spirito umano, noi vogliamo eliminarla per sempre, e quindi rinunziamo a questi mezzi di conquista, perché riconosciamo che tutti i contrasti, che qualsiasi contrasto, per quanto grave, per quanta aspro, può sempre essere risolto col ragionamento, poiché il ragionamento –dobbiamo riconoscerlo – rappresenta l'arma più poderosa dell'uomo. Noi rinunziamo alla guerra; non vogliamo più sentirne parlare. Vogliamo lavorare pacificamente; non vogliamo più la violenza. E quest'odio alla violenza, questo odio alla guerra sarà appunto l'orientamento nuovo del popolo. Ci può essere il pugno nell'occhio; ma il pugno nell'occhio non fa onore a chi lo dà; e chi lo riceve potrà difendersi: allora è legittima la sua difesa. Però dobbiamo sostenere sempre la negazione dell'atto di violenza, bisogna sentire la ripugnanza più acuta per l'atto di violenza. E questo è il compito della nostra scuola: educare gli uomini alla concordia, facendo nascere e fiorire nel loro animo l'odio per qualsiasi forma di sopraffazione. Nelle scuole militari tedesche vi era prima di ogni altra cosa la cultura militare e s'insegnava che bisognava trovare tutti i mezzi per distruggere il nemico, per conquistare sempre nuovi territori. Ma lasciamo stare queste scemenze, che sono veramente indegne di un nuovo mondo civile. Educiamo nella scuola i giovani con l'amore per la vera cultura, per la scienza, per l'arte, per la tecnica del lavoro".

10 L'on. Amerigo Crispo (1886-1950), iscritto al gruppo parlamentare Unione democratica nazionale, poi Liberale, nella seduta del 13 marzo 1947 dichiara: "[...] In rapporto al carattere democratico della Costituzione penso che debba ripugnare al sentimento democratico – dico di proposito: sentimento democratico, cioè spirito democratico – il pensiero di una guerra intesa come strumento di conquista o di offesa della libertà degli altri popoli. Epperò, esaminando l'articolo 4, osservo che l'espressione usata 'L'Italia rinuncia alla guerra come strumento di conquista e di offesa alla libertà degli altri popoli' non riproduce esattamente il concetto di repugnanza morale per una guerra di conquista o di offesa alla libertà degli altri popoli. Questa formula fu tratta dal Patto di Parigi del 1928 Briand-Kellogg, e fu già tradotta nella Costituzione spagnola del 1931. Io ritengo che a questa formula si debba sostituire la formula adoperata

dai costituenti italiani veniva però da lontano. Nel marzo 1943 Guido Gonella scrisse un testo interamente dedicato all'ordine internazionale in cui si ritrovano tutti i temi che saranno poi trattati in sede Costituente¹¹. Nel paragrafo 96 del cd. Codice di Camaldoli, all'esito di un convegno tenutosi nel luglio del 1943, si trova, del resto, già esplicitato nel pensiero di Giuseppe Capograssi, un esplicito rifiuto del "falso dogma della sovranità assoluta dello Stato, fonte e premessa di ogni ingiustizia e violenza internazionale"¹². Questo pensiero è già chiaro però nel Manifesto di Ventotene del 1941 scritto da Altiero Spinel- li e Ernesto Rossi, un orientamento già in linea col ridimensionamento della sovranità assoluta degli Stati auspicato dal federalismo di Luigi Einaudi¹³.

dalla Costituzione francese, alla quale, del resto, mi sembra si sia attinto nella redazione dell'articolo 4. Nella Costituzione francese è detto: *'La Repubblica francese, memore delle sue tradizioni, non intraprenderà alcuna guerra di conquista'*. Ecco: vi è come un impegno categorico; e v'è come l'espressione di un dovere morale, insito...". Sandro Pertini, futuro Presidente della Repubblica italiana, si dichiarerà d'accordo. L'on. Paolo Treves (1908-1958), iscritto ai gruppi parlamentari del Partito socialista italiano e poi del Partito socialista dei lavoratori italiani, chiosa l'intervento dell'on. Crispo con parole che sembrano, a distanza di tempo, quasi profetiche: "Anche l'onorevole Crispo si è voluto occupare di questo articolo ed ha suggerito una modificazione che ci trova più vicini, più consenzienti. In sostanza, l'onorevole Crispo propone di ritornare alla grande tradizione costituzionale francese in materia. Ed il suo emendamento riproduce, se non nella forma, nella sostanza, l'articolo 46 del primo progetto costituzionale francese che ritroviamo nel preambolo della Costituzione della repubblica francese. È esattamente lo stesso concetto, anche se forse la formula francese è leggermente migliore, sia nell'espressione che nella icasticità, poiché meglio afferma il concetto che la Repubblica francese non impiegherà mai le sue forze contro la libertà di alcun popolo. È un concetto che ci piacerebbe di vedere affermato anche nella nostra Costituzione, perché purtroppo la storia recente prova che ci possono essere attentati alla libertà dei popoli anche senza giungere alla formale dichiarazione di guerra, e nei quali sono coinvolte le forze, anche se non legalmente le truppe, di altri Stati". Per tutto v. ora L. Carlassare, *L'art. 11 Cost. nella visione dei costituenti*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2013, p. 3: [anche sul web: <https://www.constituzionalismo.it/lart-11-cost-nella-visionedei-costituenti/>].

- 11 Tale documento conflui poi parzialmente nelle *Idee Ricostruttive della Democrazia Cristiana* (del luglio 1943) elaborato da un gruppo di ex-popolari riunito attorno ad Alcide De Gasperi. Cfr. N. Antonetti, U. De Siervo, E. Malgeri (a cura di) *I cattolici democratici e la Costituzione*, III, il Mulino, Bologna 1998, pp. 218 ss.; L. Carlassare, *L'art. 11 Cost. nella visione dei costituenti*, cit., pp. 1-17, spec. p. 3 (sul web).
- 12 Sull'influenza indiretta del pensiero di Giuseppe Capograssi sull'Assemblea Costituente v. A. Ciervo, *Giuseppe Capograssi*, in A. Buratti, M. Fioravanti (a cura di), *Costituenti ombra. Altri luoghi e altre figure della cultura politica italiana (1943-48)*, Carocci, Roma 2010, p. 286, ss.
- 13 L. Carlassare, *L'art. 11 Cost. nella visione dei costituenti*, cit., pp. 5-8 e 9-11; S. Aloisio, *L'art. 11 come "direttiva federalistica" della Costituzione. Attualità di*

Quanto all'art. 11 Cost., si è molto discusso sul valore immediatamente precettivo o soltanto programmatico di tale disposizione¹⁴. L'orientamento che prevalse fu di riconoscere all'art. 11 Cost. valore vincolante. Una questione, come noto, adesso superata dall'affermazione del valore vincolante di tutte le norme costituzionali¹⁵. Dunque, la nostra Costituzione sancisce un esplicito rifiuto della guerra, enunciato come "principio fondamentale" del sistema, ritenuto appartenente al rango dei *principi supremi* dell'ordinamento, e per questo considerato addirittura immodificabile¹⁶.

una riflessione, in S. Aloisio, R. Pinardi, S. Scagliarini (a cura di), *Scritti in memoria di Gladio Gemma*, Giappichelli, Torino 2023, pp. XLVIII-912, spec. pp. 1-16. Sui tentativi di riforma costituzionale diretta o indiretta dell'art. 11 Cost. si v. C. Curti Galdino, *Unione europea e trattati internazionali nelle riforme costituzionali della bicamerale*, Giuffrè, Milano 1998, pp. 16-21; anche per un ragguaglio sulle più recenti sentenze della Corte Costituzionale (sent. n. 269 del 2017; n. 20, 63 e 117 del 2019, che seguono un orientamento favorevole all'inversione della regola che dava priorità alla pregiudiziale comunitaria rispetto a quella costituzionale, statuendo a partire dalla sent. n. 269 del 2017, che "laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso, al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione"). Ora per tutto S. Aloisio, *L'art. 11 come "direttiva federalistica" della Costituzione. Attualità di una riflessione*, cit., p. 12 s. In questo quadro, vale la pena di segnalare la proposta di legge costituzionale contenente "Modifiche agli articoli 11 e 117 della Costituzione, concernenti l'introduzione del principio di sovranità rispetto all'ordinamento dell'Unione europea", presentata il 23 marzo 2018 da Meloni ed altri alla Camera dei Deputati (A.C. 291), che aggiunge all'art. 11 Cost. un comma di questo tenore: "Le norme dei Trattati e degli altri atti dell'Unione europea sono applicabili a condizione di parità e solo in quanto compatibili con i principi di sovranità, democrazia e sussidiarietà, nonché con gli altri principi della Costituzione italiana".

- 14 Si rinvia ancora, per un primo approccio, a L. Carlassare, *L'art. 11 Cost. nella visione dei costituenti*, cit., p. 1 ss. L'Assemblea costituente approvò la costituzione del 1948 dopo circa diciotto mesi di dibattito il 22 dicembre 1947. Cfr. G. Ambrosini, *Introduzione*, in *Costituzione italiana*, cit., pp. VII-103; alle pagine VII-LXLVIII, spec. p. XVI; ove anche il *Progetto di Costituzione in Appendice*, alle pagine 68-103.
- 15 L. Carlassare, *L'art. 11 Cost. nella visione dei costituenti*, cit., p. 2 che cita V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano 1951, p. 357 ss.; ma v. anche Id., *Efficacia delle norme costituzionali programmatiche*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, Giuffrè, Milano 1952.
- 16 Cfr. L. Chieffi, *Il valore costituzionale della pace*, Liguori, Napoli 1990, p. 61 ss.; L. Carlassare, *Costituzione italiana e partecipazione a operazioni militari*, in N. Ronzitti (a cura di), *NATO. Conflitto in Kosovo e Costituzione italiana*, Giuffrè

Altrettanto sofferto è stato il percorso che portò alla versione definitiva dell'art. 11 Cost. dal punto di vista del rapporto con l'Europa, l'ONU e le altre organizzazioni internazionali¹⁷.

Non essendo uno specialista, anche di questo problema non posso discutere nel merito, ma la maggioranza dei costituzionalisti concorda nel riconoscere a tale articolo, nonostante qualche parere discordante, coerenza interna e carattere unitario. La non menzione esplicita dell'Europa e dell'Onu nel testo di legge si spiega comunque per ragioni storiche (ponendo un problema peraltro oggi parzialmente superato dall'evoluzione dei tempi): l'Italia entrò a far parte dell'ONU solo il 14 dicembre del 1955 e non si può dubitare che l'Assemblea costituente, uscendo da più di vent'anni di isolamento fascista, avesse ben chiara la necessità di aprirsi all'Europa che, nel 1948, era un'entità ancora tutta da ricostruire dal punto di vista economico, politico e sociale¹⁸.

Francis Lefevre, Milano 2000, p. 162 ss.; M. Benvenuti, *Il principio del ripudio della guerra nell'ordinamento costituzionale italiano*, Napoli 2010, p. 81 ss., con ult. rif. bibliografici. Per la giurisprudenza, si v. Corte Cost. sent. n. 1146/1988, che ammette l'esistenza di limiti alla revisione costituzionale dei principi supremi e dei diritti inviolabili.

- 17 Per un sintetico, ma esaustivo, ragguaglio sul tema si v. ancora L. Carlassare, *L'art. 11 Cost. nella visione dei costituenti*, cit. pp. 4-8.
- 18 La parola Europa, come detto, non fu inserita nel testo definitivo della Costituzione, ma merita una citazione l'intervento dell'on. Celeste Bastianetto (1899-1953), iscritto alla Democrazia Cristiana, del 24 marzo 1947, nella seduta pomeridiana, che discute emendamenti al testo poi ritirati, ma di rilievo emblematico e sicuramente in anticipo sui tempi: "Ora, noi non sappiamo quello che ci darà l'avvenire in materia di organizzazioni internazionali. Noi al presente vediamo una sola grande organizzazione internazionale, l'O.N.U., che è mondiale, e non consideriamo i problemi a noi più vicini che sono quelli europei. [...]. Per questo propongo di inserire in quest'articolo 4, dopo la parola 'necessarie' quelle mie modestissime parole 'alla unità dell'Europa o'. Perché questo, onorevoli colleghi? Perché questo emendamento? Lasciamo stare l'abbondante letteratura sui problemi dell'unità europea, lasciamo stare tutti i discorsi che sono stati fatti in quest'ultimo secolo dagli uomini politici più eminenti in tutti i paesi d'Europa, lasciamo stare quelli che sono stati i tentativi di Kovenhoe Kalergi e di Briand, lasciamo stare i più recenti discorsi di Smuts e di Churchill, e fermiamoci a considerare il sogno, l'aspirazione di Mazzini, che aveva visto la salvezza dell'Europa nella sua unità. Ora, onorevoli colleghi, noi non sappiamo quale sarà l'avvenire dell'Europa; quello che sentiamo profondamente in noi è che alla unità si dovrà arrivare. Noi qui siamo uniti per dare alla nostra Patria una grande Carta costituzionale; questa è la nostra speranza; e se in questa Carta costituzionale potremo inserire la parola 'Europa', noi incastoneremo in essa un gioiello, perché inseriremo quanto vi è di più bello per la civiltà e per la pace dell'Europa. Perché, badate,

Vale lo stesso per il riferimento alle *organizzazioni internazionali rivolte ad assicurare la pace e la giustizia tra le Nazioni*. A distanza di quasi ottant'anni, sembra la formulazione di una clausola aperta posta nell'auspicio di un futuro migliore. In ogni caso, tutte le organizzazioni internazionali, quindi, non solo l'ONU, trovano oggi nell'art. 11 Cost. piena legittimazione per eventuali limitazioni di sovranità (o, come pare ad alcuni più corretto, di libertà intesa come "assunzione di obblighi")¹⁹. In tempi più recenti, la disposizione è servita a legittimare ogni limitazione derivante dalla partecipazione alla Comunità europea, premiando così la lungimiranza dei Costituenti.

Resta fermo invece il principio che l'art. 11 Cost. può essere invocato come fondamento legittimante solo a due condizioni precise e insuperabili: a) deve trattarsi di organizzazioni finalizzate ad assicurare la pace e la giustizia fra le Nazioni; b) l'Italia deve trovarsi in una situazione di parità con gli altri partecipanti²⁰. Questa resta, forse, la parte più debole dell'art. 11 Cost., perché tale condizione di parità, nelle numerose organizzazioni cui l'Italia partecipa, per ragioni di natura politica o economica molto spesso appare più formale che sostanziale²¹.

Ma tant'è. Questo ammirevole sforzo intellettuale, portato a termine con sincera partecipazione da una classe dirigente ricostituita dopo oltre un ventennio di regime fascista sulle macerie della Seconda guerra mondiale, ma poi continuato per tutta la seconda metà del secolo scorso, riattivato dal continuo riaccendersi di nuovi focolai di guerra sparsi per il mondo, sembra dimostrare che, in questa materia, l'orientamento pessimistico debba prevalere su quello ottimistico. Si dice che la differenza tra un ottimista e

onorevoli colleghi, dal punto di vista economico questa Europa non si scinde più; dal punto di vista politico-militare nemmeno si scinde più; dal punto di vista ideologico noi vediamo già che i partiti politici hanno un grande funzione in questa unità europea. [...]. Non sappiamo quello che sarà l'avvenire dell'Europa ed è forse prematuro pensare – non però per mio conto – agli Stati Uniti d'Europa o ad una Federazione di Repubbliche europee; a me basta inserire il concetto che, come nella Costituzione consideriamo l'uomo, e sopra l'uomo la famiglia, e poi la Regione e lo Stato, così, sopra lo Stato e prima dell'organizzazione mondiale internazionale, vi sia l'Europa, la nostra grande Patria, perché, prima di tutto, noi siamo cittadini europei. Per questo chiedo che l'emendamento venga accolto e vi insisto. (*Applausi*)".

19 A. Cassese, *Art. 11 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna 1975, p. 579; G. Battaglini, *Usi della forza e diritti umani nel sistema delle Nazioni Unite*, cit., p. 15; L. Carlassare, *L'art. 11 Cost. nella visione dei costituenti*, cit., p. 16, nt. 30.

20 A. Cassese, *Art. 11 Cost.*, cit., p. 581.

21 L. Carlassare, *L'art. 11 Cost. nella visione dei costituenti*, cit., p. 8.

un pessimista è che il pessimista in genere è quello meglio informato (Nassim N. Taleb)²². In ogni caso, al momento (ora come allora) non c'è alcun modo di escludere ragionevolmente la possibilità di essere coinvolti in una guerra futura. Questo spiega perché la nostra Costituzione contempra una serie di disposizioni che vanno tutte in questa direzione.

Vediamole brevemente. L'articolo 60, 2 comma Cost., prevede che *“La durata di ciascuna Camera non può essere prorogata se non per legge e soltanto in caso di guerra”*. L'art. 78, in modo anodino, ma con molto senso pratico, statuisce che *“le Camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al governo i poteri necessari”*. L'art. 87 Cost., riservato alle prerogative del Presidente della Repubblica, al comma 9, dispone che questi *“Ha il comando delle Forze armate, presiede il Consiglio supremo di difesa costituito secondo la legge, dichiara lo stato di guerra deliberato dalle Camere”*. L'art. 111, 7 comma Cost., stabilisce inoltre una deroga al principio dell'impugnabilità delle sentenze e dei provvedimenti sulla libertà personale degli organi giurisdizionali ordinari o speciali, *per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra*²³. Infine, tra le prerogative della Magistratura, l'art. 103, 3 co. Cost., contempla una norma per cui *“i tribunali militari in tempo di guerra hanno la giurisdizione stabilita dalla legge”*.

Sembra evidente, dunque, che ciò che s'impedisce di entrare dalla porta in ragione di un norma (come detto) *fondamentale, suprema e immodificabile*, ossia *l'idea della guerra come strumento di risoluzione delle controversie internazionali, debba, ob torto collo, rientrare dalla finestra*, in applicazione di un principio forse di valore superiore (un diritto naturale? superiore? universale?)²⁴. Quello previsto dal comma 1 (secondo l'indicazione dell'on. Dossetti), dell'art. 52 Cost. per cui: *“La difesa della Patria è sacro dovere del cittadino”*; che si completa con il 4 comma, approvato all'unanimità dai Costituenti nella versione dell'on. Aldo Moro, che recita: *“L'ordinamento delle Forze armate si informa allo spirito democratico della Repubblica”*²⁵.

22 N.N. Taleb, *Il Cigno nero. Come l'improbabile governa la nostra vita*², il Saggiatore, Milano 2009, pp. 7-379.

23 Art. 111, comma 7, Cost.: “Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari pronunciate in tempo di guerra”.

24 Cfr. F. Wieacker, tr. ingl. di T. Weir, *A History of Private Law in Europe*, Clarendon Press, Oxford 1995, p. 205.

25 Art. 52 Cost.: “La difesa della Patria è sacro dovere del cittadino. Il servizio militare è obbligatorio nei limiti e modi stabiliti dalla legge. Il suo adempimento

In effetti, rileggendo i verbali della Costituente si rileva come la discussione sulla redazione dell'art. 52 Cost. si sia concentrata soprattutto su tre punti: a) sull'estensione dell'obbligo militare alle donne; b) sul carattere obbligatorio del servizio militare anche in tempo di pace; c) ma, soprattutto, sul principio informatore di tale articolo, che sancisce il dovere, per ciascun cittadino, di difendere Patria. Si può affermare quindi che nei Costituenti sia prevalsa la tesi della *guerra difensiva* come l'unico tipo di guerra costituzionalmente ammissibile per il nostro ordinamento, perché ritenuto (dall'on. Moro) il criterio più giusto per una vera democrazia²⁶.

non pregiudica la posizione di lavoro del cittadino, né l'esercizio dei diritti politici. L'ordinamento delle Forze armate si informa allo spirito democratico della Repubblica".

- 26 Dal *verbale della discussione sui principi dei rapporti politici, della 1ª Sottocommissione della Commissione per la Costituzione del 15/11/1946. Pres. Corsanego*: <https://www.nascitacostituzione.it/02p1/04t4/052/index.htm?art052-002.htm&2> (sito visitato il 2 luglio 2024): "Il Presidente Corsanego ricorda che è stato proposto dall'onorevole Dossetti di invertire l'ordine dei concetti nell'articolo in esame, mettendo prima l'affermazione di carattere generale che la difesa della Patria è uno dei più alti doveri, e dopo l'altra riguardante l'obbligo del servizio militare. Ritiene che su questa proposta tutti i Commissari possano essere d'accordo". [...]. "Il Presidente Corsanego comunica che l'onorevole Moro ha presentato una nuova formula sostitutiva di quella dei Relatori, la quale tiene conto delle diverse opinioni espresse nel corso della discussione: 'La difesa della Patria è tra i più alti doveri del cittadino. Il servizio militare è obbligatorio. Esso non può pregiudicare le posizioni di lavoro del soldato, né l'esercizio dei diritti politici. Gli ordinamenti dell'esercito devono riflettere lo spirito democratico dello Stato italiano'. Moro spiega che con le parole: 'Esso non può pregiudicare le posizioni di lavoro del soldato', si intende naturalmente che non possono essere pregiudicate le posizioni di lavoro anteriori al servizio militare. Rileva che la formula da lui proposta pone in primo luogo una nobile affermazione generale circa l'obbligo della difesa della Patria, quale uno dei più alti doveri del cittadino. In secondo luogo, benché egli sia antimilitarista, ritiene che si debba fissare una formula che riguardi in maniera esclusiva il servizio militare e la sua obbligatorietà. Sarà la legge che stabilirà i limiti e le categorie che rientrano nell'obbligo. Ritiene inoltre necessario garantire la posizione di lavoro del cittadino chiamato alle armi, fissando il diritto che egli ha a che gli sia conservato il posto e gli siano conservati gli assegni. Questo di regola presentemente avviene ma vi sono delle sperequazioni. Fino a poco tempo fa non si garantiva la conservazione del posto per i militari di leva. Questa era una cosa ingiusta, ed è bene che nella Costituzione si dica espressamente che chi adempie all'obbligo del servizio militare non deve veder pregiudicati i suoi diritti politici. Osserva, infine, che l'ultima norma fissata nell'articolo da lui presentato è indispensabile dopo quanto è avvenuto in Italia e tende ad avvenire in ogni esercito: la norma ha lo scopo di garantire che lo spirito democratico del Paese entri nell'esercito compatibilmente con la struttura gerarchica dell'esercito stesso. Non è pensabile che la gerarchia militare soffochi la dignità della persona umana, come troppe volte è avvenuto attraverso i regolamenti di disciplina".

È impossibile non notare come i Costituenti abbiano approvato una norma contenente un principio che potrebbe dirsi perfino superiore alla legge. Non mi pare casuale che questo sia stato proposto e difeso da uomini di dichiarata fede cattolica (su tutti Dossetti e Moro, ricordando anche il romanista Giorgio La Pira); ma è significativo che sia stato approvato col consenso unanime anche di uomini di diversa estrazione politica e culturale (penso su tutti a Palmiro Togliatti).

A distanza di quasi cinquant'anni, *mutatis mutandum*, tale principio troverà esatto riscontro nel *Catechismo della Chiesa Cattolica* al § 2309 (pubblicato il 15 agosto 1997); poi ribadito nel *Compendio* di tale *Catechismo* (pubblicato il 28 giugno 2005), neanche quattro anni dopo la tragedia delle Torri Gemelle. Parimenti significativo è che in tali testi (per volontà del loro ispiratore, l'allora Cardinale Joseph Ratzinger, rivolti all'essere umano in quanto tale e non solo in quanto cattolico) ci sia un esplicito richiamo alla dottrina della guerra "giusta"²⁷.

Questo fa riflettere. In realtà, terminata la guerra fredda (durata neanche cinquant'anni), Russia e Ucraina, stanno combattendo una guerra che per molti versi può dirsi ancora tradizionale come tante altre nel mondo. Non si può dire però lo stesso per altri conflitti scoppiati dopo l'11 settembre 2001 (quando morirono circa 2500 persone in un solo giorno) e per la guerra in corso tra Israele e Hamas (cominciata dopo l'attacco di Hamas con almeno 1194 morti tra civili e militari e il rapimento di 250 ostaggi) che invece rientrano a pieno titolo nel novero delle guerre che possono dirsi postmoderne. Dato che queste nuove modalità di guerra si aggiungono, ma non sostituiscono, quelle più tradizionali, ne deriva l'amara considerazione che il virus contagioso della guerra, nonostante tutti gli sforzi sin qui fatti per evitare di ricadere in un baratro come la Seconda guerra mondiale, non è stato ancora estirpato dal mondo; anzi questo virus sembra addirittura prosperare, con modalità sempre più nuove e sofisticate, mietendo continuamente nuove vittime.

Cambiano quindi le forme, ma non la sostanza. Anzi, emerge forse una nuova schizofrenia di fondo. Pur avendone la possibilità, la Russia (aggiungerei per fortuna) non ha ancora fatto ricorso alle armi nucleari. Pur minacciandolo non lo fa. Forse perché considera questa eventualità moralmente ingiusta; forse perché teme ritorsioni; o perché si rende conto che sarebbe l'inizio di una *escalation* (uso un eufemismo) dalle conseguenze prevedibili. Quindi, finora guerra, ma entro certi limiti (e, aspettando la pace, possiamo sperare solo che duri così). Per ora (13.07.2024) Mosca, in risposta alla NATO, ha dichiarato di aver puntato i suoi missili sulle capita-

27 Sul *Catechismo* e la dottrina della guerra "giusta" si v. *infra* in nt. 49.

li europee. Mentre l'Italia annuncia, insieme con suoi *partners* europei, un aumento di *budget* per le spese militari.

Questo fa comprendere quanto sia necessario continuare a insistere sulla dottrina della guerra “giusta”, anche se non è una prospettiva affatto rassicurante²⁸. Sin dalle sue prime formulazioni che risalgono all'epoca antica (non quindi al Medioevo come sembra pensare l'on. Paolo Treves²⁹), ap-

28 Emblematico l'intervento dell'on. Russo Perez (1885-1971) del 14 marzo 1947, nella seduta pomeridiana, che discute la parte dell'art. 4 del Progetto di Costituzione del 1947 (poi diventato nella stesura definitiva art. 11 Cost.) sulla rinuncia/ripudio, visto dal punto di vista della guerra giusta: “*L'Italia rinuncia alla guerra come strumento di conquista*. L'Italia, dunque, rinuncerebbe alla guerra, ma soltanto come strumento di conquista e di offesa alla libertà di altri popoli. Quindi bisognerebbe fare questo esame, che è molto difficile: guerre giuste e guerre ingiuste. Ci sono stati dei giuristi, a corto di occupazioni più serie, i quali hanno scritto perfino dei trattati, come il signor De la Prière e il signor Regout (*Le droit de juste guerre*), nei quali sono elencati i principi in base ai quali si dovrebbe subito riconoscere se una guerra è giusta o ingiusta. Ma, nella pratica, la cosa non è così semplice. Per esempio, il collega Bencivenga ha ricordato il caso della Francia, nella cui Costituzione è scritto da tempo immemorabile che ‘La Francia rinuncia alle guerre di conquista’. Però, sottilizzando, i giuristi e gli uomini d'arme francesi sono venuti alla conclusione che una guerra per la riconquista della Ruhr non sarebbe stata una guerra di conquista. E, se vogliamo allontanarci dalla storia ed avvicinarci ai tempi presenti, guardate un po': la guerra della Russia alla Finlandia è una guerra di difesa o una guerra di aggressione? E non è forse vero che, nel patto Ribbentrop-Molotov, si ritrova per lo meno una duplice e coeva volontà di aggressione? E, se non vi piace parlare dell'est, parliamo dell'ovest. Pensate che l'America sostiene di essere stata una nazione aggredita; ma io vi prego di tornare indietro col pensiero e di ricordare quei carichi di armi che gli Stati Uniti di America mandavano, scortati dai loro aerei e dai loro caccia, alla belligerante Inghilterra. Io domanderei al signor Regout se la guerra che nacque da quegli invii di armi, che una nazione neutrale faceva ad una nazione belligerante, sia da considerarsi una giusta o un'ingiusta guerra, una guerra di aggressione o una guerra di difesa”.

29 Il 17 marzo 1947 l'on. Paolo Treves (1908-1958), così replica all'on. Russo Perez: “Onorevoli colleghi, forse non sarebbe soltanto un pedantesco ricordo di scuola inserire in questa discussione un precetto del Machiavelli, ‘quelle buone leggi e quelle buone armi’ poste dal Fiorentino a fondamento di ogni vivere civile. Ma io lo farò solo per dire quanto caduca sia la seconda parte del precetto machiavellico e come invece debbano riflettere ‘le buone leggi’ a dar vita e fondamento ad ogni ordinato vivere di cittadini. Specialmente questo precetto mi sembra valevole per noi, che in questa Aula cerchiamo appunto di creare quelle buone leggi su cui deve per sempre fondarsi la nostra nuova Repubblica italiana. Ma il ricordo machiavellico mi viene suggerito, per contrapposto alle buone armi, proprio da un articolo del progetto di Costituzione che ci sta di fronte, quell'articolo 4 su cui io vorrei soffermarmi un istante, l'articolo per cui appunto le buone leggi dovrebbero per sempre escludere il ricorso alle armi. È

pare evidente che questa dottrina sia stata molto spesso strumentalizzata come alibi per legittimare velleità imperialistiche, o di vendetta, che poco hanno a che fare con l'idea di giustizia (su questo ritorneremo). È anche vero però che di fronte all'aggressione ingiustificata di uno Stato ostile non si può restare inermi, e quindi, giocoforza, l'eventualità di una Legge marziale da adottare in tempo di guerra non può escludersi a priori, anche per uno Stato come l'Italia, esplicitamente dichiaratosi democratico e pacifista. Opportunamente, quindi, la nostra Costituzione, rispetto al problema da questo punto di vista, con sano realismo, si dimostra adeguata³⁰.

un articolo, nel suo spirito almeno, cui noi attribuiamo un'importanza fondamentale. A noi sembra di vedere in esso – nel suo spirito, se non ancora nella sua lettera – uno dei fondamenti principali su cui costruire il nuovo edificio italiano. Già l'articolo 4 ha dato luogo ad una discussione elevata ed interessante in questa Assemblea, già si sono manifestati alcuni dubbi, già si sono avute alcune proposte di revisione, di modificazione, di emendamenti, ed è su queste proposte, e soprattutto sullo spirito di esse e su questi emendamenti, che prima di entrare nel vivo dell'argomento io desidererei soffermarmi un istante. L'onorevole Russo Perez, che mi dispiace di non vedere al suo banco, è stato forse l'unico che ha introdotto una nota discorde – non voglio certo dire una nota stonata – proponendo addirittura di sopprimere questo articolo, forse per la difficoltà in cui egli si era trovato di distinguere fra guerre giuste e guerre ingiuste. Egli, in fondo, ci ha detto che sono giuste tutte le guerre che si vincono e sono ingiuste tutte le guerre che si perdono. Non vorrei, data appunto l'assenza dell'onorevole collega, discutere questa sua opinione, che evidentemente si presterebbe a parecchie considerazioni, e non voglio neanche che l'onorevole Russo Perez si affatichi a studiare dal Medioevo in poi tutte le opinioni avanzate da teologi, da politici e da filosofi sulle guerre giuste e ingiuste. Del resto, l'onorevole Russo Perez non ha forse molta speranza che la sua proposta di soppressione venga accettata, perché egli stesso, in via subordinata, ha proposto un emendamento, piuttosto generico, in cui si dice che l'Italia condanna il ricorso alle armi nelle controversie fra le nazioni. Noi ne apprezziamo senza dubbio lo spirito, ma la Costituzione non è una specie di libro della discrezione, una raccolta di precetti morali, per cui si condanna in astratto una determinata norma, un determinato modo di procedere. La Costituzione è la legge, anzi la legge fondamentale, che permette o non permette, e non giudica sulla bontà morale, sulla bontà in astratto di determinate norme”.

- 30 T. Garzoni, *La piazza universale di tutte le professioni del mondo* (1585), I-II, Einaudi, Torino 1996, II: p. 1013: “Giudicò Aristotile nel quarto della *Politica* esser quest'arte al mondo necessaria, perché vana cosa sarebbe (come Senofonte ne' suoi libri *Economici* dice) arar i campi e seminarli, se non ci fosser poi di quegli che dalle prede e rapine degli uomini gli difendessero, combattendo e guerreggiando. Quindi Platone nel quinto libro della *Repubblica* la chiamò nell'istesso modo necessaria a discacciar l'ingiurie e le offese che ci vengon fatte; e Ipodamo scrisse tre parti esser necessarie a una città: prima quella degli agricoli, secondo quella degli artefici, terzo quella de' soldati bellicosi”. Sull'utilità della guerra

Questo realismo ha delle radici antiche, se è vero che Cicerone, nel *De re publica* (51 a.C.) fa dire a Scipione Emiliano, il distruttore di Cartagine morto nel 129 a.C., che uno Stato si costituisce per il consenso e l'utilità dei suoi cittadini³¹; e, ancora nel *De officiis* (44 a.C.), che lo scopo di uno Stato è di proteggere i suoi cittadini insieme ai loro beni³². Anzi, restando sull'Arpinate, si deve aggiungere che perfino in Cicerone, il tragico dilemma tra un dialogo a oltranza e l'uso della forza nella soluzione dei conflitti politici resta irrisolto³³. Lo dimostra il fatto che, da console (63 a.C.), lo stesso Cicerone, esalta come migliore virtù quella militare (*rei militaris virtus praestat ceteris omnibus*)³⁴; mentre, negli ultimi mesi di vita rivendicherà, con parole rimaste proverbiali, il merito di essersi sempre prodigato per spingere i facinorosi a cedere le armi: "*Illud autem optimum est, in quod invadi solere ab improbis et invidis audio 'cedant arma togae concedat laurea laudi'*"³⁵.

Garzoni cita, fra tanti altri, anche Cic. *pro Mur.* 9.22 (63 a.C.): *Ac nimirum – dicendum est enim quod sentio – rei militaris virtus praestat ceteris omnibus.*

31 Cic. *de re p.* 1.25.39: "*Est igitur*", inquit Africanus, "*res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*".

32 Cic. *de off.* 2.21.73: *Hanc enim ob causam maxime, ut sua tenerentur, res publicae civitatesque constitutae sunt. Nam, etsi duce natura congregabantur homines, tamen spe custodiae rerum suarum urbium praesidia quaerebant.*

33 Sull'ambiguità di Cicerone e i condizionamenti ideologici di coloro che ne hanno interpretato il pensiero si v. G. Franciosi, *Ritualità, tradizione e prassi nei rapporti internazionali*, in *La giustizia tra i popoli nell'opera e nel pensiero di Cicerone*. Atti del Convegno di Arpino, 11-12 ottobre 1991, Aracne, Roma 1993, pp. 73-90, spec. pp. 73-75 e *passim*.

34 Cic. *pro Mur.* 9.22.

35 Cic. *de off.* 1.22.77. Senz'altro appropriata quindi appare la seconda parte dell'art. 11 Cost. qui evidenziata in corsivo: "L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; *consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo*". Lo scenario, al momento, non sembra rassicurante. Tradizionali organizzazioni internazionali come l'ONU, istituite dopo la fine della Seconda guerra mondiale, sembrano perdere sempre più mordente. Una debole Europa, che ha perso per strada la Gran Bretagna, con le Nazioni sempre in conflitto su questioni economiche (divise tra l'ansia di protagonismo dei Francesi e la più moderata Germania, alle prese con i suoi problemi interni, e che da tempo non sembra più disposta a fare la "locomotiva d'Europa"), adesso si trova con la guerra alle porte di casa, schiacciata di fronte al conflitto russo/ucraino tra il martello (la puntigliosa e pertinace insistenza della Russia a perseguire il suo disegno bellico) e l'incudine (uno svogliato sostegno, pur obbligato, degli Stati Uniti, su cui

4. Legge marziale e *iustitium*

Tutto questo sembra dire che l'Italia, almeno sul piano normativo e della morale, è ben preparata alla guerra. Qualche considerazione adesso sulla Legge marziale. Anche in uno Stato democratico.

Comunemente s'intende questa fattispecie come quel "complesso di provvedimenti legislativi che entrano in vigore durante circostanze eccezionali e che producono, nel tempo della loro efficacia, la temporanea sospensione della legge comune"³⁶. Un suo precedente storico (al di là degli innumerevoli esempi dell'età moderna e contemporanea) può essere il *iustitium*, una fattispecie prevista dal diritto romano, su cui si è acceso un interessante dibattito tra filosofi e romanisti³⁷.

incombe sempre lo spettro delle elezioni presidenziali). Ma questi sono forse gli effetti collaterali delle democrazie che richiedono impegno costante e tanta fatica per essere difese dalla protervia dei prepotenti di turno.

36 La definizione è tratta dall'*Enciclopedia Treccani* consultata sul web.

37 Secondo Meillet il significato del vocabolo neutro *iustitium* sarebbe "vacanza di tribunale" perché composto da *ius* + *stitium* (da *stō*); come *sol-stitium* = "arresto del sole"; ciò trova giustificazione in quanto si legge in Paul. 14 *ad Sab. D.* 1.1.11 dove uno dei tanti significati di *ius* è quello di "tribunale" (*Alia significatione ius dicitur locus in quo ius redditur*). Paul. D. 1.1.11: *Ius pluribus modis dicitur: [...]. Alia significatione ius dicitur locus in quo ius redditur, appellatio collata ab eo quod fit in eo ubi fit. Quem locum determinare hoc modo possumus: ubicumque praetor salva maiestate imperii sui salvoque more maiorum ius dicere constituit, is locus recte ius appellatur*. Per approfondire, con bibl. di riferimento, v. ora O. Sacchi, *Ius pluribus modis dicitur. Per una genealogia della nozione di diritto come giustizia*, in *La forza del diritto, il diritto della forza*, 7. L'Era di Antigone, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza della Seconda Università degli Studi di Napoli, FrancoAngeli Editore, Milano 2014, pp. 72-141. Cfr. E. Cuq, "Justitium", in *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, in C.Daremberg, E. Saglio (éds.), III.1, Editore, Paris 1900 s.v., p. 779: "Justitium vient de *jus-stitium* (composé de *sto* comme *sol-stitium* et *inter-stitium*"; A. Ernout, A. Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, Klincksieck, Paris 2001, p. 329: "*iustitium* n.: vacance des tribunaux, arrêt de la justice; cf. *solstitium* et *stō*". Va anche segnalato che sempre A. Ernout, A. Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, cit., p. 653 scrivono: "*iustitium*: suspension des tribunaux, vacation légale (à ne pas confondre avec *iustitia* dérivé de *iustus*)". Ma così cadono nella contraddizione rilevata da E. Benveniste, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee. Potere, diritto, religione*, II, Einaudi, Torino 2001, p. 382 per cui, da un lato, *ius* sarebbe una parola senza derivati; dall'altro, avrebbe generato l'aggettivo *iustus*. In latino medioevale, o in lingua italiana, troviamo le parole *armi-stitium* o *armi-stizio*, ossia "arresto delle armi" o "sospensione della guerra"; secondo lo stesso meccanismo osservato per *iustitium* e *solstitium*. Quest'ultima declinazione di

Il filosofo Giorgio Agamben ha ravvisato nell'antico istituto romano del *iustitium* l'archetipo dello "stato d'eccezione"³⁸, una forma di anomia o sospensione del diritto che avrebbe dato forma a un non-luogo in cui avrebbe agito la pura "forza di legge senza legge" di chi governava (come, ad esempio, nel caso della liquidazione dei catilinarî³⁹). Il *iustitium* in effetti fu una misura molto particolare del diritto romano che, in un caso estremo, arrivò perfino a consentire che il senato (sussistendo

significato, non attestata in latino classico, si giustifica perché la parola *arma*, -orum è già nel poeta Ennio, in *ann.* 6.180: *Proletari armantur; omnes arma requirunt*; e 201: *Ut pro Romano populo prognariter armis*, che la usa anche per dire di chi è sotto servizio militare: *Enn. scen.* 262: *sub armis*. La parola è usata inoltre da Cesare nel significato di assetto di guerra (*in armis esse*): *Caes. Gall.* 2.3: *omnis Belgas in armis esset*; 2.4: *quantaeque in armis essent*; 7.11: *duas legiones in armis excubare iubet*; 7.32: *Civitatem esse omnem in armis*. Con ampio e ult. ragguaglio di fonti si rinvia alla voce *arma*, in *ThLL*, II, Lipsiae 1900-1906, coll. 590,32-602,8 curata da Ernst Bickel.

- 38 Così A. Nissen, *Das "Iustitium". Eine Studie Aus Der Römischen Rechtgeschichte*, Ulan Press, Leipzig 1877, p. 105 ss., spec. p. 112; G. Kleinfeller, "Iustitium", in *REPW.*, X.2, Editore, Stuttgart 1919, s.v., col. 1339 che interpreta Gell. 20.1.42-44 ricollegandogli "eine Hemmung der Rechtsordnung". Si v. però la rilettura critica ora di L. Garofalo, *Iustitium. Fisiologia ed eziologia*, in *Iustitium e altri saggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2022, pp. 7-42, spec. pp. 7-13 e *passim*; ma già sempre Id., *In tema di iustitium*, in *Biopolitica e diritto romano*, Jovene, Napoli 2009, pp. 117-142. Cfr. sul tema anche C. Masi Doria, "Salus populi suprema lex esto". *Modelli costituzionali e prassi del "Notstandsrecht" nella "res publica" romana*, in *Poteri, magistrature, processi nell'esperienza costituzionale romana*, Jovene, Napoli 2015, pp. 17-21, in part. p. 21. Per un ulteriore commento sulla tesi di Agamben, con ampio ragguaglio di bibliografia, G. Brandi Cordasco Salmena, *Iustitium e stato di eccezione: la costituzionalizzazione romana dell'emergenza. Il paradigma di Azio*, in *Aurea iuris romani*, 2, Sofia 2020, pp. 19-77, spec. pp. 43-44.

- 39 Su questo celebre episodio, che vide protagonista il console Cicerone la notte del 5 dicembre del 63 a.C. quando ordinò a dei sicari l'esecuzione per strangolamento senza processo e con il solo consenso del Senato nel carcere Mamertino di cinque tra i più eminenti catilinarî, cfr. C. Meier, *Cesare. Impotenza e onnipotenza di un dittatore. Tre profili biografici*, Einaudi, Torino 1995, p. 89 s. Su cui v. anche le interessanti considerazioni di N. Rampazzo, *Il "bellum iustum" e le sue cause*, in *Index*, 33, Napoli 2005, p. 236. Altro celebre episodio da ricondurre al *iustitium* è l'uccisione di Tiberio Gracco da parte di Scipione Nasica che Cicerone non a caso commenta dicendo che l'uccisore agì come se fosse stato un console (*Tusc.* 4.23.51). Sempre Cicerone sull'assassinio dei seguaci di Caio Gracco da parte di Opimio in ottemperanza di un *senatus consultum ultimum* lo definisce (direi non a caso) *infinita quaestio* (*de or.* 2.3.134). Ritorna in argomento ora anche G. Brandi Cordasco Salmena, *Iustitium e stato di eccezione: la costituzionalizzazione romana dell'emergenza. Il paradigma di Azio*, cit., p. 41, nt. 60; p. 34, nt. 36; e *passim*.

un concreto pericolo per la Repubblica) di abolire il divieto posto dalla *Lex Sempronia* di mettere a morte un cittadino romano senza ricorso a un giudizio popolare⁴⁰.

Il romanista Giuseppe Garofalo, dal canto suo e in aperta polemica con Agamben, facendo riferimento ad Aulo Gellio⁴¹, ha invece insistito sul fatto che il *iustitium* non avrebbe avuto l'effetto di sospendere il diritto in ogni sua manifestazione (costituendo quindi *tout court* uno "stato d'eccezione"), bensì solo le attività giuridiche per le quali fosse prevista la partecipazione di un organo pubblico; e, dunque, in primo luogo, il processo civile e la repressione criminale⁴².

In sostanza, il console, il *dictator*, e forse anche un tribuno della plebe, avrebbero dichiarato il *iustitium* anzitutto per sollevare sé stessi dalla responsabilità di adempiere ai loro normali compiti istituzionali, come l'ufficio del *ius dicere*, dato che l'evento bellico li avrebbe impegnati altrove⁴³.

Non entro nel merito di questa discussione perché l'ho già fatto in altra sede dal punto di vista del *ius* e del suo significato storico-giuridico; ma anche perché le ragioni di Luigi Garofalo mi sembrano convincenti⁴⁴. Mi soffermo soltanto su quello che a me pare il dato rilevante per

40 G. Agamben, *Stato di eccezione. Homo sacer* II/1, Bollati Boringhieri, Milano 2003, pp. 55-67; Id., *Homo sacer*, Quodlibet, Macerata 2018, p. 208 ss.

41 L'antiquario Gellio parla del *iustitium* con riferimento a una norma delle XII tavole (Tab. III.1) per cui prima di procedere alla *manus iniectio* si dava un termine di 30 giorni (definito *iustos velut quoddam iustitium*) per consentirgli di pagare o approntare una difesa: durante questo tempo si sospendeva il processo esecutivo: Gell. 20.1.42-47. Il giurista Gaio parla di un termine dilatorio di 30 giorni anche con riferimento alle *legis actiones per conductionem e per iudicis arbitrive postulationem*: Gai. 4.18 e 15. Questa prassi si osservava anche nel diritto pubblico per i *iura fetialium*, per approvare le leggi e per nominare i magistrati: Dion. 2.72.8; Macr. sat. 1.16.34; di fronte al pericolo di una guerra civile: Cic. Phil. 5.12; *har. resp.* 26; in occasione di una pesante sconfitta dell'esercito: Liv. 3.27.2; 7.28.3; 10.21.2; per il funerale di un uomo illustre o di un componente della famiglia imperiale: Gran. Lic. p. 33,3; Suet. Tib. 52.1; Tac. ann. 1.16.2; 2.82.3.

42 L. Garofalo, *In tema di "iustitium"*, in *Piccoli scritti di diritto penale romano*, Cedam, Padova 2008, pp. 61-83.

43 Di recente Luigi Garofalo è ritornato ancora sul tema, aggiungendo argomenti convincenti alla sua tesi: L. Garofalo, *Iustitium. Fisiologia ed eziologia*, cit., pp. 7-42, spec. pp. 26-42, commentando anche i lavori di A. Salomone, "*Iustitium*" e *sospensione della "iurisdictio"*, in L. Garofalo (a cura di), *La dittatura romana*, I, Jovene, Napoli 2017, p. 257 ss.; e G. Valditara, *Il dictator tra emergenza e libertà*, Giappichelli, Torino 2021, p. 69 ss.

44 Cfr. O. Sacchi, "*Iudici finis est ius, ex quo etiam nomen*" (Cic. Top. 91): qualche riflessione sul processo come *ius* e su D. 1.1.1 pr-1 (Ulp. 1 Inst.), in *Ius Antiquum*

il tema di cui si sta discutendo. Nella stragrande maggioranza delle vicende riferite dalle fonti⁴⁵, il *iustitium* interveniva come una misura adottata nell'approssimarsi di una guerra⁴⁶. Questa circostanza legittimava quindi la sospensione delle normali attività dei tribunali e dei magistrati a questo preposti (*ius dicere*). Il che potrebbe giustificare l'idea di uno "stato d'eccezione" rispetto al normale andamento delle cose. Il dato significativo però era che il tutto doveva sempre inquadarsi in un contesto giuridicamente rilevante: era così per le norme del *ius fetiale*; e, in un senso più ampio, anche per le ragioni giustificative addotte nella dottrina del *bellum iustum*⁴⁷.

In entrambi i casi il diritto non si cancellava del tutto (Garofalo), ma veniva in parte sospeso per applicare le regole della guerra. Altre regole, ma sempre regole giuridiche, perché il *iustitium* doveva essere formalmente dichiarato sempre in ottemperanza a delle norme precise (la *rerum repetitio* e la *belli indicio*). Allargando la prospettiva, si potrebbe quindi considerare il *iustitium* romano come un precedente storico della Legge marziale (di qui l'idea di Agamben dello "stato di eccezione") che anche oggi (come allora) sospende provvisoriamente l'effettività di alcuni principi generali del diritto posti della legge in condizioni normali⁴⁸. La precisazione non è

Drevnee Pravo, 1 (35), Mosca 2017, pp. 18-58, spec. pp. 40-41.

- 45 Una rilevante eccezione è costituita da Cic. *Planc.* 14.33 che collega la proclamazione del *iustitium* a una sospensione delle aste pubbliche di terreno nel 111 a.C. anche in questo caso quindi una sospensione del giuridico. Questa vicenda si cala però in un contesto molto particolare legato alla promulgazione della *lex agraria* del 111 a.C., che chiuse la fase storica molto sofferta aperta col tentativo di riforma agraria di Tiberio Gracco (un progetto politico che costò la vita a tale personaggio) fortemente osteggiata dal partito conservatore. Ma per questa storia si rinvia a O. Sacchi, *Regime della terra e imposizione fondiaria nell'età dei Gracchi. Testo e commento storico-giuridico della legge agraria del 111 a.C.*, Jovene, Napoli 2006; e ora anche a Id., *La formula "utei quoi optuma lege" nella l. 27 della lex agraria del 111 a.C.: elementi per una rilettura politica e giuridico-costituzionale*, in *IVRA.*, LXX, Napoli 2022, pp. 247-281.
- 46 Così Liv. 3.27.2; 4.31.9; 6.2.6; 7.6.12; 7.9.6; 7.28.2-3; 10.4.2; tutte testimonianze relative a un segmento temporale che va dal 458 al 301 a.C.; ma v. anche 3.3.6 e 3.5.3-4 (465 e 464 a.C.); 6.7.1 (386 a.C.); 9.7.8 (321 a.C.); App. *b.civ.* 1.55.244-248; Plut. *Mar.* 35.4 e *Sull.* 8.6-7 (88 a.C.). Su tutto L. Garofalo, *Iustitium. Fisiologia ed eziologia*, cit., p. 23, 26 e *passim*.
- 47 Il problema della guerra "giusta" (*bellum iustum*) sarà discusso con maggiore dettaglio più avanti.
- 48 L'accostamento è possibile purché si tenga presente la sostanziale differenza che c'è tra il nostro modo di pensare e quello antico. La guerra in Roma antica, nell'ottica ciceroniana almeno fino all'età sillana, era concepita come un'*extrema ratio*

di poco momento; né, tanto meno, inconferente, perché consente di analizzare la Legge marziale attuale rileggendola in filigrana attraverso un suo possibile antesignano antico (il *iustitium*).

Molto semplificando, si potrebbe dire che con la Legge marziale, così come nel *iustitium*, si sospende l'effettività di alcuni principi e di alcune prerogative giuridiche fondamentali di uno Stato, che sarebbero insostenibili in uno stato di guerra. Nel caso del *iustitium* o della Legge marziale è quindi come se si determinasse una paradossale inversione di valori: la Legge marziale (quando c'è) è una Legge che prevale sul Diritto, come un'eccezione che conferma la regola.

Il Diritto però non viene meno del tutto; è solo sospeso, sia pure soltanto in qualche suo aspetto essenziale. Questo per bilanciare una necessità contingente altrettanto essenziale: l'insorgenza di uno "stato di guerra". Si può comprendere allora perché i Romani abbiano elaborato una dottrina della guerra "giusta". Forse per non entrare in contraddizione con sé stessi (parliamo degli inventori e gli artefici dello Stato di diritto). Era necessario che questa inversione di valori fosse giustificata da buone ragioni, almeno fino a quando anche a Roma non cominciò ad affermarsi una prassi sostanzialistica della guerra per effetto dell'affermazione dell'autoritarismo imperiale che seguì alla devastante guerra civile e ai disordini degli ultimi decenni della repubblica⁴⁹.

e sottostava a una serie di regole previste da un rigido cerimoniale (*ius fetiale*), un procedimento giuridico vero e proprio, per garantire un minimo di accettabilità sul piano morale. Così Liv. 1.32.6 e ss.; Cic. *de off.* 1.10.33-13.40. Su cui v. G. Franciosi, *Ritualità, tradizione e prassi nei rapporti internazionali*, in *La giustizia tra i popoli nell'opera e nel pensiero di Cicerone*. cit., p. 79, 81 e *passim*.

- 49 Questo almeno, a seguire Cicerone, fino almeno alla guerra civile e al conflitto tra Cesare e Pompeo. Si v. Cic. *de off.* 1.11.35: *Mea quidem sententia paci, quae nihil habitura sit insidiarum, semper est consulendum. In quo si mihi esset obtemperatum, si non optimam, at aliquam rem publicam, quae nunc nulla est, haberemus*. Dopo l'età sillana – quando cominciò per Roma la fase terminale della *res publica* (iniziata da Cesare e portata a termine da Augusto), che avrebbe aperto le porte all'Impero – e fatte le debite proporzioni, all'indomani dell'11 settembre 2001 è accaduto qualcosa di simile anche nel nostro tempo, quando l'allargamento dei poteri di controllo sui cittadini (favorito in modo esponenziale dalle moderne tecnologie) ha determinato significative compressioni delle libertà individuali pressoché in tutti i paesi occidentali, in nome di una generica guerra al terrorismo dichiarata *de facto* e non *de iure*. Il principio della *extrema ratio* è rimasto, ma la guerra asimmetrica contro il terrorismo (detta in altri modi "guerra preventiva", oppure "operazione di polizia internazionale", "azione di contrasto al terrorismo internazionale" o "guerre di globalizzazione"), anche se concepita retoricamente (ma condivido l'idea di chi parla di "fariseismo verbale": cfr. C. De Fiores, *L'art. 11 non si può "convertire" alla guerra*, in *Critica marxista*, 1,

5. La dottrina della guerra “giusta”

Il tema della guerra “giusta”, pur attraverso le varianti della guerra *umanitaria* e della guerra *democratica*, avendo costituito il principio giustificativo della difesa preventiva praticata dai Bush, oggi sembra aver perso molto del suo *appeal*, soprattutto tra i costituzionalisti⁵⁰. Tuttavia, fino a quando il *virus* della guerra non sarà definitivamente debellato (ammesso che mai lo sarà), non si può negare che i nostri sforzi per contrastare in modo efficace l’irredimibile propensione alla guerra degli esseri umani, possono concentrarsi solo sulla migliore interpretazione di questa dottrina.

Pensando all’Occidente, sono almeno due le correnti di pensiero da considerare: quella religiosa, esplicitata nel *Catechismo della Chiesa Cattolica*⁵¹;

6-12, 2003, pp. 6-12, spec. p. 6, presente sul web come https://criticamarxista.com/wp-content/uploads/2013/06/1_2003defiores.pdf, data come un’eccezione che conferma la regola, sul presupposto che il nemico non s’identifica in uno Stato, di fatto ha portato a una significativa compressione delle libertà individuali, come se si fosse applicata una Legge marziale (o *iustitium*) permanente e globale, priva però di un formale riconoscimento giuridico. Verrebbe da dire *nihil sub sole novum* (Qohelet 1.9-10).

- 50 Sulla guerra “giusta”, anche in prospettiva storica G. Battaglini, *Usi della forza e diritti umani nel sistema delle Nazioni Unite*, in M. Dogliano, S. Sicardi (a cura di), *Diritti umani e uso della forza. Profili di diritto interno e internazionale*, Giappichelli, Torino 1999, p. 13 ss. Sulle evoluzioni del dibattito tra i costituzionalisti v. fra gli altri C. De Fiores, *Il ritorno della guerra “giusta”. La crisi della legalità internazionale alle soglie del XXI secolo*, in I. Mortellaro (a cura di), *Interpretazioni della guerra, politiche per la pace*, n. 33-34, Istituto Gramsci Marche, Ancona 2000, p. 99 ss.; E. Sciso (a cura di), *L’intervento in Kosovo*, Giuffrè, Milano 2001; P. Picone, *La guerra contro l’Iraq e le degenerazioni dell’unilateralismo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 86/2, Milano 2003, p. 330 ss.; M. Benvenuti, *Il principio del ripudio della guerra nell’ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 67 ss.

- 51 *Catechismo della Chiesa Cattolica* (15 agosto 1997) [EVITARE LA GUERRA] § 2307: “Il quinto comandamento proibisce la distruzione volontaria della vita umana. A causa dei mali e delle ingiustizie che ogni guerra provoca, la Chiesa con insistenza esorta tutti a pregare e ad operare perché la bontà divina ci liberi dall’antica schiavitù della guerra”. Cfr. Concilio Vaticano II, Cost. past. *Gaudium et spes*, 81: AAS 58 (1966) 1105. § 2308: “Tutti i cittadini e tutti i governanti sono tenuti ad adoperarsi per evitare le guerre. *Fintantoché esisterà il pericolo della guerra e non ci sarà un’autorità internazionale competente, munita di forze efficaci, una volta esaurite tutte le possibilità di un pacifico accomodamento, non si potrà negare ai governi il diritto di una legittima difesa*”. Concilio Vaticano II, Cost. past. *Gaudium et spes*, 79: AAS 58 (1966) 1103. § 2309: “Si devono considerare con rigore le strette condizioni che giustificano una legittima difesa con la forza militare. Tale decisione, per la sua gravità, è sottomessa a rigorose condizioni di legittimità morale. Occorre

contemporaneamente: – che il danno causato dall'aggressore alla nazione o alla comunità delle nazioni sia durevole, grave e certo; – che tutti gli altri mezzi per porvi fine si siano rivelati impraticabili o inefficaci; – che ci siano fondate condizioni di successo; – che il ricorso alle armi non provochi mali e disordini più gravi del male da eliminare. Nella valutazione di questa condizione ha un grandissimo peso la potenza dei moderni mezzi di distruzione. Questi sono gli elementi tradizionali elencati nella dottrina detta della 'guerra giusta'. La valutazione di tali condizioni di legittimità morale spetta al giudizio prudente di coloro che hanno la responsabilità del bene comune". § 2310: "I pubblici poteri, in questo caso, hanno il diritto e il dovere di imporre ai cittadini gli obblighi necessari alla difesa nazionale. Coloro che si dedicano al servizio della patria nella vita militare sono servitori della sicurezza e della libertà dei popoli. Se rettamente adempiono il loro dovere, concorrono veramente al bene comune della nazione e al mantenimento della pace". Si v. Concilio Vaticano II, Cost. past. *Gaudium et spes*, 79: AAS 58 (1966) 1103. § 2311: "I pubblici poteri provvederanno equamente al caso di coloro che, per motivi di coscienza, ricusano l'uso delle armi; essi sono nondimeno tenuti a prestare qualche altra forma di servizio alla comunità umana". *Ibidem*. § 2312: "La Chiesa e la ragione umana dichiarano la permanente validità della legge morale durante i conflitti armati. *Né per il fatto che una guerra è ormai disgraziatamente scoppiata, diventa per questo lecita ogni cosa tra le parti in conflitto*". *Ibidem*. § 2313: "Si devono rispettare e trattare con umanità i non-combattenti, i soldati feriti e i prigionieri. Le azioni manifestamente contrarie al diritto delle genti e ai suoi principi universali, non diversamente dalle disposizioni che le impongono, sono crimini. Non basta un'obbedienza cieca a scusare coloro che vi si sottomettono. Così lo sterminio di un popolo, di una nazione o di una minoranza etnica deve essere condannato come peccato mortale. Si è moralmente in obbligo di far resistenza agli ordini che comandano un *genocidio*". § 2314: "Ogni atto di guerra che indiscriminatamente mira alla distruzione di intere città o di vaste regioni e dei loro abitanti, è delitto contro Dio e contro la stessa umanità e con fermezza e senza esitazione deve essere condannato". [Si v. Concilio Vaticano II, Cost. past. *Gaudium et spes*, 80: AAS 58 (1966) 1104]. "Un rischio della guerra moderna è di offrire l'occasione di commettere tali crimini a chi detiene armi scientifiche, in particolare atomiche, biologiche o chimiche". § 2315: "L'accumulo delle armi sembra a molti un modo paradossale di dissuadere dalla guerra eventuali avversari. Costoro vedono in esso il più efficace dei mezzi atti ad assicurare la pace tra le nazioni. Riguardo a tale mezzo di dissuasione vanno fatte severe riserve morali. La corsa agli armamenti non assicura la pace. Lungi dall'eliminare le cause di guerra, rischia di aggravarle. L'impiego di ricchezze enormi nella preparazione di armi sempre nuove impedisce di soccorrere le popolazioni indigenti"; [Cfr. Paolo VI, Lett. enc. *Populorum progressio*, 53: AAS 59 (1967) 283] "ostacola lo sviluppo dei popoli. L'armarsi ad oltranza moltiplica le cause di conflitti ed aumenta il rischio del loro propagarsi". § 2316: "La produzione e il commercio delle armi toccano il bene comune delle nazioni e della comunità internazionale. Le autorità pubbliche hanno pertanto il diritto e il dovere di regolamentarli. La ricerca di interessi privati o collettivi a breve termine non può legittimare imprese che fomentano la violenza e i conflitti tra le nazioni e che compromettono l'ordine giuridico internazionale". § 2317: "Le ingiustizie, gli eccessivi squilibri di carattere economico o sociale, l'in-

poi riassunta nel *Compendio*⁵²; e quella laica, le cui radici risalgono, come detto, al mondo romano, quando nacque la prima forma di imperialismo occidentale e quindi la prima teorizzazione del concetto di *bellum iustum* in cui si avverte ancora molto presente l'influenza della filosofia ellenistica e del cosmopolitismo stoico⁵³.

Vediamo quest'ultima più da vicino. La discussione sulla guerra "giusta" parte da una serie di affermazioni provocatorie di un filosofo greco, Carneade, inviato nel 155 a.C. come ambasciatore a Roma insieme a Critolao di Faselide e Diogene di Babilonia, per discutere innanzi al senato romano una multa comminata ad Atene per il saccheggio di Oropo. Del discorso di Carneade è rimasta traccia grazie a Lattanzio (240-320 d.C.), che cita il terzo libro del *De re publica* di Cicerone dove, a sua volta, la tesi di Carneade viene esposta da Furio Filo che, citando il filosofo greco, entra in polemica con Lelio, detto *Sophos*, un autorevole personaggio del circolo scipionico, molto amico di Scipione Emiliano⁵⁴. La tesi di Furio Filo/Carneade è che gli Stati non possono reggere senza l'ingiustizia. Se i Romani fossero stati giusti

vidia, la diffidenza e l'orgoglio che dannosamente imperversano tra gli uomini e le nazioni, minacciano incessantemente la pace e causano le guerre. Tutto quanto si fa per eliminare questi disordini contribuisce a costruire la pace e ad evitare la guerra: 'Gli uomini, in quanto peccatori, sono e saranno sempre sotto la minaccia della guerra fino alla venuta di Cristo; ma, in quanto riescono, uniti nell'amore, a vincere il peccato, essi vincono anche la violenza, fino alla realizzazione di quella parola divina: Forgeranno le loro spade in vomeri, le loro lance in falci; un popolo non alzerà più la spada contro un altro popolo, non si eserciteranno più nell'arte della guerra' (Is 2,4)". Si v. Concilio Vaticano II, Cost. past. *Gaudium et spes*, 78: AAS 58 (1966) 1102. Traggo da J. Ratzinger, *Lettera a Marcello Pera*, in M. Pera, J. Ratzinger, *Senza radici. Europa, Relativismo, Cristianesimo, Islam*, Mondadori, Milano 2004, pp. 97-122, spec. p. 97.

- 52 *Compendio* (28 giugno 2005) p. 483 (QUANDO È MORALMENTE CONSENTITO L'USO DELLA FORZA MILITARE?) §§ 2307-2310: *L'uso della forza militare è moralmente giustificato dalla presenza contemporanea delle seguenti condizioni: certezza di un durevole e grave danno subito; inefficacia di ogni alternativa pacifica; fondate possibilità di successo; assenza di mali peggiori, considerata l'odierna potenza dei mezzi di distruzione.*
- 53 Cicerone, come è stato ben notato, fu uomo di pensiero e uomo di azione in uno dei periodi più tormentati della storia mondiale. Così G. Franciosi, *Ritualità, tradizione e prassi nei rapporti internazionali*, in *La giustizia tra i popoli nell'opera e nel pensiero di Cicerone*, cit., p. 73. Per un'attenta rilettura della cd. teoria ciceroniana del *bellum iustum* si v. però ora anche L. Loreto, *Il bellum iustum e i suoi equivoci. Cicerone ed una componente della rappresentazione romana del Völkerrecht antico*, in *Storia politica costituzionale e militare del mondo antico*, 1, Jovene, Napoli 2001, pp. XX-122; riletto da N. Rampazzo, *Il "bellum iustum" e le sue cause*, cit., pp. 235-261 con ampio ragg. bibl. sul tema.
- 54 *Lact. inst.* 5.16.5-13.

avrebbero dovuto restituire tutti i territori conquistati, liberando le nazioni assoggettate, per tornare a vivere nelle capanne di Romolo. Non avendolo fatto si sono dimostrati saggi, ma non giusti; se l'avessero fatto, sarebbero stati giusti, ma stolti.

Gaio Lelio Sapiante (188-125 a.C.) ribatte con orgoglio che i Romani hanno conquistato un impero *legitime iniurias faciendo*⁵⁵. Il gioco di parole è notevole (*legitima iniuria*). Così come lo è il dato storico per cui gli uomini di cui riporta il pensiero Cicerone, appena cinquantanni dopo il discorso di Carneade, ossia Panezio, Lelio, Scipione Emiliano (tutti appartenenti al circolo scipionico), sono gli stessi che, nella seconda metà del II secolo a.C., per la prima volta nella storia del pensiero politico occidentale, formularono una teoria dello Stato (*res publica*) in cui troviamo fissate le coordinate archetipiche del moderno principio dello Stato di diritto (*ius*)⁵⁶.

Sul Diritto (*ius*) quindi, non sulla Legge (*lex*); secondo un argomento ben esplicitato da Cicerone in un passo celebre de *De legibus* (52/51 a.C.): “Se il diritto consistesse nei decreti dei popoli, nelle decisioni dei capi e nelle sentenze dei giudici, allora anche il furto, l’adulterio e la falsa testimonianza sarebbero diritto: basterebbe a ciò l’approvazione e il voto della massa”⁵⁷.

Il tema della guerra “giusta” era stato già affrontato da Aristotele per il quale sarebbero stati tre i casi in cui questa avrebbe tale caratteristica: 1) per sventare il pericolo di diventare schiavi di altri; 2) per cercare l’egemonia finalizzata all’utilità dei popoli assoggettati; 3) per dominare come padroni i popoli che meritano di essere schiavi⁵⁸. Avrei dei dubbi però ad attribuire in senso stretto al filosofo greco la paternità di tale dottrina, alme-

55 Cic. *de re p.* 3.12.20 = Lact. *inst. div.* 6.9.2-4.

56 Cic. *de re p.* 1.25.39; *de off.* 1.7.20-21; 2.21.73; Vell. Pat. 2.1.1. Mi sia permesso rinviare sul tema a O. Sacchi, *Le nozioni di Stato e di proprietà in Panezio e l’influenza della dottrina stoica sulla giurisprudenza romana dell’epoca scipionico-cesariana*, in *RIDA.*, 52, Bruxelles 2005, pp. 325-357; Id., “*Omnis definitio in iure civili periculosa est*” (*D.* 50.17.202, *lav. 11 epist.*). Il “tradizionalismo” di Giustiniano e il diritto romano nel tardoantico tra *empietà religiosa ed empietà giuridica*, in *AÜHFD.* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi) *Special Issue of the Faculty of Law Ankara University: Commemorative Issue in Honor of Professor Özcan Karadeniz Celebican*, 69/2, Ankara 2020, pp. 51-65.

57 Cic. *de leg.* 1.16.43: *Quodsi populorum iussis, si principum decretis, si sententiis iudicum iura constituentur, ius esset latrocinari, ius adulterare, ius testamenta falsa supponere, si haec suffragiis aut scitis multitudinis probarentur.*

58 Così G. Franciosi, *Ritualità, tradizione e prassi nei rapporti internazionali*, in *La giustizia tra i popoli nell’opera e nel pensiero di Cicerone cit.*, p. 78.

no tenendo conto di quanto osserva Paul Vinogradoff per cui nella lingua greca antica non vi è nulla che corrisponda al latino *ius*⁵⁹.

Piuttosto sembra più appropriato attribuire questa paternità a Cicerone, almeno per l'età repubblicana, nel senso appena precisato della sussistenza di una coerenza formale tra la procedura di dichiarazione di guerra e le norme che la regolano (si potrebbe dire una *Rechtmäßigkeit*?)⁶⁰.

59 P. Vinogradoff, *Outlines of Historical Jurisprudence. II. The Jurisprudence of the Greek City*, Oxford University Press, London 1920, p. 12; C.H. McIlwain, *La concezione antica della Costituzione*, in N. Matteucci (a cura di), *Costituzionalismo antico e moderno* (1947), il Mulino, Bologna 2000, p. 50 e 51. È vero che, a monte dell'impostazione di Aristotele, di cui subisce l'influenza anche Gaio Lelio Sapiente, troviamo anche il principio generale per cui il genere umano, per legge di natura, poteva dividersi in due categorie: popoli destinati a dominare e popoli destinati a essere dominati. Arist. *Pol.* 1.5. 1254a,21-b20. Lo riferisce, anche in questo caso, Lattanzio in *div. inst.* 6.9.4-5. Ma si può pensare che una riflessione seria e approfondita del pensiero di Aristotele sia stata possibile non prima che Silla portasse a Roma i "libri di Aristotele". Il 1 marzo dell'86 a.C. Silla cinse d'assedio Atene e nel suo bottino personale finirono i libri di Aristotele, secondo Posidonio, contenuti nella ricca biblioteca di Apelliconte di Teos (v. Plut. *Sull.* 26). La biblioteca di Silla fu frequentata da Tirannione, Andronico di Rodi, Cicerone e Attico. Il figlio di Silla, Fausto, genero di Pompeo, ma megalomane e scialacquatore, vendette la biblioteca; e dal quel momento i libri di Aristotele furono persi per sempre. Certamente Cicerone poté approfondire il pensiero di Aristotele frequentando la casa di Fausto Silla prima che i libri dello Stagirita andassero perduti. È lui stesso a dirlo: Cic. *ad Att.* 4.10.1 (55 a.C.): *ego hic pascor bibliotheca Fausti*. Per ulteriori dettagli v. L. Canfora, *La biblioteca scomparsa*, Sellerio, Palermo, 2009, pp. 68-75, spec. p. 73. Un'altra possibilità potrebbe essere la Biblioteca di Perseo di Macedonia portata a Roma e messa a disposizione dei suoi figli da Lucio Emilio Paolo, detto Macedonico (229-160 a.C.). Uno dei due figli di Emilio Paolo era Scipione Emiliano e quindi i frequentatori del circolo scipionico avrebbero potuto consultare questa biblioteca, ma non vi sono dati certi (almeno a mia conoscenza) sulla presenza di opere di Aristotele in questo corpo librario. La questione andrebbe quindi approfondita. Si può pensare però che i frequentatori del circolo scipionico abbiano conosciuto Aristotele *de relato*, ossia attraverso ad esempio Panezio, Polibio o Terenzio; ovvero che sia stato piuttosto Cicerone ad aver attribuito *ex post* una conoscenza delle dottrine del grande filosofo greco ai personaggi romani di tale sodalizio, nel quadro di una più generale ricostruzione e sistemazione filosofico-giuridica del tema. Certamente Cicerone nel 55 a.C. studiò Aristotele, frequentando la biblioteca di Silla custodita nella casa di Fausto Silla, presso Pozzuoli; e nel 54 cominciò a scrivere il *De re publica*; mentre nel 52 iniziò il *De legibus*.

60 Per un approccio al tema: V. Ilari, *Guerra e diritto nel mondo antico*, I, Giuffrè, Milano 1980, p. 23 ss.; Id., *L'interpretazione storica del diritto di guerra romano tra tradizione romanistica e giusnaturalismo*, Giuffrè, Milano 1981; A. Watson, *International Law in Archaic Rome. War and Religion*, Johns Hopkins University Press, Baltimore-London 1993, p. 62 ss.; J. Rüpke, *Domi militiae. Die religiöse Konstruktion des Krieges in Rom*, Steiner, Stuttgart 1990, p. 103 ss.; F. Sini, *Bellum nefandum. Virgilio e il problema del "diritto internaziona-*

Ne troviamo conferma in Agostino (354-430 d.C.) che riferisce nel *De civitate Dei* che per Cicerone la guerra è giusta se combattuta per la salvezza o per mantenere la parola data⁶¹. Qui forse ha ragione Luigi Loreto quando afferma che in tale testimonianza per la prima volta si rileva l'uso di *iustum* connesso a *bellum*, con diretta allusione al sostrato giustificativo sostanziale della guerra⁶². A sua volta, Isidoro (ca. 560-636 d.C.), attribuisce a Cicerone la considerazione di altri due casi di guerra "giusta": quella dichiarata per recuperare quanto è stato sottratto (*de repetitis rebus*) e per difendersi da un'aggressione (*aut propulsandorum hostium causa*)⁶³.

A Cicerone può ricondursi quindi il concetto di guerra "giusta" (*bellum iustum*), da leggersi come un corollario al concetto giuridico-filosofico di uno Stato fondato sull'idea del diritto, nato per volontà dei suoi cittadini allo scopo di proteggere, come detto, le loro persone e i loro beni, nel clima di un'autoaffermazione di Roma al centro di un nuovo mondo ellenistico e cosmopolita⁶⁴.

La matrice di questa costruzione nacque, lo ripeto ancora, nel circolo scipionico, ma Cicerone ne seppe apprezzare l'importanza rielaborandone il significato, permettendo anche che questa si salvasse dall'oblio del tempo. Sintetizzando si può dire quindi che per Cicerone i motivi di una guerra giusta sarebbero quattro: 1) *respingere un'aggressione*; 2) *ottenere giustizia per offese ricevute o per recuperare il maltolto*; 3) *difendere gli alleati*; 4) e, nella prospettiva aristotelica (ma in senso più filosofico, che giuridico), *fare la guerra nello stesso interesse dei popoli assoggettati*.

Ciò che caratterizzava il pensiero romano sul tema della guerra "giusta" era dunque la convinzione, mai messa in discussione fino all'ultimo secolo della *res publica*, che la guerra, come detto, dovesse rispettare un corredo

le antico", Dessì Editrice, Sassari 1991; Id., *Ut iustum conciperetur bellum: guerra "giusta" e sistema religioso-giuridico romano*, in A. Calore (a cura di), "Guerra giusta"? *Le metamorfosi di un concetto antico*, Giuffrè, Milano 2003, p. 31 ss.; A. Calore, *Forme giuridiche del "bellum iustum"*, Giuffrè, Milano 2004. E naturalmente l'esautiva rassegna di N. Rampazzo, *Il "bellum iustum" e le sue cause*, cit., pp. 245-261.

61 Aug. *de civ. Dei* 22.6 = Cic. *de re p.* 3.23.34: *aut pro fide aut pro salute*.

62 Così L. Loreto, *Il bellum iustum e i suoi equivoci. Cicerone ed una componente della rappresentazione romana del Völkerrecht antico*, cit., p. 1 ss.; ma v. anche N. Rampazzo, *Il "bellum iustum" e le sue cause*, cit., p. 235.

63 Isid. *etym.* 18.1.2-3; Cic. *de re p.* 3.23.35.

64 Sull'intreccio di elementi culturali e filosofici con i romani di quest'epoca v. W. Capelle, *Griechische Ethik und römischer Imperialismus*, in *Klio*, 25, 1932, rist. 1964, pp. 86-113; F.M. d'Ippolito, *I giuristi e la politica*, in *Saggi di storia della storiografia romanistica*, Satura, Napoli 2009, pp. 11-31.

di norme formalmente ben definito⁶⁵. E questa può essere considerata una peculiarità del tutto romana. Lo conferma ancora Cicerone, nei paragrafi 33-40 del *De officiis*, dove afferma che la guerra era considerata *extrema ratio* perché sarebbe stato proprio dell'uomo (a differenza delle bestie) risolvere le vertenze attraverso il dialogo⁶⁶.

Pur essendo negazione della pace, la guerra poteva quindi diventare legittima di fronte all'impossibilità di vivere senza subire offesa o violenza⁶⁷. Come è ovvio (e la Storia è piena di esempi) uno Stato imperialista quasi sempre tende a servirsi della guerra per affermare il proprio dominio (*de imperio*) o per la gloria (*gloriae causae*). E e questo i Romani lo sapevano bene. Sempre Cicerone, con molta accortezza, non manca di affrontare la questione nel *De officiis* (*cum vero de imperio decertatur belloque quaeritur gloria*), esortando però in questo caso ad usare minore durezza (*sed ea bella, quibus imperii proposita gloria est, minus acerbè gerenda sunt*)⁶⁸.

Ma sono sofismi, forse edulcorazioni di maniera. Tanto è vero che, nel catalogo delle guerre "giuste" del *De re publica*, le tipologie di guerra *de imperio* o *gloriae causae* sono assenti, probabilmente perché incompatibili col concetto di *iustitia* su cui Cicerone torna con insistenza nel testo⁶⁹.

65 Cfr. Varro *de vita populi R.* 2.75 per l'esplicitazione delle regole del *ius fetiale* sulla *conceptio belli*: *fetiales, quod fidei publicae populos praeerant: nam per hos fiebat ut iustum conciperetur bellum*. Traggo la citazione da N. Rampazzo, *Il "bellum iustum" e le sue cause*, cit., p. 251, nt. 27; ma v. anche Isid. *etym.* 5.7.1-2: 1. *Ius militare est belli inferendi sollemnitas, foederis faciendi nexus, signo data egressio in hostem vel commissio. Item signo dato receptio; item flagitii militaris disciplina, si locus deseratur; item stipendiorum modus, dignitatum gradus, praemiorum honor, veluti cum corona vel torques donantur*. 2. *Item praedae decisio, et [pro] personarum qualitibus et labori iusta divisio; item principis portio*.

66 Cic. *de off.* 1.11.34: *Atque in re publica maxime conservanda sunt iura belli. Nam cum sint duo genera decertandi, unum per disceptationem, alterum per vim, cumque illud proprium sit hominis, hoc beluarum, confugiendum est ad posterius, si uti non licet superiore*.

67 Cic. *de off.* 1.11.35: *ut sine iniuria in pace vivatur*.

68 Cic. *de off.* 1.12.38.

69 Cicerone certamente studiò a fondo l'insegnamento del filosofo stoico Panezio di Rodi, di cui tradusse il *Peri tou kathékontos* (molto probabilmente a Pozzuoli, tra settembre e ottobre del 44 a.C.: Cic. *ad Att.* 15.13.6) per elaborare il *De officiis*, una versione romanizzata dell'opera greca. Tratta da Panezio è l'idea (che fu già di Aristotele) della missione del popolo superiore che assicura giustizia e protezione ai popoli soggiogati: Cic. *de off.* 2.8.27. Troviamo inoltre nel *De re publica* (3.24.36), un famoso frammento giunto a noi attraverso Agostino (*de civ. Dei* 19.21), dove è riportata una parte del discorso di Lelio in cui si legge che per gli uomini incapaci di autogovernarsi è più utile essere soggetti a uomini

Comunque, ogni dubbio viene fugato dall'Arpinate che, come detto, sempre nel *De officiis* (ormai politicamente sconfitto, quasi sei anni più tardi), prende nettamente le distanze dal brutale imperialismo romano cominciato proprio in età sillana⁷⁰.

6. La guerra "giusta" e il *bonum et aequum*

Quando allora si può dire che una guerra sia giusta? Venendo ai giorni nostri, nel caso dell'Ucraina la risposta non è difficile: è giusto che un paese aggredito si difenda da un paese aggressore, anche a costo di rinunciare provvisoriamente a qualcuna delle normali prerogative costituzionali; è giusto che la comunità internazionale intervenga per aiutarlo se non ha i mezzi per farlo. Quest'orientamento riflette la *ratio* del principio sancito nell'art. 52 Cost. e coincide con la dottrina enunciata nel *Catechismo* cattolico sul tema della guerra, su cui c'è davvero poco da aggiungere⁷¹. Esso mette d'accordo morale e diritto (direi anche buon senso), lasciando da parte ogni possibile (ma sterile) questione sul relativismo della morale, e non si può negare che abbia anche una rilevante caratura assiologica. Dovrebbe pertanto essere riconosciuto valido da tutti gli uomini, anche di confessione religiosa non cattolica; e da tutti gli Stati anche non democratici.

A parte l'evidenza intrinseca (*difendere la Patria è sacro dovere del cittadino*), la ragione giuridico-filosofica di tale principio affonda le sue radici nel diritto romano, anche se all'acme dell'età classica, almeno sulla guerra, sembra sfumata ogni differenza tra la *Rechtmäßigkeit* (giustizia come *ius* = "conformità al diritto") dell'età repubblicana; e la *Ge-*

e a popoli migliori che sono capaci di governarli. Così G. Franciosi, *Ritualità, tradizione e prassi nei rapporti internazionali*, in *La giustizia tra i popoli nell'opera e nel pensiero di Cicerone*, cit., p. 77. Non è del tutto esatto però attribuire a Cicerone un'autorevole e profondamente convinta giustificazione dell'imperialismo romano. Il tema è stato trattato con dovizia di argomentazioni da Luigi Loreto nel libro sopra citato (v. *retro* in nt. 53) dove questa idea viene confutata, in ragione di una più articolata ricostruzione del pensiero di Cicerone sul tema. Per i dettagli, con ult. bibl., v. anche N. Rampazzo, *Il "bellum iustum" e le sue cause*, cit., pp. 237-241

70 Cic. *de off.* 2.8.27: *Sensim hanc consuetudinem et disciplinam iam antea minuebamus, post vero Sullae victoriam penitus amisimus; desitum est enim videri quicquam in socios iniquum, cum exstisset in cives tanta crudelitas*. Ma v. anche *retro* in nt. 49.

71 Si v. *retro* in nt. 51 e 52.

rectigkeit (“giustezza” senza connotazioni morali) prevalse come prassi sostanzialistica in età imperiale⁷².

La ragione è presto detta. In questa prospettiva, è il *ius* che deriva da *iustitia* e non *iustitia* che deriva dal *ius*. Ecco il punto. Si tratta, fatte le debite proporzioni, di un’applicazione particolare del principio generale espresso da Ulpiano nelle sue *Institutiones* (inizi III d.C.) come si legge in D. 1.1.1 pr. (Ulp. 1 *inst.*): *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter celsus definit, ius est ars boni et aequi*.

Questo fondamentale principio giuridico, che gli esperti commissari giustinianei riutilizzarono come *incipit* al Digesto (agli inizi VI secolo d.C.), quindi più di tre secoli dopo Ulpiano, e in condizioni totalmente mutate, dandogli fra l’altro anche valore di legge, può forse rappresentarsi, senza enfasi, come l’eredità culturale più importante lasciata da Roma alla posterità.

Qualsiasi cosa si possa dire del Diritto, in ogni caso non è la Legge. Lo ribadisce ancora il tardo Isidoro (che non era un giurista, ma sapeva cosa diceva) in *etym.* 5.3.1: *Ius generale nomen est, lex autem iuris est species. Ius autem dictum, quia iustum [est]. Omne autem ius legibus et moribus constat*. Inoltre il *ius*, nell’ottica dei giuristi romani, era la conseguenza di una riflessione giuridica fatta con un metodo rigoroso che gli dava spessore scientifico (*ars* nell’accezione classica della parola); ed era finalizzato al perseguimento del *bonum* (l’utile) e dell’*aequum* (l’equo o il giusto)⁷³.

72 Per ogni ulteriore approfondimento si v. L. Loreto, *Il bellum iustum e i suoi equivoci. Cicerone ed una componente della rappresentazione romana del Völkerrecht antico*, cit., p. 17 ss., riletto da N. Rampazzo, *Il “bellum iustum” e le sue cause*, cit., pp. 237-238.

73 La mentalità giuridica romana, libera da ogni pregiudizio o dogmatismo positivistico, ammetteva però la possibilità che in condizioni estreme, si potesse deliberare una sospensione del Diritto, mediante un istituto, appunto il *iustitium*, per cui si considerava *iustum* un provvedimento che sospendesse temporaneamente, e a particolari condizioni, il *ius*. Si potrebbe dire, seguendo Celso/Ulpiano, *iustitia* senza *ius*. Come nel caso del *iustitium*. La particolarità non è passata inosservata perché Willard Quine in una lettera datata 17 dicembre 1992 indirizzata ad Amartya Sen gli comunica la stranezza etimologica data dal *iustitium* romano nel suo significato di “assenza di tribunale” (come nel *Dictionnaire* di Ernout et Meillet). Il premio Nobel discutendo sull’aforisma di John Rawls di una “giustizia come equità” gli risponde che la giustizia come valore e la giustizia di uno Stato di diritto sono due cose diverse. Cfr. A.K. Sen, *L’idea di giustizia*, Mondadori, Milano 2010. Non posso entrare nel merito di questa questione fondamentale, ma non va dimenticato che in lingua inglese la parola

A dire il vero, per dare sostanza a queste nostre riflessioni, sarebbe bastato citare Giuseppe Capograssi per il quale “*si dovrebbe escludere tassativamente che la giustizia sia un valore giuridico, un valore del diritto*”⁷⁴. Ma anche in questa prospettiva si può chiudere un cerchio, se pensiamo, ad esempio, al paragrafo 96 del Codice di Camaldoli (di cui si diceva sopra), dove troviamo, esplicitato nel pensiero di Capograssi, un esplicito rifiuto del dogma della sovranità assoluta dello Stato, ritenuto come fonte e premessa di ogni ingiustizia e violenza internazionale.

Ciò che giustifica la Legge marziale ucraina, l’assetto normativo sulla guerra contemplato dalla nostra Costituzione e ogni malaugurata possibile futura Legge marziale (Dio non voglia), non è quindi la *Legge del taglione* che, nel caso di Israele, sarebbe anche una norma religiosa⁷⁵, ma la prima *species* di guerra “giusta”, enunciata da Cicerone

Law può significare, ad un tempo, Legge e Diritto. E questo alla fine si dimostra un limite significativo per la filosofia del diritto analitica contemporanea di matrice anglofona. Per un primo sguardo basti citare un saggio interessante di Brian H. Bix (2015); oggi disponibile in versione italiana a cura di A. Porciello, *Teoria del diritto. Idee e contesti*⁷, Giappichelli, Torino 2016, pp. XVIII-426, dove vengono trattate le più accreditate teorie sulla natura del diritto: *H.M.L. Hart e il positivismo giuridico* (p. 43 ss.); *La teoria del diritto naturale e John Finnis* (p. 89 ss.); *Il giusnaturalismo di Lon L. Fuller* (p. 109 ss.); *L’approccio interpretativo di Ronald Dworkin* (p. 119 ss.); *Le teorie sulla giustizia di John Rawls, Robert Nozick e Michael Sandel* (p. 139 ss.) e molto altro ancora, dove questo limite appare evidente.

- 74 Si v. per questo E. Opocher, *La filosofia del diritto di Giuseppe Capograssi*, Guida, Napoli 1991, p. 32.
- 75 Aristotele comincia a parlare della terza *species* di giustizia particolare, detta *retributiva* (o *commutativa*), criticando la *Legge del taglione* dei Pitagorici ritenuta, fino a quel momento, la forma di giustizia per eccellenza. Cfr. Arist. *Eth. Nic.* V 1132b,21 ss. Il criterio pitagorico del *contraccambio* consisteva nel ritenere giusto che colui che aveva ottenuto un illecito vantaggio (o che avesse compiuto un reato), restituisse in cambio (o dovesse soffrire una pena equivalente), una misura esattamente corrispondente al bene dato (o al danno procurato dal delitto compiuto). Sulla *Legge del taglione* in diritto romano si v. almeno Tab. 8.2 (*talio esto*). Lo Stagirita contestò però tale principio ritenendo che questo contraccambio *aritmetico* non avrebbe dovuto essere semplice, ma “proporzionale” (*antipeontos katà analogian*). L’offesa recata a un magistrato implicava che il responsabile venisse non solo colpito, ma anche punito: Arist. *Eth. Nic.* V 1132b,30. Affermare che il “principio di giustizia” sotteso alla Legge del taglione sia proporzionale o aritmetico, da un punto di vista filosofico, è dunque, in entrambi i casi, inesatto perché, come detto, la giustizia è un valore di per sé “esterno” al diritto. Affermare che tale legge applica un principio “proporzionale” *tout court* è un’inesattezza però anche sul piano storico, perché la Legge del taglione è attestata nelle leggi mesopo-

nel *De re publica*, secondo quanto riportato come detto da Agostino (*pro salute, vel intellegi quam salutem velit, alio loco demonstrans*) e Isidoro (*propulsandorum hostium causa*); un principio individuato da Luigi Loreto, nella suddivisione tipologica ciceroniana, tra le guerre combattute *de imperio* (“guerre di conquista”) e quelle combattute *uter esset* (“guerre di sopravvivenza”): ossia, *respingere un'aggressione*⁷⁶.

Questo stesso principio viene recepito come fondamento morale dalla Chiesa cattolica (essendo l'unica ipotesi per cui la guerra sarebbe giustificata) ed appartiene a quella categoria di principi di cui parla Aristotele quando, nella *Rhetorica*, cita l'Antigone di Sofocle⁷⁷. Si tratta di uno di quei principi (“supremi”, “esterni” o “universali”) di cui non si conosce l'origine, ma che ogni essere umano (e soprattutto la legge positiva) non può disconoscere. Come Empedocle che, del “non uccidere un essere animato”, dice che non è possibile che sia giusto per alcuni e non giusto per altri. Aristotele, in questa testimonianza famosa, cita anche Alcima-

tamiche che precedono di svariati secoli sia Pitagora che Aristotele. Inoltre, ragionando *per absurdum*, si potrebbe dire che Israele, in senso “pitagorico”/aritmetico, avrebbe dovuto uccidere 1194 persone tra civili e militari e rapire 250 ostaggi di Hamas; in senso aristotelico/proporzionale, comportarsi secondo la misura del disvalore riconosciuto all'azione di Hamas, come in effetti sta facendo. Fra l'altro Mosè ricevette la *Legge del taglione* direttamente da Dio: *Lev.* 24.19-23; *Esod.* 21.24-27. Mentre, nel N.T. ritroviamo tale misura in *Matt.* 5.38-42; 7.12. Anche tale misura corrisponde quindi a un principio ritenuto, questa volta però dalla tradizione religiosa ebraico-cristiana, “superiore” alla legge degli uomini.

- 76 Si rinvia per questo a L. Loreto, *Il bellum iustum e i suoi equivoci. Cicerone ed una componente della rappresentazione romana del Völkerrecht antico*, cit., p. 15 ss. con ampio ragguaglio di bibliografia tra cui si segnala J. Plescia, *The Roman “ius belli”*, in *BIDR.*, 92-93, Roma 1989-1990, p. 522 che individua un'altra specie di guerra finalizzata alla conquista della libertà (*ut esset liber*) che completa la triade *vita, libertas, civitas*, ritenute fondamentali della *Realpolitik* romana e agganciate al concetto di *publica utilitas*. Cfr. N. Rampazzo, *Il “bellum iustum” e le sue cause*, cit., p. 250, nt. 21.
- 77 Per i *Catechismo* si v. no i §§ 2308-2310. Nella *Rhetorica* Aristotele definisce il giusto e l'ingiusto *per natura* come qualcosa di cui “tutti hanno come un'intuizione e che è a tutti comune, anche se non vi è nessuna comunanza reciproca e neppure un patto: così come sembra dire l'Antigone di Sofocle, che cioè è giusto seppellire, contro le disposizioni, Polinice, perché ciò è giusto per natura”. Cfr. *Arist. Rhet.* I 13 1373 b, 7-13 (Plebe 54). Lo Stagirita qui stacca una celeberrima citazione dalla tragedia sofoclea di valore paradigmatico come principio fondante del diritto naturale degli antichi: *Soph. Ant.* vv. 450-460: “Non infatti da ora o da ieri, ma da sempre vive/questa legge, e nessuno sa donde sia apparsa”. Per leggi eterne di origine soprannaturale v. anche *Soph. Oed. r.* vv. 865 ss.

dante che, nella *Messeniana*, racconta dei Messeni che si ribellarono agli Spartani non lasciandosi convincere ad assoggettarsi ad essi⁷⁸.

Il resto è affidato agli uomini, ossia alla buona volontà delle persone e delle Istituzioni. E anche su questo la cultura giuridico-filosofica romana offre del materiale già maturo per una proficua riflessione. Possiamo rifarci ancora a Cicerone: *nam iudici finis est ius, ex quo etiam nomen*; e dunque come hanno scritto Celso e Ulpiano: *nomen iuris [...] est autem a iustitia appellatum*; ovvero, per riprendere quanto dice Isidoro: *ius quia iustum*⁷⁹.

Vale a dire: non è il “fare giustizia” ad esistere in funzione del *ius*, ma è il *ius* ad esistere in funzione del “fare giustizia”. Il “fare giustizia” è quel determinato uso (collegato a quella determinata forma o idea) del *ius* senza del quale il *ius*, ossia il Diritto, non sarebbe quello che è⁸⁰.

Questo perché l'*interpretatio iuris*, che nel diritto romano classico si sublimava, come detto, nella celebre affermazione del *ius* come *ars boni et aequi*, è l'unico modo per conferire effettività giuridica al valore della giustizia, senza incorrere nelle trappole della *Legge del più forte*⁸¹.

78 Arist. *Rhet.* I 13 1373 b, 14-16. In questa parte la *Rhetorica* è lacunosa, ma il testo è ricostruito dallo scolio che segue (cfr. Plebe 54, in nt. 44): “come nella *Messeniana* Alcimadante dice a proposito dei Messeni che si erano ribellati agli Spartani e che non si lasciavano convincere ad assoggettarsi; Alcimadante se ne dà cura e dice: ‘la divinità ci rese tutti liberi, la natura non creò nessuno schiavo’”.

79 Cic. *top.* 91; Ulp. D. 1.1.1 pr.; Isid. *etym.* 5.3.1. Questa lettura riflette un modo di pensare aristotelico perché lo Stagirita in *de part. anim.* I 645b14-20 afferma che “non è il segare [...] ad esistere in funzione della sega, ma è la sega ad esistere in funzione del segare [...] il segare è quel determinato uso (collegato a quella determinata forma) della sega senza del quale essa non sarebbe ciò che è”. Basta sostituire in questa allegoria il “segare” con “fare giustizia” o “applicare il Diritto” e la “sega” con la “Legge”.

80 L'*interpretatio iuris* dei giuristi romani, che si sublima nel diritto romano classico con la celebre affermazione del *ius* come *ars boni et aequi* nei giuristi Celso (II d.C.) e Ulpiano (III d.C.), posto come *incipit* al Digesto giustiniano, è l'unico modo per conferire spessore giuridico al valore della giustizia senza cadere in contraddizione col principio di legalità. Più tecnicamente, questa metodologia non avrebbe avuto ragione di essere, se non fosse stata considerata per quasi quattro secoli, una fonte del diritto avente lo stesso valore della legge e degli altri provvedimenti normativi prodotti da organi costituzionali della *res publica*. Per il diritto romano fu così fino almeno al II secolo d.C. Si v. per questo Gai. 1.2-7, spec. 7. Ma anche L. Palumbo, *Trentadue ore di filosofia antica*, Loffredo, Napoli 2005, p. 144.

81 Lo storico greco di età severiana, Cassio Dione, si concentra sull'extrusione del giudizio morale dal concetto di giustizia riguardante la guerra: Dio Cass. 1.5.4; 2.7.3; 8.36.21; 13.55.8. La guerra come esigenza costitutiva delle società umane, non sarebbe il mezzo con cui chi subisce un torto può trovare soddisfazione, ma piuttosto il momento di affermazione della giustizia del più forte sul più debole.

In questo quadro, anche in un sistema democratico, si può comprendere quindi come possa diventare fonte di fragilità la dittatura di una maggioranza (una vulnerabilità “liquida”?), dotata di legittimità solo formale (non certamente sostanziale), a fronte di un diritto, che potrebbe dirsi anche universale, come il doversi difendere dalle aggressioni altrui.

7. Vulnerabilità “liquida”

Ho scritto in apertura di come in queste note mi sarei occupato della vulnerabilità dal punto di vista *biopolitico*, richiamando l’attenzione sulla fragilità delle nostre democrazie esposte, sempre, al pericolo di una guerra, come continuamente accade nel mondo. È arrivato il momento (sempre nei limiti di una ragionevole brevità) di entrare più nel merito della questione.

In sociologia la *vulnerabilità sociale* è la situazione di un individuo, che pur avendo risorse sufficienti alla vita quotidiana, non dispone di altrettante risorse per affrontare le difficoltà impreviste. Questa situazione corrisponde a una fragilità umana o sociale, significando che chi la subisce vive in una condizione di incertezza, anche suscettibile di trasformarsi in un vero e proprio disagio economico e sociale. Come cause tipiche della vulnerabilità vengono indicate in particolare la precarietà nell’occupazione, la presenza di familiari a carico e la mancanza di reti di sostegno.

Questo tipo di fragilità, detta appunto *vulnerabilità sociale*, è un fenomeno presente in numerose società umane, ma studi recenti, a partire dai lavori di Robert Castel, si sono concentrati soprattutto sulle sue caratteristiche nelle società sviluppate, in particolare a partire dagli anni Novanta del Novecento, quando l’euforia per la caduta del muro di Berlino aveva portato forse a guardare al futuro con maggiore ottimismo⁸². La frase seguente, tratta dall’*Introduzione* a uno dei libri più letti di Castel mi pare emblematica: “Lo spettro della guerra, questa terribile portatrice di violenza, si è anch’esso allontanato: ormai si aggira e a volte imperversa ai confini del mondo civilizzato”⁸³.

Così G. Urso, *Guerra e giustizia nei frammenti “arcaici” di Cassio Dione*, in *Guerra e diritto nel mondo greco e romano. contributi dell’istituto di storia antica*, 28 antico, I, Vita e Pensiero, Milano 2002, p. 36 ss.; ripreso da N. Rampazzo, *Il “bellum iustum” e le sue cause*, cit., p. 246, nt. 18.

82 R. Castel, *L’insicurezza sociale. Che significa essere protetti?*, Einaudi, Torino 2011, pp. XI-102.

83 Ivi, p. VII.

La mia preoccupazione è che per concentrare ogni doveroso e opportuno sforzo per far fronte ai problemi della *vulnerabilità sociale*, si corra il rischio di sottovalutare il problema della guerra.

Una conferma indiretta forse la troviamo nel recente documento dell'I-STAT intitolato *Le misure della vulnerabilità: un'applicazione a diversi ambiti territoriali*, che descrive un pregevole studio dedicato alla definizione di un indice di vulnerabilità sociale e materiale, individuale e familiare, diversificato per ambiti territoriali, dove i soggetti o nuclei sociali “deboli” (singoli, famiglie mononucleari, famiglie numerose, etc.), vengono classificati in funzione di una politica d'intervento più razionale da parte delle istituzioni a questo preposte⁸⁴. Si tratta di un lavoro ben fatto e di grande utilità, ma potrebbe far pensare che la tematica sin qui trattata sia estranea al problema della vulnerabilità. Come se da questa prospettiva, l'argomento di queste note fosse un fuori tema.

Mi sono posto la domanda e non penso che sia così. Parlare della fragilità degli individui di fronte alla guerra, è un tema di *biopolitica* perché questa vulnerabilità è una conseguenza della particolare condizione del nostro tempo. Un'epoca che un altro grande sociologo, Zygmunt Bauman, come è noto, ha definito della modernità o della società “liquida”. Lo stesso, ritornando sul tema, e ragionando sugli effetti deteriori della *globalizzazione negativa*, ha incluso anche la paura della guerra, come *paura liquida*, nel novero di queste vulnerabilità. Il che mi spinge a pensare che, anche per l'oggetto di queste note si possa parlare in termini di *vulnerabilità liquida*⁸⁵.

Scrivendo Bauman: “Su un pianeta globalizzato e popolato da società forzatamente ‘aperte’, la sicurezza non può essere conquistata, e tanto meno garantita in modo affidabile, in un solo paese o in un gruppo di paesi: non con i propri mezzi, né indipendentemente dallo stato delle cose nel resto del mondo. E nemmeno può esserlo la giustizia, condizione preliminare di una pace duratura. La malintesa ‘apertura’ delle società imposte dalla globalizzazione negativa è essa stessa la prima causa di ingiustizia e, indirettamente, di conflitto e violenza”⁸⁶.

84 Istat. Istituto Nazionale di Statistica, *Le misure della vulnerabilità: un'applicazione a diversi ambiti territoriali*, Roma, 2020, pp. 5-79 (più un'Appendice) sul web: <https://www.istat.it/it/files/2020/12/Le-misure-della-vulnerabilita.pdf>.

85 Cfr. Z. Bauman, *La modernità liquida*, Laterza, Roma-Bari 2000, p. 272; Id., *Paura liquida*, cit., pp. 120-160. Cfr. anche U. Eco, *La società liquida*, da “L'Espresso” del 4 giugno 2015.

86 Z. Bauman, *Paura liquida*, cit., p. 120 s. La nozione di “società aperta” è di Karl Popper, riferita al prodotto prezioso, ma fragile di faticosi sforzi di autoaffermazione di società che di fronte alla globalizzazione, all'inizio del fenomeno, si sono sentite libere e orgogliose del loro essere “aperte” e quindi pronte al cambiamento

Sintomo di *vulnerabilità liquida* è anche chiedersi di fronte alla situazione attuale quale tipo di fragilità/vulnerabilità meriti maggiori risorse rispetto a quelle poche disponibili. Evidentemente un buon amministratore deve usare misura e attenzione per evitare che fasce della popolazione restino sempre più indietro, ma non deve mai trascurare che la sensazione di protezione che viene dall'assetto internazionale costruito sulle macerie della Seconda guerra mondiale è solo apparente.

Come giustamente osserva Robert Castel, siamo circondati da sistemi securitari che sono costruzioni complesse, ma nello stesso tempo fragili che portano in sé stesse il rischio di fallire nel loro compito e di deludere le aspettative che producono⁸⁷. L'insicurezza sarebbe originata proprio dalla ricerca delle protezioni, sul presupposto che il sentimento di insicurezza non è un dato immediato della coscienza⁸⁸. La paura che trae origine da tale sentimento, si riconnette invece a configurazioni storiche differenti, poiché la sicurezza e l'insicurezza sono rapporti che dipendono dal tipo di protezioni che una società può assicurare o non assicurare adeguatamente; ne consegue, la seguente, nota, affermazione di Castel per cui *essere protetti significa anche essere minacciati*⁸⁹.

La sfida da raccogliere sarebbe di sforzarsi per comprendere meglio la dinamica di queste relazioni molto ambigue tra protezione e insicurezza, oppure tra assicurazioni e rischi, nelle nostre fragili (e, appunto, *vulnerabili* società contemporanee), per essere pronti a fronteggiare adeguatamente il “Cigno nero” di un sempre possibile conflitto bellico meno “schermato” di quanto non sia stato finora (v. ora l'Ucraina). Un primo, buon risultato, potrebbe essere di provare a mitigare questa incipiente *frustrazione securitaria* di cui siamo pervasi, che è l'effetto diretto di una presa d'atto realistica per cui nessuno potrà ormai sentirsi completamente al sicuro, semplicemente perché è impossibile dominare completamente tutti gli eventi imprevedibili della vita.

d'epoca. Questa aspirazione è stata però fagocitata dagli effetti secondari della *globalizzazione negativa* che, come effetto secondario, si è tradotta in una (Z. Bauman, *Paura liquida*, cit., p. 120) “globalizzazione altamente selettiva dei commerci e dei capitali, della sorveglianza e dell'informazione, della coercizione e delle armi – il crimine e il terrorismo –, tutti fenomeni che ormai disprezzano la sovranità territoriale e non rispettano alcun confine statale”. In questo quadro (ivi, p. 121) anche “la politica è diventata una continuazione della guerra con altri mezzi. *L'illegalità globale e la violenza armata si alimentano e si rafforzano reciprocamente*” e “la globalizzazione del male e del danno si ripercuote in una globalizzazione del rancore e della vendetta”.

87 R. Castel, *L'insicurezza sociale. Che significa essere protetti?*, cit., p. VIII.

88 Ivi, p. IX.

89 *Ibidem*.

8. *Impreparati alla guerra*

In questo quadro, seguendo l'esempio di Bauman, mi è sembrato possibile quindi definire la fragilità dovuta all'impossibilità di prevenire una guerra improvvisa che ci coinvolga direttamente come *vulnerabilità liquida*. Ho usato anche qui l'espressione "Cigno nero", perché Nassim Taleb (a cui si deve questo fortunato neologismo), mette tutti in guardia, con argomenti convincenti, anche sul fatto che l'impreparazione a una guerra non è una *defaillance*, ma un dato fisiologico nelle società moderne⁹⁰. Curiosamente questa è una condizione di fronte alla quale anche le menti migliori appaiono impreparate. Tra i tanti esempi, vorrei fare brevemente quello di Sigmund Freud.

Neanche l'inventore della psicanalisi restò immune alle Leggi antisemite di Norimberga. Da quando Hitler prese il potere in Austria (l'*Anschluss*), cominciarono le brutalità delle camice bruno anche in questo paese e il padre della psicoanalisi, prima di fuggire a Londra, godette anche di una tregua grazie all'inaspettato trattamento di favore di Anton Sauerwald, fiduciario nazista incaricato di valutare i beni dei Freud per la confisca⁹¹. Questo trentacinquenne chimico, appassionato di giardinaggio, aveva letto i libri di Freud e ne rimase tanto affascinato che aiutò la sua vittima a met-

90 Si v. O. Sacchi, *La formula "utei quoi optuma lege" nella l. 27 della lex agraria del 111 a.C.: elementi per una rilettura politica e giuridico-costituzionale*, in *IVRA*, LXX, Napoli 2022, pp. 179-198, spec. p. 189, nt. 37. N. Taleb, *Il Cigno nero. Come l'improbabile governa la nostra vita*², il Saggiatore, Milano 2009, 2009, p. 36, osserva in nota: "Lo storico Niall Ferguson ha dimostrato che – a dispetto di tutte le ricostruzioni del periodo che precedette la Grande Guerra, che descrivono 'tensioni crescenti' e 'crisi sempre più gravi' – il conflitto giunse inaspettato. Solo in seguito venne considerato inevitabile dagli storici retrospettivi. Per spiegare la sua tesi, Ferguson utilizza un intelligente argomento empirico, osservando i prezzi delle obbligazioni imperiali, che di solito comprendono le previsioni degli investitori sulle necessità finanziarie e sul declino dovuto ai conflitti, visto che le guerre causano gravi deficit. Tali prezzi non riflettevano le previsioni sulla guerra. Il suo studio dimostra che i prei possono fornire una buona comprensione della storia". Cfr. N. Ferguson, *The Pity of War: Explaining World War I*, Allen Lane/Penguin Press, London 1998, tradotto in italiano da S. Mancini, *La Verità Taciuta. La prima guerra mondiale: il più grande errore della storia moderna*, Corbaccio, Milano 2002, poi ancora in tr. it. A. Piccato, *Il Grido dei Morti. La Prima Guerra Mondiale: il più atroce conflitto di ogni tempo*, Mondadori, Milano 2014.

91 M. Valensise, *Sul baratro. Città, artisti e scrittori d'Europa alla vigilia della seconda guerra mondiale*, Neri Pozza, Vicenza 2022, p. 143.

tere in salvo i libri che avrebbe dovuto distruggere, aiutandolo a venderne anche una parte⁹².

Solo dopo l'arresto della figlia Anna, il 22 marzo 1938, Freud capì che era venuto il momento di lasciare Vienna e questo fu reso possibile grazie a una vera e propria mobilitazione di cui ebbe un ruolo da protagonista la principessa Bonaparte, pronipote di Napoleone, fervente seguace delle teorie psicoanalitiche di Freud la quale, forte di solide alleanze nel corpo diplomatico, anticipò 32.000 marchi (oggi circa 250.000 euro), che era la tassa imposta dai nazisti per gli ebrei in fuga (il 25 per cento del valore complessivo dei loro beni), occorrenti per il visto di lasciare il paese⁹³.

Nel marzo del 1933 Freud aveva invece sottovalutato il problema, scrivendo alla principessa Bonaparte (pronipote di Napoleone), sua fervente seguace, che lo invitava a Saint-Cluod: "Non credo qui ci sia alcun pericolo, e se dovesse arrivare, sono fermamente risoluto ad aspettarlo qui. Se mi uccidono bene. È un tipo di morte come un altro. Ma probabilmente questo è solo una vanteria a buon mercato"⁹⁴. E all'ungherese Sándor Ferenczi che l'esortava a fuggire scrisse: "Per me non c'è alcun pericolo personale". Aggiungendo: "Resterei qui anche se fossi giovane e in piena salute"⁹⁵.

Questa *vulnerabilità* di uno dei geni assoluti del XX secolo di fronte al precipitare degli eventi colpisce perché non trova alcuna giustificazione razionale. Come ha notato Stefan Zweig, che lo conosceva bene, tutto si può dire tranne che Freud fosse impreparato a capire la gravità della situazione, dal momento che "negava la supremazia della cultura sulle pulsioni istintive, l'ascesa del nazismo era ai suoi occhi una conferma di quanto fosse impossibile sradicare la spinta distruttiva elementare e barbara della psiche umana"⁹⁶. Eppure, per prendere la difficile decisione di lasciare Vienna per trasferirsi definitivamente a Londra, dovette toccare con mano (l'arresto della figlia Anna) per capire, pur vecchio e malato, che non c'era più tempo da perdere. Le quattro sorelle di Freud invece rimasero affidate a Sauerwald, ma nel 1942 furono anch'esse deportate trovando la morte in un campo di sterminio. Poco cambia tuttavia anche allargando la prospettiva.

L'Europa nel 1938 assistette inerte all'annessione dell'Austria di Hitler, ma non sembra che la stampa abbia reagito alla notizia dell'*Anschluss* con particolare enfasi. Tra le poche eccezioni, il poeta Paul Ni-

92 Ivi, p. 144.

93 Ivi, p. 143.

94 Ivi, p. 142.

95 *Ibidem*.

96 Ivi, p. 141.

zan, sul quotidiano *Ce soir* così scrisse: “L’Europa da ieri conta uno Stato libero in meno. L’Austria ormai è una provincia tedesca. Tre ultimatum, il concentrarsi di truppe tedesche, l’ingresso delle prime unità dell’esercito in territorio austriaco e la minaccia dell’aviazione del generale Göring hanno costretto, al termine di una tragica giornata, il presidente Miklas e il cancelliere Schuschnigg a una delle più spaventose capitolazioni della Storia [...] Parigi e Londra pagano caro – anche se comunque meno della sfortunata Austria – cinque anni di vigliaccheria e di vergognosa complicità con le dittature totalitarie”⁹⁷. Anche il quotidiano francese *La Croix*, sull’irrisolutezza politica delle democrazie europee, massimamente Inghilterra e Francia, non le mandò a dire, accusando tali nazioni di essere state incapaci di frenare le ambizioni del Reich tedesco, che avrebbe consentito al Führer di agire impunemente⁹⁸. Inutile continuare. Se l’operazione Walkiria finalizzata a uccidere Hitler avesse avuto successo, si sarebbero risparmiati migliaia di morti grazie alla lungimiranza di singole personalità eccezionali come Dietrich Bonhoeffer o Klaus Shenke von Staffenberg (l’autore materiale dell’attentato fallito), che hanno pagato il loro coraggio con la vita. Ma il disastro non sarebbe stato comunque evitato⁹⁹.

Questo ci dice anche che, per affrontare problemi di tale portata, il singolo individuo può fare poco senza il supporto di una comunità aggregata in uno Stato nazionale; e adesso, di fronte ai danni della *globalizzazione negativa*, senza uno Stato aggregato in una comunità internazionale di Stati. E anche questo gli illuminati intellettuali del circolo scipionico lo avevano già compreso.

Sul punto direi quindi che forse ha ragione Taleb quando afferma che certi “Cigni neri” non sono né prevedibili, né evitabili. Dovremmo quindi rassegnarci all’idea che l’impreparazione alla guerra, o questa *vulnerabilità liquida*, siano diventate delle costanti fisiologiche della condizione umana.

9. La vulnerabilità “liquida” e il tramonto dell’Occidente

Ma allora, cosa si può fare? Comincio a rispondere riproponendo una famosa battuta di Woody Allen citata anche da Bauman nel suo libro

⁹⁷ Ivi, p. 41.

⁹⁸ Ivi, p. 42.

⁹⁹ A. Bullock, *Hitler. Studio sulla tirannide*, Mondadori, Milano 1979, pp. 451-462. Su Dietrich Bonhoeffer cfr. M. Valensise, *Sul baratro. Città, artisti e scrittori d’Europa alla vigilia della seconda guerra mondiale*, cit., pp. 31-40.

sulla *Paura liquida*: “Più che in ogni altra epoca della storia l’umanità è a un bivio. Una via porta alla disperazione e alla completa assenza di speranze. L’altra alla totale estinzione. Preghiamo affinché abbiamo la saggezza di scegliere correttamente”¹⁰⁰. Se le cose stanno davvero così c’è poco da stare allegri, ma in questa battuta, paradossalmente, si nasconde anche un invito a fare qualcosa. Non si può restare immobili ad aspettare il disastro e uomini di spessore, come è ovvio, non si sono sottratti a questo dovere.

A cominciare da Theodor Adorno per cui *il pensiero critico non è conservare il passato, ma realizzare le sue speranze*¹⁰¹. Bauman rievoca il celebre aforisma di Adorno per esortare a non smettere mai di esercitare il pensiero critico. E per chi lavora all’Università questo è senza dubbio il il campo di casa. Questo compito richiede però un costante ripensamento che, nella prospettiva di Bauman, dovrebbe indirizzarsi almeno in due direzioni: a) non smettere di impegnarsi per contribuire a trovare un punto di equilibrio accettabile tra libertà e sicurezza; b) non dimenticare, tra le speranze del passato, di includere quelle poste nel famoso “messaggio nella bottiglia di Kant” (*Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht*). In altre parole, trovare delle idee che allarghino la prospettiva e portino a ragionare in termini di storia generale e con intenti cosmopoliti. Secondo Bauman, per cominciare, l’imperativo categorico sarebbe di provare anzitutto a imbrigliare la *globalizzazione negativa*, col suo oscillare tra “il togliere la sicurezza a chi è libero e l’offrire sicurezza sotto forma di illibertà”; non farlo renderebbe “la catastrofe *ineluttabile*”¹⁰².

Un altro gigante del pensiero critico è Joseph Ratzinger (che cito quando ancora *Prefetto della Congregazione per la dottrina della fede*, in dialogo con Marcello Pera, quando *Presidente del Senato italiano*¹⁰³) il quale, a sua volta, si è interrogato sul futuro dell’Europa prospettando dal suo punto di vista, due diagnosi sovrapposte. Da una parte, la tesi di Oswald Spengler (molto ben argomentata nel suo *Tramonto dell’Oc-*

100 Z. Bauman, *Paura liquida*, cit., p. 172.

101 Per pensiero critico s’intende qui un metodo che analizzando fatti, fonti, prove e osservazioni, consente di arrivare alla formulazione di una tesi che resiste alle argomentazioni ideologiche, meramente controfattuali o sofistiche.

102 Z. Bauman, *Paura liquida*, cit., p. 220.

103 M. Pera, J. Ratzinger, *Senza radici. Europa, Relativismo, Cristianesimo, Islam*, Mondadori, Milano 2004, pp. 3-134.

cidente ormai riabilitato e riconosciuto un classico¹⁰⁴) per cui anche le grandi espressioni culturali (l'Europa lo è senz'altro) sarebbero soggette a una specie di legge naturale: nascita, crescita graduale, fioritura, lento declinare, invecchiamento e morte¹⁰⁵. Dall'altra Toynbee, che pone l'accento sugli effetti negativi dell'avvento del secolarismo.

104 O. Splengler, *Il tramonto dell'Occidente. Lineamenti di una morfologia della storia mondiale*, a cura di R. Calabrese Conte, M. Cottone, F. Jesi, tr. it. J. Evola, n.e., Longanesi, Milano 2008. Su cui mi sia permesso di rinviare anche a O. Sacchi, *La nozione di ager privatus nella libera res publica e nella costruzione giuridico-istituzionale del circolo scipionico*, in *Právněhistorické studie*, 50/2, Praha 2020, pp. 1167-1204.

105 Oswald Spengler era tutt'altro che uno sprovveduto. Heidegger tenne a Wiesbaden il 14 aprile 1920 una conferenza proprio su questo filosofo e la sua opera. Cfr. M. Heidegger, *Fenomenologia della vita religiosa*², Adelphi, Milano 2003, p. 77: "Splengler aspira a mettere al sicuro la scienza della storia in quanto tale. In un certo senso la sua tendenza è nuova, e c'è da stupirsi che non sia stata accolta dalla scienza della storia con il favore che in realtà avrebbe meritato. Splengler, infatti, vuole elevare la storia a scienza, in controtendenza rispetto agli interessi che nel diciannovesimo secolo si oppongono al dominio incontrastato delle scienze della natura. [...]. La scienza della storia andrebbe resa indipendentemente dalla condizionatezza storica del presente". Sulla conferenza di Heidegger si v. *Oswald Splengler e la sua opera "Il tramonto dell'Occidente"*, in M. Heidegger, K. Jaspers, *Oswald Splengler e la sua opera "Il tramonto dell'Occidente"*, in *Briefwechsel 1920-1963*, in W. Biemel, H. Saner (herausgegeben), Klostermann, Frankfurt-München-Zürich 1990, p. 15. E il giudizio favorevole di Heidegger corrisponde con quanto lo stesso Splengler scrive sullo scopo della sua opera. Cfr. O. Splengler, *Il tramonto dell'Occidente. Lineamenti di una morfologia della storia mondiale*, cit., p. 154: "Liberare la storia dal pregiudizio personale dello storico che, nel nostro caso, la riduce essenzialmente a un frammento del passato e a essa dà per scopo ciò che si trova casualmente a esistere oggi nell'Europa occidentale, facendo degli ideali e degli interessi attualmente validi il criterio di misura per l'importanza di quel che fu già raggiunto e di quel che si dovrà ancora raggiungere: questa è l'intenzione di tutto ciò che passeremo a esporre". Certo, il contributo di Splengler, durante quasi tutto il '900, è stato quasi del tutto ignorato (almeno) dalla cultura italiana. E un suo peso, in questa direzione, deve averlo avuto certamente la stroncatura di Croce che accusò Spengler di diletantismo, ignoranza e inconsapevolezza. Si v. per questo B. Croce, *La Critica*, XVIII, 1, G. Laterza, Bari 1920, pp. 336-339: "La fortuna toccata in Germania a questo libro che è venuto alla luce ai primi del 1918 – e nel 1919 era già alla 4ª edizione – non può non impensierire gravemente coloro che hanno a cuore le sorti del lavoro scientifico. Sopraggiungendo dopo altri libri simili, se non nella tesi, nel metodo, sembra comprovare la decadenza – decadenza assai anteriore alla guerra – di alcune forze per le quali la Germania operò già beneficamente nella vita intellettuale moderna". Traggio da M. Cottone, *Recezione di Splengler in Italia*, in O. Splengler, *Il tramonto dell'Occidente*.

Per Oswald Spengler l'Occidente è destinato a finire andando incontro alla morte, nonostante tutti i tentativi di scongiurare questa possibilità. All'Europa resterebbe solo la possibilità di trasmettere la sua eredità migliore a una cultura nuova emergente, come è già accaduto in passato per altre culture. In quanto soggetto, l'Europa avrebbe ormai l'arco della sua vita alle spalle¹⁰⁶.

Questa tesi, bollata come biologistica, è stata molto avversata nel secolo scorso, soprattutto nel periodo tra le due guerre e dagli ambienti cattolici. Contro di essa si è schierato, come detto, Arnold Toynbee mettendo in luce la differenza tra progresso tecnico-materiale e progresso reale, che ha definito spiritualizzazione. Toynbee ammise la crisi dell'Occidente, attribuendola al fatto che la religione è decaduta a culto della tecnica, della nazione e del militarismo. La crisi in cui versa l'Occidente sarebbe pertanto da identificare con il secolarismo e una possibile via di salvezza sarebbe nel recupero dell'eredità del cristianesimo occidentale. Alla visione *biologistica* quindi viene contrapposta una visione *volontaristica* che scommette sulle minoranze creative e sulle singole personalità eccezionali. Mi pare molto significativo però che una delle menti più illuminate del '900 (Ratzinger) si chieda se questa diagnosi è giusta. E la conclusione fa riflettere: "La questione tra Spengler e Toynbee rimane aperta, perché noi non possiamo vedere nel futuro"¹⁰⁷.

Neanche l'avvento del socialismo, nel XIX secolo, ha portato in Europa ad esiti definitivi. La sua deriva democratica, facendo da giusto contrappeso alle posizioni liberali radicali, è riuscita (e riesce ancora, anche se oggi

Lineamenti di una morfologia della storia mondiale, a cura di R. Calabrese Conte, M. Cottone, F. Jesi, n.e., Longanesi, Milano 2008, p. XXXI. Questo fatto può aver ritardato anche la traduzione dell'opera di Spengler in italiano, avvenuta solo nel 1957. Sta di fatto che Margherita Cottone potrà scrivere (ivi, p. XXXII): "dopo la critica negativa del Croce lo Spengler filosofo della storia resta pressoché sconosciuto in Italia".

106 Per il dibattito sulla tesi di Spengler degli specialisti di filosofia morale durante le due guerre v. Th., Steinbüchel, *Die philosophische Grundlegung der katholischen Sittenlehre* 3 (1938), Schwann, Düsseldorf 1947. Arnold Toynbee oppone la tesi volontaristica che fa affidamento sulla forza delle minoranze creative e sulle singole personalità eccezionali, individuando nel secolarismo la causa della crisi dell'Occidente. Cfr. A.J. Toynbee, *Storia comparata della civiltà*, 1-3, Newton Compton, Roma 1974. Si v. per tutto, dalla cui acuta analisi traggio, J. Ratzinger, *Europa. I suoi fondamenti spirituali ieri, oggi e domani*, in M. Pera, J. Ratzinger, *Senza radici. Europa, Relativismo, Cristianesimo, Islam*, Mondadori, Milano 2004, p. 60 s. che, a sua volta, rinvia per Spengler a J. Holdt, *Hugo Rahner. Sein geschichtstheologisches Denken*, Schöningh, Paderborn 1997, pp. 13-17; mentre per Toynbee a ivi, pp. 52-61.

107 J. Ratzinger, *Europa. I suoi fondamenti spirituali ieri, oggi e domani*, cit., p. 61.

con più fatica) a temperarne gli eccessi. Ma questo non sembra dimostrarsi un antidoto sufficiente per scongiurare la profezia splengleriana. Desta preoccupazione invece il modello del socialismo totalitario, latore di una deriva rigidamente materialistica e ateistica.

Nonostante la fine del Nazismo, del Fascismo, e dell'esperienza del Socialismo reale in Russia, la sua direttrice di fondo continua a preoccupare: "La storia è deterministicamente intesa come un processo di progresso che passa attraverso la fase religiosa e quella liberale per giungere alla società assoluta e definitiva, in cui la religione come relitto del passato viene superata e il funzionamento delle condizioni materiali può garantire la felicità di tutti"¹⁰⁸. Se è vero che l'apparente scientificità della rivoluzione tecnologica può nascondere un dogmatismo intollerante questo è preoccupante.

Se lo spirito è un prodotto della materia, la morale è un prodotto delle circostanze, e questa si vuole che sia praticata in funzione degli scopi della società. In questo quadro diventa "morale" tutto ciò che serve a favorire il determinarsi di un esito finale felice. Questo, potrebbe significare però sovvertimento totale dei valori che avevano costruito l'Europa. Non ci sono più valori indipendenti dagli scopi del progresso; tutto diventa lecito e necessario; e quindi "etico", nel nuovo senso del termine. E di questo enorme vuoto di pensiero soffrono soprattutto le giovani generazioni (v. ad es. il culto dell'apparire e il consumismo compulsivo di oggetti che diventano subito obsoleti).

Se tutto questo ha un senso, uno dei problemi più grandi da affrontare è questa tendenza inarrestabile verso la *distruzione di una coscienza morale*. Da questo punto di vista, è sempre utile ricordare quanto detto da Ratzinger, il 13 maggio 2004, in una conferenza tenuta nella Sala del Capitolo del Senato italiano: "Il declino di una coscienza morale basata su valori inviolabili è ancora il nostro problema e può condurre all'autodistruzione della coscienza europea, che dobbiamo cominciare a considerare – al di là del tramonto previsto da Splengler – come un reale pericolo"¹⁰⁹.

Sono questioni che, come è ovvio, meriterebbero di essere discusse con maggiore approfondimento. Nondimeno, mi pare fondamentale quanto ha sottolineato il futuro Papa: "*I 'incondizionatezza' della dignità umana e dei diritti umani devono essere presentati come valori che precedono qualsiasi giurisdizione statale*". Non solo: "*I diritti fondamentali non vengono creati dal legislatore, né conferiti ai cittadini*"; e citando Hirsch "*piuttosto esistono per diritto proprio, sono da sempre da rispet-*

¹⁰⁸ Ivi, p. 65.

¹⁰⁹ Ivi, p. 66.

tare da parte del legislatore, sono a lui previamente dati come valori di ordine superiore"¹¹⁰; e ancora: "*Che esistano valori che non sono modificabili da nessuno è la vera e propria garanzia della nostra libertà e della grandezza umana*"¹¹¹.

Metto qui il punto, perché questi principi dovrebbero valere a prescindere dalle varie appartenenze religiose che su questi temi troppo spesso si rivelano divisive e non inclusive.

Il monito di Grozio quindi, da mio punto di vista, è sempre valido: le norme del diritto naturale ("universale"?), e dunque anche le regole della guerra, devono sempre essere rispettate "anche se Dio non esistesse" (*etiamsi Deus non daretur*)¹¹². Grozio enuncia un principio laico, non religioso.

Uno Stato o una Comunità internazionale di Stati, che si professano laici e democratici (come l'Italia e la Comunità europea), dovrebbero proteggere questi valori, non modificarli o snaturarli in nome (o usando l'alibi) dell'abusato dogma della maggioranza elettorale. Chi mostra di non capirlo, forse è incapace, forse è in mala fede; forse è entrambe le cose; in ogni caso non può essere ritenuto all'altezza di responsabilità di governo. Quanto a noi, il *valore della pace e del ripudio della guerra come strumento di risoluzione delle controversie internazionali* è, almeno per l'ordinamento italiano, come abbiamo visto, un principio di rango costituzionale ritenuto (in modo solo apparentemente contraddittorio) superiore a qualsiasi legge. Qui gli estremi si toccano, perché la tesi prevalse tra i costituzionalisti italiani (dopo articolato dibattito) appare in piena sintonia col *Catechismo*

110 G. Hirsch, *Ein Bekenntnis zu den Grundwerten*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 12 ottobre 2000, per cui si v. J. Ratzinger, *Europa. I suoi fondamenti spirituali ieri, oggi e domani*, cit., p. 67 e p. 131, nt. 13.

111 *Ibidem*.

112 H. Grotius, *De jure belli ac pacis libri tres, In quibus Jus Naturae & Gentium, item Juris Publici praecipua explicantur*, Nicholas Buon, Parisiis 1625, *Proleg.* § 11. Anche in questa prospettiva sono del tutto condivisibili i seguenti principi riassunti nel *Compendio del Catechismo* della Chiesa cattolica: § 2321: *La proibizione dell'omicidio non abroga il diritto di togliere, ad un ingiusto aggressore, la possibilità di nuocere. La legittima difesa è un dovere grave per chi ha la responsabilità della vita altrui o del bene comune*. E ancora § 2327: *Si deve fare tutto ciò che è ragionevolmente possibile per evitare la guerra, dati i mali e le ingiustizie di cui è causa. La Chiesa prega: "Dalla fame, dalla peste e dalla guerra liberaci, Signore"*. § 2328: *La Chiesa e la ragione umana dichiarano la permanente validità della legge morale durante i conflitti armati. Le pratiche contrarie al diritto delle genti e ai suoi principi universali, deliberatamente messe in atto, sono criminali*. § 2329: *La corsa agli armamenti è una delle piaghe più gravi dell'umanità e danneggia in modo intollerabile i poveri*. Cfr. Concilio Vaticano II, *Cost. past. Gaudium et spes*, 81: AAS 58 (1966) 1105.

cattolico: l'art. 11 Cost. stabilisce un netto rifiuto della guerra, ritenuto giustamente come *un principio fondamentale del sistema, supremo e immodificabile*¹¹³. Così come l'art. 52 Cost. che apre con il *sacro dovere del cittadino di difendere la Patria*. Questa concordanza, piuttosto che costituire un limite, dovrebbe valere come un incoraggiamento a proseguire in questa direzione, e senza mai dimenticare i nostri principi fondamentali, perché sono certezze da coltivare.

10. Conclusione

Vulnerabilità, come dicevo all'inizio, è la condizione di “chi soffre per essere stato ferito” senza averlo potuto evitare (o di “chi teme di esserlo”). Per metonimia diventa la condizione di “chi è fragile”. Parafrasando Bauman, *vulnerabilità liquida* può essere la condizione di chi sa che potrebbe, in qualsiasi momento, vedere cambiare la sua vita in peggio, senza poter fare nulla per evitarlo. È una *species* della cd. *modernità liquida*. Un neologismo entrato ormai nel linguaggio comune per cui l'unica costante è il cambiamento e l'unica certezza, l'incertezza.

Siamo ormai in un mondo dove tutto è sfumato, niente si radica, e non si sa più ciò che è giusto e ciò che è sbagliato. Anche l'espressione *società liquida* è stata inventata da Bauman per descrivere la condizione attuale in cui siamo, dove tutto perde consistenza e serpeggia un senso generale di precarietà e, appunto, di vulnerabilità. Siamo costretti a vivere per forza di cose una vita liquida, dove ciò che conta, per sublime paradosso, è il contenitore, più che il contenuto. Ogni liquido però prende facilmente la forma del suo contenitore ed è importante che la forma del contenitore sia sempre all'altezza del suo contenuto, sebbene come condizione necessaria, ma non sufficiente.

La fragilità di cui ho discusso in queste note ha riguardato la condizione di pace, come assenza di guerra, un valore prezioso che in qualsiasi parte del mondo, in qualsiasi Stato di cui si può essere cittadini, appare oggi tutto, meno che scontato. Anche la condizione di *armistitium* (ossia, l'assenza di guerra), sembra essere diventata ormai un'eccezione che conferma la regola, quando semmai dovrebbe essere il contrario. Un'altra certezza perduta. Il mio amico Anton, oggi può usare armi, munizioni o esplosivi contro qualsiasi aggressore armato contro l'Ucraina, ovvero

¹¹³ L. Carlassare, *L'art. 11 Cost. nella visione dei costituenti*, in *Costituzionalismo.it*, cit., p. 2.

contro chiunque procuri danni o distruzione a beni di proprietà in questo Paese, senza che questo lo esponga a una responsabilità penale. Per la Legge marziale oggi in vigore nel suo Paese egli, da semplice cittadino, può togliere la vita al suo nemico senza che la legge lo consideri assassino e senza che lui stesso possa considerarsi tale per la legge morale. Questo principio è giusto solo in apparenza. Perfino i Romani (almeno fino all'epoca di Silla) ritenevano che fosse conforme alle regole della guerra "giusta" che il nemico fosse combattuto da un soldato¹¹⁴. Anche questo è un segno dei tempi e un'altra certezza andata perduta. Il prof. Anton Guzva è quindi rimasto solo con sé stesso, solo con la sua coscienza e con la necessità di dover prendere atto che né la legge, né la morale degli uomini, potrà proteggerlo da sé stesso e dalle sue più intime convinzioni. Per chi come me è nato negli anni sessanta questa è una constatazione che, nello stesso tempo, procura angoscia e sconvolge.

La sensazione però è che ci si debba difendere, più che dalla guerra, dall'uomo. Dobbiamo quindi restare vigili ed essere sempre pronti a fare tutto il possibile perché ogni fragilità di questa *vulnerabilità liquida* che infesta le società contemporanee a livello globale emerga in modo netto, per essere arginata nei modi più opportuni. A cominciare da un serio e ragionevole esercizio del pensiero critico. Se non altro, restando al tema di queste pagine, per non dare ragione a chi sostiene che la guerra è la prova finale che i valori della società civile sono soltanto relativi.

Bibliografia

- G. Agamben, *"Homo sacer". Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino 1995.
 Id., *Stato di eccezione. Homo sacer II/1*, Bollati Boringhieri, Milano 2003.
 Id., *Homo sacer*, Quodlibet, Macerata 2018.

114 Secondo il rigido formalismo dei Romani, come detto, non vi sarebbe stata guerra "giusta" senza il rispetto delle rigide regole del *ius fetiale*: in particolare una guerra che sia condotta solo dopo che sia stata chiesta soddisfazione o che sia stata prima minacciata e dichiarata (Cic. *de off.* 1.11.36). Lo stesso Cicerone (*de off.* 1.11.37) cita una lettera di Catone censore, indirizzata al figlio Catone Liciniano, congedato dalla legione di G. Popilio Lenate impegnata in Macedonia nella guerra contro Perseo, di non continuare a combattere senza prestare di nuovo giuramento, in ottemperanza al principio per cui non è conforme alle regole che combatta il nemico colui che non è soldato (*negat enim ius esse, qui miles non sit cum hoste pugnare*).

- M. Ainis, *L'eclissi della legge*, in U. Vincenti (a cura di), *Inchiesta sulla legge nell'occidente giuridico*, Giappichelli, Torino 2005.
- S. Aloisio, *L'art. 11 come "direttiva federalistica" della Costituzione. Attualità di una riflessione*, in S. Aloisio, R. Pinardi, S. Scagliarini (a cura di), *Scritti in memoria di Gladio Gemma*, Giappichelli, Torino 2023.
- G. Ambrosini, *Introduzione*, in *Costituzione italiana*, [Progetto di Costituzione in Appendice], Einaudi, Torino 1975.
- N. Antonetti, U. De Siervo, E. Malgeri (a cura di), *I cattolici democratici e la Costituzione*, III, il Mulino, Bologna 1998.
- G. Battaglini, *Usi della forza e diritti umani nel sistema delle Nazioni Unite*, in M. Dogliano, S. Sicardi (a cura di), *Diritti umani e uso della forza. Profili di diritto interno e internazionale*, Giappichelli, Torino 1999.
- Z. Bauman, *La modernità liquida*, Laterza, Roma-Bari 2000.
- Id., *Paura liquida*, Laterza, Roma-Bari 2008.
- E. Benveniste, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee. Potere, diritto, religione*, II, Einaudi, Torino 2001.
- M. Benvenuti, *Il principio del ripudio della guerra nell'ordinamento costituzionale italiano*, Napoli 2010.
- B.H. Bix, *Jurisprudence: Theory & Context*⁷, Sweet & Maxwell, United Kingdom 2015.
- B. Bruneteau, *Il secolo dei genocidi*, il Mulino, Bologna 2005.
- A. Bullock, *Hitler. Studio sulla tirannide*, Mondadori, Milano 1979.
- A. Calore, *Forme giuridiche del "bellum iustum"*, Giuffrè, Milano 2004.
- L. Canfora, *La biblioteca scomparsa*, Sellerio, Palermo 2009.
- W. Capelle, *Griechische Ethik und römischer Imperialismus*, in *Klio*, 25, 1932, rist. 1964, pp. 86-113.
- L. Carlassare, *Costituzione italiana e partecipazione a operazioni militari*, in N. Ronzitti (a cura di), *NATO. Conflitto in Kosovo e Costituzione italiana*, Giuffrè Francis Lefevre, Milano 2000.
- Id., *L'art. 11 Cost. nella visione dei costituenti*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2013 [anche sul web: <https://www.costituzionalismo.it/lart-11-cost-nella-visione-dei-costituenti/>].
- A. Cassese, *Art. 11 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna 1975.
- R. Castel, *L'insicurezza sociale. Che significa essere protetti?*, Einaudi, Torino 2011.
- Catechismo della Chiesa Cattolica 1997* sito web: https://www.vatican.va/archive/catechism_it/index_it.htm.
- L. Chieffi, *Il valore costituzionale della pace*, Liguori, Napoli 1990.
- A. Cervo, *Giuseppe Capograssi*, in A. Buratti, M. Fioravanti (a cura di), *Costituenti ombra. Altri luoghi e altre figure della cultura politica italiana (1943-48)*, Carocci, Roma 2010.
- Compendio del catechismo della chiesa Cattolica 2005* sito web: https://www.vatican.va/archive/compendium_ccc/documents/archive_2005_compendium_ccc_it.html.

- M. Cottone, *Recezione di Splengler in Italia*, in O. Splengler, *Il tramonto dell'Occidente. Lineamenti di una morfologia della storia mondiale*, a cura di R. Calabrese Conte, M. Cottone, F. Jesi, tr. it. J. Evola n.e., Longanesi, Milano 2008.
- V. Crisafulli, *Efficacia delle norme costituzionali programmatiche*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, Giuffrè, Milano 1951.
- Id., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano 1952.
- B. Croce, *La Critica*, XVIII, 1, G. Laterza, Bari 1920.
- E. Cuq, "Justitium", in *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, in C. Daremberg, E. Saglio (éds.), III.1, Paris 1900.
- C. Curti Galdino, *Unione europea e trattati internazionali nelle riforme costituzionali della bicamerale*, Giuffrè, Milano 1998.
- C. De Fiores, *Il ritorno della guerra "giusta". La crisi della legalità internazionale alle soglie del XXI secolo*, in I. Mortellaro (a cura di), *Interpretazioni della guerra, politiche per la pace*, n. 33-34, Istituto Gramsci Marche, Ancona 2000.
- Id., *L'art. 11 non si può "convertire" alla guerra*, in *Critica marxista*, 1, 6-12 2003, presente sul web come https://criticamarxista.com/wpcontent/uploads/2013/06/1_2003defiores.pdf.
- F.M. d'Ippolito, *I giuristi e la politica*, in *Saggi di storia della storiografia romanistica*, Satura, Napoli, 2009.
- U. Eco, *La società liquida*, da "L'Espresso" del 4 giugno 2015.
- A. Ernout, A. Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, Klincksieck, Paris 2001.
- N. Ferguson, *The Pity of War: Explaining World War I*, Allen Lane/Penguin Press, London 1998; tr. it. di S. Mancini, *La Verità Taciuta. La prima guerra mondiale: il più grande errore della storia moderna*, Corbaccio, Milano 2002; tr. it. di A. Piccato, *Il Grido dei Morti. La Prima Guerra Mondiale: il più atroce conflitto di ogni tempo*, Mondadori, Milano 2014.
- R. Fiori, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione politico-religiosa*, Jovene, Napoli 1996.
- G. Franciosi, *Ritualità, tradizione e prassi nei rapporti internazionali*, in *La giustizia tra i popoli nell'opera e nel pensiero di Cicerone. Atti del Convegno di Arpino, 11-12 ottobre 1991*, Aracne, Roma 1993.
- L. Garofalo, *In tema di "iustitium"*, in *Piccoli scritti di diritto penale romano*, Cedam, Padova 2008.
- Id., *In tema di iustitium*, in *Biopolitica e diritto romano*, Jovene, Napoli 2009.
- Id., *Iustitium. Fisiologia ed eziologia*, in *Iustitium e altri saggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2022.
- T. Garzoni, *La piazza universale di tutte le professioni del mondo (1585)*, I-II, Einaudi, Torino 1996.
- H. Grotius, *De jure belli ac pacis libri tres, In quibus Jus Naturae & Gentium, item Juris Publici praecipua explicantur*, Nicholas Buon, Parisiis 1625.
- M. Heidegger, K. Jaspers, *Oswald Splengler e la sua opera "Il tramonto dell'Occidente"*, in *Briefwechsel 1920-1963*, in W. Biemel, H. Saner (herausgegeben), Klostermann, Frankfurt-München-Zürich 1990.

- M. Heidegger, *Fenomenologia della vita religiosa*², Adelphi, Milano 2003.
- G. Hirsch, *Ein Bekenntnis zu den Grundwerten*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 12 Ottobre 2000.
- J. Holdt, *Hugo Rahner: Sein geschichtstheologisches Denken*, Schöningh, Paderborn 1997.
- V. Ilari, *Guerra e diritto nel mondo antico*, I, Giuffrè, Milano 1980.
- Id., *L'interpretazione storica del diritto di guerra romano tra tradizione romanistica e giusnaturalismo*, Giuffrè, Milano 1981.
- Istat. Istituto Nazionale di Statistica, *Le misure della vulnerabilità: un'applicazione a diversi ambiti territoriali*, Roma, 5-79 2020 (più un'Appendice) sul web: <https://www.istat.it/it/files/2020/12/Le-misure-della-vulnerabilita.pdf>.
- G. Kleinfeller, "Iustitium", in *REPW.*, X.2, s.v., Editore, Stuttgart 1919.
- L. Labanca, *Il diritto dei conflitti armati nel pensiero di Ugo Grozio*, in *Cammino Diritto*, 8, 2022, pubbl. sul web il 9 agosto 2022: https://rivista.camminodiritto.it/public/pdfarticoli/8463_8-2022.pdf.
- E.F. Leopold, οὐλή, in *Lexicon graeco-latinum manuale ex optimis libris concinnatum* (Lipsiae rist. 1852), Arnaldo Forni Editore, Sala Bolognese (BO) 1874.
- L. Loreto, *Il bellum iustum e i suoi equivoci. Cicerone ed una componente della rappresentazione romana del Völkerrecht antico*, in *Storia politica costituzionale e militare del mondo antico*, 1, Jovene, Napoli 2001.
- C. Masi Doria, "Salus populi suprema lex esto". *Modelli costituzionali e prassi del "Notstandsrecht" nella "res publica" romana*, in *Poteri, magistrature, processi nell'esperienza costituzionale romana*, Jovene, Napoli 2015.
- G. Brandi Cordasco Salmena, *Iustitium e stato di eccezione: la costituzionalizzazione romana dell'emergenza. Il paradigma di Azio*, in *Aurea iuris romani*, 2, Sofia 2020.
- C.H. McIlwain, *La concezione antica della Costituzione*, in N. Matteucci (a cura di), *Costituzionalismo antico e moderno (1947)*, il Mulino, Bologna 2000.
- C. Meier, *Cesare. Impotenza e onnipotenza di un dittatore. Tre profili biografici*, Einaudi, Torino 1995.
- A. Nissen, *Das "Iustitium". Eine Studie Aus Der Römischen Rechtgeschichte*, Ulan Press, Leipzig 1877.
- E. Opocher, *La filosofia del diritto di Giuseppe Capograssi*, Guida, Napoli 1991.
- L. Palumbo, *Trentadue ore di filosofia antica*, Loffredo, Napoli 2005.
- M. Pera, J. Ratzinger, *Senza radici. Europa, Relativismo, Cristianesimo, Islam*, Mondadori, Milano 2004.
- P. Picone, *La guerra contro l'Iraq e le degenerazioni dell'unilateralismo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 86/2, Milano 2003.
- J. Plescia, *The Roman "ius belli"*, in *BIDR.*, 92-93, Roma 1989-1990.
- A. Porciello, *Teoria del diritto. Idee e contesti*, Giappichelli, Torino 2016.
- N. Rampazzo, *Il "bellum iustum" e le sue cause*, in *Index*, 33, Napoli 2005.
- J. Ratzinger, *Europa. I suoi fondamenti spirituali ieri, oggi e domani*, in M. Pera, J. Ratzinger, *Senza radici. Europa, Relativismo, Cristianesimo, Islam*, Mondadori, Milano 2004.
- Id., *Lettera a Marcello Pera*, in M. Pera, J. Ratzinger, *Senza radici. Europa, Relativismo, Cristianesimo, Islam*, Mondadori, Milano 2004.

- J. Rüpke, *Domi militiae. Die religiöse Konstruktion des Krieges in Rom*, Steiner, Stuttgart 1990.
- O. Sacchi, *Le nozioni di Stato e di proprietà in Panezio e l'influenza della dottrina stoica sulla giurisprudenza romana dell'epoca scipionico-cesariana*, in *RIDA.*, 52, Bruxelles 2005.
- Id., *Regime della terra e imposizione fondiaria nell'età dei Gracchi. Testo e commento storico-giuridico della legge agraria del 111 a.C.*, Jovene, Napoli 2006.
- Id., *Ius pluribus modis dicitur. Per una genealogia della nozione di diritto come giustizia*, in *La forza del diritto, il diritto della forza*, 7. *L'Era di Antigone. Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza della Seconda Università degli Studi di Napoli*, FrancoAngeli Editore, Milano 2014.
- Id., *"Iudici finis est ius, ex quo etiam nomen" (Cic. Top. 91): qualche riflessione sul processo come ius e su D. 1.1.1 pr-1 (Ulp. 1 Inst.)*, in *Ius Antiquum Drevnee Pravo*, 1 (35), Mosca 2017.
- Id., *"Omnis definitio in iure civili periculosa est" (D. 50.17.202, Iav. 11 epist.). Il "tradizionalismo" di Giustiniano e il diritto romano nel tardoantico tra empietà religiosa ed empietà giuridica*, in *AÜHFD. (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi) Special Issue of the Faculty of Law Ankara University: Commemorative Issue in Honor of Professor Ozcan Karadeniz Celebican*, 69/2, Ankara 2020.
- Id., *La nozione di ager privatus nella libera res publica e nella costruzione giuridico- istituzionale del circolo scipionico*, in *Právněhistorické studie*, 50/2, Praha 2020.
- Id., *La formula "utei quoi optuma lege" nella l. 27 della lex agraria del 111 a.C.: elementi per una rilettura politica e giuridico-costituzionale*, in *IVRA.*, LXX, Napoli 2022.
- A. Salomone, *"Iustitium" e sospensione della "iurisdictio"*, in L. Garofalo (a cura di), *La dittatura romana*, I, Jovene, Napoli 2017.
- Sciso, E. (a cura di) *L'intervento in Kosovo*, Giuffrè, Milano 2001.
- G. Semerano, s.v. *vulnus*, in *Le origini della cultura europea. II. Dizionari etimologici. Basi semitiche delle lingue europee*, Olschky, Firenze 1994.
- A.K. Sen, *L'idea di giustizia*, Mondadori, Milano 2010.
- F. Sini, *Bellum nefandum. Virgilio e il problema del "diritto internazionale antico"*, Dessì Editrice, Sassari 1991.
- Id., *Ut iustum conciperetur bellum: guerra "giusta" e sistema religioso-giuridico romano*, in A. Calore (a cura di), *"Guerra giusta"? Le metamorfosi di un concetto antico*, Giuffrè, Milano 2003.
- O. Splengler, *Il tramonto dell'Occidente. Lineamenti di una morfologia della storia mondiale*, a cura di R. Calabrese Conte, M. Cottone, F. Jesi, tr. it. J. Evola, n.e., Longanesi, Milano 2008.
- Th. Steinbüchel, *Die philosophische Grundlegung der katholischen Sittenlehre 3 (1938)*, Schwann, Düsseldorf, 1947.
- N. N. Taleb, *Il Cigno nero. Come l'improbabile governa la nostra vita 2*, il Saggiatore, Milano 2009.
- A.J. Toynbee, *Storia comparata della civiltà*, 1-3, Newton Compton, Roma 1974.

- G. Urso, *Guerra e giustizia nei frammenti "arcaici" di Cassio Dione*, in *Guerra e diritto nel mondo greco e romano. contributi dell'istituto di storia antica*, 28 antico, I, Vita e Pensiero, Milano 2002
- G. Valditara, *Il dictator tra emergenza e libertà*, Giappichelli, Torino 2021.
- M. Valensise, *Sul baratro. Città, artisti e scrittori d'Europa alla vigilia della seconda guerra mondiale*, Neri Pozza, Vicenza 2022.
- P. Vinogradoff, *Outlines of Historical Jurisprudence*. II. *The Jurisprudence of the Greek City*, Oxford University Press, London 1920.
- A. Watson, *International Law in Archaic Rome. War and Religion*, Johns Hopkins University Press, Baltimore-London 1993.
- F. Wieacker, *A History of Private Law in Europe*, tr. ingl. di T. Weir, Clarendon Press, Oxford 1995.



CAP. V
VULNERABILITÀ PSICO-FISICA



GIOVANNI VILLONE
VULNERABILITÀ DEL PAZIENTE
ONCOLOGICO

SOMMARIO: 1. Una ferita per guardare dentro - 2. Alla radice nascosta della complessità - 3. Due paradigmi a confronto - 4. Vulnerabilità.

1. Una ferita per guardare dentro

“Le parole sono importanti” urlava Michele Apicella¹; e sono importanti perché hanno una storia e questa conferisce loro uno specifico peso. La parola centrale di tutto il lavoro multidisciplinare di quest’opera è *vulnus* (ferita, taglio), che riconosce una non certissima etimologia di origine agricola nel verbo *vellere*, strappare, svenare e, quindi, per ampliamento, ferire. Di primo acchito sembra si tratti di una parola a valenza esclusivamente negativa eppure – e forse soprattutto – da un punto di vista medico, può anche non essere propriamente così. Infatti, seguendo la suggestione che la filosofa morale Fabrizia Abbate, collega nel mio stesso Dipartimento di Medicina e Scienze della Salute “Vincenzo Tiberio” dell’Università del Molise, propose come *incipit* della sua prolusione per la cerimonia di inaugurazione dell’anno accademico 2022/2023, ci possono essere “due approcci diversi: da una parte la ferita, la malattia come esclusione e l’assenza di compassione, dall’altra la cicatrice come guarigione nel tempo, che ridona consapevolezza e fa rimanere umani dentro la società”². Ma, ancor di più in un’ottica storico-medica, la fe-

1 G. Moretti, *Palombella rossa*, La Sept sa; Banfilm sarl; Palmyre Productions sarl; SoFinA spa; Sacher Film srl; RAI Radiotelevisione Italiana spa, Italia-Francia 1989.

2 F. Abbate, *Trasformazioni. Per un’etica di confine*, Centro progettazione grafica & stampa dell’Università degli Studi del Molise, Campobasso 2022, pp. 3-4: “Erano tante le navi degli Achei dirette alla conquista di Troia, come leggiamo nell’Iliade, nel suo catalogo delle navi, e tra queste una flottiglia di sette, ognuna con cinquanta rematori abili nel tiro con l’arco: era guidata da Filottete, che però non giunse mai a destinazione con gli altri capi. Successe, infatti, che un serpente velenoso gli morse

rita può rappresentare uno squarcio attraverso il quale vedere dentro: la ferita come feritoia, come porta per comprendere, cioè intellighere, *intus-legere*, appunto leggere dentro.

Chi ci permette di avanzare questa terza ipotesi interpretativa è Galeno di Pergano³, probabilmente il medico “romano” più famoso del suo tempo e certamente quello che ha lasciato le tracce più lunghe nella posterità, fino all’epoca rinascimentale e forse specialmente in questa. Visse all’incirca tra il 130 e il 200 d.C.: incerto l’anno di nascita e anche la datazione della morte, che pareva essere attestata con sicurezza al 201 e che, invece, da analisi filologiche utilizzando “come termine *post quem* alcune parti del trattato *Sulla teriaca*, dedicato a Pisone”⁴, si potrebbe collocare tra il 204 e il 210. Figlio di un architetto che lo spinse a fare il medico, gli morì il padre

il piede e si produsse una ferita preoccupante, dolorosa e tanto infetta da emanare un odore terribile. Sofocle ci racconta che i suoi compagni di spedizione, tutti i grandi capi Achei, stanchi e infastiditi dai continui lamenti di Filottete, visto che il tempo e il modo per curarlo non ci sarebbero stati, e si doveva correre a conquistare Troia, decisero di abbandonarlo da solo sull’isola deserta di Lemno [Sofocle, *Filottete*, introduzione di U. Albini, trad. di E. Savino, Garzanti, Milano 2002; cfr. Nussbaum, M.C., *Consequences and Character in Sophocle’s Philoctetes*, in *‘Philosophy and Literature’* 1, 1976, pp. 25-53; Nussbaum, M.C., *Compassione e situazioni tragiche*, in *L’intelligenza delle emozioni*, edizione a cura di G. Giorgini, trad. di R. Scognamiglio, Il Mulino, Bologna 2004, pp. 367-370; Weil, S., *Filosofia della resistenza. Antigone, Elettra e Filottete*, edizione a cura di F. Recchia Luciani, trad. di Alasia Nuti, Il Nuovo Melangolo, Genova 2020]. La letteratura greca, dopo millenni, ci regala questa tragedia di esclusione e di cinismo a seguito di una ferita. E però ci regala anche un’altra storia, stavolta più felice. Ricordate come torna a casa Ulisse nella sua Itaca? Odisseo non torna a volto scoperto, non entra dalla porta principale, ma si introduce nella reggia sotto mentite spoglie, travestito da mendicante. E chi lo riconosce? Penelope con il segreto del talamo nuziale, intagliato nel tronco di un ulivo secolare, ma prima, prima ancora: la sua nutrice. È lei, l’anziana Euriclea, ad accorgersi che quel mendicante a cui stava lavando i piedi portava una cicatrice, il segno di un’antica ferita che contraddistingueva il suo signore. La cicatrice è il segno di riconoscimento, attraverso quella ferita Ulisse torna a sentirsi a casa, da straniero diventa ospite e poi, di nuovo, Re [Ricoeur, P., *Il fondo greco: l’agire e l’agente*, in *Percorsi del riconoscimento*, edizione a cura di F. Polidori, Raffaello Cortina, Milano 2005, pp. 90-93].”

- 3 Utili riscontri manualistici su Galeno in R.A. Bernabeo, *L’arte della Medicina, da empirismo a scienza applicata*, Esculapio, Bologna 1986, pp. 57-61; R.A. Bernabeo, G.M. Pontieri, G.B. Scarano, *Elementi di Storia della Medicina*, Piccin, Padova 1993, pp. 114-117; G. Armocida, B. Zanolio, *Storia della medicina*, Masson, Milano 2006², pp. 46-48; con approfondimenti in V. Gazzaniga, *La medicina antica*, Carocci, Roma 2014, pp. 92-108; e in V. Boudon-Millot, *Galeno di Pergamo. Un medico greco a Roma*, Carocci, Roma 2016.
- 4 V. Gazzaniga, *op.cit.*, p. 95.

quando aveva vent'anni. Dovendo pur mangiare, per dirla in modo brutale, non ancora celebre per le sue conoscenze e abilità, si adattò a fare il medico dei gladiatori, che all'epoca era comunque ritenuto un incarico di prestigio.

Ora, i gladiatori, come ben noto, erano liberi o, più frequentemente, schiavi, che cercavano di mantenersi in vita combattendo nelle arene tra di loro o contro altri animali variamente feroci. Interessante per il nostro scopo è ricordare l'armamentario di cui erano dotati: uno scudo, per la difesa nel combattimento contro altri umani; una rete simile a quelle per la pesca, anche se a maglie più larghe, per cercare di bloccare l'avversario avvolgendolo, letteralmente irretendolo; una lancia, per trafiggere rimanendo a distanza; una scure e poi il gladio, corta spada bipenne (cioè affilata da ambo i lati), usata esclusivamente per infliggere il colpo di grazia allo sconfitto quando l'arena ne decretasse, con il pollice *verso*, la morte. Colpire un avversario con una scure, ad esempio, al torace significava aprire uno squarcio nel suo petto e, parimenti, se lo si colpiva all'addome o su un arto. Il gladiatore così ferito veniva caricato su una sorta di barella e portato via dal terreno di combattimento. Il medico, dietro le quinte, essendo ben evidente la portata spettacolare di questi combattimenti, se poteva, ricuciva le ferite.

Ma Galeno faceva anche altro: nel ricucire guardava dentro e così poté scoprire effettivamente un mondo nuovo. Nella visione ippocratica della salute e della malattia si parlava di equilibrio dei quattro umori⁵: sangue, bile gialla, bile nera, flegma si muovevano nel corpo in maniera ordinata, a garanzia della salute, o disordinata, con prevalenza di uno sugli altri, a causare la malattia. Ma cosa c'era sotto la pelle non era mai stato davvero descritto e studiato in modo sistematico; al più si andava per similitudini, quando più quando meno aderenti, con le strutture degli animali cacciati per difesa o per alimentazione o persino studiati con approccio protoscientifico⁶. In Galeno, invece, si accese una specifica curiosità anatomica, per cui egli divenne sostanzialmente il primo che, consapevolmente (avverbio da sottolineare più volte), procedette a sezioni anatomiche redigendo un'accurata descrizione di ciò che trovava dentro il corpo umano. Il suo trattato anatomico⁷, triplo o quadruplo in volume rispetto all'intero *corpus* ippocratico, documenta la sua continua meraviglia, che lo spinse, pur mantenendo una sorta di aderenza formale al paradigma umoralista, a "inventare" (nel senso pienamente etimologico di trovare) tre spiriti con una

5 Ippocrate, *Testi di Medicina greca*, a cura di V. Di Benedetto, BUR, Milano 1983.

6 M. Vegetti, *Il coltello e lo stilo*, Il Saggiatore, Milano 1987.

7 Galeno, *Procedimenti anatomici*, a cura di I. Garofalo, BUR, Milano 1991.

precisa aderenza alla realtà anatomica che egli andava documentando nelle sue sezioni⁸: lo spirito naturale, che governa la vita vegetativa per la nutrizione, l'accrescimento, la secrezione e che risiede nel fegato, punto di arrivo del circolo portale a partenza dai vasi mesenterici; lo spirito vitale, che fisicamente procede dal polmone all'atrio sinistro attraverso le vene polmonari, che portano sangue vivo, rosso (noi oggi sappiamo ossigenato); lo spirito animale (da *animus*), che governa la vita di relazione, intesa da Galeno in modo "modernissimo" come sensazione e movimento, ma che egli non riesce a collocare con precisione se non correlandolo in senso lato con cervello e midollo spinale.

L'urgenza di scappare dalle città sotto la pressione dei barbari incomben- ti e una lettura alto-medievale del Cristianesimo, che riteneva peccaminoso guardare e toccare i corpi e dichiaratamente sacrilego sezionarli, andarono a convergere nel bloccare qualunque progresso della curiosità anatomica nell'Occidente europeo per l'intero periodo medievale. Ma nel Rinascimento gli artisti sentirono l'esigenza di rappresentare i corpi con la massima aderenza possibile alla realtà anatomica e così, sfidando i rischi capitali, andavano nei cimiteri a disseppellire i cadaveri "più freschi", li trasportavano di nascosto nelle loro cantine e provvedevano a scuoiarli per poterne studiare muscoli e articolazioni. Si credeva, per altro, che una tale pratica "portasse male". E come negarlo, visti i rischi infettivi ai quali restavano esposti i praticanti di una simile "blasfema" attività? Tutto rimase sotto traccia fino all'ascesa di Francesco della Rovere al soglio pontificio con il nome di Sisto IV; questi, forte della lettura del *De pictura* di Leon Battista Alberti, si persuase della necessità delle sezioni per l'arte e persino per la medicina, per cui, già l'anno successivo alla sua elezione, nel 1472, emise la Bolla *De cadaverum sectione* che cambiò il destino degli studi anatomici.

Da allora, infatti, si scatenò una inarrestabile "fame di cadaveri" per poterne fare sezioni e scoprire la struttura e con essa, in parte per lo meno, il funzionamento del corpo umano. Autori come Berengario da Carpi, Giovan Battista Canano, Andrea Cesalpino e, soprattutto, Andrea Vesalio accumulavano cognizioni anatomiche sempre più precise con i loro studi⁹. Mentre

8 In realtà Galeno praticò sezioni anatomiche solo su tre umani adulti mentre molteplici furono quelle effettuate su animali e su un numero imprecisato e difficilmente ricostruibile di neonati morti e feti abortiti, il che rende ragione della sua descrizione della circolazione sanguigna a livello cardiaco, poiché nei neonati, e ancor più nei feti, il "foro" tra la parte destra e quella sinistra del cuore è indispensabilmente presente, trattandosi di organismi immersi in un liquido, privi di respirazione polmonare.

9 Una sintesi in G. Armocida, B. Zanobio, *op. cit.*, pp. 92-97.

una nota a parte merita la vicenda del tutto particolare di Leonardo da Vinci, senza dubbio grandioso anatomista, innovatore dell'impostazione stessa della pratica e del significato delle sezioni, inventore di fatto dell'anatomia funzionale e dell'anatomia topografica, eppure sostanzialmente ignoto al Rinascimento¹⁰.

All'epoca si poteva documentare una interessante e parimenti inquietante dicotomia: da un lato il turbinoso progresso delle acquisizioni anatomiche (e scientifiche in generale) e dall'altro la interpretazione dogmatica della lettera dei testi antichi, conseguenza del clima culturale di riscoperta e accreditamento delle fonti antiche come radice di legittimazione di posizioni contemporanee e, in questo contesto, delle opposte Riforme e Controriforma. E ciò al punto che, se è scritto nella Bibbia "fermati Sole"¹¹, deve significare che è il Sole a girare intorno alla Terra

10 Ciò perché i suoi disegni anatomici vennero raccolti, alla morte del maestro, dal discepolo prediletto Francesco Melzi, che li conservò gelosamente, come cosa cara e preziosa, e poi dai suoi eredi variamente ceduti e quindi passati di mano in mano, quando per acquisto e quando per dono, fino a giungere nel tesoro dei Windsor, in cui vennero prima ordinati, ad opera di Richard Dalton, bibliotecario di Giorgio III, e poi resi pubblici solo nel passaggio dal XIX al XX secolo e lungo il primo ventennio del Novecento. Nel 1898 vennero pubblicati a Parigi i Fogli A, a cura del letterato russo Fëdor Vasil'evič Sabašnikov detto Theodor e del pittore piemontese Giovanni Piumati; nel 1901 a Torino i Fogli B, ad opera dei medesimi curatori; nell'intervallo dal 1911 al 1916 a Christiania (Oslo) i Fogli C, a cura del medico e storico della medicina svedese Adolf Mauritz Fohnan, del medico e storico dell'anatomia norvegese Halfdan Hopstock e del romanziere e filologo norvegese Ove Conrad Langgaard Vangensten. Una riedizione critica completa venne edita tra il 1962 e il 1973 con il titolo *Il trattato della Anatomia*, in tre volumi, a cura dell'Istituto di Storia della Medicina di Roma, coordinato da Adalberto Pazzini. A questa fecero seguito due edizioni americane: nel 1952 a New York *Leonardo da Vinci on the Human Body: the Anatomical, Physiological, and Embriological Drawings of Leonardo da Vinci*, a cura di Hanry Schuman; e nel 1983, sempre nella medesima sede, *Leonardo on the Human Body*, a cura di Charles Donald O'Malley della Stanford University e di John Bertrand deCusance Morant Saunders della University of California.

11 "Quando il Signore consegnò gli Amorrei in mano agli Israeliti, Giosuè parlò al Signore e disse alla presenza di Israele: 'Fermati, sole, su Gabaon, / luna, sulla valle di Aialon'. / Si fermò il sole / e la luna rimase immobile / finché il popolo non si vendicò dei nemici. Non è forse scritto nel libro del Giusto? Stette fermo il sole nel mezzo del cielo, non corse al tramonto un giorno intero. Né prima né poi vi fu un giorno come quello, in cui il Signore ascoltò la voce di un uomo, perché il Signore combatteva per Israele", Giosuè 10, 12-14, G. Ravasi (a cura di) *Vecchio Testamento*, in *La Bibbia, via verità e vita*, San Paolo, Torino 2009, pp. 402-403.

e quindi Galileo sarà da imprigionare e condannare da parte del potere cattolico, in attesa di abiura¹². Oppure, se è scritto nel Trattato anatomico di Galeno che vi sono fori nel setto interventricolare a permettere la comunicazione tra la parte destra e quella sinistra del cuore¹³, anche se non li si vede, dovranno pur esserci e così Miquel Servet, che, già in odore di eresia, affermava che il sangue va dalla parte destra a quella sinistra del cuore attraversano i polmoni, anche con questa accusa, verrà mandato al rogo nel 1553 dal potere calvinista.

Solo dopo altri cento anni William Harvey, nell'*Exercitatio anatomica de motu cordis et sanguinis in animalibus*, definì la circolazione umana come doppia e completa e non finì bruciato sul rogo. Il metodo che egli aveva seguito era quello matematico da lui appreso a Padova da Fabrizio d'Acquapendente. Mentre con Antoni van Leeuwenhoek si ebbe anche la dimostrazione anatomica di quella circolarità, con la descrizione al microscopio dei capillari¹⁴.

2. Alla radice nascosta della complessità

Ma il nostro dentro, così complesso, ordinato, affascinante, deriva da un dentro ancor più profondo. Gli studi di biologia e genetica hanno dimostrato che è conseguenza dall'espressione genica l'inscindibile unità di struttura e funzione di tutte le molecole e con esse delle cellule, dei tessuti, degli organi, degli apparati, nel senso che ognuno degli elementi di questa

12 D. Berti, *Il Processo originale di Galileo Galilei pubblicato per la prima volta*, Cotta e Comp., tipografi del Senato, Roma 1876; 1a edizione elettronica del 30 novembre 2017; A. Santini (a cura di), *Galileo Galilei. Chiesa e Scienza, un "errore" durato 359 anni*. L'Unità, Cles 1994.

13 M. Mattioli, *La scoperta della circolazione del sangue*, ESI, Napoli 1972, p. 84: "In sintesi, la circolazione del sangue, secondo le idee di Galeno, si effettua così: la vena porta ed i suoi rami convogliano le sostanze digerite dallo stomaco al fegato, dove si trasformano in sangue. Dal fegato, centro della circolazione, una parte del sangue è avviata al cuore destro e l'altra parte va direttamente nel corpo. La vena polmonare porta all'atrio sinistro il pneuma del polmone; l'aorta spinge sangue e pneuma in tutto l'organismo. Nei ventricoli, attraverso le porosità del setto, avviene uno scambio continuo di pneuma e di sangue".

14 Si veda M. Mattioli, *op. cit.* Sono particolarmente affezionato a questo testo sia per il suo valore documentale sia perché, al mio arrivo nel 1991 nella sede universitaria di Catanzaro, mi venne donata dal figlio dell'autore, Pier Luigi, allora docente di Medicina Interna e poi Preside della Facoltà medica, che aveva saputo dei miei interessi in storia della medicina, l'ultima copia in suo possesso.

scala di complessità può svolgere la propria funzione solo in quanto ha una specifica forma nello spazio e ha proprio quella forma per poter svolgere la data funzione.

Nel nucleo di ciascuna delle nostre cellule è conservato il DNA, quell'acido desossiribonucleico che contiene, organizzate in geni, le istruzioni di assemblaggio delle macromolecole. In altri termini, la forma di ciascuna molecola deriva dalla successione dei mattoni che la costituiscono, come in un gioco di Lego; e quale debba essere questa successione è scritto nel DNA. E la forma "giusta" è indispensabile per il funzionamento della molecola e dei successivi livelli di organizzazione della materia vivente fino all'individuo e alla specie.

In ciascuna dei miliardi di cellule che compongono il corpo di un individuo è presente la stessa quantità e qualità di DNA, il medesimo patrimonio genetico. Una cellula diventerà cellula di tiroide e una cellula diventerà cellula di fegato, perché avrà selettivamente acceso alcuni geni e spento altri, in un processo che prende il nome di differenziazione e che si svolge durante la embriogenesi, prima della nostra nascita.

Ma il processo di differenziazione riguarda anche l'individuo ormai nato, quando sia necessario sostituire una cellula che va in differenziazione terminale, cioè una cellula che svolge il proprio compito specifico per un dato tempo e poi non si duplica e muore. Una cellula di stomaco vive due giorni, poi desquama all'interno dello stomaco; una cellula di intestino vive in media tre giorni prima di cadere nel lume intestinale. Di riserva ci sono delle cellule staminali. Una di queste, morta una cellula differenziata di superficie, si divide in due cellule figlie: una resta come staminale e l'altra va in differenziazione terminale a sostituire quella morta. E così per miliardi di volte durante una vita umana.

Ci sono geni che controllano esattamente la duplicazione cellulare: devono accendersi per far sì che si realizzi e, al suo termine, devono spegnersi. Cosa accade se rimangono, erroneamente, accesi è facile comprenderlo: le cellule si dividono da una a due e poi ciascuna delle due in altre due, e fanno quattro, e poi ancora ciascuna in due, e siamo a otto, e così via. Si crea una lesione neo-plastica, cioè fatta da nuove cellule, in sostanza un tumore.

Il termine tumore è preso in prestito, per così dire, da uno dei cinque sintomi dell'infiammazione acuta. L'esempio classico è quello del dito involontariamente pestato da un martello nel mettere un chiodo alla parete: cosa accade al dito? Tutti insieme compaiono "*rubor, calor, dolor, tumor*

e *funcio lesa*”¹⁵: il dito si arrossa, diventa caldo, duole, si gonfia e non si muove più bene, non svolge adeguatamente la sua funzione. Quindi, tumore non significa altro che gonfiore: si tratta di una lesione che occupa spazio. E poiché la gran parte delle neoplasie occupa spazio nel corpo, per traslato, in italiano, si parla di tumori. In Italia abbiamo varie sedi locali dell’Istituto Nazionale dei Tumori. Nei Paesi anglosassoni le neoplasie vengono indicate con il termine di etimologia greca *cancer*, cancro, da granchio; un granchio che si attanaglia e morde i tessuti e gli organi. Negli Stati Uniti c’è il *National Cancer Institute*.

Le neoplasie, poi, possono derivare da qualunque cellula dell’organismo. Se sono di origine mesenchimale, a partire dalle cellule del grasso, del muscolo, del connettivo, della cartilagine e dell’osso, si parla di lipomi, miomi, fibromi, condromi e osteomi, se benigni, o si userà il suffisso “sarcoma”, se maligni: liposarcoma, miosarcoma, fibrosarcoma, condrosarcoma, osteosarcoma. Si tratta di un’altra parola greca: *sark* significa carne, quindi escrescenza carnosa, di consistenza solida. Se la neoplasia è di origine epiteliale, cioè deriva dalle cellule di rivestimento funzionale, si parla di epitelomi, se benigni, o, se maligni, di carcinomi o adenocarcinomi, questi ultimi di provenienza da ghiandole. I carcinomi sono spesso abbreviati in cancro; e così il cerchio terminologico si chiude¹⁶.

Cosa differenzia un tumore benigno da uno maligno? Sotto tutti gli epitelii, intorno a tutti gli endoteli (le cellule che costituiscono i vasi) e intorno ai muscoli e ai nervi si trova la lamina basale. Si tratta di uno strato sottilissimo: spesso circa 25.000 volte meno di un millimetro. Le cellule embrionali hanno la capacità di andare da un capo all’altro dell’embrione per costruire i vari tessuti, organi e apparati e lo fanno tagliando con delle forbici molecolari, le proteasi di superficie, le proteine che costituiscono la lamina basale e soprattutto il collagene, che conferisce la resistenza a tale struttura, per cui si parla, più specificamente, di collagenasi di superficie. Nell’individuo nato, che per convenzione si indica come adulto, solo alcune famiglie di globuli bianchi conservano quelle forbici molecolari, che

15 E. Consiglio, *Infiammazione acuta*, in I. Covelli, L. Frati (a cura di) *Patologia generale*, Florio, Napoli 1976, p. 311: “Le cause, i meccanismi e tutte le modalità che danno origine ai fenomeni macroscopici della reazione infiammatoria o flogistica hanno rappresentato, fin dall’antichità, oggetto di studio. Tali aspetti macroscopici furono da Celso, prima, e da Galeno, successivamente, classificati e descritti ...”.

16 G. Vecchio, L. Altucci, *Aspetti generali delle alterazioni della crescita cellulare. Le neoplasie: loro caratteristiche istologiche, stadiazioni e classificazioni*, in L. Altucci, G. Berton, G. Moncharmont, L.A. Stivala (a cura di), *Patologia Generale*, Idelson-Gnocchi, Napoli 2019, pp. 609-619.

permettono loro di uscire dal circolo e andare nei linfonodi per difendere l'organismo da attacchi esterni. Ebbene, una cellula neoplastica è in grado, per così dire, di regredire lungo il processo di differenziazione, come se tornasse all'epoca embrionale o fetale¹⁷ e può riacquistare quel parametro differenziativo delle proteasi di superficie e così tagliare la lamina basale. In tal modo le cellule neoplastiche possono passare nel sottostante connettivo; qui trovano dei globuli bianchi residenziali che le distruggono; ma qualcuna può scampare e passare, sempre usando le collagenasi di superficie, attraverso le pareti dei vasi nel circolo sanguigno; qui vengono eliminate dai globuli bianchi presenti nel sangue e danneggiate dalle turbolenze del circolo medesimo, ma, laddove questo rallenta (polmoni, fegato, ossa), qualche cellula superstita può uscire dal circolo ematico e ritrovarsi in un altro organo, dove i globuli bianchi residenti cercano di eliminarle tutte ma una sola può sopravvivere e da una passare a due, quattro, otto e così via e, in tale modo, creare una localizzazione secondaria o metastasi. Si dice che le metastasi sono progressioni clonali, laddove in biologia un clone è una popolazione cellulare che origina da una sola cellula.

Nel caso dei tumori benigni il viraggio genetico che riattiva le proteasi di superficie non avviene e quindi la lamina basale rimane integra e così la crescita della neoplasia può essere solo espansiva, come un palloncino che si gonfia, e si producono solo sintomi di compressione, più o meno gravi a seconda della sede. Mentre i tumori maligni, attraversando con le loro cellule la lamina basale, crescono in modo infiltrativo e possono metastatizzare.

3. *Due paradigmi a confronto*

Interno contro esterno. Le malattie infettive, le epidemie, sono state per secoli le cause di morte di gran lunga più frequenti e dalla fine del Settecento, con Jenner e la sua lotta al vaiolo, e poi nell'Ottocento con Pasteur e la lotta alle zoonosi, come la rabbia, e Koch e la lotta alla tubercolosi, si sviluppa un paradigma espressivo di tipo quasi militare. Si parla di attacchi da parte di nemici esterni e di difesa da parte dell'organismo, sia difese

17 Si pensi all'alfafetoproteina, che fisiologicamente aumenta di concentrazione nel sangue di una donna a mano a mano che progredisce nella gravidanza; ma in un uomo o in una donna non incinta può essere marcatore, ad esempio, di una neoplasia epatica o, per il solo maschio, testicolare. Parimenti l'antigene carcinoembrionario (CEA) già nel nome reca il richiamo a un processo di regressione differenziativa.

immediate sia difese immunitarie, quelle dotate di memoria di riconoscimento per un futuro possibile incontro con il patogeno esogeno¹⁸.

Eppure i paradigmi sono duri a morire, per così dire: seguono filoni carsici e lasciano tracce criptiche persino nel linguaggio tecnico. “Con la rivoluzione del Neolitico e la possibilità di una vita più lunga ci fu il tempo per l'uomo di ammalare anche di malattie interne: si pensi a sintomi come il mal di pancia o il mal di testa. Ma questi sintomi apparivano difficilmente comprensibili dal punto di vista causale, almeno al pari di quelle strane manifestazioni patologiche che coinvolgevano contemporaneamente molti individui. Da qui, in un clima culturale, per quanto di semplicità primitiva, intriso di religiosità animistica, deriva la interpretazione teurgica: la malattia è effetto di una volontà superiore, è la punizione che la divinità manda al singolo o alla collettività per una colpa commessa ovvero è frutto di una possessione demoniaca”¹⁹. Un esempio illuminante è quello “classico” dell'epidemia degli Achei che assediano Troia, descritta nell'Iliade come causata dalle frecce con cui Apollo stesso colpisce ciascuno dei Greci²⁰. E tuttora persino noi medici, pur non credendo più affatto ad una eziologia trascendente, diciamo che una persona è stata “colpita da” una malattia (un infarto, un ictus) o un gruppo è stato “colpito da” un contagio, quasi fosse qualcosa di estrinseco.²¹

Similmente all'infarto del miocardio o all'ictus cerebrale, il tumore, come si è sopra riassunto, nasce, invece, proprio da dentro, quasi a recuperare l'altra parte della visione teurgica: quella della possessione demo-

18 Si pensi alla splendida serie di animazione di Albert Barillé *Il était une fois ... la Vie* del 1987, nota prima come *Esplorando il corpo umano* (De Agostini) e poi come *Siamo fatti così* (Mediaset), in cui soldatini, navicelle spaziali e missili rappresentavano le difese contro le invasioni estere.

19 G. Villone, *Cenni di storia della patologia generale*, in L. Altucci, G. Berton, G. Moncharmont, L.A. Stivala (a cura di), *Patologia Generale*, cit., p. XXIII s.

20 “L'Iliade si apre con l'evocazione dei roghi funebri sui quali bruciano a centinaia i cadaveri dei guerrieri uccisi dalle frecce di Apollo ...” (M.D. Grmek, *Le malattie all'alba della civiltà occidentale*, Il Mulino, Bologna 1985, p. 41); infatti nei versi 55-65 del I libro si legge “L'udi Febo, e scese dalle cime d'Olimpo in gran disdegno coll'arco su le spalle, e la faretra tutta chiusa. Mettean le frecce orrendo su gli omeri all'irato un tintinnio al mutar de' gran passi; ed ei simile a fosca notte giù venia. Piantossi delle navi al cospetto: indi uno strale liberò dalla corda, ed un ronzio terribile mandò l'arco d'argento. Prima i giumenti e i presti veltri assalse, poi le schiere a ferir prese, vibrando le mortifere punte; onde per tutto degli esanimi corpi ardean le pire” (Omero, *Iliade nella versione di Vincenzo Monti*, Newton, Roma 1993, p. 52).

21 G. Villone, *Paradigmi antichi per patocenosi nuove* in G. Palmieri (a cura di) *Oltre la pandemia. Società. Salute, economia e regole nell'era post Covid-19*. Editoriale Scientifica, Napoli 2020, vol. II pp. 1603-1604.

niaca. Questa, anche se faceva paura, comunque dava il senso di qualcosa di estraneo entrato all'interno dell'organismo per danneggiarlo. Si poteva tentare di far uscire il demone. E via, nell'antichità, di emesi, evacuazioni, salassi, persino trapanazioni craniche²² o, dalla metà del Novecento, di antibiotici e antivirali. La desolante diversità del tumore è che sta dentro ma non deriva da altro se non dalle nostre stesse cellule, che si trasformano in senso neoplastico: non c'è un nemico esterno da cui difenderci e da combattere con quel già accennato atteggiamento militaresco. Per questo fa più paura e così dal tumore si passa al timore e al tremore, con una breve serie di slittamenti di senso che per i pazienti non sono affatto uno sciocco gioco di parole bensì la radice profonda della vulnerabilità in oncologia.

“Che ti venga un cancro”²³ era un terribile augurio di male incurabile. Nella raccolta dell'anamnesi dei pazienti, una simile malattia non è neppure da nominare: si sente dire “quel male lì” oppure “il male del secolo”. In effetti, dalla metà del Novecento e viepiù dalla fine degli anni Sessanta, inizia una rapida progressione della sopravvivenza media della popolazione in Italia e di fatto non c'è famiglia che non abbia avuto qualcuno ammalato di un tumore. Eppure, nel volgere di meno di trent'anni, i progressi delle cure per pazienti neoplastici sono stati impressionanti, sia in ambito chirurgico sia un ambito medico.

Chemioterapia, termine più che generico per indicare un qualunque trattamento farmacologico su base chimica, è diventato per antonomasia il lemma che designa la terapia medica antineoplastica. La logica è quella di interferire sul meccanismo della duplicazione cellulare, uccidendo le cellule che si duplicano con maggiore velocità. Tra queste, ci sono le cellule neoplastiche ma anche i globuli rossi (da cui l'anemia) e i globuli bianchi (da cui la esposizione ad infezioni). A parte la citotossicità diretta su alcuni epitelii, come quello dello stomaco, dell'intestino, delle fauci e del cuoio capelluto, da cui nausea, vomito, diarrea, desquamazione della bocca, perdita dei capelli. Ma così si vince sul cancro? Sempre più spesso, ma non sempre. Lo si rallenta, anche di molto a volte, non di rado al prezzo di un non marginale detrimento della qualità della vita.

Nell'ultimo decennio è diventata realtà la terapia immunologica, chissà perché chiamata “biologica”. Si tratta di anticorpi che veicolano il farmaco tossico per le cellule in anomala duplicazione direttamente sul tessuto che si è trasformato in senso neoplastico.

22 G. Villone, *Cenni di storia della patologia generale*, cit., p. XXIV.

23 Viene alla memoria l'augurio malevolente in risposta all'aggressione subita dall'imprenditore Annibale Doberdò, interpretato da Ugo Tognazzi nel film *La Califfa* di Alberto Bevilacqua del 1970.

Ancora di più, i trattamenti combinati tra approccio medico e aggressione chirurgica stanno portando a risultati sempre più soddisfacenti: interventi, seguiti da terapia detta adiuvante o preceduti da terapia detta neoadiuvante, hanno permesso la remissione per lunghi periodi e addirittura la guarigione di tumori prima letali. Per non parlare delle nuove opzioni radioterapiche²⁴, che si affiancano e, a volte, sempre più frequentemente, sostituiscono gli altri due approcci.

4. Vulnerabilità

E allora perché anche il paziente neoplastico di oggi, nonostante tutte queste frecce nella faretra terapeutica degli oncologi medici, chirurghi e radioterapisti, resta una persona vulnerabile?

Occorre rendersi conto che medici e mezzi di comunicazione, quando più quando meno coscientemente, non fanno altro che magnificare i progressi di diagnostica e terapia e che si è diffuso quasi un senso di onnipotenza della medicina, con il quale va a confrontarsi, quando non scontrarsi, la paura della persona malata. Paura della sofferenza, della perdita di autonomia e, ancor più pesante, della percezione della propria dignità, della disabilità, della morte²⁵.

- 24 La radioterapia ebbe inizio poco dopo la scoperta dell'uso diagnostico dei raggi X da parte di Wilhelm Conrad Röntgen nell'ultimo quindicennio del XIX secolo con la constatazione degli effetti ustionanti sulla cute. Con l'intento di rendere sempre più selettiva la penetrazione delle radiazioni, al fine di colpire in modo efficace i bersagli individuati, danneggiando il meno possibile i tessuti circostanti e i piani anatomici che dovevano essere necessariamente attraversati, nel tempo i raggi X vennero affiancati e in parte sostituiti da raggi gamma, fasci di fotoni, protoni o ioni di carbonio. Nacquero, così, rispettivamente, il gamma-knife agli inizi degli anni Cinquanta ad opera del neurochirurgo svedese Lars Leksell, che segnò l'inizio della neuro-radiochirurgia stereotassica nel passaggio dagli anni Sessanta ai Settanta; il cyber-knife verso la fine degli anni Novanta grazie a John Adler della Stanford University; l'adroterapia, quasi al passaggio di millennio, grazie all'uso terapeutico del sincrotrone, utilizzato in precedenza solo per gli studi di fisica subatomica.
- 25 Un passaggio molto chiaro a riguardo in G. Carofiglio, *L'orizzonte della notte*, Einaudi, Torino 2024, pp. 42-43: "... ti scrivo dopo aver pensato di farlo tante volte in questi mesi. Ogni volta mi sono trattenuta. Per vanità, credo. È strano come la vanità possa sopravvivere e influenzarci anche in certi momenti. Non volevo che decidessi di venire a trovarmi e potessi vedermi così come sono adesso ... voglio che l'immagine di me che conserverai sia di quando ero ancora giovane e bella ... Su questo e su altre cose non voglio darla vinta alla malattia. Credo che tu leggerai queste parole quando io non ci sarò più. Per fortuna ci sono persone che mi aiuta-

Il medico deve farsi portatore consapevolmente di una giusta prevenzione, vissuta proprio come stile di vita: una prevenzione primaria, che potenzi lo stato di salute ed eviti gli squilibri che portano alla malattia; una prevenzione secondaria, che, coincidendo con la diagnosi quanto più precoce possibile, permetta il più tempestivo ed efficace trattamento anche dei minimi prodromi di patologia; una prevenzione terziaria, che, trattando la malattia ormai manifesta, ne eviti aggravamento e diffusione. Eppure resta comunque, più o meno cosciente nel sentire comune, una sorta di colpevolizzazione del paziente neoplastico, quasi gli si dicesse che si è ammalato perché non ha seguito la via giusta per rimanere in salute.

Ovvio che taluni stili di vita sono auspicabili e riducono i rischi dal punto di vista statistico. Nelle storie individuali, però, ammalarsi o non ammalarsi è un dannato fatto di fortuna, una maledetta lotteria. Stesso discorso per l'orribile retorica agonistica della malattia: chi guarisce si merita la guarigione perché ha lottato con coraggio e ha vinto. Peccato che anche qui vi sia un'implicazione moralmente odiosa: chi non guarisce non è stato abbastanza combattivo, abbastanza determinato.²⁶

E non si tratta solo di una provocazione o di una intuizione o interpretazione meramente letteraria: il paradigma della colpa e dello stigma, nel senso crudamente etimologico di marchiatura, surrettiziamente passa, al punto che

Quando ci si ammala di cancro si fanno tante scoperte sulle persone. Quasi nessuna è positiva. Amiche e amici per cui avresti messo la mano sul fuoco scompaiono nel nulla. Rimani sola e l'assurdo è che ti vergogni. Come se la malattia fosse colpa tua. Sono piena di rabbia per questo. Mi ripeto che dovrei andare oltre. Dimenticare e andare oltre, ma non ci riesco.

– Forse bisognerebbe andare oltre senza dimenticare. Forse è meno difficile e più utile. Anche più giusto.²⁷

no. Può sembrare una cosa molto strana – assurda, considerata la situazione – ma mi fanno sentire piena di vita e di dignità ... Si può ridere quando si è sul punto di dire addio alla vita? Si può, te lo assicuro, ed è una delle cose che ti restituiscono, appunto, la dignità perduta per la malattia, la paura, l'umiliazione delle cure ... mi sento libera, e forte, nonostante la fragilità del mio corpo ...”.

26 G. Carofiglio, *op. cit.*, pp. 183-184.

27 G. Carofiglio, *op. cit.*, p. 276. Mi colpisce che, mentre stavo concludendo la redazione del presente contributo, mi è capitato di leggere il volume di Carofiglio qui citato per tre volte e che, a mio parere, descrive perfettamente alcune peculiarità del paziente oncologico. E pensare che, in questo suo lavoro, l'autore riprende alcuni concetti della visione analitica di Carl Gustav Jung sulle coincidenze e sulla sincronicità. Nulla di più suggestivo!

Altro punto cruciale è dato dai passi da gigante fatti dalle potenzialità diagnostiche, per cui siamo oggi in grado di porre attenzione a lesioni che hanno dimensioni inferiori persino della capacità di visione fisica da parte del radiologo, grazie all'uso di algoritmi controllati e di strumenti che impropriamente vengono fatti rientrare nella categoria dell'intelligenza artificiale²⁸. Questa accuratezza diagnostica porta a diagnosi precocissime, cosa validissima per un trattamento quanto più tempestivo possibile, ma certamente fonte di ansia per chi si senta soggettivamente in ottime condizioni.

Si pensi, ad esempio, a una donna alla cui madre o sorella o zia venga riscontrato, ad esempio mediante una risonanza magnetica con mezzo di contrasto, ritenuta oggi il *gold standard* per la diagnostica senologica, una neoplasia mammaria, anche in fase precocissima, che porterà ad una exeresi chirurgica, seguita magari da una radioterapia e da una soppressione ormonale. Per il fatto stesso che una parente di primo o secondo grado abbia avuto questo tipo di tumore, quella donna vede cambiare la propria collocazione nelle caselle di rischio oncologico e la frequenza dei suoi controlli a scopo preventivo dovrà farsi più serrata. Ed è innegabile che una tale consapevolezza sia per lo meno ansiogena. L'alternativa è non sapere

28 G. Villone, *Rapporto tra bio-etica e intelligenza non bio-logica*, in: A. Patroni Griffi (a cura di), *Bioetica, diritti e intelligenza artificiale*, Mimesis Quaderini di Bioetica Milano Udine 2023, p. 54 nt. 12: "A titolo esemplificativo si pensi allo sviluppo relativamente recente della branca della radiomica, che utilizza le capacità dell'intelligenza artificiale di gestire immense moli di dati al fine di interpretare i valori numerici sottesi alle immagini diagnostiche in risonanza magnetica per consentire, ad esempio, diagnosi precocissime di tumore della prostata, ben prima che possa essere individuabile anche dal radiologo più esperto (Brunese L, Mercaldo F, Reginelli A, Santone A, *Formal methods for prostate cancer Gleason score and treatment prediction using radiomic biomarkers*, Magnetic Resonance Imaging 2020, 66:165-175, doi.org/10.1016/j.mri.2019.08.030; Brunese L, Mercaldo F, Reginelli A, Santone A, *Radiomics for Gleason Score Detection through Deep Learning*, Sensors 2020, 20, 5411; doi:10.3390/s20185411)". In altri termini, al di sotto di ogni immagine diagnostica computerizzata, come quelle derivanti da ecografie, tomografie assiali e risonanze magnetiche, vi sono sequenze numeriche, da cui le immagini stesse sono generate. Un radiologo riconosce una immagine, ad esempio, come metastasi da tumore della prostata; sottesa a tale immagine vi è una specifica sequenza numerica. Se si estrapola tale sequenza e la si va a ricercare nei soggetti con tumore della prostata che non manifestano alcuna metastasi, in qualcuno di questi si troverà una corrispondenza con la sequenza estrapolata. Il radiologo non vede ancora nulla, ma il metodo formale (questo il nome della procedura) permette di allertarlo e di indicare al paziente una sorveglianza attiva in tempi più ravvicinati.

o non curarsi? Sicuramente resta nella sfera della libertà individuale una simile scelta ma un medico non può certamente caldeggiarla.

Il medico deve sentire su di sé il precipuo impegno etico a favorire nelle persone, sia soggettivamente sane sia già ammalate, una reazione positiva rispetto a diagnosi e cura delle neoplasie, fosse solo rispetto all'utilitaristico fine di permettere una migliore ripresa del paziente. A tale proposito, infatti, è ormai arcinoto da innumerevoli studi ed è esperienza diffusa e consolidata che le reazioni depressive, dal punto di vista psichico, per altro più che comprensibili in caso di diagnosi di neoplasia, causano, però, una depressione delle difese immunitarie, cosa che produce una minore capacità di reagire al tumore da parte dell'organismo, in una sorta di circolo vizioso di reciproco negativo potenziamento. Ciò è conseguenza dell'attivazione dell'asse neuro/psico-endocrino-immunitario, della cui centrale importanza nel mantenimento dell'equilibrio omeostatico della salute troviamo testimonianza già nell'antica medicina ayurvedica²⁹ e che, dagli anni Settanta e, ancor più, Novanta del secolo scorso, ha trovato definitive prove anche nella nostra impostazione medica³⁰, vieppiù nell'interpretazione dell'eziopatogenesi dei tumori.

E questo impegno è tanto più importante nei casi, purtroppo tuttora presenti, di diagnosi-condanne. Il malato terminale, nella definizione medica corretta, non è il paziente agonizzante, come solitamente si ritiene, bensì quello che morirà a causa della malattia che gli è stata diagnosticata, e non necessariamente entro poche ore o pochi giorni, anzi. Un paziente cui venga diagnosticato un tumore del pancreas, a tutt'oggi, è un paziente che, con ogni probabilità, morirà per quella neoplasia. Come organizzare la informazione al paziente e alle persone del suo contesto in casi del genere non può non interrogare la sensibilità etica più profonda del medico e delle altre professionalità sanitarie.

Il cinico aforisma, secondo cui il medico bravo è quello che non fa morire il paziente ma non lo guarisce mai del tutto, così non perde il cliente, perpetuando in lui un bisogno di salute, nel caso dell'oncologo si scontra con la realtà del più elevato rischio di mortalità del paziente neoplastico, per cui questo tipo di specialista viene percepito come quello più venale,

29 K.K. Bhishagratna (a cura di), *Susruta Samhita*, Chowkhamba Press, Varasani 1998, p. 131 (XV: 44). Si tratta di un testo che giunge a noi in una redazione del VII secolo a.C., testimonianza finalmente scritta di una tradizione orale risalente di almeno duemilatrecento anni.

30 E. Ciaranfi, P. Schlechter, A. Bairati, *Automatismi biologici e malattia, un'interpretazione della fisiopatologia come equilibrio omeostatico*, Mondadori, Milano 1978.

perché deve recuperare il massimo del profitto nel tempo eventualmente ridotto che le condizioni del paziente gli consentono. È evidentemente un'antipatica forzatura e una ingiusta rappresentazione della realtà, ma il fondo di verità che si cela in questa amara considerazione sta nell'atteggiamento a volte, quando non troppo spesso, distaccato e freddo proprio di molti specialisti, che tendono a diagnosticare e trattare la malattia, anche con grande competenza, piuttosto che curare il malato. Più o meno coscienti portatori di un tale atteggiamento quasi spersonalizzante e alienante – ancora una volta nel pieno senso etimologico: che rende estraneo – si sono sentiti i tre famosi oncologi che, ammalatisi a loro volta di cancro, hanno ripensato alle modalità di relazione medico-paziente nello specifico delle affezioni neoplastiche e hanno voluto esplicitare al meglio cosa significa trovarsi con cognizione di causa “Dall'altra parte”³¹. Al loro lavoro è opportuno si rifaccia l'intero mondo dell'oncologia, così da rifondare una relazione sulle basi nuove della collaborazione tra curante e paziente, tra specialisti delle professioni sanitarie e ambiente che ruota intorno al malato. Nella consapevolezza che la vulnerabilità è patrimonio comune all'umano e quindi può rappresentare il terreno di incontro e di proficua collaborazione per rendere profondamente e veramente umane le relazioni di cura, anche per i pazienti oncologici.

31 S. Bartoccioni, G. Bonadonna, F. Sartori, *Dall'altra parte*, Rizzoli, Milano 2006.

TIZIANA LICCARDO, PAOLO VALERIO
PRENDERSI CURA
DELLA PROPRIA GENITORIALITÀ

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La nascita di un figlio con disabilità. – 3. Il progetto. – 4. L'esperienza. – 5. Riflessioni successive alla matrice. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione



“La disabilità arriva nella vita delle famiglie come un meteorite che cancella il mondo conosciuto, ti impone di affrontare cose che non sapevi nemmeno che esistessero, ti costringe ad imparare termini medici, ti frustra costantemente mettendoti di fronte a barriere architettoniche di ogni tipo, ti costringe a intraprendere battaglie e ti mette davanti le grandi vette della burocrazia da scalare”. Con le parole di una mamma desideriamo iniziare questo nostro contributo che descrive l'esperienza realizzata con i genitori di figli con disabilità, che hanno scelto di partecipare a incontri di gruppo finalizzati ad aiutarli a riflettere sulla propria condizione la cui finalità è stata quella di supportarli nella loro esperienza avendo espresso l'esigenza di avvalersi di uno spazio di confronto e riflessione sui temi della genitorialità. La richiesta è apparsa fin da subito estremamente interessante in quanto avanzata direttamente da loro. “Niente su di Noi senza di Noi” cita la dichiarazione di Madrid del 2002 e così con questo stesso presupposto abbiamo inteso sviluppare il progetto rivolto ai genitori rendendoli protagonisti attivi del loro percorso. Il progetto Prendersi cura della propria genitorialità è stato strutturato in 4 incontri co-condotti da due psicologi.



2. La nascita di un figlio con disabilità

La genitorialità è una delle esperienze più intense ed emozionanti che la vita ci offre in quanto essere umani, ma essere genitori significa anche sperimentare, in alcuni momenti condizioni di stress, di stanchezza psi-

cofisica. Sempre più in qualità di genitori siamo immersi nelle numerose attività quotidiane connesse alla cura dei figli e delle figlie, preoccupati quando bisogna affrontare percorsi di crescita atipici. Quando però sei genitore di un figlio disabile, a tutto questo si aggiunge il confronto con sentimenti di solitudine, dovuti anche al fatto che le risorse del territorio, non sempre sono sufficienti a rispondere ai reali bisogni connessi a tale condizione. Attraverso la partecipazione al progetto si è inteso offrire, a quanti hanno scelto di parteciparvi, la possibilità di riflettere e affrontare le ripercussioni che la disabilità ha avuto e ha sulle complesse questioni connesse alla vita familiare, sociale e personale, attivando il confronto con altri genitori che vivono situazioni simili. Si è ritenuto utile attivare uno scambio reciproco di esperienze, così da favorire nuove prospettive per i genitori e per l'intero nucleo familiare. Fronteggiare situazioni complesse, come quelle connesse alla disabilità, può portare a una diversa visione del mondo e delle relazioni significative, trasformando una fragilità in un'opportunità di crescita, ossia attivando la resilienza¹. Raccontare la propria storia può aiutare a dare un senso agli eventi². Quasi sempre, nell'esperienza dei genitori la nascita di un figlio con disabilità può rappresentare un evento imprevisto, che porta a dover riadattare le proprie aspettative, i propri progetti, la propria esistenza. In questo nuovo scenario i genitori e la famiglia si trovano a fare i conti con una realtà totalmente differente da quella immaginata³.

Pertanto, si rende necessario riconfigurare il progetto genitoriale oltre che quello familiare, catapultando bruscamente i genitori dal sogno alla dura realtà. Spesso la dimensione genitoriale trova la sua massima espressione nell'esclusiva cura del figlio/a con disabilità a scapito di altri aspetti fondamentali per la realizzazione personale, come dare spazio e tempo alla vita di coppia, portare avanti progetti professionali, aspetti della vita sociale, curare i propri interessi, gestire al meglio il proprio tempo libero. È in questa fase della vita che alcuni genitori si trovano a sperimentare una progettualità sospesa che, a partire dalla nascita del figlio, procede in maniera meccanica, a volte devitalizzata, agita, senza essere stata sufficientemente pensata. Sono questi alcuni

-
- 1 U. Lau, A. Van Niekerk, *Restorying the Self: An Exploration of Young Burn Survivors' Narratives of Resilience*, in "Qualitative Health Research", 21(9), 2011, pp. 1165-1181.
 - 2 P. Gasparri, *Narrazione e diversità. L'approccio narrativo in Pedagogia e didattica speciale*. Anicia Editrice, Roma 2008.
 - 3 A. J. Solnit, M. H. Stark, *Mourning and the Birth of a Defective Child in The Psychoanalytic Study of the Child*, Vol. 16, 1961, pp. 523-537.

aspetti emersi dagli incontri di gruppo realizzati con i genitori, finalizzati a stimolare una riflessione sulla loro vita e sulla loro storia personale e a (ri)attivare pensieri rivolti al personale progetto di vita, a prescindere dalla nascita del figlio con disabilità, nel tentativo di incoraggiare un'immaginazione attiva⁴ che possa proporre nuove prospettive e nuovi stimoli, non solo per la coppia ma anche per l'intero nucleo familiare. Interessante a questo proposito quanto affermato da Zingale:

Se il viaggio è metafora del procedere, e quindi della direzione che prende una vita o una storia, l'imprevisto è ciò che ci blocca e costringe a cambiare percorso. Ma un imprevisto non fa solo deragliare. Ci sono casi in cui un evento inatteso ci porta a volgere lo sguardo dove altrimenti non guarderemmo mai, o dove non siamo abituati a guardare, aprendo in tal modo varchi che conducono verso orizzonti più vasti. L'imprevisto può anche coglierci impreparati: può essere esso stesso a suggerire una ricerca. A proporre alla mente, appunto, una apertura.⁵

Proprio in quest'ottica l'offerta avanzata ai genitori di condividere le proprie esperienze personali, affinché potessero, in qualche modo, "ripensare" tali esperienze, considerandole come quell'imprevisto di cui parla Zingale, provando a individuare nuovi significati, nuove prospettive rispetto al ruolo che la disabilità del proprio figlio o figlia ha svolto nella loro vita. "Un progetto condizionato da un imprevisto può essere costretto dalle circostanze a ripensare il percorso intrapreso o a scorgerne altri. Questo ripensare può portare così o alla scoperta di una possibilità prima impensata, o al riesame di una realtà già conosciuta"⁶. Lo stereotipo che vede la disabilità come sofferenza *tout court*, ha condizionato in maniera pervasiva la rappresentazione dei genitori, che si trovano quotidianamente immersi nella complessa gestione dei figli. Mercier⁷ a tale proposito ha sviluppato diverse tipologie di immagini per descrivere le rappresentazioni sociali della disabilità: infantilizzanti, legate alla sofferenza, basate su principi classificatori, fonte di esclusione sociale e di rifiuto delle

4 F. De Luca Comandini, *L'immaginazione attiva di C.G. Jung. Per una nuova consapevolezza etico-psicologica del mondo*. Magi Edizioni, Roma, 2019.

5 S. Zingale, *Innamoramento e abduzione. Il progetto, l'imprevisto, l'improvviso*, in M. A. Bonfantini, Ed., "Storia Storie Romanzo. Per una filosofia delle narrazioni", Collana: Semiosis, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, 16, pp. 136-139.

6 Ivi, p. 139.

7 M. Mercier, *Représentations sociales du handicap mental*, in M. Mercier, S. Ionescu e R. Salbreux (a cura di), *Approches interculturelles en déficience mentale*, Namur, Presses Universitaires de Namur, Belgique) 1999, pp. 49-62.

differenze, legate a protesi tecniche. Le rappresentazioni sociali distorte rappresentano in qualche modo la voce di quell'immaginario collettivo che ha l'enorme potere di condizionare la percezione della disabilità⁸. La disabilità richiede nuovi percorsi da attivare, la coppia e tutto il nucleo familiare devono riconfigurarsi su nuove dimensioni. La disabilità non tarpa le ali ai sogni, ma li può riorganizzare, offrendo nuove prospettive e nuove chiavi di lettura, se i genitori consentono che ciò accada. Tutto questo, implica che i genitori siano aiutati ad affrontare il lutto conseguente alla nascita del figlio con disabilità, soprattutto quando si tratta di quella forma di disabilità definita "grave". Avendo in mente questa direzione, abbiamo inteso progettare un percorso di riflessione rivolto ai genitori, finalizzato a favorire una nuova possibile consapevolezza nel loro percorso genitoriale, in particolare laddove esso si trova ad attraversare una fase di stallo e di resistenza al cambiamento. Prendersi cura di un figlio con disabilità non significa solo fare i conti con il dolore, con la disperazione e talvolta anche con la rabbia ma, come sostengono Savarese e Cuoco⁹, può consentire anche di liberarsi di false visioni e di guardare negli occhi il figlio, rivedere la propria storia, per intraprendere un percorso di consapevolezza che non può che sostenere l'intero nucleo familiare. Del resto in letteratura le ricerche sulle famiglie in cui vi sono figli con disabilità mostrano che stanno cambiando i modelli di riferimento: nei primi studi la disabilità di un componente della famiglia tendeva a coinvolgere in modo negativo l'intero nucleo familiare¹⁰, oggi, sempre più, si tende a favorire processi adattivi e risorse che le famiglie possono attivare per fronteggiare situazioni difficili, creando spazi di vitale creatività.

3. Il progetto

Per venire incontro alle richieste di alcuni genitori interessati a usufruire di un percorso di condivisione delle proprie esperienze emotive e quotidiane connesse alla disabilità dei figli, è stata loro offerta la possibilità di partecipare a un ciclo di 4 incontri, a cadenza mensile della durata di 2 ore, finalizzati a condividere in gruppo la loro esperienza quotidiana e i loro

8 A. Palmonari, N. Cavazza, M. Rubini, *Psicologia sociale*, Il Mulino, Bologna, 2002.

9 G. Savarese, R. Cuoco R., *Le rappresentazioni sociali della disabilità nei docenti e nei genitori*, Educare.it, 2015.

10 M. Zanobini, M. Manetti, U. C. Usai, *La famiglia di fronte alla disabilità. Stress, risorse e sostegni*, Erickson, Trento 2013.

vissuti emotivi. Il progetto si è posto alcuni obiettivi generali: condividere e accogliere ansie e preoccupazioni dei genitori, consentire a ciascun partecipante di riscoprirsi come “persona”, oltre che esclusivamente come “genitore di...”; fornire strumenti finalizzati a contenere stati di ansia o di stress legati alle problematiche con cui si confrontano quotidianamente. A questi si sono aggiunti alcuni obiettivi specifici che, invece, hanno mirato a rilevare, attraverso la narrazione, come sia stato diverso il progetto di vita di ciascun genitore in seguito alla comparsa della disabilità nella sua vita; se, e come è stato possibile continuare a sognare e mantenere attiva la speranza per il futuro; quali elementi hanno caratterizzato la sua storia; in che termini sono descritti i cambiamenti dei propri progetti in seguito alla presenza della disabilità; come sono orientati alla soddisfazione dei propri bisogni professionali e personali e come poter realizzare le proprie ambizioni; quali rischi si corre a relegare sullo sfondo o, in alcuni casi, abbandonare totalmente i propri bisogni, per concentrarsi esclusivamente sulla cura del figlio; quali sono le strategie di coping e le soluzioni adottate per svolgere al meglio il ruolo di genitore. La partecipazione al percorso proposto ha avuto la finalità di attivare una riflessione relativa ai significati che ciascuno ha attribuito alle esperienze connesse alla disabilità del proprio figlio, facendo emergere le modalità con cui ciascun genitore ha fronteggiato tale evento nel momento in cui, come un meteorite, ha sconvolto la sua vita, ponendo in evidenza le variabili in gioco e la loro complessa interazione con le strategie messe in atto. In accordo con questi obiettivi e con la prospettiva di Bruner¹¹, secondo cui il sé soggettivo si costruisce attraverso l'interpretazione della cultura e, contestualmente, il sistema culturale si nutre dinamicamente delle storie individuali che tentano di dare un senso alla vita, è stata, inoltre, condivisa una riflessione finalizzata ad attivare nuove possibili modalità di gestione della disabilità in quelle situazioni familiari caratterizzate da aspetti disfunzionali legati a tale esperienza, favorendo l'apertura di ciascuno a nuove possibilità. È stato importante, quindi, porre in primo piano la soggettività della narrazione che ciascuno ha potuto fare della propria storia, che si è snodata lungo l'asse persona-contesto e passato-presente-futuro in una organizzazione estremamente complessa¹². L'obiettivo dei nostri primi due incontri è stato, quindi, quello di offrire uno spazio a ciascun partecipante al gruppo per consentire di fornire la presentazione di sé, del proprio contesto di vita e della propria personale

11 J. Bruner, *Il significato dell'educazione*, Armando, Roma 1990.

12 P. Paolicchi, *L'intervista narrativa in psicologia social*, in B. Mazzara (Eds), *Metodi qualitativi in psicologia sociale. Prospettive teoriche e strumenti operativi*, Carocci, Roma 2002.

esperienza. In questa fase, attraverso la condivisione delle diverse storie di vita sono emersi molto spesso vissuti di colpa e sentimenti di lutto per aver generato figli disabili. A tal proposito Solnit e Stark (1961) scrivono: “A un estremo troviamo un senso di colpa che conduce, sul piano manifesto, alla dedizione completa ed esclusiva della madre al benessere del bambino ritardato. All’estremo opposto si osserva una manifesta intolleranza dei genitori verso il bambino e l’impulso quasi irresistibile di negare la relazione col figlio”. A tutto questo, ipotizzano gli autori, è sottesa una vera e propria intollerabile ferita narcisistica. Altro tema su cui i genitori si sono soffermati è stato quello del lutto.

Nella reazione di lutto della madre alla perdita del bambino sano, le sue aspettative e i suoi desideri vengono cancellati dalla nascita di un bambino handicappato, mentre si avverano i suoi timori angosciosi di avere un bambino non perfetto. Questo intenso desiderio deluso, altamente investito, di avere un bambino normale, può allora tornare alla mente, essere sentito intensamente e poi gradualmente eliminato, allo scopo di ridurre gli effetti della perdita del bambino amato atteso.¹³

Tale posizione è stata espressa più volte da parte dei genitori che nel riportare la loro esperienza, hanno condiviso la dolorosa consapevolezza che “non potrò mai sentire la voce di mia figlia che mi chiamerà papà” o “non vedrò mai mio figlio camminare con me tenendomi la mano”. La possibilità di lavorare, privilegiando un approccio esperienziale, che è partito dalla narrazione della propria storia – e che ciascuno ha voluto generosamente condividere con il gruppo – è proseguita attraverso lo svolgimento di 2 sessioni di social dreaming.

4. *Il social dreaming*

La tecnica del social dreaming è stata ideata agli inizi degli anni '80 da W. Gordon Lawrence¹⁴ che, in qualità di co-direttore del Group Relations Program del Tavistock Institute of Human Relations, sviluppò un approccio ai gruppi centrato sul concetto di “relatedness”, includendo, in esso, le modalità attraverso le quali l’esperienza individuale e il comportamento

13 A. J. Solnit, M. H. Stark, *Mourning and the Birth of a Defective Child*, cit.

14 W. G. Lawrence, Prologue, in W. G. Lawrence, W.G. (Ed.), *Social Dreaming at Work*, Karnak Books London 1998, tr. it. *Prefazione*, in W. G. Lawrence, (a cura di). *Social Dreaming. La funzione sociale del sogno*, Borla, Roma 2001.

sono espressione di costrutti consapevoli e inconsapevoli e di complessi processi attivi nei gruppi e nelle organizzazioni. La prima sperimentazione della tecnica del social dreaming è avvenuta nel 1982. Dopo di essa, non ve ne sono state altre fino al 1988, quando G. Lawrence, in Israele, prese parte ad un intervento su "Leadership e innovazione", nel corso del quale apparve chiaro come, attraverso l'utilizzo di tale tecnica, fosse possibile affrontare, ad un livello esperienziale e, quindi, non teorico, argomenti particolarmente complessi e articolati. Considerando queste come le due tappe fondamentali della storia del social dreaming, possiamo affermare che, sebbene la prima realizzazione pratica risalga al 1982, è solo dal 1988 che tale tecnica trova una concreta applicazione che, progressivamente, si allarga a numerosi contesti, confermandone la grande versatilità. La peculiarità della tecnica del social dreaming è rappresentata dalla matrice, il dispositivo che costituisce "il luogo" all'interno del quale vengono "ospitati" i sogni di tutti i partecipanti, condivisi e associati il più liberamente possibile. Il livello a cui tale metodologia opera non è né quello dell'individualità dei partecipanti alla matrice, né quello delle relazioni che tra loro si instaurano, né, infine, quello del significato individuale di ciascun sogno. Attraverso la narrazione dei sogni, rinunciando a interpretarli, e aggiungendo altri sogni e associazioni, si perviene, all'elaborazione di ipotesi di lavoro. Gordon Lawrence attraverso l'utilizzo del termine matrice, focalizza l'attenzione su ciò che esiste tra le persone e i pensieri, le fantasie e i sogni, ponendo in secondo piano gli aspetti collegati alle dinamiche di gruppo. La matrice, quindi, rappresenta quell'elemento mentale che sta sotto la superficie della vita gruppale e costituisce il luogo nel quale possono emergere pensieri nuovi e creativi. La matrice rappresenta qualcosa di condiviso da tutti i membri del gruppo, che riguarda non solo la dimensione delle relazioni interpersonali, ma anche la dimensione transpersonale. Essa genera comunicazione verbale e non verbale e può consentire di comprendere il significato di ciò che accade al gruppo. Nell'accezione che viene data da Gordon Lawrence, il termine matrice non fa riferimento alle caratteristiche "gruppali", ma si focalizza unicamente sugli aspetti "transpersonali", quelli in cui non è più l'individuo a rappresentare il focus, perché il fulcro del funzionamento di questa attività viene individuato nell'intero insieme di persone. La matrice acquista il significato di una condizione spazio-temporale nella quale possono emergere nuovi legami di pensiero, favorendo lo sviluppo della creatività, che potrà essere successivamente utilizzata in contesti in cui i nuovi nessi di pensiero che si sono formati, possano essere impiegati su un piano più razionale. Partendo da tale prospettiva, si evidenzia come le potenzialità della matrice siano legate all'immersione di tutti i partecipanti

nella dimensione del sogno, attraverso l'amplificazione del meccanismo delle libere associazioni. La metodologia del social dreaming, infatti, evidenzia l'importanza del raccontare e condividere i sogni, per promuovere una differente qualità della comunicazione tra i partecipanti all'incontro, privilegiando lo spazio delle dimensioni inconscie che attraversano l'insieme dei partecipanti. Il social dreaming rappresenta una forma di "action-research", nella quale l'insieme dei sogni individuali svolge la funzione di trasformare il pensiero in una direzione maggiormente creativa. L'ipotesi di base del lavoro del social dreaming è che i sogni che emergono nel corso di una matrice rappresentino, in qualche modo, una sorta di "memoria del futuro", riuscendo, quindi, a cogliere i pensieri subliminali che non sono ancora affiorati alla coscienza e che forse potrebbero non affiorare mai. Ciò consente di dare voce a quanto Bion ha definito "l'infinito senza forma" che ci circonda¹⁵. L'aspetto innovativo di tale metodologia di lavoro consiste nel partire dalla condivisione dei sogni, per individuare le funzioni di comunicazione che essi rivestono per la collettività. Attraverso l'offerta dei sogni e attraverso la Matrice, viene superata la dimensione individuale, favorendo l'accesso alla dimensione collettiva. Ciò consente di sviluppare empatia, capacità comunicativa, facilitazione nelle relazioni, tutti elementi fondamentali, per favorire quella condivisione delle proprie emozioni, indispensabile per aprire la strada a nuove potenzialità creative dei partecipanti. Il social dreaming chiama in causa la mente inconscia, i processi attraverso i quali il pensiero onirico trapassa nel pensiero cosciente. Quando sogniamo dialoghiamo con la nostra mente inconscia, con l'infinito che non ha né forma, né categorie. La prima traduzione nel pensiero avviene nella narrazione del sogno: il modo in cui la psiche dell'individuo cerca di esplicitare la verità contenuta nell'esperienza del sognare. Quando più persone condividono sogni e associazioni, anche questa verità acquisirà più dimensioni, creando un multiverso di significati, aumentando le probabilità che un pensiero creativo, inatteso emerga dalle differenze. Una volta condivisi e, in modi inattesi, collegati tra loro dal lavoro delle libere associazioni, i sogni creano una matrice nuova, un sogno di sogni capace di contenere, sia pure in maniera provvisoria, quel multiverso di significati che la matrice ha contribuito a generare. Nell'identificare i pattern che collegano i vari sogni, il social dreaming svela la natura implicita del contesto nel quale i sognatori vivono, della società, facendo emergere la natura sociale del sognare. Attraverso tale metodologia di lavoro, si può accedere alla conoscenza di quali siano i pensieri e le preoccupazioni del sistema cui

15 W.R. Bion, *Apprendere dall'esperienza*. Armando editore, Roma 1972.

appartengono le persone che partecipano alla matrice, favorendo lo sviluppo di connessioni e conversazioni “significative”.

5. L'esperienza

Dopo i primi due incontri conoscitivi, abbiamo dato inizio all'esperienza. Sono state condivise le modalità con cui avremmo lavorato, sono state fornite le informazioni utili e necessarie per partecipare al social dreaming. Subito dopo la consegna iniziale, realizzata *dallo host* – che consiste nel dare il benvenuto ai partecipanti invitandoli a raccontare i sogni (sia i propri che quelli raccontati da altri, sia sognati recentemente che in un lontano passato) che in quel momento vengono loro in mente – inizia il racconto dei sogni, intervallato dalla condivisione di libere associazioni. Agli incontri hanno preso parte 23 persone di cui 21 mamme e 2 papà. Benché lo spazio fosse liberamente offerto a entrambi i genitori, la compresenza del padre e della madre purtroppo si è realizzata per una sola coppia, tutti gli altri hanno partecipato singolarmente.

Questo dato emblematico sembra confermare quanto è stato osservato anche negli incontri di social dreaming: sono le madri che, prevalentemente, si accostano a esperienze di auto narrazione e condivisione della propria esperienza. Inoltre, in continuità con questa osservazione, sia attraverso i sogni che dalle riflessioni successive è emerso che spesso è la donna a “bloccare” i propri sogni e le proprie aspettative per dedicarsi al figlio con disabilità. La matrice si apre con un incubo: “ho un incubo ricorrente da quando ero ragazza. Un essere che cerca di acchiapparmi per farmi morire ... è un essere che assume varie forme, a volte un fantasma, a volte un vampiro, altre volte un essere brutto, punto. Quasi sempre ha la caratteristica di essere etereo, evanescente. Io però tento di non farmi acchiappare, e mi sveglio dal sogno”. A questo sogno ne seguono subito altri. “Mio zio si prendeva cura del bambino, lo accudiva, io ero felice di vederlo in questa condizione ancestrale. Il contesto era bello, tipo Orto botanico. Io lo osservavo accudire i bambini. È stato bello vederlo prendersi cura di giovani vite e di come le preparava alla vita adulta”, “Sono in un labirinto, non trovo via d'uscita, mi siedo a pensare a quale potrebbe essere”, “Ho una sensazione di malessere diffusa come una situazione irrisolta. C'entra mia mamma. Poco dopo il matrimonio, sogno ricorrente, mia mamma ci faceva cambiare continuamente case, conduceva la famiglia in altre case, queste nuove case erano, però, sempre meno luminose, meno belle e non sempre collegate. Dopo questo sogno mi svegliavo sempre male”, “Attr-

versavo, cunicoli molto stretti. Non riuscivo a vedere la luce”, “Dovevo comporre un numero di telefono, ma non riuscivo a comporlo, sbagliavo sempre per qualche motivo”, “Ho sognato una spiaggia bellissima, piena di merda. Tante persone cercavano di toccarla. E io? Dicevo. Non toccarla è merda. Poi trovavo pesci morti sulla spiaggia. C’era una buca e dentro vi era un pesce agonizzante. Io cercavo di mettere la mano per liberarlo, il pesce era pieno di ami da pesca ed è stato molto bello quando sono riuscito pian piano a togliere gli ami e a salvarlo. È stata una bella sensazione”. Al termine della matrice i partecipanti sono stati invitati a riflettere sul materiale emerso. È stata posta loro la domanda: “Quali elementi vi colpiscono ripensando ai sogni raccontati?”. Si sono così susseguite una serie di “parole chiave”: paura, solitudine, sofferenza, e su queste abbiamo lavorato correlandole alla loro situazione e al tema dei nostri incontri. Le associazioni sono abbastanza immediate rispetto alla loro condizione di genitori con vissuti irrisolti, progetti di vita interrotti e sospesi, vissuti di perdita. La comunicazione della diagnosi è stata vissuta dalla quasi totalità dei partecipanti come un momento di spaesamento, anche a causa delle insufficienti informazioni che sono state loro fornite sulla disabilità del figlio. “La diagnosi è stata un arrivo inaspettato. Una doccia fredda accompagnata da dolore, sgomento, smarrimento, senso di impotenza”. “È stato un evento inatteso e decisamente traumatizzante, non eravamo né pronti né informati”. Due madri riportano dolorosamente la reazione estrema da parte dei mariti “Il padre se n’è andato...”, “Mi sono ritrovata ad affrontare molte difficoltà, tra cui l’essere rimaste sole, io e mia figlia”. Dal coro delle donne emerge con forza e determinazione anche l’esperienza di un papà abbandonato dalla moglie e lasciato solo con la figlia disabile. Alcuni partecipanti riferiscono che il periodo più difficile si è avuto con l’ingresso a scuola o con la maggiore età del figlio. All’inizio dell’incontro successivo, l’ultimo della serie degli incontri, a cui ha partecipato un numero decisamente ridotto di persone, uno di loro, facendo riferimento all’incontro precedente afferma di voler condividere un sogno: “Il mio sogno è molto realistico. Ho avuto la sensazione di essere travolto da uno tsunami. La mia casa aveva un panorama, una montagna che però pian piano scendeva giù. Quando improvvisamente arriva uno tsunami la cui onda va sotto casa. La casa non viene travolta, ma io percepisco il pericolo. Chiamo mia moglie ma lei dice che sta facendo pilates. Noi ci salviamo.” A questo primo sogno ne seguono altri. “Sono in auto, sono seduto sul sedile posteriore accanto a mia moglie. La mia seconda moglie. Non so chi sta guidando, io sono seduto indietro al posto di mia figlia che però non vedo. Mi giro e chiedo dove sia. Mi rendo conto di averla persa. La cerco. La vedo che esce da un

giardinetto. Il giardinetto dove a volte trascorriamo il pomeriggio. È sorprendente vederla cresciuta nel sogno, come una donna trentenne si muove libera e sicura e io mi sono svegliato”, “Sogno spesso di stare in viaggio, in treno, in auto, con qualsiasi mezzo, poiché è un sogno ricorrente, non riesco mai a raggiungere il posto. In realtà negli ultimi anni non ho più guidato né l’auto né la moto. Per varie circostanze. Nei sogni mi capita spesso di guidare libera, andando ad alta velocità. Io sono divorziata. Seguo da sola mio figlio non posso permettermi di rischiare di fare qualche incidente. Mio figlio a chi lo lascerei?”, “Ho sognato mia figlia che moriva in tutte le maniere possibili... è terribile vedere la morte di mia figlia”. La matrice pur essendo conclusa sembra però prolungarsi oltre il suo tempo. Infatti, siamo nel tempo della riflessione, e uno dei partecipanti chiede di poter condividere un ultimo frammento di sogno: “Non ho arti, né superiori, né inferiori, ho solo il tronco e poi ricordo un altro sogno in cui c’è mia madre che afferma... tanto debbo morire”.

6. Riflessioni successive alla matrice

Conclusa la matrice, i partecipanti sono stati invitati a riflettere sul materiale emerso: incubo, paura, morte, sono stati i temi su cui si è attivata la riflessione tra i partecipanti. La condizione genitoriale viene sperimentata con vissuti di sofferenza, stress e preoccupazione per il “Dopo di Noi”. Uno dei genitori afferma: “Vivo in modo abbastanza sereno. A parte il peso della consapevolezza che mia figlia non sarà mai totalmente indipendente e io mai del tutto libera dal ruolo di genitore di una figlia con bisogni speciali”. L’esperienza della disabilità del figlio, in alcuni casi, pochi per la verità, ha promosso in alcuni genitori anche un cambiamento in senso migliorativo, promuovendo in loro resilienza e autodeterminazione. A tale proposito, la capacità di risolvere problemi in modo pratico ed efficace (problem solving) viene rievocata. Si riflette sul fatto che, come nel passato, stiano all’interno del gruppo, sperimentando la possibilità di creare nuovi legami basati sulla comprensione e sulla solidarietà tra famiglie. “Dobbiamo unirci e portare alle istituzioni le nostre richieste, insieme possiamo essere una forza”, “Per i nostri figli ormai è tardi, magari però possiamo aiutare chi viene dopo di noi”, “Poter essere d’aiuto ad altri genitori mi gratifica molto”; “Ho perso la speranza nelle istituzioni e negli altri, la disabilità di mio figlio è affar nostro e di nessun altro”. Nel gruppo dei genitori sembra essere presente sia chi afferma di essere diventato determinato e combattivo, sia chi appare più rinunciatario, sfiduciato dalle istituzioni e dal prossimo. “Il mio dirigente polemizza ogni volta che devo ricorrere alla Legge 104 e assentarmi

dal lavoro". Alcune mamme sono riuscite a proiettare lo sguardo al futuro, sebbene anche su questo punto il gruppo oscillasse tra chi, gioco forza, ha imparato vivere alla giornata e a gioire dei "piccoli traguardi conquistati dai figli", e chi è angosciato dall'idea del futuro, tanto da non riuscire ad immaginarlo: "Penso spesso a quando sarò anziana. Il mio tormento è: a chi lascio mia figlia?", "Penso alla vita sociale che mio figlio non avrà, all'amore che non vivrà", "Penso che non ci sono strutture adatte dove lasciarlo quando non ci sarò più", "Il fratello già oggi non si interessa proprio di lui, è come se non esistesse. Non so cosa accadrà quando non ci sarò più io", "Mia figlia non sarà mai indipendente e non ci sono strutture che potranno farsi carico delle sue necessità, quando io non potrò più farlo". Le parole maggiormente utilizzate sia nei sogni che nella fase della riflessione sono dolore, senso di colpa, delusione, disperazione, rabbia, in particolare quest'ultimo sentimento è connesso al senso di abbandono percepito da parte delle istituzioni. Ancora una volta il riferimento è al *Dopo di Noi*. Le mamme che hanno scelto di esserci e di condividere la loro esperienza, il loro vissuto, non negano la fatica fisica ed emotiva legata al prendersi cura di un figlio con disabilità, ma al contempo evidenziano anche parole connotate positivamente come amore, soddisfazioni e gioia. Una madre rivela con questa frase rivolta a una delle partecipanti tutta la sua autodeterminazione: "Tu non ti devi fermare, non ti devi abbattere, devi andare avanti e fare in modo che tuo figlio faccia quello che desidera, accettando anche che possa essere esuberante con gli altri nelle sue manifestazioni, è il suo modo di stare nel mondo. Ho visto mio figlio esprimersi con il ballo tra persone che non aveva mai visto prima e mi sono emozionata. Lui era felice e io sono stata felice. Dobbiamo anche imparare a fare un passo indietro e lasciare che i nostri figli si esprimano come sanno farlo. Poia qualcuno può dare fastidio a qualche altro può fare piacere. L'importante è dargli la possibilità di farlo. Per me è stata occasione di crescita, e lo condivido qua con voi perché credo possa essere utile per tutti noi condividere anche queste esperienze". Questo intervento sebbene avesse avuto lo scopo di condividere una esperienza personale, auspicando la possibilità di attivare una speranza negli altri genitori e di aprire una nuova possibilità di guardare i propri figli da una nuova prospettiva, ha però provocato la risposta di una mamma che, con forza e determinazione, ha riportato il gruppo a confrontarsi con alcune questioni cruciali con le quali lei si trova quotidianamente a fare i conti: "Mi sono chiesta cosa ci faccia io qua, per voi il problema è come inserire vostro figlio nelle attività, come consentirgli di fare esperienze e come, nonostante le sue difficoltà, possa trovare un lavoro. Per me e per mio marito il problema è come gestire la quotidianità, considerato che nostro figlio vive un'esperienza totalmente diversa da quella dei vostri figli. Voi vi chiedete come possa ballare vostro figlio, noi abbiamo difficoltà

pratiche, nostro figlio vive una condizione di dipendenza totale, non ha nessuna possibilità di fare le cose che sono in grado di fare i vostri, va accudito nei suoi bisogni primari, non cammina, non parla, dobbiamo occuparci noi della sua cura quotidiana, di tutti i suoi bisogni. Le istituzioni non intervengono. Già la volta scorsa mi sono chiesta ma io qua che ci faccio? Abbiamo esigenze totalmente diverse”. A questo punto l’ultimo sogno “non ho arti, né superiori, né inferiori, ho solo il tronco e poi ricordo un altro sogno in cui c’è mia madre che afferma...tanto debbo morire” sembra rappresentare chiaramente l’impotenza, l’assenza di ogni forma di possibilità che, questa donna, questa mamma esprime in maniera forte. Nelle comunicazioni dei genitori che hanno scelto di partecipare al nostro progetto appare evidente la correlazione tra disabilità e dolore, sofferenza e solitudine. La rappresentazione sociale della disabilità come luogo di sofferenza e sacrificio non viene smentita, anzi è confermata con forza. Intervengono altri genitori, sembrano quasi imbarazzati a prendere parola. È chiaro che le situazioni non sono paragonabili, tuttavia, emergono ulteriori elementi che pure rappresentano un tormento in quelle situazioni apparentemente “più gestibili”. Accade allora che una mamma, il cui figlio ha sperimentato vissuti di esclusione e “bullismo”, riporta la sua preoccupazione e lo fa in punta di piedi, sottolineando quanto sicuramente nella sua esperienza ci sono aspetti più semplici da gestire, perché il figlio è abbastanza autonomo nella cura di sé, ma è anche vero che quando esce per andare a scuola, o si trova in contesti extrascolastici viene deriso. Come proteggerlo? Rivolgendosi alla mamma dell’intervento precedente afferma: “Sicuramente sono problemi con cui tu non ti confronti perché tuo figlio non esce, io invece mi confronto costantemente con la paura di perderlo quando usciamo, perché spesso si allontana, scappa”. Sono realtà diverse ma pur sempre preoccupanti. La domanda è sempre la stessa. “Oggi ci sono io a sorvegliarlo, domani chi lo farà? E chi lo farà sarà capace di farlo come lo faccio io?” Siamo alle battute conclusive, sembra che finalmente il gruppo si sia potuto consentire di tirare fuori problemi e affrontare tematiche non sempre condivisibili, ma lo ha fatto.

Considerazioni conclusive

Essere genitori di figli con disabilità implica intraprendere un percorso complesso e articolato, che coinvolge profondamente l’identità e le dinamiche familiari. I genitori si trovano ad affrontare molte sfide, non da ultima la ridefinizione del proprio ruolo e la gestione di emozioni contrastanti, in un contesto in cui manca ogni tipo di speranza e sono avvertite molte frustrazioni. Diventa, pertanto, fondamentale che la comunità circostante

offra un supporto attivo, offrendo spazi di ascolto e comprendendo le esigenze e le istanze dei genitori per sostenerli nella loro funzione genitoriale. La nascita di un figlio con disabilità può trovare la famiglia impreparata ad affrontare un evento che può evocare nello stesso tempo tanto dolore e tanta rabbia, in un momento carico di potenziale gioia e di molte aspettative, che si trasforma in un'esperienza connotata da sentimenti di lutto e perdita¹⁶. Questo evento impone ai genitori di attivare meccanismi di trasformazione profonda, che possono avere ripercussioni significative su tutte le sfere della vita, sollevando interrogativi sul progetto di vita individuale e familiare. La famiglia, quindi, si trova in una condizione di vulnerabilità, dove mantenere spazi personali diventa difficile e spesso si assiste a una divisione dei compiti per gestire la nuova realtà. Il contesto familiare gioca un ruolo cruciale nel percorso di crescita del figlio. Le fasi di approccio alla disabilità includono shock iniziale, negazione, depressione e dolore, seguiti da sentimenti di ambivalenza, rabbia reattiva e, infine, dimensioni più costruttive e flessibili, a patto che la famiglia non resti cristallizzata nelle dimensioni del dolore e del lutto. Un intervento mirato al potenziamento delle risorse intrafamiliari può favorire una crescita armoniosa del figlio, stimolando le competenze e le capacità di tutti i membri della famiglia. Il percorso dei genitori con i figli con disabilità si rivela complesso e difficoltoso. Soprattutto quando i figli si trovano ad attraversare la fase della prima infanzia, la dimensione del futuro e del desiderio è per la maggioranza dei genitori oscurata dalla preoccupazione dilagante del *Dopo di Noi*. A tratti nei nostri incontri questo aspetto si presenta connotato da un'angoscia vissuta come troppo grande per essere affrontata nell'immediato. La vita di coppia in alcuni casi appare del tutto inesistente, la sensazione è che si sia cristallizzata una routine legata esclusivamente alla cura del figlio, che ha condizionato la vita della coppia, interferendo sulle sue dinamiche evolutive. Antonovsky¹⁷ sostiene che non è l'evento critico in sé a determinare il malessere, ma il modo in cui ciascuno organizza la sua risposta e indica un costrutto basato su tre fattori: la *comprensibilità*, l'*affrontabilità* e la *significatività attribuita*. Per *comprensibilità* intende la funzione cognitiva di comprensione degli eventi e la capacità di predisporli sul piano individuale, familiare e sociale. In tale prospettiva, di comprensione e accettazione della realtà, si costruisce un atteggiamento resiliente. L'*affrontabilità* fa riferimento alla percezione di poter esercitare un controllo, anche relativo,

16 A.J. Solnit, M. H. Stark, *op. cit.*

17 A. Antonovsky, *The salutogenic model as a theory to guide health promotion. Health promotion international*, 11(1), Oxford University press, Oxford 1996, pp. 11-18.

sugli eventi e sulle situazioni, nonostante le difficoltà in esse implicate. La *significatività*, infine, è correlata ai due fattori precedenti e implica la consapevolezza del vissuto che consente e supporta la capacità di elaborare il proprio progetto di vita¹⁸, pertanto, assume anche le caratteristiche di valenza motivazionale¹⁹. Partendo da tale presupposto non si prevede di intervenire sul sintomo o sulla situazione di difficoltà, ma di accompagnare la persona nella strutturazione di azioni capaci di aiutarla a fronteggiare eventi critici. Questa prospettiva focalizza la dimensione delle risorse individuali e l'importanza dei contesti sociali²⁰, nella valorizzazione dell'autoefficacia sperimentata nel fronteggiamento con situazioni difficili e che pongono delle sfide. Attraverso il nostro percorso è stato possibile rilevare quanto sia concreto il rischio che la percezione "disabilità associata a dolore, sofferenza, solitudine" attraversi l'intera persona, invada la coppia e dilaghi nel nucleo familiare. La vita dei genitori si caratterizza in alcuni casi per un eccesso di attivismo, finendo per permeare tutti gli ambiti della loro vita. Tutti gli spazi individuali e familiari sembrano essere saturati dalla partecipazione a manifestazioni, eventi legati alla disabilità. Sembra non esserci spazio per altro, per lo svago, per il desiderio, per la creatività. Talvolta gli effetti di tale percezione si estendono anche agli altri componenti del nucleo familiare: è allora un altro figlio viene investito della responsabilità di doversi occupare del fratello/sorella con disabilità quando i genitori non potranno più farlo. Naturalmente in questo scenario anche la vita di coppia risente di questi aspetti: uno dei genitori si attiva maggiormente nell'accudimento del figlio disabile, l'altro tende ad essere quasi assente nel suo ruolo, impegnato a trovare le risorse materiali per garantire la copertura delle spese connesse alla disabilità. Talvolta da tutto questo deriva la separazione della coppia. I genitori che hanno partecipato al percorso da noi proposto hanno esplicitato in più occasioni che in merito alla loro vita familiare, nutrivano forti aspettative di una vita felice e serena, interrotta bruscamente dall'arrivo del figlio/a con disabilità. L'aspetto immaginifico dei propri vissuti, così come la libertà del desiderio e del sogno è apparsa proiettata quasi esclusivamente sui figli. I genitori generalmente vivono una esistenza improntata al *hic et nunc*, il che da una parte consente di valorizzare gli aspetti della quotidianità, dall'altra fa correre il rischio di considerare la propria vita dedicata esclusivamente alla dimensione assi-

18 F. Salis, *Disabilità cognitiva e narrazione*, Anicia, Roma 2016.

19 M. Eriksson, B. Lindstorm, *A salutogenic interpretation of the Ottawa Charter*, "Health promotion international", 23(2), 190-199.

20 A. Canevaro A, M. Gianni, L. Calligari, *L'accompagnamento nel progetto di vita inclusivo*, Erickson, Trento 2021.

stenziale-genitoriale, in una dimensione in cui, come prima accennato, il figlio viene molto infantilizzato. La dimensione temporale delle famiglie al cui interno vi sono figli disabili sembra bloccata in un presente continuo, quasi senza connessioni tra passato e futuro. Le parole che i genitori ci offrono il più delle volte sono parole amare, che comunicano solitudine e dolore, sfiducia nelle istituzioni, timore nei confronti del futuro. La sollecitazione ricevuta dai genitori è che c'è ancora molto da fare per promuovere un cambiamento della società affinché possano sentire di fare parte di un paese/comunità che si prende cura del futuro dei loro figli, offrendo gli opportuni supporti e il dovuto ascolto alle famiglie. Una vita costellata da pratiche burocratiche e da lotte continue contro i pregiudizi e l'esclusione merita un cambiamento, per consentire a ciascuno di poter esprimere le proprie potenzialità creative per poter essere sé stessi.

Bibliografia

- Alivernini, F., Lucidi, F., Pedon A., *Metodologia della ricerca qualitativa*, Il Mulino, 2008.
- Allport, G.W. *The Nature of Prejudice*, Cambridge Mass. 1954: Addison Wesley, trad. it. *La natura del pregiudizio*, Firenze: La Nuova Italia, 1973.
- Antonovsky, A. *The salutogenic model as a theory to guide health promotion. Health promotion international*, 11(1), Oxford University press, Oxford, 1996, pp. 11-18.
- Bauman, Z. *Meglio essere felici*. Roma: Castelvecchi, 2017.
- Bleakley, A. *Stories as data, data as stories: making sense of narrative inquiry in clinical education*. Med Educ, 2005.
- Bruner, J., *Il significato dell'educazione*. Roma: Armando, 1990.
- Canevaro A., Gianni, M., Calligari, L., *L'accompagnamento nel progetto di vita inclusivo*. Trento, Erickson, 2021.
- Corbin, J.M., Strauss, A. *Grounded theory research: Procedures, canons, and evaluative criteria*. Qual Sociol 13, 1990, pp. 3 – 21.
- Davidson, R.J., & Begley, S., *The emotional life of your brain: How its unique patterns affect the way you think, feel, and live--and how you can change them*. London: Hodder & Stoughton, 2012.
- De Luca Comandini, F., *L'immaginazione attiva di C.G. Jung. Per una nuova consapevolezza etico-psicologica del mondo*. Roma: Magi Edizioni, 2019.
- Gasparri P., *Narrazione e diversità. L'approccio narrativo in Pedagogia e didattica speciale*. Anicia Editrice, Roma, 2008.
- Lawrence, W.G. *Prologue*, in Lawrence, W.G. (Ed.), *Social Dreaming at Work*. London: Karnak Books 1998, tr. it. *Prefazione*, in Lawrence, W.G. (a cura di). *Social Dreaming. La funzione sociale del sogno*, Borla, Roma 2001.

- Lau, U., & van Niekerk, A., *Restorying the Self: An Exploration of Young Burn Survivors' Narratives of Resilience*, in "Qualitative Health Research", 21(9), 2011, pp. 1165-1181.
- Mercier M., *Représentations sociales du handicap mental*. In M. Mercier; S. Ionescu e R. Salbreux (a cura di), *Approches interculturelles en déficience mentale*, namur (Belgique): Presses Universitaires de Namur, 1999, pp. 49-62.
- Palmonari A., Cavazza N., Rubini M. *Psicologia sociale*. Bologna: Il Mulino, 2002.
- Paolicchi, P., *L'intervista narrativa in psicologia sociale*. In B. Mazzara (Eds), *Metodi qualitativi in psicologia sociale*. Prospettive teoriche e strumenti operativi. Roma: Carocci, 2002.
- Salis, F., *Disabilità cognitiva e narrazione*. Roma: Anicia, 2016.
- Savarese, G., Cuoco R., *Le rappresentazioni sociali della disabilità nei docenti e nei genitori*, Educare.it, 2015.
- Solnit, A.J., Stark, M.H. (1961). Mourning and the Birth of a Defective Child in "The Psychoanalytic Study of the Child", Vol. 16, 1961, pp. 523-537.
- Zanobini, M., Manetti M., Usai M.C., *La famiglia di fronte alla disabilità*. Stress, risorse e sostegni. Trento: Erickson, 2013.
- Zingale, S., *Innamoramento e abduzione. Il progetto, l'imprevisto, l'improvviso*. In Bonfantini, M.A. (Ed.), "Storia Storie Romanzo. Per una filosofia delle narrazioni" (Collana: Semiosis, 16, pp.136-139). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.



TERESA ALESCI
LE SITUAZIONI DI FRAGILITÀ
DELL'IMPUTATO CON PATOLOGIE
PSICO-FISICHE NEL PROCESSO PENALE

SOMMARIO: 1. Le linee di una indagine. – 2. L'incidenza della patologia sulla cosciente partecipazione al procedimento. – 3. La rilevanza delle condizioni psico-fisiche nella dinamica cautelare. – 4. Altre forme di fragilità. La tossicodipendenza. – 5. Il *deficit* linguistico-uditivo vs il principio di oralità.

1. *Le linee di una indagine*

La riflessione sull'idea di vulnerabilità è resa complessa dalla “evanescenza” del suo orizzonte concettuale. Osservando i diversi possibili profili definitori, è possibile riconoscere un minimo comune denominatore: la vulnerabilità si manifesta nella esposizione a rischio di una persona. E così, ai fini della presente analisi, si preferisce fare riferimento alla condizione di fragilità che può trovare genesi in questioni sociali, nel rapporto di lavoro, nel sistema giustizia, e più in generale in ogni situazione in cui l'applicazione del principio dell'uguaglianza formale favorisca pregiudizio in danno delle persone svantaggiate¹.

Per quanto, nella prospettiva etimologica, la vulnerabilità è idonea a ricomprendere in sé anche le patologie psico-fisiche, spostando l'ambito di osservazione al sistema processuale penale, si percepisce uno scenario frammentario. Nonostante la apparente maggiore sensibilità del legislatore per le patologie dei soggetti del procedimento penale, si rinvencono ancora alcune resistenze. È in particolare rispetto alle forme di fragilità di natura fisica che si registra un atteggiamento ambiguo del legislatore che oscilla tra la promozione dei diritti umani e la protezione paternalistica delle persone diversamente abili².

Quanto all'ambito di analisi, si preferisce circoscrivere la riflessione alla sola figura dell'imputato, offrendo, in punto di metodo, una panoramica

1 Cfr. M. Bouchard, *Sulla vulnerabilità nel processo penale. Breve guida giuridico-filosofica sulla vulnerabilità della vittima di reato*, in “Dir. Pen. e Uomo”, 2019, 12, p. 4 e ss.

2 Cfr. M. Riverditi, *Disabilità e diritto penale*, in “Questione giustizia”, 2018, 3, p. 90

della rilevanza di tali situazioni di fragilità nella dimensione processuale. Scelta, peraltro, non casuale se si osserva come negli anni la vulnerabilità, e dunque le situazioni di fragilità, abbiano rilevato nel contesto processuale in riferimento in particolare alla posizione della vittima³.

2. L'incidenza della patologia sulla cosciente partecipazione al procedimento

Tema centrale nel paradigma delle garanzie del giusto processo di cui all'art. 111 Cost., la cosciente partecipazione al procedimento penale⁴ rileva in questo percorso argomentativo, nella misura in cui la condizione psico-fisica dell'imputato può minare l'efficacia del principio.

In via preliminare, è opportuno superare l'equivoco che storicamente ha accompagnato la sovrapposizione (o confusione) concettuale tra imputabilità e cosciente partecipazione al procedimento⁵. La prima, intesa quale capacità di intendere e di volere al momento del fatto, la seconda quale capacità del soggetto affetto da patologie psico fisiche di esercitare, con consapevolezza, il diritto di difesa nel processo penale, non inteso in senso generico, ma in senso di autodifesa⁶, sul presupposto dell'insufficienza della sola difesa tecnica⁷.

3 Cfr. cap Del Tufo

4 Cfr. M. Chiavario, *Incapacità processuale e autodifesa: il "novum" del codice vigente e gli avalli della Corte costituzionale*, in Scritti in memoria di Giuliano Marini, a cura di S. Vinciguerra-F. Dassano, Napoli, 2010, p. 193, secondo cui le disposizioni che disciplinano la partecipazione dell'imputato al suo procedimento rappresentano "uno dei principali punti di svolta che il vigente codice di procedura penale ha segnato rispetto alla codificazione anteriore"; si veda altresì G. Conso-V. Grevi-G. Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati, V, Il progetto definitivo e il testo definitivo del codice*, Padova, 1990, p. 579.

5 Secondo P.L. Zanchetta, *Gli imputati malati di mente e il nuovo codice processuale (tra misure di sicurezza, archiviazione e sentenza di non luogo a procedere)*, in "Questione Giustizia", 1989, p. 883, l'imputabilità "è una nozione giuridica, che rileva ai fini dell'irrogazione o meno della pena (e della sua entità)", mentre la capacità processuale è "una situazione di fatto". Sul punto, Cass., Sez. I, 17 maggio 1995, n. 1381, in *Cass. Pen.*, 1996, 2252, distingueva l'imputabilità, *sub* art. 88 c.p., dalla capacità di partecipare al processo penale di cui all'art. 70 c.p.p.

6 Cfr. O. Dominioni, *Imputato*, in "Enc. Dir.", XX, Milano, 1970, spec. P. 812; R.E. Kistoris, *La rappresentanza dell'imputato*, Milano, 1986, p. 38

7 Cfr. A. Famiglietti, *La definizione del procedimento penale per incapacità irreversibile dell'imputato*, in "Proc. Pen. Giustizia", 2018, 2, p. 412.

È con il codice del 1988 che si positivizza la differenza tra capacità processuale e imputabilità, nella consapevolezza che i due stati soggettivi, pur accomunati da una situazione di fragilità, si pongono su due differenti piani e con finalità differenti. Con l'avvento del codice di ispirazione accusatoria, dunque, si modifica il presupposto naturalistico dell'incapacità, non più corrispondente al parametro penalistico della non imputabilità, ma basato su una valutazione processuale dell'idoneità dell'imputato a partecipare coscientemente al processo, che si manifesta nell'esservi, in capo ad esso, quell'attitudine all'autodeterminazione libera che informa i suoi comportamenti⁸. Peraltro, non sempre, ad esempio, le fattispecie riconducibili alla infermità mentale rilevano allo stesso modo ai fini della sussumibilità nelle categorie di carattere sostanziale ovvero processuale. Se, infatti, l'infermità mentale rilevante per la sospensione del processo può concernere stati patologici non interessanti direttamente la sfera psichica del soggetto, di converso non ogni patologia psichica darebbe luogo necessariamente ad incapacità processuale, laddove risulti comunque salvaguardata la capacità di autodeterminarsi e la consapevole partecipazione dell'imputato.

Il paradigma normativo che disciplina ed assicura la cosciente partecipazione al procedimento penale dell'imputato è sintetizzato negli artt. 70-73 c.p.p. Il lungo cammino interpretativo volto a riempire di contenuto la "cosciente partecipazione" che trova collocazione nell'art. 70 c.p.p., sin dall'originaria impostazione del codice, passa per una storica sentenza⁹ con la quale la Corte costituzionale dà avvio ad un percorso di interpretazione costituzionalmente orientata, qualificando la formula come una endiadi, ricomprendente l'insieme delle facoltà di "coscienza, pensiero, percezione, espressione" dell'imputato.

In via di estrema sintesi, per quanto rileva ai fini del presente lavoro, si prevede che qualora sorga il dubbio che le condizioni di capacità dell'imputato siano tali da pregiudicare la sua cosciente partecipazione al processo, sempre che non sia possibile prosciogliere o emettere una sentenza di non luogo a procedere, il giudice possa disporre apposita perizia ai fini dell'accertamento della capacità. In caso di accertata incapacità, il giudice, con ordinanza, dispone la sospensione del processo¹⁰, la nomina di un curatore speciale per l'imputato, la separazione del processo e

8 Cfr. G. Caneschi, *L'imputato*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis, G.P. Voena, VI, Giuffrè, Milano 2021, p. 436.

9 Corte cost., 26 gennaio 2004, n. 39.

10 Cfr. M. Chiavario, *Sospensione del processo: II) diritto processuale penale*, in "Enc. Giur. Treccani", XXX, Roma, 1993, p. 1; G. Ubertis, *Sospensione del processo penale*, in "Enc. Dir.", Agg., I, Milano, 1997, p. 937

l'inoperatività della regola di cui all'art. 75, comma 3, sulla sospensione obbligatoria del processo civile.

Nell'impianto originario, la sospensione del procedimento risultava essere lo strumento più duttile, per consentire la ripresa del procedimento al venir meno della condizione di incapacità. Ai sensi dell'art. 72 c.p.p., se all'esito dei controlli periodici previsti dalla legge (ogni sei mesi), o anche prima, se ne ravvisi l'esigenza, il giudice accerta il ripristino della condizione di capacità processuale dell'imputato e revoca l'ordinanza di sospensione del procedimento.

Purtuttavia, nel tempo, era emerso il limite di una tale previsione: la periodica verifica dello *status* di idoneità, anche a fronte di situazioni irreversibili, confinava l'imputato a "subire" il processo penale *sine die*.

La questione dei cd. eterni giudicabili¹¹ era stata più volte sottoposta al vaglio della Corte costituzionale che, tuttavia, aveva in diverse pronunce segnalato la necessità di un intervento legislativo¹². Anche se con dispositivi eterogenei, dalla "manifesta inammissibilità" alla "infondatezza", la Corte si era sempre trincerata dietro alla propria incompetenza rispetto ad ambiti riservati la discrezionalità legislativa¹³. Un significativo cambio di rotta si apprezza con la sentenza della Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale parziale dell'art. 159, comma 1, c.p., nella parte in cui, ove lo stato mentale dell'imputato fosse tale da impedirne la cosciente partecipazione al procedimento e questo venisse sospeso, non escludeva la sospensione della prescrizione qualora fosse accertata l'irreversibilità dello stato mentale¹⁴. Per quanto significativa, la decisione lasciava inalterata la "situazione" di incidenza, sul

11 L'espressione è da attribuire a B. Franchi, *Riforma carceraria scientifica, manicomio e misure di sicurezza*, in "Scuola pos.", 1908, p. 679; diede, inoltre, titolo ad uno studio specifico, su cui cfr. F. Saporito – e. Altavilla, *Gli eterni giudicabili*, in "Riv. it. Dir. Proc. Pen.", 1912, p. 1.

12 Anche la dottrina aveva elaborato possibili soluzioni al fenomeno degli eterni giudicabili, in attesa di un intervento del legislatore. Cfr. L. Scomparin, *Sospensione del processo per incapacità irreversibile dell'imputato: una normativa suscettibile di perfezionamenti, nuovamente "salvata" dalla Corte costituzionale*, in "Cass. pen.", 2012, p. 958; A. Famiglietti, *Sospensione del processo per incapacità dell'imputato: linee ricostruttive e permanenti incertezze*, in "Proc. Pen. Giustizia", 2014, 1, p. 124; M. Chiavario, *Infermità mentale ed "eterni giudicabili": a proposito della sent. 23/2013 della Corte costituzionale*, in "Leg. Pen.", 2013, p. 345; O. Mazza, *L'irragionevole limbo processuale degli imputati "eterni giudicabili"*, in "Giur. Cost.", 2013, p. 384.

13 Corte cost., 26 giugno 1991, n. 298; Corte cost., 28 giugno 1995, n. 281; Corte cost., 4 febbraio 2003, n. 33; Corte cost., 4 novembre 2011, n. 289; Corte cost. 14 febbraio 2013, n. 23.

14 Corte cost., 25 marzo 2015, n. 45, in *Giur. Cost.*, 2015, p. 370.

piano processuale, per l'imputato incapace, destinato all'oblio della pendenza di un procedimento penale, fino allo spirare del termine di prescrizione. L'intervento del Giudice delle leggi non risultava, dunque, funzionale alla rimozione del deficit di tutela¹⁵; anzi lo scenario risultava ancora più drammatico, essendo passati dall'eterno giudicabile all'imputato "a lungo giudicabile"¹⁶.

È con la l. n. 103 del 2017, cd. Riforma Orlando¹⁷, che il legislatore pone, con alcuni limiti, fine alla *querelle* degli eterni giudicabili inserendo nel tessuto codicistico l'art. 72 *bis* c.p.p., "definizione del procedimento per incapacità irreversibile". La disposizione consente al giudice di pronunciare una sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere nel caso in cui la condizione di infermità mentale dell'imputato sia irreversibile¹⁸, salvo che ricorrano i presupposti per l'applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca, previa revoca dell'eventuale precedente ordinanza di sospensione.

Per quanto significativa, la previsione sconta la permanenza di un retaggio culturale che lega la situazione di fragilità alla sola condizione di sanità mentale, tale da alterare la cosciente attitudine psicologia a presenziare al processo¹⁹.

La limitata prospettiva di analisi ha posto, storicamente, nell'ombra la questione relativa alle patologie che, pur non coinvolgendo la sfera men-

15 Cfr. M. Daniele, *Il proscioglimento per prescrizione dei non più "eterni giudicabili"*, in "Dir. Pen. Contemp.", 20 aprile 2015; I. Guerini, *Imprescrittibilità di fatto e processo eterno: la Corte costituzionale si pronuncia sulla prescrizione del reato commesso dall'eternamente giudicabile*, in "Leg. Pen.", 9 dicembre 2015.

16 Così A. Chelo, *Le modifiche in tema di incapacità dell'imputato di partecipare al processo*, in *La riforma Orlando. I nuovi decreti*, a cura di G. Spangher, Pacini, Pisa 2018, p.174

17 In argomento si veda M. Gialuz – A. Cabiale, J. Della Torre, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in "Dir. Pen. Contemp.", 2017, 3, p. 173.

18 In argomento si veda A. Chelo, *Le modifiche in tema di incapacità dell'imputato di partecipare al processo*, in *La riforma Orlando. I nuovi decreti*, Pacini, Pisa 2018, p. 175; R.G. Grassia, *L'incapacità dell'imputato di partecipare al processo e l'elezione del domicilio presso il difensore d'ufficio: le novelle modifiche apportate alla disciplina codicistica*, in *La riforma della giustizia penale*, a cura di A. Marandola e T. Bene, Giuffrè, Milano 2017, p. 84 e ss; F. Vergine, *Le novità in tema di incapacità dell'imputato*, in *Le recenti riforme in materia penale*, a cura di G.M. Baccari, C. Bonzano, K. La Regina, E.M. Mancuso, Cedam, Padova 2017, p. 123

19 Secondo F. Cordero, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano 2012, p. 243, "Partecipa coscientemente chi intende il senso elementare dell'avvenimento: lo stanno giudicando per quel fatto e, se risultasse colpevole, sarebbe condannato; non è capace chi viva il processo come un *happening* tra burloni o messinscena relativa a una sosia o creda che quei signori siano convenuti lì a premiarlo".

tale, perché propriamente fisiche, comportano, sul piano degli effetti, la medesima inidoneità ad una partecipazione consapevole al processo²⁰. Illuminante la riflessione di chi, valorizzando la sottile linea di “discrimine fra infermità mentale e patologia fisica” ritiene che “ciò che conta non è la natura o la tipologia della malattia, ma la conseguenza”²¹.

A fronte di tali situazioni di fragilità, quantunque irreversibili, i rimedi sono stati individuati, a seconda della causa di impedimento alla piena partecipazione dell'imputato, nell'art. 119 c.p.p., che prevede per l'imputato muto o sordo il diritto all'assistenza di un “interprete, scelto di preferenza fra le persone abituate a trattare” con il soggetto; nel rinvio dell'udienza per legittimo impedimento a comparire, ex art. 430 *ter* richiamato dall'art. 484 c.p.p., anche qualora l'imputato sia permanentemente impossibilitato a comparire all'udienza a causa di una malattia fisica di natura irreversibile. Anche la Corte costituzionale, già “limitata dal descritto impianto normativo fino al 2017”, riteneva non equiparabile la condizione di fragilità fisica a quella determinata da infermità mentale, poiché in tale situazione l'imputato legittimamente impedito avrebbe comunque modo di rimuovere l'impedimento al diritto di difesa, attraverso la facoltà di rinunciare a presenziare al dibattimento²².

Persino dopo l'introduzione dell'art. 72 *bis* c.p.p. si conferma la resistenza ad un ampliamento della tutela in favore di forme di patologie fisiche “irreversibili”. Contribuisce a consolidare questo atteggiamento di chiusura anche l'orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione che, ancorato al dato letterale, valorizza il paradigma normativo di cui agli artt. 71, 72 e 73 c.p.p., che fanno espresso riferimento all'infermità mentale²³. Secondo la Corte, “nulla autorizza, dunque, a ritenere che sia le norme sulla sospensione del procedimento, sia quelle sull'eventuale adozione della sentenza di proscioglimento, riguardino anche l'imputato che si trovi impossibilitato a partecipare al processo per ragioni attinenti alle sue condizioni di salute fisica”.

Il *deficit* di tutela sembra definitivamente essere stato colmato per effetto della decisione della Corte costituzionale che, con la sentenza n. 65 del 2023²⁴, ha sancito l'illegittimità, per violazione dell'art. 3 Cost., dell'art. 72

20 Cfr. R. Casiraghi, sub art. 72 *bis*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda-Gg. Spangher, Giuffrè, Milano 2023, p. 1210, che fa riferimento all'imputato in età avanzata e affetto da grave patologia cardiaca.

21 Cfr. O. Mazza, *L'irragionevole limbo processuale degli imputati “eterni giudicabili”*, in “Giur. Cost.”, 2013, p. 384.

22 Corte cost., 14 ottobre 1996, n. 354.

23 Cass., sez. VI, 15 marzo 2021, n. 14853; Cass., sez. VII, 30 settembre 2022, n. 41486.

24 È utile ricostruire il caso. Nel procedimento penale per reati in materia di edilizia, l'imputato era affetto da SLA. La patologia aveva progressivamente determinato

bis, comma 1, c.p.p., della norma nella parte in cui, stabilendo l'improcedibilità dei confronti dell'imputato che non possa partecipare coscientemente al processo per incapacità irreversibile, si riferisce esclusivamente allo stato mentale, anziché a quello psicofisico. È con l'introduzione dell'art. 72 *bis* che la Corte costituzionale, ritenendo il quadro normativo mutato, apre le porte ad una nuova, virtuosa, stagione di riflessione²⁵. La Corte ritiene non più attuale l'idea di una sostanziale eterogeneità "che non tiene conto della diffusione delle malattie degenerative le quali hanno origine fisica e tuttavia possono determinare ugualmente l'impossibilità di una partecipazione attiva al processo".

E, dunque, al fine di ripristinare la ragionevolezza del sistema, la Corte interviene con una sentenza manipolativa di tipo sostitutivo, inserendo, in luogo dell'aggettivo mentale, quello psicofisico²⁶. Mutazione del paradigma interpretativo che risponde anche all'esigenza di adeguare il sistema normativo, all'indomani della l. n. 227 del 2021, Legge quadro sulla disabilità, volta a recepire la Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità (CRPD)²⁷, e che si pone in linea di continuità con la Strategia

la paralisi del soggetto, la privazione del linguaggio e la autonomia respiratoria. La condizione aveva determinato, stante la disciplina applicabile, un continuo rinvio ai sensi dell'art. 420 *ter* c.p.p., per legittimo impedimento dell'imputato.

- 25 Cfr. Corte cost., 7 aprile 2023, n. 65; in argomento S. Grieco, *Disabilità fisica e consapevole partecipazione dell'imputato al processo*, in "Sist. Penale", 2024, 2, p. 19 e ss.
- 26 Alla luce del "rapporto di chiara consequenzialità con la decisione assunta" dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 72 *bis*, comma 1, c.p.p., il giudice delle leggi ha fatto discendere, ai sensi dell'art. 27, l. 11 marzo 1953, n. 87, la dichiarazione di illegittimità costituzionale consequenziale dell'art. 70, comma 1, c.p.p., relativo agli accertamenti sulla capacità dell'imputato, dell'art. 71, comma 1, c.p.p., relativo alla sospensione del procedimento per incapacità dell'imputato; dell'art. 72, comma 1, c.p.p., relativo alla revoca dell'ordinanza di sospensione.
- 27 Con la legge 22 dicembre 2021, n. 227, il Parlamento ha onerato il Governo di adottare, entro il 15 Marzo 2024, uno o più decreti legislativi per la revisione o il riordino delle disposizioni vigenti in materia di disabilità, al fine di garantire alla persona con disabilità, di ottenere il riconoscimento della propria condizione, attraverso la promozione della sua piena autonomia su base di pari opportunità con gli altri, nel rispetto dei principi di autodeterminazione e non discriminazione. I provvedimenti delegati sono i seguenti. D. lgs. 3 maggio 2024, n. 62, Definizione della condizione di disabilità', della valutazione di base, di accomodamento ragionevole, della valutazione multidimensionale per l'elaborazione e attuazione del progetto di vita individuale personalizzato e partecipato. D. lgs. 13 dicembre 2023, n. 222, Disposizioni in materia di riqualificazione dei servizi pubblici per l'inclusione e l'accessibilità, in attuazione dell'articolo 2, comma 2, lettera e),

per i diritti delle persone con disabilità 2021-2030. Secondo la CRPD le persone con disabilità sono “coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri”.

L’acquisito riconoscimento delle persone diversamente abili come soggetti di giustizia si riflette nel sistema processuale che, dunque, deve riconoscerne adeguata tutela. Si assiste, così, ad un progressivo superamento della visione del soggetto portatore di disabilità come passivo e bisognoso di cure, in favore di un modello sociale che riconosce al disabile un ruolo attivo, titolare di propri diritti ed in grado di azionarli al pari di tutti gli altri soggetti.

3. La rilevanza delle condizioni psico-fisiche nella dinamica cautelare

Volgendo lo sguardo ad altre fasi processuali, si registra una crescente sensibilità del legislatore nel valutare la compatibilità con il regime carcerario del soggetto affetto da patologie psico – fisiche. Del resto la permanenza negli istituti di pena può costituire una rilevante “concausa di malattia”²⁸.

Epperò, la costruzione di una normativa dedicata a salvaguardare le istanze di tutela della salute del singolo è resa complessa dalla necessità di contemperare le esigenze cautelari che giustificano l’applicazione delle misure cautelari con la tutela della salute del ristretto in istituti carcerari. Ma, anche rispetto ai “definitivi”, la disciplina in favore del detenuto è resa complessa dagli inevitabili problemi di raccordo e di eventuale cumulabilità tra gli istituti che il legislatore ha previsto in attuazione dell’art. 32 Cost. Del resto, è nota l’intrinseca tensione sintetizzata nell’art. 32 Cost., tra il diritto del singolo e l’interesse della collettività²⁹.

della legge 22 dicembre 2021, n. 227. D. lgs 5 febbraio 2024, n. 20, Istituzione dell’Autorità Garante nazionale dei diritti delle persone con disabilità, in attuazione della delega conferita al Governo.

28 Cfr. F. Ceraudo, *L’organizzazione sanitaria penitenziaria in Italia*, in *Carcere e trattamento*, a cura di F. Ferracuti (a cura di), Milano, 1989, p. 181.

29 Secondo C. Fiorio, *Gli accertamenti medico-peritali sulle condizioni personali e di salute della persona detenuta*, in *La giustizia penale differenziata, III, Gli accertamenti complementari*, a cura di M. Montagna, Giappichelli, Torino 2011, p. 506, l’interesse della collettività, nel microcosmo carcerario, comprende sia quello degli altri detenuti e degli operatori interni alla struttura, sia quello della collettività, libera e sana, a che la patologia manifestatasi all’interno del carcere non si diffonda all’esterno.

È nella detenzione cautelare, impropriamente nota come “carcerazione preventiva”³⁰ che l’opera di bilanciamento deve essere più oculata alla luce del principio della presunzione di non colpevolezza³¹, sancita dall’art. 27, comma 2, Cost.³², che funge da ago della bilancia volto a favorire un diverso equilibrio tra valori³³ e arginare possibili usi distorti degli strumenti coercitivi preventivi.

Il bilanciamento tra diritto alla salute del singolo ed esigenze cautelari, a tutela della collettività, è garantito nella previsione di ipotesi di incompatibilità con il regime carcerario, per la sua natura di misura cautelare dotata di maggiore afflittività e che limita nella massima estensione la libertà personale di cui all’art. 13 Cost.

Il sistema normativo distingue le condizioni fisiologiche meritevoli di peculiare tutela, previste dall’art. 275, comma 4, c.p.p. relative alla donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni sei con lei convivente, ovvero padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, e alla persona che ha superato i settanta anni di età, dalle condizioni patologiche di cui al comma 4-*bis* dell’art. 275 c.p.p. Nel valutare la compatibilità della custodia cautelare, dunque, la debolezza e la fragilità dell’imputato è determinata, da un lato, dalla presenza di figli minori ovvero dal raggiungimento di un definito limite d’età, dall’altro dalla presenza di una malattia connotata da una certa serietà.

Quanto al secondo profilo di incompatibilità, nella sua impostazione originaria, l’art. 275 c.p.p. prevedeva che, in presenza di “condizioni di salute particolarmente gravi”, il diritto di curarsi dell’imputato dovesse prevalere

30 Secondo G. Giostra, *Prima lezione sulla giustizia penale*, Bari-Roma, 2020, p. 110, la formula “carcerazione preventiva” contenuta nel testo costituzionale, seppur riferita esclusivamente alla durata, rappresenta un “rigurgito lessicale”.

31 Cfr. P.P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, p. 68.

32 Per l’accezione positiva, di chiara derivazione europea, si veda A. De Caro, *Presunzione di innocenza, oneri probatori e regole di giudizio*, in A. Gaito (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Dike, Napoli 2016, p. 407 ss.; G. Illuminati, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna-Roma, 1979, p. 42 ss.; P.P. Paulesu, *La presunzione di innocenza, tra realtà processuale e dinamiche extraprocessuali*, in, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo-R.E. Kostoris, Giappichelli, Torino 2008, p. 126.

33 Sul bilanciamento tra tali valori, V. Grevi, *Scelte politiche e valori costituzionali in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Pol. dir.*, 1974, p. 601; Id., *Custodia preventiva e difesa sociale negli itinerari politico – legislativi dell'emergenza*, in *Disfunzioni del processo penale e difesa della società: i provvedimenti provvisori*, Atti del Convegno, Milano, 1983, p. 27; G. Riccio, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, Napoli, 1982, p. 145.

sulle esigenze cautelari, a meno che queste non fossero connotate da “eccezionale rilevanza”³⁴.

Le successive stratificazioni legislative operate sull’art. 275 c.p.p. non sempre sono risultate compatibili con i principi costituzionali di riferimento, il diritto alla salute, da un lato, e la presunzione di innocenza dall’altro. L’andamento, definito “sinusoidale”³⁵, mostra la duttilità d’intervento del legislatore, la cui sensibilità al tema salute non è costante.

Si registra un significativo inasprimento con la decretazione d’urgenza del 1991³⁶, che aveva introdotto la verifica di una ulteriore condizione affinché lo stato grave di salute potesse considerarsi ostativo al mantenimento della custodia cautelare in carcere. Inserendo la “necessità di cure”, si obbligava l’autorità giudiziaria a verificare la possibilità di svolgere i dovuti trattamenti nei centri diagnostici e terapeutici dell’amministrazione penitenziaria. Solo laddove fosse stata riscontrata l’inidoneità del luogo di cura e, dunque, l’impossibilità di apprestare le terapie in stato di detenzione, il richiedente avrebbe potuto beneficiare della concessione di una diversa e più blanda misura. Una seconda variazione si è avuta con la legge n. 332/1995, che ha arricchito la disposizione codicistica con l’inserimento di una proposizione di chiusura, in ragione della quale l’esercizio del potere custodiale, o il mantenimento della cautela carceraria³⁷, era precluso qualora le condizioni di salute particolarmente gravi fossero “incompatibili con lo stato di detenzione e comunque”³⁸ tali da non consentire adeguate cure³⁹ in caso di detenzione in carcere”.

34 La disposizione equiparava la posizione di oggettiva menomazione, benché meramente fisiologica, della gestante e dell’anziano, a quella patologica del soggetto in condizioni di salute particolarmente gravi.

35 Si veda C. Fiorio, *Libertà personale e diritto alla salute*, Padova, 2002, p. 202.

36 D.l. 9 settembre 1991, n. 292, convertito in legge 8 novembre 1991, n. 356.

37 L’ambito di tutela della salute della persona detenuta è stato espressamente esteso dal momento genetico a tutte le vicende successive relative alla cautela. Si è, in tal modo, positivizzata l’interpretazione fornita dalla giurisprudenza. Si veda V. Grevi, *Gravi condizioni di salute dell’imputato e custodia cautelare in carcere*, in “Dir. pen. proc. ”, 1995, p. 160.

38 In una diversa prospettiva si segnalava, altresì, l’inopportunità dell’inserimento dell’avverbio “comunque”, che lasciava aperta la questione se, al fine di ottenere la modifica della misura carceraria, l’incompatibilità detentiva dovesse intendersi quale evento autonomo o sempre congiunto all’inadeguatezza terapeutica. Cass., sez. I, 22 febbraio 1996, in “Cass. pen.,” 1997, p. 473, ad esempio, propendeva per la prima soluzione. Cfr. altresì, V. Grevi, *Più ombre che luci nella l. 8 agosto 1995, n. 332, tra istanze garantistiche ed esigenze del processo*, in *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995, n. 332*, a cura di V. Grevi, Milano, 1996, p. 12.

39 Si veda F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 484, secondo cui “stare al chiuso non è allegro né comodo; come minimo, deprime gli umori, col relativo

L'attuale disposizione, per effetto dell'ultima revisione operata nel 1999⁴⁰, ha sostituito la locuzione "stato di salute" con il riferimento alla "malattia"⁴¹. La scelta cela un significativo mutamento ideologico, sebbene, in prospettiva applicativa, la novella è risultata inidonea a produrre particolari conseguenze. Si può, cioè, intravedere, nella nuova formulazione, la volontà di introdurre un criterio oggettivo per l'individuazione del fattore cautelare impeditivo, quale l'accertamento dello stato patologico⁴².

La locuzione "malattia particolarmente grave" estende l'ambito applicativo della disposizione, non rilevando esclusivamente le patologie che pongono una assoluta incompatibilità con la detenzione carceraria, ma anche quelle che comportano un rilevante pregiudizio da valutare in rapporto alla consistenza della esigenza cautelare. In tale prospettiva, la "gravità della malattia" non deve essere valutata in sé ma in relazione alla possibilità di effettuare interventi diagnostici e terapeutici in ambiente carcerario⁴³. Ed infatti, le situazioni prese in considerazione dal legislatore sono sostanzialmente due: da un lato, l'incompatibilità delle condizioni di salute con lo stato detentivo, valutate in relazione alla concreta praticabilità dei necessari interventi terapeutici funzionali anche solo ad evitare un peggioramento della malattia, e, dall'altro, l'impossibilità di ricevere cure adeguate nell'ambiente carcerario⁴⁴.

Si è, dunque, assistito ad un processo di soggettivizzazione delle condizioni di salute dell'imputato⁴⁵, poiché la linea di confine per l'applicabilità (o meno) della misura cautelare si fonda sulla compresenza di queste condizioni. La disposizione, peraltro, apre anche a nuovi scenari applicativi: non può essere disposta la misura cautelare custodiale, anche laddove lo stato di salute sia in astratto compatibile, se la gravità della patologia risulta contraria alla permanenza *intra moenia*⁴⁶.

effetto somatico; e le terapie ivi praticabili non sono mai "adeguate", se pigliamo a parametro una clinica chic con vista sulle Alpi svizzere".

40 L. 12 luglio 1999, n. 231

41 Si assiste ad una trasmissione dell'attenzione dagli effetti (le condizioni di salute) alla causa (la malattia). Così C. Fiorio, *Libertà personale e diritto alla salute*, Cedam, Padova 2002, p. 222; di diverso avviso F. Nuzzo, *Il regime di custodia cautelare in carcere e la tutela della salute in base alla disciplina della l. 12 luglio 1999, n. 231*, in "Cass. pen.", 2000, 3, p. 775, secondo cui la proposizione normativa corrisponde *in toto* a quella previgente.

42 Cfr. C. Fiorio, *Gli accertamenti medico-peritali*, cit., p. 522.

43 Così Cass., 25 gennaio 1996, Coco, in "Riv. pen.", 1996, p. 1386.

44 Cass., 2 maggio 2003, Santapaola, in "Riv. pen.", 2004, p. 257.

45 Cfr. A. Centonze, *Il regime detentivo dell'imputato e la rilevanza delle condizioni di salute "particolarmente gravi"*, in "Cass. pen.", 2005, p. 138.

46 Cfr. E. Mariucci, *Detenzione cautelare e stato di salute particolarmente grave: "letture consolidate" e recenti prospettive*, in "Proc. pen. giust.", 2016, 2, p. 161 ss.

Quanto alla condizione dell'imputato infermo di mente, e che si trovi in una condizione di infermità tale da escludere o diminuire fortemente la capacità di intendere e di volere, è previsto che l'eventuale misura cautelare privativa della libertà personale, da applicare all'imputato sulla base dei criteri di scelta di cui all'art. 275 c.p.p., sia coerente con le esigenze di carattere terapeutico. La distanza che misura il codice Rocco dal Codice Vassalli si apprezza anche in relazione alla valorizzazione, quanto alla patologia di natura psicologica, non solo delle ricadute processuali, tra cui, appunto, la necessaria verifica della capacità di partecipare al processo per esercitare la propria autodifesa, ma anche al profilo propriamente terapeutico. Ed infatti, ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.p. quando è stata disposta, o deve essere disposta, la custodia cautelare dell'imputato, il giudice deve ordinare che la misura sia eseguita nelle forme previste dall'art. 286 c.p.p. La disposizione mira ad evitare il passaggio, seppur temporaneo, nel contesto carcerario in attesa di poter essere collocato presso una struttura ospedaliera adeguata al suo stato mentale.

Una disciplina specifica è prevista per i malati di HIV⁴⁷. È con l'art. 286 *bis* c.p.p., introdotto nel 1993⁴⁸, che il legislatore offre tutela alle patologie terminali riconducibili alla sindrome da immunodeficienza acquisita. La disposizione, tuttavia, non ha incontrato il favore della giurisprudenza, che ha avviato un percorso interpretativo giunto, attraverso la declaratoria d'illegittimità di alcune previsioni normative⁴⁹, sino alla definitiva novellazione. Per effetto della legge n. 231/1999, da un lato, l'ambito operativo della custodia cautelare nei confronti delle persone affette da HIV trova autonoma regolamentazione nell'art. 275 c.p.p., dall'altro, è stata abrogata la presunzione di assoluta incompatibilità tra malattia e carcere, prevista dal comma 1 dell'art. 268-*bis*.

47 Cfr. G. Spangher, *Introduzione allo studio del processo penale*, Pisa, 2020, p. 87.

48 Artt. 1 e 2 d.l. 14 maggio 1993, n. 139, convertiti dall'art. 1, comma 1, legge 14 luglio 1993, n. 222. In precedenza, la disciplina era stata introdotta da diversi decreti legge (d.l. n. 335/1992; n. 274/1992; n. 431/1992; n. 3/1993; n. 60/1993), tutti decaduti per mancata conversione. Per una ricostruzione dettagliata si rinvia a L. Giuliani, *La custodia cautelare degli imputati affetti da infezione Hiv tra il divieto previsto dall'art. 286 bis e le più recenti prospettive di riforma*, in "Cass. pen.", 1994, p. 3068.

49 Corte cost., 18 ottobre 1995, n. 439; in dottrina si veda F. Aprile, *Brevi osservazioni sulla recente giurisprudenza costituzionale in tema di trattamento carcerario di persona affetta da sindrome da virus Hiv*, in "Cass. pen.", 1996, spec. p. 2064 ss.; G. Conso, *Gli strani destini di una legge controversa*, in "Dir. pen. proc.", 1995, p. 1353.

Sebbene l'infezione da HIV o da altra deficienza immunitaria sia posta sul medesimo piano di una patologia "particolarmente grave", l'accertamento delle condizioni dei soggetti affetti dalle prime è delineato entro parametri connotati da un grado di certezza superiore, grazie al richiamo contenuto nel comma 2 dell'art. 286-*bis* c.p.p., che a sua volta rinvia, quale fonte di riferimento, al decreto ministeriale contenente la definizione dei parametri sottoposti al vaglio del giudice.

Al contrario, la valutazione circa la serietà della patologia fisica e la conseguente valutazione circa la compatibilità con il regime carcerario risulta più evanescente o comunque suscettibile di apprezzamenti divergenti⁵⁰, nonostante, per evitare pericolose oscillazioni interpretative, il legislatore abbia posto l'accento sulla gravità della malattia in modo da ricondurre il giudizio entro un canone obiettivo⁵¹.

I divieti di applicazione della custodia cautelare in carcere, previsti dal comma 4-*bis* dell'art. 275 c.p.p., non si basano su presunzioni alternative a quelle dell'adeguatezza esclusiva della medesima misura di cui al comma 3 della stessa disposizione, ma trovano fondamento nel giudizio di valore operato dal legislatore. Sull'esigenza processuale della carcerazione intramuraria, dunque, prevale la tutela di altri interessi considerati prevalenti in quanto correlati ai fondamentali diritti della persona sanciti dall'art. 2 Cost., dei quali il diritto alla salute costituisce esplicazione. Peraltro, la presunzione di inadeguatezza della misura cautelare, prevista dal comma 4-*bis* dell'art. 275 c.p.p., non è assoluta e, come nelle ipotesi di cui al comma 4, può essere superata in presenza di "esigenze cautelari di eccezionale rilevanza" con la conseguenza che l'interessato potrà essere ristretto in centri clinici dell'amministrazione penitenziaria. Tale condizione rappresenta, dunque, la linea di confine ove la tutela dei diritti fondamentali della persona, come il diritto alla salute, cede il passo alla necessità di tutela dei *pericula libertatis* di cui all'art. 273 c.p.p.

50 Cfr. M.F. Cortesi, *Compatibilità della custodia cautelare in carcere con lo stato di salute del detenuto: obblighi motivazionali del giudice*, in "Dir. pen. proc.", 2013, 11, p. 1318.

51 Così C. Fiorio, *Libertà personale e diritto alla salute*, Padova, 2002, p. 222, secondo cui la sequenza "gravità, incompatibilità e adeguatezza" esprime la volontà del legislatore di ancorare la tutela del diritto alla salute ad un criterio oggettivo, quale la gravità patologica proprio al fine di scongiurare disomogenee interpretazioni volte a considerare le contingenti condizioni di salute talora compatibili, talaltra incompatibili, in relazione a strutture carcerarie più o meno attrezzate".

Una ulteriore deroga è contenuta nell'art. 275, comma 4-*quater*, c.p.p. Se il soggetto è imputato o sottoposto ad altra misura cautelare per uno dei delitti per cui è consentito l'arresto obbligatorio in flagranza ex art. 380 c.p.p., relativamente a fatti commessi dopo l'applicazione delle misure attenuate disposte ai sensi dei precedenti commi 4-*bis* e 4-*ter*, il giudice può disporre la custodia cautelare in carcere presso un istituto dotato di reparto attrezzato per la cura e l'assistenza. In tal caso, il *minor favor* mostrato nei confronti di soggetti affetti da particolari patologie trova fondamento nella necessità di tutelare la sicurezza della collettività, messa in pericolo dalla condotta criminale di chi, anche in condizioni precarie di salute, continua ad essere coinvolto in fatti penalmente rilevanti di particolare gravità⁵².

La discrezionalità del giudice incontra, tuttavia, un limite inderogabile nell'esistenza di uno stadio patologico tale da non rispondere più ai trattamenti disponibili e alle terapie curative (art. 275, comma 4-*quinqües*, c.p.p.), in ossequio alla prevalenza di ragioni umanitarie rispetto a qualsivoglia istanza di difesa sociale.

4. Altre forme di fragilità. La tossicodipendenza

Nella ricostruzione del quadro di tutela offerta dal sistema processuale penale alle condizioni psico-fisiche dell'imputato, si inserisce anche la condizione di tossicodipendenza. La complessità della condizione è determinata dalla coesistenza di problematiche di dipendenza fisica, che spesso comportano conseguenze patologiche fisiche, e di forme di malessere socio-familiare o di patologia psichiatrica⁵³.

In linea con l'ambito di indagine, anche in questa prospettiva l'analisi è condotta in relazione allo *status* dell'imputato, limitatamente alla fase della cognizione⁵⁴.

52 Cfr. R. Brichetti, *Prevista la permanenza in prigione solo per esigenze di sicurezza sociale*, in "Guida dir.", 1999, 30, p. 34.

53 Cfr. L. Della Ragione, *Tossicodipendenza e processo penale*, in *La fragilità della persona nel processo penale*, a cura di G. Spangher – A. Marandola, Giappichelli, Torino 2021, p. 363 e ss.

54 Diversi sono i profili di interesse in cui rileva la posizione della tossicodipendenza in relazione alla fase esecutiva. Rileva in particolare il d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, cd. decreto Olimpiadi, convertito con modificazioni in l. 21 febbraio 2006, n. 49, che ha significativamente inciso sulla disciplina della materia degli stupefacenti, sia quanto ai profili sostanziali che processuali di esecuzione. In via di estrema sintesi, il pacchetto di riforme ha modificato

Nel contesto del testo unico in materia di stupefacenti, il legislatore introduce una particolare disciplina in merito ai provvedimenti restrittivi applicabili nei confronti di tossicodipendenti che siano sottoposti ad un programma terapeutico di recupero presso i servizi sociali o nell'ambito di una struttura privata autorizza, ex art. 116, d.p.r. 309/1990⁵⁵.

L'art. 89 d.p.r. 309/1990 introduce una presunzione relativa, allorché prevede che "Qualora ricorrano i presupposti per la custodia cautelare in carcere il giudice, ove non sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza⁵⁶, dispone gli arresti domiciliari quando imputata è una persona tossicodipendente o alcolodipendente che abbia in corso un programma terapeutico di recupero presso i servizi pubblici per l'assistenza ai tossicodipendenti, ovvero nell'ambito di una struttura privata autorizzata ai sensi dell'articolo 116, e l'interruzione del programma può pregiudicare il recupero dell'imputato..."

Qualora il tossicodipendente o alcolodipendente sia già in stato di custodia cautelare in carcere ed intenda sottoporsi ad un programma terapeutico di recupero, deve formulare una apposita istanza al giudice, il quale, se non ricorrono particolari esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, sostituisce la misura con gli arresti domiciliari presso un idoneo luogo di cura. L'istanza deve essere corredata di apposita certificazione, rilasciata da un servizio pubblico per le tossicodipendenze o da una struttura privata accreditata per l'attività di diagnosi prevista dal capoverso della lett. d) dell'art. 116, attestante lo stato di tossicodipendenza⁵⁷, nonché la dichiarazione di disponibilità all'accoglimento rilasciata dalla struttura.

il sistema dei procedimenti a carattere sommario della fase esecutiva, volto all'applicazione dei benefici penitenziari, con l'attribuzione per i condannati che si trovino in stato di libertà al momento dell'emissione dell'ordine di esecuzione mentre al magistrato di sorveglianza viene attribuita la competenza in materia di applicazione anticipata delle misure, se richieste da soggetti in stato di detenzione.

- 55 Cfr. G. Di Chiara, *Tossicodipendenza, regimi cautelari e criteri di scelta delle misure*, in "Dir. Pen. Processo", 2014, n. 6, p. 686.
- 56 Sul punto la giurisprudenza ritiene che le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza non coincidano con una normale situazione di pericolosità, ma consistono in una esposizione al pericolo dell'interesse di tutela della collettività di tale consistenza da non risultare compensabile rispetto al valore sociale rappresentato dal recupero del soggetto tossicodipendente, valutato anche in termini di probabilità. Così Cass. Sez. IV, n. 10329/2008.
- 57 La giurisprudenza è univoca nel ritenere che, ai fini della sostituzione della misura cautelare, è necessario l'accertamento dello stato di tossicodipendenza, che non coincide con la fattispecie di uso abituale o continuativo di stupefacenti. Del resto, anche la comunità scientifica internazionale ritiene che l'uso abituale, per

La disposizione sintetizza le due opposte esigenze che il legislatore è chiamato a porre in bilanciamento: le esigenze di difesa sociale, da un lato, e quella della riabilitazione dei soggetti affetti da dipendenza, attraverso opportuni programmi terapeutici che necessitano di un trattamento al di fuori del contesto carcerario⁵⁸.

Allorquando l'imputato abbia interrotto l'esecuzione del programma ovvero mantenga un comportamento incompatibile con la corretta esecuzione o, ancora, qualora accerti che la persona non abbia collaborato alla definizione del programma o ne abbia rifiutato l'esecuzione, il giudice può disporre la custodia cautelare in carcere, ovvero ripristinarla.

Epperò, vi sono dei limiti all'accesso di tale regime speciale di natura cautelare. La misura meno afflittiva non può essere disposta quando si procede per uno dei delitti previsti dall'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, ad eccezione di quelli di cui agli articoli 628, terzo comma, e 629, secondo comma, del codice penale purché non siano ravvisabili elementi di collegamento con la criminalità organizzata od eversiva. È inoltre escluso il regime di favore qualora si proceda per il delitto di associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope punito dall'art. 7, d.p.r. 309/90.

5. Il deficit linguistico-uditivo vs il principio di oralità

Le condizioni psico fisiche enfatizzano la situazione di fragilità dell'imputato in un sistema processuale orientato all'oralità. Problematico, infatti, appare coordinare e coniugare il principio di oralità che informa il processo penale – per quanto di recente sempre più messo in crisi – e i deficit fisici che influenzano il corretto flusso comunicativo⁵⁹. Ciò rileva in maniera

quanto condizione essenziale, non è di per sé sufficiente per la diagnosi della tossicodipendenza.

- 58 Cfr. in argomento A. Zampaglione, *Stupefacenti. Profili processuali delle attività sotto copertura, accertamenti sulla sostanza e provvedimenti restrittivi della libertà nei procedimenti per droga*, in I reati in materia di stupefacenti, a cura di L. Della Ragione – G. Insolera – G. Spangher, Giuffrè, Milano 2019, p. 863 e ss., che sottolinea come il contesto carcerario rischia, infatti, di amplificare il senso di isolamento e, soprattutto, favorisce la promiscuità di tali soggetti con individui di elevato spessore criminale in grado, in considerazione del grado di fragilità del tossicodipendente, di incidere in maniera prepotente sul percorso di recupero della legalità.
- 59 Secondo I. Benevieri, *L'interazione linguistica nel procedimento penale con i soggetti fragili*, in *La fragilità della persona nel processo penale*, cit., p. 547, "l'interazione linguistica nel procedimento penale, prevista dal codice di rito se-

significativa se si considera che il processo penale è un insieme di eventi linguistici ritualizzati⁶⁰.

In tale prospettiva, riconoscere nel contesto processuale uno specifico statuto di garanzie e tutele nei confronti di soggetti deboli quanto al profilo comunicativo è operazione resa complessa dall'eccessiva sinteticità delle poche disposizioni al riguardo⁶¹.

Una prima forma di tutela in favore del soggetto processuale con patologie fisiche è rinvenibile nell'art. 119 c.p.p. che riconosce al sordo e al muto (o sordomuto)⁶² un particolare regime comunicativo. Introducendo una chiara eccezione al principio di oralità, la disposizione riconosce alla persona affetta da sordità che le domande, gli avvertimenti e le ammonizioni siano presentate per iscritto, e la risposta sia fornita oralmente⁶³; le domande rivolte al soggetto con *handicap* linguistico devono essere invece formulate oralmente.

Per quanto l'attuale disposizione riposi sulle "ceneri" del vecchio art. 143 del codice del 1930, si apprezzano significative novità. In primo luogo, in linea con una impostazione di maggiore laicità e neutralità confessionaria, è eliminato ogni riferimento al giuramento. In secondo luogo, l'ambito di applicazione risulta più esteso. Ed infatti, se la disposizione normativa del 1930 era circoscritta all'interrogatorio dell'imputato e all'esame testimoniale, l'attuale previsione, grazie alla scelta per una formula più elastica, estende la garanzia a una pluralità di ipotesi nelle quali tali soggetti intendano rendere dichiarazioni. La disciplina è applicabile alle dichiarazioni spontanee dell'indagato (e dell'imputato), all'esame del testimone portatore di *handicap*⁶⁴ e alle ricognizioni personali qualora sia necessaria

condo lo schema dell'asimmetria dei poteri comunicativi, riceve un ulteriore sbilanciamento in favore dell'interlocutore 'forte' quando quello 'debole' appartenga alla categoria dei soggetti vulnerabili. [...] Alla disegualianza e all'asimmetria si aggiunge la fragilità".

- 60 Esso cioè è un evento sociale nel quale l'interazione linguistica appare fondativa. Cfr. Bellucci, *A onor del vero. Fondamenti di linguistica giudiziaria*, Torino, 2002, p. 149.
- 61 Volendo in argomento T. Alesci, *Le patologie fisiche nella dinamica processuale: tra apparente sensibilità legislativa e persistenti criticità*, in *La fragilità della persona nel processo penale*, cit., p. 258.
- 62 L'art. 1 della legge 20 febbraio 2006, n. 95 ha disposto che in tutte le disposizioni legislative vigenti il termine "sordomuto" sia sostituito con l'espressione "muto".
- 63 Cfr. M. Mazzanti, voce *Sordo, muto e sordomuto*, in "Noviss. Dig. It.", XVII, Torino, 1970, p. 915.
- 64 Le ipotesi sono varie; si pensi all'*a*) assunzione, da parte degli ufficiali di polizia giudiziaria, di "sommarie informazioni utili per le investigazioni" dalla persona sottoposta alle indagini che non si trovi in istato di arresto o di fermo (art. 350, comma

l'intermediazione linguistica⁶⁵. La genericità della disposizione consente al diversamente abile di partecipare in maniera consapevole al procedimento penale, al di là della veste processuale che assume. Seguendo tale linea interpretativa, la tutela è riconosciuta anche alla persona offesa dal reato non costituita parte civile⁶⁶.

La tensione tra "cosciente partecipazione al procedimento" e principio dell'oralità, nella situazione di fragilità descritta, comporta la cedevolezza del secondo in favore del primo. Peraltro, se l'intermediazione della scrittura sovviene in aiuto solo quando ci si rivolge al sordo ovvero quando il muto intende rispondere, per il soggetto maggiormente gravato da un *deficit* uditivo e linguistico, invece, l'utilizzo dello strumento "scritto" è esteso ad entrambe le direzioni del rapporto dialogico⁶⁷.

1); b) raccolta, da parte degli stessi ufficiali, di "notizie o indicazioni utili alla immediata prosecuzione delle indagini", anche senza la presenza del difensore, "sul luogo o nell'immediatezza del fatto" (art. 350, comma 5); c) ricevimento, da parte dei suddetti ufficiali, di dichiarazioni spontanee rilasciate dalla persona nei cui confronti vengono svolte le indagini (art. 350, comma 7); d) assunzione, per opera della polizia giudiziaria, di "altre sommarie informazioni dalle persone che possono riferire circostanze utili ai fini delle indagini" (art. 351); e) assunzione, da parte del pubblico ministero, di informazioni "dalle persone che possono riferire circostanze utili ai fini delle indagini" (art. 362); f) interrogatorio, per opera del pubblico ministero, della persona imputata in un procedimento connesso (art. 363); g) interrogatorio, esperito dal pubblico ministero nei confronti della persona sottoposta alle indagini (art. 364), anche in istato di arresto o di fermo (art. 388); h) rilascio spontaneo al pubblico ministero di dichiarazioni da parte di chi ha notizia che nei suoi confronti vengono svolte indagini (art. 374); i) interrogatorio della persona in istato di custodia cautelare da parte del giudice per le indagini preliminari (art. 294); l) raccolta di testimonianze nell'incidente probatorio, nei casi di cui all'art. 392, comma 1, lett. a) e b); m) esame – nel suddetto incidente – della persona sottoposta alle indagini su fatti concernenti la responsabilità di altri (art. 392, comma 1, lett. c); n) esame – sempre nell'incidente *de quo* – di una persona imputata in un procedimento connesso (art. 392, comma 1, lett. d); o) interrogatorio dell'imputato durante l'udienza preliminare (art. 422, comma 3); p) esame diretto e controesame, nel dibattimento, dei testimoni (art. 498) e delle parti (art. 503, commi 1 e 2); q) contestazioni del contenuto delle deposizioni sulla base del fascicolo del pubblico ministero (art. 500 e 503 comma 3). Si veda P. Moscarini, voce *Sordo, muto e sordomuto* (dir. proc. pen.), in "Enc. dir.", XLII, Milano, 1990.

65 Cfr. G. Voena, *Atti*, in G. Conso-V. Grevi, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1996, p. 87.

66 Cfr. R. Bricchetti, *La partecipazione cosciente al dibattimento garantisce un effettivo diritto di difesa*, in "Guida dir.", 1999, 37, p. 108.

67 Cfr. F. Corbi, *Sub art. 119 c.p.p.*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. Amodio-O. Dominioni, II, Milano, 1989, p. 54; P. Moscarini, voce *Sordo, muto e sordomuto* (dir. proc. pen.), cit.

Tuttavia, l'intermediazione del canale comunicativo scritto non sempre assicura una effettiva partecipazione al procedimento. Per tale motivo, nell'impostazione originaria, l'art. 119, comma 2, c.p.p. prevedeva che, in caso di analfabetismo del sordo e del muto, l'autorità procedesse alla nomina di un interprete, individuato preferibilmente "fra le persone abituate a trattare" con il soggetto⁶⁸. La disposizione, tuttavia, è stata esposta al fuoco incrociato di diverse critiche. Si sottolineava l'irrazionalità della garanzia dell'assistenza dell'interprete circoscritta ai casi di analfabetismo e al compimento di singoli atti dichiarativi⁶⁹, considerata la totale sovrapposibilità del *deficit* cognitivo del soggetto gravato da una patologia comunicativa al soggetto alloglotto. In particolare, si sottolineava la "differenza sostanziale che vi è fra il potere di percepire ed esprimersi immediatamente e direttamente, sia pure con la mediazione di un interprete, e l'essere messi in grado solo di percepire e di esprimersi attraverso lo scritto"⁷⁰.

La disparità di trattamento tra soggetti affetti da patologie dell'udito o della parola e soggetti alloglotti⁷¹ risultava, dunque, illogica, poiché in

68 Ai sensi dell'art. 144 c.p.p., comma 1, lett. d), "nel caso previsto dall'articolo 119, la qualità di interprete può essere assunta da un prossimo congiunto della persona sorda, muta o sordomuta". La novità risulta rispondere ad esigenze di coerenza con l'invito a scegliere l'interprete fra persone abituate a trattare con il soggetto sordo, muto o sordomuto. Cfr. E. Lupo, *Sub art. 119*, in *Commento al nuovo Codice di procedura penale*, a cura di M. Chiavario, II, Torino, 1990, p. 72. Secondo P. Rivello, *Gli atti. Disposizioni generali*, in Id. (a cura di), *Gli atti nel processo penale*, in *Trattato teorico pratico di diritto processuale penale*, diretto da G. Illuminati-L. Giuliani, Giappichelli, Torino 2018, p. 54, la componente parentale assume una valenza significativa anche nella prospettiva psicologica; in tal modo, dunque, si favorisce la comunicazione similmente a quanto avviene, ex art. 498, comma 4, c.p.p. in caso di esame testimoniale di un minorenni con l'"ausilio di un familiare".

69 Cfr. C. Bortolin, *Sub art. 119*, in G. Conso-V. Grevi, *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 2005, p. 323.

70 Secondo A. Marandola, *Imputato sordomuto; diritto all'interprete*, in "Studium iuris", 1999, 10, p. 1180, il ricorso allo scritto non è sufficiente a sopperire al difetto dell'udito o della parola, laddove il ricorso all'interprete è circoscritto alle ipotesi in cui la persona non sappia né leggere né scrivere. "Più in generale si tratta di previsioni normative dettate nell'ottica di rendere possibile lo svolgimento del processo, quando ad esso partecipi una persona portatrice di siffatti handicap, piuttosto che in quella della garanzia dei diritti dell'imputato". Si veda, altresì, G. Spangher, *Un interprete gratuito per l'imputato sordo, muto o sordomuto*, in "Dir. pen. proc.", 1999, 10, pp. 1243-1244.

71 Secondo F. Corbi, *Sub art. 119 c.p.p.*, cit., la disciplina di cui all'art. 143 c.p.p., prevista in relazione all'"ignoranza culturale della lingua italiana" avrebbe dovuto

entrambi i casi veniva meno l'utilizzabilità dei normali canali di comunicazione intersoggettiva⁷². Anzi, si sottolineava come, nella formulazione originaria, la previsione produceva un particolare effetto paradossale, aggravando il difetto sensoriale del soggetto portatore di disabilità. Limitare i mezzi espressivi alla sola comunicazione in forma scritta costituiva un limite giuridico che aumentava la minorazione fisica, incidendo altresì sulla relativa sfera soggettiva⁷³.

La questione è stata sottoposta al vaglio della Corte costituzionale, chiamata a verificare la compatibilità di un sistema normativo che riconoscesse le garanzie "linguistiche" al solo soggetto alloglotto e negasse il diritto all'interprete in favore di coloro i quali, per le loro condizioni fisiche, a prescindere dal livello di alfabetizzazione, non risultassero in grado di percepire i messaggi vocali o di emettere delle dichiarazioni orali⁷⁴.

La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 119 c.p.p. nella parte in cui non garantisce all'imputato menomato, anche nell'ipotesi in cui lo stesso sia in grado di leggere e scrivere, il diritto di farsi assistere gratuitamente da un interprete scelto, di preferenza, fra le persone abituate a trattare con lui, al fine di poter comprendere l'accusa formulata e di seguire il compimento degli atti cui partecipa⁷⁵. Eliminando, così, la discriminazione operata ai danni di soggetti "comunque già svantaggiati dalla sorte"⁷⁶.

Il nuovo assetto normativo, determinato dalla pronuncia della Corte costituzionale, sposta l'asse delle garanzie partecipative dell'imputato con *deficit* linguistico-uditivo verso un significativo ampliamento, non

essere analogicamente applicata anche all'ipotesi particolare dell'imputato sordo, muto o sordomuto. La giurisprudenza, invece, mostrava un atteggiamento particolarmente restrittivo. Secondo Cass., sez. VI, 18 settembre 1992, Faggian, in "Arch. nuova proc. pen.", 1993, p. 308, il disposto di cui all'art. 143 c.p.p. doveva essere circoscritto esclusivamente a quanti parlano una lingua diversa da quella italiana e non sono in grado di comprendere quest'ultima e di esprimersi con essa.

72 Cfr. G. Giostra, *Il diritto dell'imputato straniero all'interprete*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 1978, p. 438.

73 Cfr. E. Aprile, *Garanzie difensive dell'imputato affetto da sordità, mutismo o sordomutismo dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 341 del 1999*, in "Il nuovo diritto", 1999, 10, p. 845 ss.; M. Nunziata, *Garanzie difensive dell'imputato affetto da sordità, mutismo e sordomutismo dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 341 del 1999*, ivi, p. 844.

74 Cfr. P. Rivello, *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, Milano, 1999, p. 228.

75 Corte cost., 22 luglio 1999, n. 341, in "Cass. pen.", 2000, p. 315, con nota di P. Rivello, *Un doveroso ampliamento del diritto all'interprete*.

76 Cfr. P. Rivello, *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, cit.

già per sostituzione, ma “per aggiunta”⁷⁷. L'imputato gode di un diritto all'interprete non più limitato esclusivamente alle ipotesi in cui non sappia esprimersi per iscritto; d'altro canto, potrà sempre servirsi del filtro cartolare per poter comunicare, nelle ipotesi in cui “voglia o debba rendere dichiarazioni”⁷⁸.

Si riconosce all'imputato affetto da tale forma di patologia un diritto potestativo quanto alla scelta del canone linguistico-espressivo da utilizzare nell'ambito delle fasi processuali dominate dall'oralità. L'imputato, infatti, può scegliere di avvalersi dell'ausilio dell'interprete oppure ritenere preferibile l'intermediazione della scrittura. Nonostante la presenza dell'interprete, dunque, su semplice richiesta del soggetto gravato da tali *handicap*, le sollecitazioni, le domande, le dichiarazioni e le risposte dovranno essere formulate per iscritto⁷⁹.

L'estensione della tutela del diritto all'interprete anche all'imputato sordo e al muto, invero, trova fondamento nell'equivalente *deficit* di partecipazione che grava sia sull'alloglotto che sulle persone affette da patologie della parola e dell'udito. Solo riconoscendo *standard* minimi di comunicabilità tra il soggetto ed il contesto, si può ritenere sufficientemente tutelata la sua partecipazione soggettiva. Si pensi all'uso di codici linguistici comuni che consentono la fluidità delle operazioni di reciproca codificazione e decodificazione dei messaggi⁸⁰. L'impedimento del portatore di *handicap*, quale il cieco ed il sordo, è

77 Così G. Sola, *Sub art. 119 c.p.p.*, in (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda-G. Spangher, Giuffrè, Milano, 2017, p. 1139.

78 Anche dopo l'intervento della Corte costituzionale, lo schema delle domande e delle risposte previsto nel comma 1 dell'art. 119 resta applicabile al muto, al sordo e al sordomuto, che non assumano la qualità di imputati senza ricorso all'interprete; Cfr. G. Ariolli, *Sub art. 119 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale*, a cura di G. Lattanzi-E. Lupo, Milano, 2012, p. 128.

79 Cfr. G. Di Chiara, *Il “diritto all'interprete” dell'imputato sordomuto in un caso di analfabetismo*, in “Dir. pen. proc.”, 2000, p. 231, secondo cui “Una simile architettura introduce, a ben vedere, curiose forme di contaminazione tra disciplina “di genere” (art. 119 c.p.p., applicabile – appunto – ad ogni soggetto muto, sordo o sordomuto che voglia o debba fare dichiarazioni) e “statuto” dell'imputato affetto da patologie della parola o dell'udito (risultante dall'odierna declaratoria di incostituzionalità): tra i due modelli, limitatamente alla materia di intersezione (*id est* dichiarazioni che il soggetto voglia o debba rendere), parrebbe, dunque, correre non già un semplice rapporto da *genus a species*, ma un più complesso legame, il cui baricentro ricade nel già descritto inedito diritto potestativo dell'interessato di optare per il primo o il secondo filtro (opera dell'interprete o intermediazione della scrittura) e, perciò, per il primo o il secondo modello”.

80 Cfr. G. Di Chiara, *op. ult. cit.*, secondo cui “Se il codice linguistico di taluno sia disomogeneo da quello adoperato dagli altri soggetti del processo, la circolarità

superabile attraverso l'adozione di un codice comunicativo di tipo gestuale, che non corrisponde al modello legale accolto dal legislatore. Per rimediare a tale *vulnus* di comunicabilità, è indispensabile, anche in tale circostanza, l'ausilio dell'interprete capace di traslare i codici comunicativi dei protagonisti del processo e assicurare una piena ed efficace partecipazione al processo.

Quanto all'ambito di applicazione, la disciplina, ripristinando la parità tra le parti, mediante l'adeguamento linguistico e/o comunicativo⁸¹, informa non solo il dibattimento, ma tutti quei momenti dialogici in cui si manifesta l'oralità. Il riferimento corre alle udienze in camera di consiglio, ove è garantita la partecipazione dell'interessato, all'udienza preliminare, all'udienza di convalida dell'arresto o del fermo, all'udienza in cui si celebra l'incidente probatorio, all'udienza in cui si svolge il procedimento di esecuzione o di sorveglianza e all'udienza innanzi al tribunale della libertà⁸².

L'intervento additivo della Corte costituzionale sull'art. 119 c.p.p., esplicitando una connessione funzionale con l'art. 143 c.p.p., rischia di favorire una nuova "fase" di discriminazione, essendo la tutela rafforzata solo in favore dell'imputato, che, dunque, si vede riconosciuto il diritto all'interprete⁸³. La diversificata tutela riconosciuta, ad esempio, alla persona offesa mal si sposa con le istanze, di matrice europea, tese a valorizzarne il ruolo e a riconoscerle una cosciente partecipazione al procedimento penale.

della comunicazione fatalmente si spezza: è il caso dell'alloggiato, incapace (alla luce delle proprie esclusive conoscenze linguistiche) di interagire con una macchina processuale che assume l'italiano come lingua degli atti".

81 Cfr. F. Giunchedi, *Lingua degli atti: diritto all'interprete e alla traduzione*, in *I principi del processo penale*, cit., p. 292.

82 In tali circostanze, l'intervento necessario dell'interprete non può essere limitato alle sole occasioni in cui l'imputato voglia o debba rendere dichiarazioni.

83 Secondo S. Quattrocchio, *La tutela dell'imputato sordomuto dopo la sentenza n. 341/99 della Corte costituzionale*, in "Leg. pen.", 1999, p. 943, "sembra arduo ipotizzare una estensione consequenziale della disciplina così prevista per l'imputato, in modo da renderla operante, anche con riferimento agli altri soggetti di cui all'art. 119 c.p.p., in nome di una esigenza di conformità dell'art. 3 Cost.: nel tradizionale metro di valutazione adottato dalla Corte per delineare le violazioni del principio di uguaglianza, l'adozione di una soluzione sostanzialmente uguale presuppone invero situazioni che siano a loro volta sostanzialmente uguali". Per l'A., non è possibile intravedere una certa analogia di posizioni e di ruoli tale da dover postulare per il testimone l'identico trattamento rispetto all'imputato, laddove nei confronti di quest'ultimo sia stata disposta l'estensione di uno strumento predisposto a salvaguardia delle esigenze di attiva e consapevole partecipazione al processo per scopi difensivi.

Il rischio di un *deficit* di tutela è però arginato dai recenti innesti normativi nella disciplina del diritto all'interprete. Da un lato, infatti, l'art. 143 c.p.p. ha subito una significativa modifica per effetto del d.lgs. n. 32/2014 che, recependo la direttiva 2010/64/UE, ha interpolato varie norme del codice di rito, rafforzando il diritto all'interpretazione e alla traduzione dell'imputato; dall'altro, i timori legati ad una disparità di trattamento tra imputato e persona offesa affetta da *handicap* comunicativo sono destinati ad essere temperati dal recepimento della direttiva 2012/29/UE⁸⁴, volta ad assicurare alla vittima un adeguato livello di tutela e di assistenza, sia nelle fasi di accesso e partecipazione al procedimento penale, sia al di fuori e indipendentemente da esso.

In particolare, con l'introduzione dell'art. 143-bis nel codice di rito, il legislatore ha esteso il diritto all'interprete anche ad altri protagonisti del processo. Il comma 1 dell'art. 143-bis c.p.p. riguarda le dichiarazioni dei testimoni o comunque dei soggetti diversi dall'imputato e dalla persona offesa, poiché per questi ultimi si applica, rispettivamente, la disciplina prevista dall'art. 143 c.p.p., come modificata dal d.lgs. n. 32/2014, e dall'art. 143-bis commi 2, 3, 4⁸⁵.

Tra i profili di criticità insoluti, permane il tema della invalidità. L'art. 119 c.p.p., infatti, in totale continuità con la disciplina prevista nel codice del 1930, lascia aperto il problema relativo alle conseguenze della violazione delle regole ivi contenute. Durante la vigenza del codice di rito abrogato, la dottrina oscillava tra chi riteneva che l'omessa nomina dell'interprete determinasse la nullità degli atti compiuti

84 Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, recepita con d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212. La bibliografia è vasta; per una ricostruzione sistemica si veda L. Lupária (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Padova, 2015. In argomento, altresì, F. Delvecchio, *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla direttiva 2012/29/UE*, in "Penalecontemporaneo.it"; D. Ferranti, *Strumenti di tutela processuale per la vittima del reato. Uno sguardo di insieme sulle recenti innovazioni alla luce dell'attuazione della direttiva 2012/29/UE*, in "Penalecontemporaneo.it".

85 L'art. 143-bis c.p.p. riconosce alla vittima la tutela linguistica riservata prima al solo imputato, sia sotto il profilo del diritto all'assistenza di un interprete, sia sotto il profilo del diritto alla traduzione gratuita di atti che contengono informazioni utili all'esercizio dei suoi diritti. Cfr. L. Giordano, *Il d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212: un nuovo statuto per la vittima del reato*, in *Cooperazione giudiziaria internazionale*, a cura di A. Marandola-T. Bene Giuffrè, Milano 2016, p. 23 ss.

ti⁸⁶ e chi negava decisamente la configurabilità di qualsivoglia causa di invalidità⁸⁷.

La giurisprudenza, invece, anche dopo le modifiche normative, predilige una interpretazione che limita la portata garantistica della disposizione normativa.

Nonostante l'eterogeneità dei casi sottoposti all'attenzione della Corte di Cassazione, le decisioni sono accomunate dalla medesima *ratio* di limitare il riconoscimento di sanzioni processuali conseguenti alla violazione della disposizione a tutela del *deficit* linguistico.

In particolare, la Suprema Corte ha escluso la necessità della nomina di un interprete della lingua dei segni per il sordomuto al di fuori del caso, specificamente previsto dall'art. 119, comma 2, c.p.p., di incapacità del medesimo di leggere o di scrivere⁸⁸, ma ha anche affermato che l'apprezzamento, sulla sussistenza delle capacità professionali dell'interprete nominato ad un sordo e ad un muto, compete al giudice di merito ed è sottratto al sindacato di legittimità, a nulla rilevando la circostanza che l'interprete non sia in possesso di un attestato di abilitazione ufficiale⁸⁹. In altre occasioni, la Corte ha circoscritto la tutela offerta dal legislatore soltanto in relazione a particolari atti del procedimento penale, giungendo sino a ritenere legittimo il verbale di identificazione e di elezione di domicilio redatto dalla polizia giudiziaria nei confronti di persona sordomuta senza la preventiva nomina di un interprete. Secondo la Corte, in tal caso, infatti, l'atto sarebbe meramente ricognitivo e l'attività della persona identificata sarebbe limitata alla sottoscrizione del verbale, la cui lettura è sufficiente a renderne comunque intelligibile il contenuto e il significato⁹⁰.

L'orientamento giurisprudenziale non trova accoglimento in dottrina che, invece, appare ferma nel ravvisare, nelle ipotesi di violazione della disciplina di cui all'art. 119, una nullità a regime intermedio *ex art.* 180

86 Cfr. G. Leone, *Commento all'art. 143 in Il codice di procedura penale illustrato articolo per articolo*, a cura di U. Conti, Milano, 1937, p. 571; A. Cordova, *Commento, al codice di procedura penale*, Napoli, 1934, p. 232.

87 Cfr. V. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale*, a cura di G.D. Pisapia, III, Torino, 1970, p. 516.

88 Si veda Cass., sez. VI, 19 aprile 2018, n. 24951, in *Mass. uff.*, n. 274730-01, secondo cui sono ritualmente assunte le dichiarazioni della persona offesa sordomuta escussa, in sede di indagini, con l'assistenza di un amico della medesima.

89 Cass., sez. III, 9 gennaio 2008, n. 8301.

90 Cass., sez. III, 9 gennaio 2008, n. 8301, cit.

c.p.p. in relazione all'art. 178, lett. c), c.p.p.⁹¹, che prescrive a pena di nullità l'inosservanza delle norme concernenti l'assistenza "dell'imputato e delle altre parti private"⁹².

Alla luce della ricostruzione, nel quadro normativo non sono fugati i dubbi anche per effetto delle successive modifiche che hanno interessato le disposizioni "ancillari" e ciò rende indispensabile l'intervento legislativo lungo due direttrici, tra loro connesse. Da un lato, infatti, l'estensione dell'assistenza dell'interprete alle altre parti private, gravate da un *deficit* comunicativo, non può rimanere confinato entro il perimetro di una interpretazione sistematica delle norme. Dall'altro, solo intervenendo sul piano sanzionatorio, si assicura effettività alla tutela.

91 Cfr. E. Lupo, Sub *art. 119*, cit., p. 74; P. Rivello, *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, cit., p. 228.

92 Cfr. F. Corbi, Sub *art. 119 c.p.p.*, cit., p. 56.



CAP. VI

VULNERABILITÀ TECNOLOGICA



ROSSELLA BONITO OLIVA, TIZIANA LICCARDO, PAOLO VALERIO
ESSERE VULNERABILI/SENTIRSI
VULNERABILI

Il contributo della ricerca genetica tra promesse,
attese e aspettative nei vissuti degli adolescenti

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Riflessioni sull'adolescenza. – 3. Il Social dreaming. – 4. L'esperienza. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Questa riflessione sceglie un'età specifica – l'adolescenza – come chiave di lettura della vulnerabilità, nella misura in cui, se essere vulnerabili e sentirsi vulnerabili accomuna tutte le età della vita, l'adolescenza è una sorta di territorio di mezzo. Non si è più bambini e in qualche modo dipendenti, ma non si è nemmeno ancora adulti e totalmente autonomi, non si è pienamente padroni delle più sofisticate e ricche conoscenze circa le minacce per la salute e per l'ambiente, ma si è già dai moderni sistemi di divulgazione allertati e informati sui pericoli per la salute, sui rischi climatici. Quella dell'adolescenza è una strana condizione che ha portato spesso a sottovalutare l'importanza di questa età nelle diverse forme della vita umana che si sono succedute nel tempo, differenziate nelle culture, nella processualità della vita e nel progresso delle conoscenze scientifiche. Il paradosso è che nonostante l'avanzare delle conoscenze, dell'allargarsi dei mezzi di comunicazione, nel nostro tempo, l'età adolescenziale è venuta all'attenzione come campanello d'allarme sociale in quanto spesso espressione di disagio, di disturbo e di devianza. Se tutto questo segnala come una società apparentemente individualista, ma nella sostanza generalista, crea un divario tra l'eccesso di input volti all'esaltazione delle prestazioni, della competizione e del successo a cui ognuna/o è sottoposto e la capacità di metabolizzarli o di selezionarli già nell'approssimarsi "dell'età della ragione", si capisce bene come un'età di transizione finisce per diventare la cartina di tornasole di un sistema che non rende e non fa sentire meno vulnerabili. Questa la cornice dell'itinerario che si vuole tracciare a partire da una risposta che sembra venire dalla ricerca scientifica quale la ricerca

genetica, per capire se quello che sembra poter svelare il grande mistero della vita, come il tracciamento della catena genetica, con la connessa possibilità, tra l'altro, di intervento in caso di malattie, errori e rischi possa assicurare un benessere maggiore a tutte/i e di conseguenza porre rimedio all'inquietudine di chi, come l'adolescente, deve districarsi tra percezione di sé, aspettative personali e attese sociali. È evidente che proprio la genetica che ha a oggetto il farsi di "una" vita-singola-lavora su dati in qualche modo originari e promette di assicurare un futuro migliore: un futuro anteriore che assume eventi, esperienze e dati come attuali e compiuti, anche se appartengono al futuro e rimangono incerti, visto che il futuro conserva ancora il significato di ciò che è da venire e che non è affatto certo e prevedibile, perché dipende dall'associarsi di fattori molteplici, primo tra tutti il contesto ambientale, sociale e culturale con cui ogni vita, e la stessa sequenza genetica, hanno a che fare. Certo, conoscere il futuro è sempre stato il grande sogno dell'uomo, soprattutto nei momenti di crisi, di rischio e la promessa di poter usare il futuro anteriore per parlare dell'evoluzione della vita può essere rassicurante per chi vuole o riesce a farsi rassicurare. Al tempo stesso, però, può diventare paralizzante, quando la previsione non predice oppure quando contiene quelle che possono essere considerate distonie, disabilità o anomalie, secondo categorie elaborate in una società – la stessa che promuove modelli produttivi e la ricerca genetica – che funziona secondo principi di ordine e sicurezza, esorcizzando disordine e incertezza, fantasticando, in tal modo, di ipotecare il futuro. Si vuole perciò lavorare non "contro" la genetica, ma soltanto misurarne la legittimità per un'ipoteca sul futuro, per un'età, quella dell'adolescenza, che si affaccia sul futuro, che cerca un itinerario di individuazione, in un mondo complesso e dinamico tra percezione di sé e riconoscimento sociale. bene chiarire sin dall'inizio che non si lavorerà certo per contestare il significato della ricerca genetica per la prevenzione e il trattamento di molte malattie le cui cause erano sconosciute o che potranno essere scoperte attraverso lo studio della genetica. Si cercherà, invece, di partire da una riflessione sui vissuti degli adolescenti e sulla possibilità che l'approccio oggettivante delle scienze possa cogliere *ab origine* un percorso complesso e articolato – in fieri – per poi capire fino a che punto l'orientamento sempre più tecnologico – volitivo – della ricerca genetica non possa comportare il rischio di programmare le vite, catalizzando per giunta risorse economiche che potrebbero essere utilizzate per la cura e impegnando la società a "istituire" più che costruire forme di vita aperte, dialoganti e solidali. Per raggiungere questo risultato, si utilizzerà l'esperienza realizzata con ragazzi delle scuole superiori. Essa è iniziata con la visione di tutti di un video in cui

la mappatura genetica viene utilizzata per mettere a fuoco le affinità tra soggetti di culture e aree diverse, attraverso le quali essi scoprono il darsi insieme e il crescere insieme di differenze, l'essere tutti fratelli al di là delle provenienze, delle storie e dell'esperienze. Sono state poi raccolte le reazioni di spettatori adulti e adolescenti raccolte attraverso i sogni: spazio ibrido tra reale e immaginario, ma significativo di un vissuto interiore che si appoggia a un materiale simbolico. Una sorta di scena costruita tra detto – esplicitato nel problema dibattuto – e non detto – sottofondo archetipico inconscio – per la narrazione di un vissuto: la famiglia, la casa come fonte di familiarità e sicurezza, il mare come apertura e avventura, la violenza e l'evento improvviso come pericolo. In fondo un riversarsi della vita nella riflessione, o sarebbe meglio dire un tutto inclusivo e aperto, una forma che riflette le diramazioni plurali dei viventi nel tempo della vita più che anticiparla orientandola a un senso unico.

2. Riflessioni sull'adolescenza

Essere adolescenti, da sempre, significa approcciare la vita con una domanda che potrebbe essere utilizzata proprio per sancire l'inizio della fase adolescenziale. Chi di noi non si è posto in maniera esplicita la domanda *chi sono io?* in quella fase della vita che segna la transizione tra infanzia e età adulta. Interrogativo che sorge molto prima dell'età adolescenziale, già dalle prime forme di percezione di sé nella rottura del più immediato rapporto simbiotico con la madre¹. Si è etichettata l'adolescenza come momento di crisi, età di disagio e di difficoltà, esasperando un dato fisiologico con la misura della maturità: essere adolescenti diventa allora un problema solo se il dato fisiologico rispecchia una condizione psicofisica legata al vissuto, ai modi con cui si guarda o si fissa un momento di un processo che abbraccia tutto il corso di “una” vita. Il fatto che il corpo cambi, che la maturazione sessuale si acceleri, che non ci si riconosca più per quello che si era fino a quel momento, il fatto che debbano essere ridefinite le modalità attraverso le quali si stabiliscono le relazioni e che ci si prepari a un futuro incerto, lasciandosi alle spalle le sicurezze date dal contesto socio-relazionale di appartenenza, perché considerate non più adatte alle nuove esigenze, non deve indurci nell'errore di rendere patologica l'esperienza fisiologica della transizione dall'infanzia all'età adulta. In realtà queste

1 J. Lacan, *Discorso sulla causalità psichica*, 1946, tr. it. in “*Scritti*”, Einaudi, Torino 1974, Vol. 1, pp. 180 e ss.

caratteristiche e le vicissitudini che le contraddistinguono fanno parte di tutte le fasi di passaggio della vita. Di questi cambiamenti i giovani fanno l'esperienza più diretta, per la condizione che li caratterizza, proprio perché la domanda "chi sono io" diventa cruciale, costitutiva dell'esperienza attesa. In questa fase della vita, non si può affatto rispondere a questa domanda basandosi su una risposta data da altri, quasi osservatori esterni/estranei. Rispondere in prima persona è diritto inalienabile dei giovani. La difficoltà fisiologica della transizione dall'infanzia all'età adulta richiede di farsi carico di un sovraccarico culturale specifico del nostro tempo, in cui le coordinate spazio-temporali si dilatano e le geometrie delle relazioni si modificano e si complicano. La risposta su "chi sono io" chiama in causa non solo chi ero e chi sarò, ma "chi sono" nei diversi momenti di un'esperienza in cui mi sento costantemente "differente". Nella molteplicità di momenti – chi sono io da questa mattina a questa sera, in tutti i momenti e in tutte le relazioni che attraverso nell'arco della giornata – resto lo "stesso" anche all'interno di ruoli diversi, dietro le maschere che indosso nei differenti momenti della giornata e nei plurali contesti che attraverso dagli spazi fisici, ai luoghi in cui abito e a quelli che scelgo di frequentare. Alla fine la mia identità è compatibile con la molteplicità di contesti e di vissuti? Da questo *status* sorge il bisogno profondo di ricostruire le coordinate quotidiane dell'esperienza. La transizione da una fase all'altra del ciclo di vita rende talvolta difficile districarsi tra le variegate dimensioni della realtà per l'eccesso di stimoli che disorientano in assenza di una bussola o per un non-sapere-ancora dove andare. I/le ragazzi/e interrogate/i continuamente dicono: possiamo essere persone diverse, apparentemente possiamo utilizzare tutte le possibilità che ci vengono offerte dall'esterno, ma nella realtà quotidiana scegliamo chi essere. Ma la scelta comporta accettare che qualcosa rimanga fuori dalla scelta, sacrificato o perso, pur essendo più di quello che si ha o si vive. Il fatto stesso che la vita, il corpo, le relazioni, cambiano, si trasformano, richiama continuamente il sentimento del limite della scelta. Scegliere una strada significa abbandonarne altre, un tipo di studi, un'amicizia o un amore, privilegiare un percorso, una scelta professionale, comporta escludere altre possibilità non compatibili con la scelta. La frammentazione, l'eccesso delle possibilità, la difficoltà di una risposta esaustiva e definitiva alla domanda *chi sono io* genera altri disagi e ulteriori sofferenze negli adolescenti. Si spiegano così bisogni di evasione e fuga dalla realtà degli adolescenti, quando la risposta diventa vincolo, scelta irrevocabile. Molte sono le risposte di tipo evasivo, il tentativo illusorio di tenere aperte tutte le possibilità sfuggendo ai compiti evolutivi, ma ci sono anche risposte che consistono nel chiudersi illusoriamente in una sola pos-

sibilità sulla spinta del forte bisogno di dare comunque una risposta. Allora si cerca l'identificazione con un gruppo, il più possibile ristretto, rinchiuso, circoscritto, che si identifica attraverso il conflitto con ogni "altro", individua un nemico sulla base di ideologie razziste e attiva comportamenti xenofobi. La società contemporanea purtroppo non pone alcuna attenzione su questo difficile passaggio all'età adulta. L'imputabilità della guida spericolata, dell'abuso di sostanze, dei comportamenti sessuali a rischio, di prove di coraggio, ecc. costituiscono una minaccia per la vita propria e di altri ma nei soggetti adolescenti testimoniano una condizione di disagio più che l'intenzione di delinquere. Spesso è espressione di una grande sofferenza, di vissuti di notevole solitudine, di smarrimento, di mancanza di confini, di difficoltà di scegliere, di scivolamento in un mondo di sogni, ispirando comportamenti che incrementano la vulnerabilità reale e percepita di questa età. Quando ci muoviamo su un campo così complesso entra in gioco sul piano simbolico la sensazione di illimitate possibilità a cui corrisponde una risposta illusoria che cerca la cifra di un'identità riconoscibile e rispettabile limitando il raggio di azione, come accade nella scelta di appartenenza a gruppi estremisti che nella discriminazione razzista riconoscono lo spazio per il soddisfacimento di un bisogno, nel tentativo di dare concretezza e confine alla realtà. Una scelta di appartenenza che rispondendo all'esigenza di ristabilire i confini della propria appartenenza cristallizza la flessibilità e la fluidità di questa età a un senso unico. Solo la capacità e il diritto di ridefinire di volta in volta i confini dello spazio e del tempo che ci permettono di esistere, di stare in relazione, di fare scelte a partire dalla propria esistenza e dalla propria esperienza.

Mai come in adolescenza i rapidi cambiamenti delle funzioni biologiche, cognitive, affettive e sociali appaiono tra loro così intimamente correlati per cui in questa età viene riconosciuta una condizione di particolare vulnerabilità: l'individuo si trova a dover mettere a punto nuovi modelli di reazione per affrontare situazioni di stress e a dover adattare modelli di comportamento atti a fronteggiare le incognite del cambiamento. Ogni identità prende corpo attraverso la progressiva elaborazione e organizzazione di modelli e criteri che si conserveranno nell'età adulta. La condizione di vulnerabilità è perciò più avvertita nell'adolescenza in quanto transizione e sperimentazione che conducono dall'elaborazione di stadi precedenti dello sviluppo – eventi dei primi tre anni di vita, fondamentali nelle relazioni tra individuo e mondo esterno – all'espressione di una specifica identità che entra come "prima persona" in quei rapporti vissuti inizialmente in maniera parzialmente passiva. A lungo, negli scritti di psicologia di impostazione psicoanalitica, ha prevalso la teoria secondo cui i

cambiamenti biologici producono inevitabilmente una crisi che genera un disturbo psichico con la comparsa di sintomi difficilmente differenziabili dagli esordi psicopatologici veri e propri. Solo più recentemente gli studi del settore hanno rivisto questo collegamento di causa-effetto tra adolescenza e gravi disturbi di personalità. Si è passati così dall'assolutizzazione dell'incidenza dei cambiamenti biologici a una considerazione più larga dell'interazione tra diversi fattori: intreccio di cambiamenti somatici, psicologici e sociali nel processo della vita mai prevedibile. I cambiamenti somatici possono comportare ad esempio nell'adolescente la sensazione di una mancanza di controllo del proprio corpo. Una crescita rapida piuttosto che lenta può accompagnare il giovane nella delicata transizione dalla fase dell'infanzia alla fase adulta – con ritmi ha diversi anche tra coetanei – generando il disagio per un senso di inadeguatezza. Così ad esempio il menarca può essere vissuto da una giovane adolescente sia come tappa gratificante della vita – conquista di un'identità femminile adulta – che come evento traumatico. I cambiamenti psicologici dipendono dal raggiungimento di obiettivi quali l'accettazione del corpo sessuato, il distacco dalle immagini genitoriali infantili, l'acquisizione del pensiero astratto in cui la costruzione dell'identità dipende da differenti e talvolta conflittuali itinerari di identificazione: un disagio che accentua la sensazione di vulnerabilità. Queste considerazioni generali sulla vulnerabilità in adolescenza permettono di entrare nel merito delle aspettative degli adolescenti rispetto alla conoscenza della catena genetica a cui sembra affidato e consegnato il destino e il futuro di un processo e di un percorso segnato dalla trasformazione piuttosto che dalle certezze. Se nell'adolescenza emerge con più forza la tensione tra la specifica identità esclusiva e il confronto con una sfera di relazioni che dalla famiglia si estende al contesto sociale, l'adolescente può sentirsi rassicurato da un sapere che si proietta nel suo futuro o, invece, esautorato dal diritto a decidere per sé. I genitori assegnano al momento della nascita alla/al figlia/o un posto, un nome, trasmettendo nell'infanzia i rudimenti per l'apprendimento del linguaggio e dei modi per comunicare con l'esterno attraverso un sistema di regole entro cui muoversi. Il nucleo familiare tuttavia si inserisce in un sistema di criteri e costumi socialmente acquisiti, facendo da cinghia di trasmissione di abitudini, comportamenti, valori passivamente e attivamente acquisiti e utilizzati. La domanda "chi sono io?" entra perciò in una serie di costellazioni disegnate dal senso comune, dal patrimonio di conoscenze acquisite, da fattori antropologici, da sistemi cognitivi e comportamentali da cui discende la collocazione di ciascuna/o nel mondo e il conseguente percorso di identificazione. In questo orizzonte si coniugano familiarità con il Sé in cammino e la sperimen-

tazione della propria differenza all'interno di un universo plurale: fattore di arricchimento o altrimenti di disciplinamento. Il diritto a parlare e ad agire in "prima persona" non rientra semplicemente e astrattamente nel campo giuridico, piuttosto "ciò che posso fare" discende da un universo simbolico che disegna l'immagine del mondo attingendo a normatività o norme naturalizzate, in qualche modo passivamente acquisite, che non si limitano a orientare, ma definiscono il punto d'arrivo, lo scopo di un percorso di fatto ancora in fase di sperimentazione. In questo contesto l'adolescente rappresenta la transizione, ma la determinazione dell'identità sessuale, culturale e sociale tende a rompere gli schemi attraverso la ribellione e la rivendicazione del diritto a decidere in proprio. Prendere distanza e posizione rispetto all'autorità della famiglia, alle convenzioni sociali assume il significato di una rivendicazione del diritto a un'esistenza originale e irripetibile. Da questo punto di vista la domanda sul "chi sono io" non permette una risposta univoca, nella misura in cui sperimentare la relazione all'interno dei contesti culturali dati porta in primo piano la dinamicità creativa dell'originaria domanda "chi sono io" in quanto desiderante, agente, vivente². La messa a punto di un itinerario difficile tra aspettative, proiezioni, desideri che prendono corpo per rifiuto o per assimilazione di modelli familiari, sociali, morali e politici. In definitiva non vi è gradazione o successione tra sfera sociale e sfera individuale, ma a valle – approccio e disposizione – e a monte – inserimento – la sfera sociale prefigura i modi dell'esistenza individuale e i limiti del suo riconoscimento. Il "chi sono" si traduce nel "come vivo" all'interno di una sfera sociale più o meno aperta e flessibile nell'interazione tra la vita degli individui e i codici che la regolano. La fase della transizione verso l'età adulta porta con sé un'embrionale consapevolezza di un passaggio irrevocabile a un'identità definita fisicamente e psicologicamente, che apre dubbi sul proprio posto nel mondo, sullo spazio garantito o da conquistare per mettere a frutto capacità e realizzare possibilità o, altrimenti, adattarsi alle condizioni geografiche, culturali, economiche, sociali in cui è dato vivere. Tutto questo introduce a due tipi di questioni che investono a valle e a monte – dal poter essere come poter fare al dover essere come dover fare – universi simbolici, conoscenze e istituzioni da cui dipende la percezione di un'adeguatezza o inadeguatezza, di certezza e di incertezza, di vulnerabilità o di invulnerabilità. Tutto quanto ha ripercussioni differenti sul piano relazionale nel caso di una società aperta o di una società chiusa, tollerante o intollerante. Nella costruzione di modelli cognitivi, antropologici e culturali la polarizzazione nelle coppie

2 H. Arendt, *Vita activa. La condizione umana*, 1958, tr. it, Bompiani, Milano 1989.

di concetti quali maschile/femminile, normale/patologico, capace/incapace è servita da misura per il riconoscimento sociale penetrando nell'immaginario e decidendo dell'autostima dei singoli. La fissazione di differenze costruite strumentalmente ma assunte come evidenze, presentate come naturali e neutrali incidono sulla possibilità di avere un'esperienza in prima persona nella misura in cui le certezze e l'ordine avvalorati dalle scienze, dalle istituzioni accrescono il senso di vulnerabilità, di rischio di chi non-sa o non-sa-ancora in quanto è ancora in cammino. Ha prevalso la codificazione di norme e di normalità all'interno di presunte conoscenze e di ideologiche promesse di un lavoro in vista del benessere atte a dare risposte a chi vuole scoprire e sapere entrando nel mondo adulto "chi è", come debba entrarvi, cosa deve sapere, come deve comportarsi per essere membro della comunità. Quando si parla di adolescenza si fa spesso riferimento ai riti di passaggio con cui nel tempo le diverse culture umane hanno consacrato a questi momenti specifici un significativo valore simbolico in cui la comunità tutta partecipava al riconoscimento del nuovo ingresso nella società adulta fornendo orientamenti sul da farsi per conquistarsi un posto in questo nuovo mondo³. Il progresso delle conoscenze ha progressivamente "desacralizzato" e neutralizzato questo sostrato simbolico, conservando tuttavia il valore di appartenenza nei legami parentali progressivamente assimilati in gruppi sempre più grandi e più fluidi. Nel momento in cui la società nel suo insieme si assume il compito di orientare la crescita in società sempre più larghe e complesse, decide le modalità della condizione adulta, della tipologia degli adulti, delle regole a cui sottostare in quanto adulti, dei linguaggi e dei comportamenti adeguati al buon funzionamento del mondo degli adulti. Tutto quanto implica e coinvolge i "modi" di codificazione della normalità della condizione "adulta" come garanzia di benessere e di riuscita sociale. Dietro questi ideali i fattori economici, sociali e politici – impliciti nel benessere e nella riuscita sociale – rimangono presupposti nascosti in e da quelle categorizzazioni presunte oggettive⁴. Rispetto a modelli ormai definiti arcaici oggi la scienza promette di restituire certezze sulla difesa della vita, sulla possibilità della prevenzione, della restituzione oggettiva del funzionamento di un organismo complesso quale il plesso psico-fisico, culturale di ogni esistenza. Un sogno quello della scienza che, pur avendo conseguito risultati rilevanti, continua a lavorare sulla previsione e prevenzione di anomalie, distorsioni a partire dall'unità

3 M.C. Nussbaum, *Coltivare l'umanità. I classici, il multiculturalismo, l'educazione contemporanea*, 1997, tr. it., Carocci, Roma 1999.

4 E. Goffman, *Stigma. L'identità negata*, 1963, tr. it. R. Giammanco, Ombre Corte, Verona 2003.

di misura dell'organismo sano in quanto normale e normato. In fin dei conti sulla pre-tesa conoscenza di ciò "che è" il discorso scientifico tralascia, o assume come automatismo, il "paradigma dell'umano"⁵ che coniuga e distribuisce nel tempo fattori in movimento, errori e successi, cadute e rinascite. Un intreccio generato tra dati osservabili, mezzi a disposizione dell'osservazione e "casi esemplari" in cui si produce la scena dell'umano più che dar corso all'osservazione e alla comprensione di quanto è generato come dato a partire dalle procedure e dall'angolo di visione dell'osservazione. Si usa sempre più spesso l'aggettivo "ecologico" per ricordare l'orizzonte più ampio e le interferenze sempre più numerose che solo permettono di cogliere il significato apparentemente immutabile delle parole del nostro linguaggio come se sapere vedere e saper dire restituissero una qualche verità sul mondo, sulla vita umana. Ma quello che dovrebbe indurre almeno alla prudenza metodologica senza scivolare nel relativismo, a un'ecologia della mente e della cultura sembra fare fatica a scrollarsi di dosso il modello costruttivo e produttivo, tecnologico della scienza moderna. La scienza soprattutto in campo medico in senso lato – salute del corpo e della psiche – si impegna-per e promette-di fornire strumenti sempre più precisi per rendere leggibile l'organismo, assicurando un futuro di salute e di benessere per tutti, appellandosi all'evidenza di leggi e sistemi che consentono di prevenire gli errori e di azzerare i rischi. Tuttavia mostra un sempre più forte interesse alla guarigione più che alla cura, assecondando modelli di efficienza e di produttività più vicini a una visione del mondo economica. Da questo punto di vista si è prodotta una significativa sintesi tra medicina ed etica, non proprio nell'angolatura riflessiva della bioetica, piuttosto nel sostegno reciproco tra sistemi di leggibilità offerti dalle scienze e modi di funzionamento indagati dall'etica funzionali a presentare certezze e assicurare griglie per un futuro della natura umana. La chiave di lettura quantitativa dei dati viene utilizzata tuttavia paradossalmente in chiave valutativa e predittiva – qualitativa – in discipline diverse come la medicina, l'economia, l'etica solo per fare qualche esempio, in cui ne va del paradigma dell'umano e alla fine del suo futuro. Il progresso delle scienze d'altra parte richiede l'investimento di sempre maggiori risorse, garantite solo dalla scelta di campi e modelli di indagini – si pensi all'inquietante alleanza tra ricerca scientifica e industria militare. L'interazione tra sistemi tra loro eterogenei e in movimento che hanno coinvolge la disponibilità e l'utilizzazione di competenze, per un progetto sull'umano: un

5 E. Morin, *Il paradigma perduto. Che cos'è la natura umana*, 1973, tr. it, Mimesis, Milano 2020.

gioco di scacchi in cui si programmano ruoli e si dispongono posizioni, certo non consapevole e senza cattive intenzioni, secondo le regole dettate da interessi economici, politici, da narcisismi personali. Alla fine, anche il sapere scientifico come ogni sapere umano non è neutrale, ma sempre condizionato dalle emergenze sociali e politiche e legato ideologicamente, economicamente, politicamente alla visione del mondo dominante. Con questo non si vuole ritornare all'oscurantismo, ma portare a emergenza un "impensato" della scienza – anche della genetica – non misterioso, nemmeno intenzionalmente nascosto, ascrivibile all'imprevisto e all'imprevedibile del corso di vite relazionali che interagiscono con l'ambiente, con l'organizzazione sociale e non da ultimo con le possibilità e le capacità di ciascuna/o al di là della cristallizzazione di criteri di salute e normalità. Si tratta di scelte che rispondono alle urgenze, animate dalla ricerca più che da verità inoppugnabili orientando il significato del vivere comune in direzione di una generalizzazione astratta o altrimenti verso il rispetto della pluralità e alla solidarietà come risorsa di un'umanità comune. Si comprende bene, a partire da tali considerazioni, quanto sia più complesso e problematico fornire la risposta alla domanda sull'identità oltre che sul versante personale, anche su quello culturale. Se per una situazione come quella adolescenziale di trapasso⁶, fisiologico, comportamentale e caratteriale ci si basa sulle uniche certezze fornite da una raccolta di dati indipendentemente dai vissuti, a loro volta catalogati sulla base di indici o curve evolutive in qualche modo e a loro volta generalizzabili, si rischia di privilegiare il calcolo alla visione d'insieme. Questo il motivo per cui tanto interesse e tanta attenzione richiede la fase adolescenziale che comporta il rischio di sottovalutazione o errore nella messa a punto di "scene", sequenze che semplificano più che assumere la complessità a cui la stessa scienza ha contribuito grazie alle conoscenze che permettono di entrare meglio nell'enigma della vita. Perciò gli adolescenti, "innocenti" dal punto di vista dei fatti, non sono "nudi" dal punto di vista dell'esperienza, offrono un osservatorio interessante per misurare il potere che la scienza può assumere nel condizionare o liberare in positivo o in negativo l'immaginario, l'esercizio delle capacità, l'espressione delle differenze. Rientrano in questo quadro di riflessione gli interrogativi etici sollevati dall'affascinante e complesso tema delle informazioni contenute nel genoma. Il problema che queste ricerche sollevano riguarda in primo luogo il rapporto tra l'indubbio

6 D.J Winnicott, *The Maturation Processes and the Facilitating Environment: Studies in the Theory of Emotional Development*, The Hogarth Press, 1965, *Sviluppo affettivo e ambiente*, tr. it. Armando Editore, Roma 1974.

progresso nelle conoscenze e l'uso di questi dati ai fini del governo della salute come bene disponibile per tutti i cittadini. Le nuove tecnologie genomiche consentono, infatti, di accedere all'intero corredo genetico di una persona, avviando in questo modo un vero e proprio processo rivoluzionario nel campo della medicina, producendo notevoli positive ricadute sul piano della salute umana. Le ricerche sul genoma consentono di prevedere l'insorgenza futura di patologie. In questo senso l'informazione promette e scommette sul futuro di prevenzione per il buon funzionamento dell'organismo prima che si interfacci con l'ambiente che lo circonda e ancor prima che sperimenti il decorso della propria vita. Questo incide sulla percezione del futuro di ciascuna/o indipendentemente dal contesto in cui vive, sia esso ambientale o sociale. Quando sul vissuto prevale una dimensione temporale astratta, o meglio un futuro anteriore rispetto alla vita concreta, il senso di vulnerabilità non viene meno. Alla fine ci si può sentire vulnerabili proprio in quanto identificati come differenti da modelli precostituiti o non riconosciuti, non-persone in quanto bisognosi, fragili. In quanto persona in diritto di una vita degna sebbene diversa da una "normalità" diagnostica da una sequenza genetica e interpretata secondo canoni restrittivi. Ampio è perciò il dibattito aperto sull'utilizzazione più che sulla validità delle informazioni genetiche. Si oscilla dalla preoccupazione che possano diventare fonte di discriminazioni, nel caso in cui, ad esempio, si venga a conoscenza di fattori genetici di rischio per la salute. Negare di fatto diritti alla persona sulla "sola" base della conoscenza del "suo" patrimonio genetico può spingersi fino a utilizzare lo screening per selezionare caratteri che sono esteticamente desiderabili, socialmente apprezzati (p. es., aspetto fisico, intelligenza, genere). Andando in questa direzione, nel futuro prossimo si potrebbe programmare la nascita di bambini geneticamente sani secondo la misura della "moda" del momento, o delle proiezioni e delle aspettative dei genitori sulla riuscita e il successo dei figli. In altri termini, come sostiene il biologo Edward Wilson "stiamo per abbandonare la selezione naturale, il processo che ci ha creato, per dirigere la nostra evoluzione attraverso la selezione volitiva, il processo di riprogettazione della nostra biologia e della natura umana come desideriamo"⁷, o ci stiamo dirigendo verso una medicina sempre più personalizzata grazie ai progressi scientifici e tecnologici della genomica? Gli strumenti digitali sono sempre più raffinati nell'identificare la base genetica delle malattie e di conseguenza questo si traduce nella possibilità della messa a punto più accurata di trat-

7 E. Wilson, *Consilience. The Unity of Knowledge*, Little, Brown and company, London 1998.

tamenti personalizzati. Per il prossimo 2030, il National Human Genome Research Institute ha come obiettivo l'integrazione diffusa della genomica in quasi tutti i settori della ricerca biomedica⁸, rendendo possibile la generazione e l'analisi di una sequenza completa del genoma umano in qualsiasi laboratorio di ricerca. Sarà resa nota la funzione biologica di ogni gene umano e la sequenza completa del genoma, se lo si desidera, sarà resa accessibile in modo "sicuro" e immediato sul proprio smartphone, esattamente come si possono effettuare ordini, pagamenti ecc. L'accessibilità dei dati facilita l'accesso a terapie efficaci per numerose malattie genetiche grazie attraverso modifiche genomiche. Ma proprio questa proiezione della genetica nel futuro possibile di intervento in vista di correzioni e modifiche coinvolge in maniera diretta le questioni etiche dal momento che, come anticipato da Edward Wilson, "l'evoluzione volitiva cambia radicalmente l'evoluzione umana come l'abbiamo conosciuta finora"⁹. Il futuro della natura umana si giocherà sulle decisioni circa l'orientamento da imprimere all'evoluzione lasciando sullo sfondo la complessità del paradigma dell'umano. Sono fin troppo evidenti gli aspetti positivi delle sperimentazioni sull'uomo che hanno portato a risultati importanti nel campo della salute umana attraverso l'identificazione di malattie genetiche, metaboliche, neurodegenerative come leucemia, emofilia, fibrosi cistica, Alzheimer, distrofia muscolare di Duchenne, per citarne solo alcune, per poterle negare in questa sede¹⁰. Ovviamente la possibilità, sia pure solo potenziale, di eliminare o quanto meno di curare efficacemente queste gravi malattie rappresenta una spinta sempre maggiore a procedere nella direzione già intrapresa dalla scienza. I costi della ricerca genetica impongono delle scelte e nelle scelte la distribuzione di possibilità per tutte/i di curarsi. Se il criterio è il benessere corrispondente a modelli di efficienza e di omologazione, intervenendo all'origine non saranno più necessarie la cura e le risorse per garantirla a tutti. La genomica invece assicurerebbe con le sue promesse di prevenire il dilemma e, con la prevenzione, di esonerare il sociale da scelte di investimento per la salute pubblica. La cura diffusa e condivisa nello spazio sociale, invece, può e deve affiancare l'impegno in vista della guarigione, offrendo protezione alle persone più fragili. Allora sarebbe da chiedersi eticamente se allocare le risorse in altro modo non

8 E. Green, (a cura di) *Strategic Vision for Improving Human Health at The Forefront of Genomics*, "Nature" 586 (7831), 2020, pp. 683-92.

9 E. Wilson, *op. cit.*, p. 305.

10 H. Li, *et al.*, *Applications of genome editing technology in the Targeted Therapy of Human Diseases: Mechanisms, Advances and Prospects*, in "Signal Transduction and Targeted Therapy", 5(1), (2020).

aiuterebbe a preservare la diversità e i percorsi di vita come forma dell'esperienza umana, se questo termine mantiene la valenza di un universale di tutte e tutti: paradigma dell'evoluzione certo non voluto e non scelto ma certamente più coerente con il significato più antico di etica come casa di tutti e di ciascuno in quanto abitata e condivisa senza restrizioni e selezioni, ospitale. Il tema rimane estremamente complesso oltre che stimolante, in quanto il dibattito sul genoma e la sua potenzialità presenta diverse sfaccettature. Da questo punto di vista è molto interessante un filmato, "The DNA Journey", che si apre con un quesito molto forte: "Would you dare to question who you really are?" sottoposto a persone di varie parti del mondo a cui si propone poi di intraprendere un viaggio attraverso il DNA. Le reazioni dei partecipanti che emergono dal filmato sono molto varie, ma tutte accomunate dalla curiosità per le informazioni e la speranza di possedere tutte le informazioni su di stessi e sul futuro già nel DNA. Una serie di annotazioni – "Cosa potrebbe dirmi che io non so già", "sei francese e anche i tuoi nonni lo sono", "sono 100% bengalese", "sono cubano", ecc. – precedono la rivelazione dei risultati. Hanno reagito in maniera sorprendente quando hanno constatato di avere perso le certezze, con cui hanno approcciato il test, sono state via via abbandonate. Nel leggere il proprio profilo hanno preso atto: "sono per il 32% britannica", "sono tedesco per il 5%", "sono per il 5% dell'Europa dell'Est? Sul serio". I loro volti esprimevano emozione per un vissuto di disorientamento, ma anche di grande commozione. La conclusione del video è una proposta particolarmente significativa "questo test dovrebbe essere obbligatorio" e con una provocazione: "Hai in comune con il mondo più di quanto immagini". Il video ha offerto un'ulteriore sollecitazione per la riflessione sul DNA che coinvolgesse studenti delle scuole superiori del nostro territorio in una dimensione esperienziale. I lavori¹¹ hanno avuto inizio con la proiezione del filmato e sono proseguiti con una sessione di Social Dreaming Matrix¹²: tecnica di lavoro ideata da Gordon Lawreice, socioanalista inglese, presso la Tavistock Clinic of London. L'autore parte dall'ipotesi che anche il sogno, come manifestazione inconscia, possa essere una chiave di lettura della realtà sociale e dei relativi vissuti.

11 La sessione di social dreaming è stata realizzata in occasione della giornata di riflessione, *Il DNA determina il nostro futuro? Riflessioni su etica e genoma*, svoltasi il 27 ottobre 2023, pensata e organizzata insieme ai proff. Chiara Mallozzi, Anita Mollo, Mario Nicodemi, Antonella Prisco, Luigi Maria Sicca, ai quali va il nostro ringraziamento.

12 W.G. Lawrence, P. Daniel, *Aventure in social dreaming*, Tavistock Documents, London 1982.

3. *Il Social dreaming*

Il Social Dreaming è un modo per trasformare il pensiero attingendo, attraverso i sogni, alla conoscenza implicata nella dimensione inconscia/infinita della mente. In questo senso, cioè focalizzandosi sul pensiero e la conoscenza della realtà e sulle condizioni che aumentano la tolleranza dell'angoscia generata dall'ignoto, il social dreaming affronta quello che Bollas¹³ ha chiamato in una intervista "il vero tabù della nostra epoca". Tutto il nostro ambiente organizzato può essere visto come frutto del pensiero dei singoli e dei gruppi che formano, appunto, il modo in cui percepiamo ed esploriamo la realtà attraverso il pensiero cosciente: pensiero che divide, che vede parti, che unisce, che coglie relazioni tra le parti, che stabilisce connessioni e che crea nuove forme di conoscenza. In quella forma primaria, inconscia di pensare che è il sognare, la nostra natura biologica e la nostra natura culturale e sociale entrano in risonanza, stimulate da emozioni che registrano l'impatto con l'ambiente. Pensare come sognare sono modi attraverso cui gli esseri umani sperimentano emotivamente le loro azioni mentre dormono, "il pensare come sognare e il pensare come conosciuto non pensato"¹⁴. Il conosciuto non pensato viene registrato nel nostro mondo interno come effetto di avvenimenti della vita. Quando successivamente l'essere umano si ritrova a vivere situazioni per certi versi simili alle precedenti esperienze, queste inevitabilmente evocheranno un ricordo dell'esperienza precedente, che era stata "dimenticata". Il social dreaming chiama in causa la mente inconscia, i processi attraverso i quali il pensiero onirico trapassa nel pensiero cosciente. Quando sogniamo dialoghiamo con la nostra mente inconscia, con l'infinito che non ha né forma, né categorie. La prima traduzione nel pensiero avviene nella narrazione del sogno: il modo in cui la psiche dell'individuo cerca di esplicitare la verità contenuta nell'esperienza del sognare. Quando più persone condividono sogni e associazioni anche questa verità acquisirà più dimensioni creando un multiverso di significati, aumentando le probabilità che un pensiero creativo, inatteso emerga dalle differenze. Il termine matrice, utilizzato da Gordon Lawrence, oltre a evocare la madre, richiama in maniera inequivocabile l'utero materno, il luogo dal quale si sviluppa la vita. Una volta condivisi e collegati tra loro, in modi inattesi, dal lavoro delle libere associazioni, i sogni creano una matrice nuova, un sogno di sogni capace di contenere, sia

13 C. Bollas, *L'ombra dell'oggetto. Psicoanalisi del conosciuto non pensato*, Borla, Roma 1989.

14 *Ibidem*.

pure in maniera provvisoria, quel multiverso di significati che la matrice ha contribuito a generare. La matrice rispecchia, nella vita diurna, i processi inconsci e l'infinito che danno luogo al sogno notturno. Durante una sessione di social dreaming i sognatori raccontano i loro sogni, i cui significati vengono ampliati e sviluppati attraverso libere associazioni, amplificazioni, e grazie al pensiero sistemico si dà voce ai pensieri generati nello spazio tra le menti degli individui che abitano un ambiente condiviso. Nell'identificare i pattern che collegano i vari sogni, il social dreaming svela la natura implicita del contesto nel quale i sognatori vivono, della società, facendo emergere la natura sociale del sognare. Il suo utilizzo consente di realizzare un'accurata analisi del clima di un evento, di una riunione, siano essi temporanei, come il caso di un convegno, o permanente, come nel caso di aziende o istituzioni. Attraverso tale tecnica, si può accedere alla conoscenza di quali siano i pensieri e le preoccupazioni del sistema cui appartengono le persone che partecipano alla matrice, favorendo lo sviluppo di connessioni e conversazioni "significative". Il social dreaming sposta l'attenzione sulla cultura e sulla conoscenza condivisa e ci conduce oltre le preoccupazioni personali, egoiche ed egocentriche. Esso mette in evidenza la qualità sistemica dei sogni, consentendo ai partecipanti di utilizzare l'esperienza sociale per elaborare un metodo basato su ipotesi di lavoro. L'obiettivo è quello di creare, nel corso della matrice, una catena di sogni, che, un po' come le informazioni contenute nel genoma, possono fornirci importanti dati sull'impatto emotivo. Nel caso in questione all'oggetto della nostra giornata di riflessioni sulla vulnerabilità. Lo host, colui che facilita il lavoro della matrice, ha la funzione di raccogliere, i sogni, le associazioni, le immagini, il pensiero del sistema, ri-organizzandolo, attraverso la ri-costruzione e la ri-organizzazione del flusso di pensiero che è emerso durante il lavoro. Lo host, in altri termini, mette in luce come sogni differenti possano avere punti in comune, evidenziando anche, talvolta, la sequenza del racconto dei sogni. Lo host, inoltre, ha la responsabilità di veicolare un messaggio, apparentemente chiaro e scontato, anche se non sempre chiaro all'inizio del lavoro: tutti i pensieri e tutti i punti di vista proposti consentono di conoscere il Sistema, creando quel multiverso di significati che produce e determina la trasformazione del pensiero della organizzazione in nuovi pensieri. Lo host può proporre delle linee guida che ritiene essere utili al proseguimento del lavoro nella matrice, sotto forma di ipotesi di lavoro, a partire da ciò che sta emergendo dall'incontro e con il contributo di tutti i partecipanti. Può, per questo, suggerire nuove ipotesi di lavoro che possano ri-mescolare il materiale emerso, al fine di trovare altri percorsi conoscitivi; può utilizzare i sogni in modo tale da

amplificare ciò che la matrice sta svelando ai partecipanti; può introdurre delle riflessioni che, ipoteticamente, facilitano il fluire del pensiero, ma non propone mai delle interpretazioni definitive, perché ciò potrebbe rallentare o addirittura bloccare il flusso di pensiero e la catena associativa spontanea del collettivo delle persone di cui, comunque, anch'egli è parte. Alla fine come suggerisce il termine lo host è ospite e ospitato che assicura lo spazio di accoglienza per voci diverse e dialoganti mobilitando dal basso le connessioni generate nell'intreccio tra inconscio e coscienza, tra sogno e pensiero nell'unitaria forma del pensiero che è il logos, letteralmente il raccogliere più che il selezionare. È stata proprio la versatilità del social dreaming che ci ha indotto a utilizzarlo successivamente alla proiezione del breve video che ha consentito di entrare immediatamente nel clima emotivo, attivato dalla discussione, che ha contrassegnato il corso dell'intera mattinata di lavoro. Film e sogni comunicano grazie alle immagini, le analogie tra film e sogni sono notevoli, secondo Federico Fellini, il film è il sogno di una mente in stato di veglia che aiuta a guardare meglio la realtà. Per Bernardo Bertolucci, il tempo dei film è molto vicino a quello dei sogni. Tanti altri registi affermano di essersi ispirati ai sogni quando hanno pensato a un film. Per lo psicoanalista Musatti, i sogni sono come i film: in entrambi i casi i messaggi sono trasmessi da immagini, si dimenticano e si modificano nella memoria perché tempo e spazio non corrispondono alla vita reale. D'altra parte la stessa sequenza del cinema, parola-immagine-parola, è presente anche nel sogno, dove la parola che nasce dall'immagine consente la verbalizzazione di esperienze preverbalì che diventano, in tal modo, pensabili. La visione di un film, con l'attivazione di movimenti di identificazione e proiezione, che ci fanno sentire protagonisti, insieme ai vari personaggi, apre nuove strade, nuovi scenari per comprendere aspetti emotivi e, il più delle volte inconsapevoli, del nostro rapporto con la realtà. L'idea di utilizzare e associare un video tematico al social dreaming ha cercato di facilitare il racconto dei sogni dei partecipanti presenti stessa sala, nello "spazio", dimensione sociale che accoglie il tempo vissuto nel sogno come nella veglia. Connessioni e relazioni rintracciano l'universalità dell'elemento creativo e trasformativo bloccato dal peso della quotidianità, controllata da immagini precostituite. Nell'associare lo stimolo del video al social dreaming, si vuole mantenere viva la capacità di pensare e di comunicare a vari livelli, senza pregiudizi, per consentire una lettura sociale, aprendo alla dimensione simbolica, evocativa delle immagini proiettate partendo dalla straordinaria capacità del cinema. D'altra parte i sogni, i film rispondono a un immaginario e parlano attraverso immagini in cui si condensano archetipi e tracce diurne: un "in-comune" che accoglie e libera emozioni e com-

mozioni. Per questo il social del dreaming trasporta nello spessore dell'immaginario, condividendo in altro modo con l'universo informatico termini chiave come host e matrice.

4. L'esperienza

Dopo aver condiviso con i partecipanti, le modalità con cui avremmo lavorato, abbiamo dato inizio alla sessione di social dreaming. Abbiamo dato loro le istruzioni per partecipare al nostro laboratorio. Subito dopo la consegna iniziale, realizzata dallo host, che consiste nel dare il benvenuto ai partecipanti invitandoli a raccontare i sogni che in quel momento vengono loro in mente. Inizia, così il racconto dei sogni, intervallati da libere associazioni. Sono circa 150 gli studenti e le studentesse delle ultime classi del liceo classico e del liceo socio sanitario della provincia di Napoli seduti insieme ad alcuni loro docenti che, a loro volta, hanno partecipato attivamente al laboratorio. Nessuno guarda specificamente qualcosa, ma tutti sembrano catalizzati dalle immagini dei sogni che ciascuno ripesca dalla propria mente, anche grazie all'attivazione evocata dal video. Nel nostro lavoro, particolare importanza riveste, come vedremo più avanti, il sogno di apertura della matrice al quale si susseguono, alternando sogni e libere associazioni offerti da studenti, studentesse e docenti. Sono stati condivisi dai partecipanti circa 27 sogni. Alcuni psicoanalisti che si sono occupati di gruppoanalisi, ritengono che i sogni forniscano importanti informazioni relative alle paure, speranze, agli ideali che caratterizzano l'ambiente sociale in cui vive la persona che sogna. Molti psicoanalisti italiani, Riolo¹⁵, Corrao¹⁶, Vallino Macciò¹⁷, Ferro¹⁸, Correale¹⁹, considerano il sogno come espressione di un dato "campo", ritenendo che il sogno acquisti significato quando collocato in tale situazione (o "campo"). Questa modalità di considerare il sogno è molto vicina alla prospettiva del Social Dreaming, per cui esso è una "speciale rappresentazione" del punto di vista del partecipante sul proprio contesto di vita e sulla propria appartenenza alla comunità. La matrice cui abbiamo partecipato

15 F. Riolo, *Sogno e teoria della conoscenza in psicoanalisi*, in "Rivista di Psicoanalisi", XXVIII, 3, 1982.

16 F. Corrao, *Il concetto di campo come modello teorico*, 1986, in "Orme Vol. II", Cortina editore, Milano 1998.

17 M. Vallino, *Atmosfera emotiva e affetti*, "Rivista di Psicoanalisi", XXXVIII, 3, 1992.

18 A. Ferro, *Sessualità e aggressività. Vettori relazionali e narrazioni*, in A. Ferro, *Nella stanza di analisi*, Cortina Editore, Milano 1996.

19 A. Correale (a cura di) *Borderline. Lo sfondo psichico naturale*, Borla, Roma 2001.

ha mostrato un andamento molto peculiare. Infatti, leggendo la sequenza dei sogni così come sono stati raccontati, è emersa la sensazione di attraversare sentimenti contrastanti di incertezza e preoccupazione, tipici di situazioni ignote per poi focalizzare via via, attraversando l'ambivalenza, sempre più il tema oggetto dell'incontro "Il DNA determina il nostro futuro? Riflessioni su etica e genoma", per poter individuare, dopo aver attraversato gli aspetti negativi, quelli positivi. La matrice si apre con un sogno che fa riferimento al passato "Sogno spesso di tornare alla vecchia casa. Rivedo una stanza con colori. Ritrovo il vecchio marito accogliente. Ritorno a casa in questo luogo lasciato. Provo una sensazione molto piacevole. Soprattutto essere accolta dal marito". Temi comuni e accomunanti si sono manifestati con notevole forza. La vecchia casa nella quale si ritrova il marito che accoglie, sembra evidenziare la necessità di tenersi stretti e al sicuro nel passato. Un passato nel quale non si aveva ancora accesso alle informazioni del genoma, aggiungerà un partecipante nel corso della riflessione successiva alla matrice e forse nonostante questo più rassicurante. Un'altra partecipante condivide il suo sogno incentrato attorno a una possibile diagnosi di autismo della nipotina, "Ho sognato la mia pronipote. Una bambina di 8 anni, da segnali non forti ma di autismo. Sono preoccupata. La bambina vive in Lombardia, è ribelle. Si oppone alla famiglia. Ho sognato che è scappata all'esterno. La trovo e ho una sensazione di sollievo", al quale segue il sogno che racconta dell'eruzione del Vesuvio, "Sogno da piccolo. Vesuvio, paura di eruzione. Allagamenti. Mi rifugio su una zattera. Su lava o fiume in piena. Il sogno non ha fine. Ero lì con il timore che tutto potesse essere sommerso. Ambientato dove vivevo da piccolo nella vecchia casa tranquilla", al sogno ambientato anch'esso nella vecchia casa tranquilla di bambino, i presenti, collegano il timore di distruzione delle proprie certezze. Segue il sogno/incubo, del corpo deforme, "Sogno un tronco senza arti e senza testa" associato all'immagine del feto malformato. Prevalgono, nella prima parte della matrice sentimenti di smarrimento e insicurezza, l'incertezza dell'ignoto sembra produrre sentimenti di impotenza e blocco, gambe rigide, immobilizzate, il correre senza arrivare in tempo, persone che ne inseguono altre che non riescono a muoversi, sensazione di non poter gridare: blocco e impotenza fisica. Osservando l'andamento della matrice appare particolarmente significativa l'alternanza di sogni in cui l'impotenza evoca la difficoltà nell'affrontare i dilemmi della vita. "Sogno il figlio del mio ex marito. Sono stupita di vederlo perché ho difficoltà di relazione. Poi c'è il mare trasparente, ci sono difficoltà, il mare è attraversato da piccoli pesciolini che non mi addentavano. Potevano farsi del male attaccandosi", probabilmente, riflettono i dilemmi generati dal video sul genoma. E poi arrivano i sogni in cui è presente il mare, in tempesta, limpido, con piccoli pesciolini/pensieri, che a contatto con l'aria/realtà, si irri-

gidiscono “Mare trasparente, come se all’interno di una caverna, delimitata da rocce, quando mi immergo vedo piccoli pesciolini che al contatto con l’aria si induriscono” fino a diventare, nell’ultimo sogno, delfini... “Percorro la strada con mio padre. Eravamo vicini. Mare azzurro con delfini. Sensazione di pace e serenità. Vicinanza a lui. Delfini che saltavano. Piacere del mare”. I delfini che saltano, rimandando una sensazione positiva, un po’ come a evidenziare che i pesciolini/pensieri paralizzati, si sono evoluti e definiti. Le emozioni contrastanti e ambivalenti di curiosità e scetticismo presenti all’inizio del video, hanno lasciato il posto a sentimenti di maggiore accettazione dell’ignoto, per chiudersi con un messaggio molto forte, “Hai in comune con il mondo più di quanto immagini”.

5. Considerazioni conclusive

Alla fine a evolversi è la matrice che genera una sintesi per certi versi ossimorica e paradossale tra la sfumatura rassicurante presenti nei residui onirici del passato e la luce dei colori del mare come liberazione e rigenerazione, abbandono fiducioso a un infinito non governabile. Tutto questo da un sogno all’altro, nel sogno accanto al sogno in cui non ci sono altre certezze che la ricchezza della vita – certo traducibile e tradotta nella sequenza del DNA – ma a rischio di amputabilità e privazione quando e se viene surrogata in una sequenza che risparmia o forse economizza sulla potenzialità inventiva dell’errore, dell’irregolarità e perché no su quella capacità che ha solo l’arte e l’immaginario di prevedere e rendere visibile l’invisibile. Come lo stesso Gordon Lawrence sostiene “la matrice è un oggetto transizionale. Tutti i partecipanti giungono a considerarla uno spazio sicuro e condiviso al di fuori di quello individuale per l’esplorazione del sogno”. Oltre che per l’esplorazione del sogno, nei tempi attuali dove vacillano le sicurezze che stanno alla base del benessere, dell’essere, quel contenitore sicuro descritto da Lawrence diventa una risorsa importante per ampliare i confini del pensiero per generare pensieri nuovi.

Bibliografia

- Arendt H., *Vita activa. La condizione umana*, 1958, tr. it Milano Bompiani 1989.
Bollas C., *L’ombra dell’oggetto*. Psicoanalisi del conosciuto non pensato. Roma, Borla, 1989.
Corrao, F., *Il concetto di campo come modello teorico*, 1986, in “*Orme Vol. II*” Cortina editore, Milano, 1998.
Correale A., (a cura di) *Borderline. Lo sfondo psichico naturale* Borla, Roma, 2001.

- Ferro A., *Sessualità e aggressività. Vettori relazionali e narrazioni*. In Ferro, A. *Nella stanza di analisi*. Cortina Editore, Milano, 1996.
- Goffman, E. (1963). *Stigma. L'identità negata*, 1963, tr. it. Roberto Giammanco, Verona: Ombre Corte, 200.
- Green E, (a cura di) *Strategic Vision for Improving Human Health at The Forefront of Genomics*; Nature 586 (7831): pp. 683 – 92, 2020.
- Lacan J., *Discorso sulla causalità psichica*, 1946, tr. it. in “*Scritti*”, Einaudi Torino, Vol. 1, pp. 180 e ss., 1974.
- Lawrence, W.G. (a cura di), *Social Dreaming. La funzione sociale del sogno*. Roma: Borla, 2001.
- Lawrence, W.G. (2001a). Lezione Romana (14 novembre 2001). Presentato alla Facoltà di Psicologia I° dell'Università “La Sapienza” di Roma. <http://www.funzionegamma.edu/site/shome.htm>
- Lawrence, W.G. Prologue. In Lawrence, W.G. (Ed.), *Social Dreaming at Work*. London: Karnak Books 1998 [tr. it. Prefazione. In Lawrence, W.G. (a cura di). *Social Dreaming. La funzione sociale del sogno*. Borla, Roma 2001.
- Lawrence, W.G., 1998a, *Won from the void and formless infinite: experiences of social Dreaming*. In Lawrence, W.G., “*Social Dreaming at Work*”. London, Karnak Book. [tr. it. “*Won from the void and formless infinite*”: esperienze del sogno sociale. In Lawrence, W.G. (a cura di). *Social Dreaming. La funzione sociale del sogno*. Borla, Roma 2001.
- Lawrence, W.G., 1998b, *Social Dreaming as a tool of consultancy and action research*. In Lawrence, W.G. (edt). “*Social Dreaming at Work*”. London, Karnak Book. [tr. it. *Il sogno sociale come strumento di consulenza e ricerca di intervento*. In Lawrence, W.G. (a cura di). *Social Dreaming. La funzione sociale del sogno*. Borla, Roma 2001.
- Lawrence, W.G., Daniel, P., 1982, *Aventure in social dreaming*. London: Tavistock Documents
- Li, H. et al., (2020). *Applications of genome editing technology in the Targeted Therapy of Human Diseases: Mechanisms, Advances and Prospects*. Signal Transduction and Targeted Therapy 5(1).
- Riolo, F., *ogno e teoria della conoscenza in psicoanalisi*. *Rivista di Psicoanalisi*. XXVIII, 3, 1982.
- Momondo. The DNA Journey. Let's Open Our World <https://www.youtube.com/watch?v=tyaEQEmt5ls&t=273s>
- Morin E. *Il paradigma perduto. Che cos'è la natura umana*, 1973, tr. it Mimesis Milano. 2020.
- Nussbaum M.C., 1997, *Coltivare l'umanità. I classici, il multiculturalismo, l'educazione contemporanea*, tr. it. Carocci Roma 1999.
- Vallino Macciò, M, *Atmosfera emotiva e affetti*, *Rivista di Psicoanalisi*. XXXVIII, 3, 1992.
- Wilson, E., *Consilience. The Unity of Knowledge*. London: Little, Brown and company, 1998.
- Winnicott D.J. (1965) *Sviluppo affettivo e ambiente* tr. it. Armando Editore 1974.

LUCILLA GATT, ILARIA AMELIA CAGGIANO,
MARIA CRISTINA GAETA, PAOLA GRIMALDI,
ANNA ANITA MOLLO, LIVIA AULINO
**VULNERABILITÀ TECNOLOGICA:
UNA PROSPETTIVA DI DIRITTO PRIVATO**

SOMMARIO: Introduzione – Sezione I – Neurotecnologie – 1. Tutela delle vulnerabilità derivanti dall'utilizzo delle neurotecnologie – 1.1. La lettura di alcune Carte internazionali ed europee sulla tutela dei diritti fondamentali della persona, anche in relazione alla sfera mentale – 1.2. Dalla sicurezza dei prodotti alla valutazione e gestione del rischio nell'approccio Europeo – 1.3. Le scelte dei legislatori nazionali, anche nel contesto extraeuropeo:

tra “vecchi” e “nuovi” di rilevanza costituzionale. – 2. Il ponte tra i diritti e i neurodiritti – 2.1. Autodeterminazione e neurodiritti – 2.2. Privacy e neurodiritti – 3. Casi di studio – 3.1. Diritto alla comunicazione neurale con i dispositivi di Speech Brain Computer Interface – 3.2. Il Neuromarketing attraverso le tecnologie di Brain Computer Interface e il consumatore vulnerabile – Sezione II – Embrioni e gene-editing – 1. Introduzione – 2. Lo statuto dell'embrione umano – 2.1 (Segue) Il parere del CNB – 3. Nuove tecnologie riproduttive (NTR) e gene-editing – Sezione III – Organoidi – 1. La frontiera degli organoidi cerebrali – Conclusioni

*Introduzione*¹

Per “soggetti vulnerabili” si intendono tutte le persone che agiscono in un ambiente tecnologico, dove sono maggiormente esposti al rischio di danni in ragione di una “vulnerabilità” che può sussistere per diversi motivi (minore età, asimmetria del potere contrattuale o asimmetria informativa).

Il suo ambito semantico comprende tutti gli esseri viventi – dall'uomo agli animali o alle piante (sebbene questo aspetto non sia considerato in questo documento) – quando operano in contesti in cui altri attori sono più potenti per vari motivi: sociali, economici o culturali, forza fisica e, ultimo ma non meno importante, *gap* tecnologico.

1 L'autrice dell'introduzione è la Prof.ssa Lucilla Gatt.

Si intende includere in questa ampia categoria anche gli embrioni umani, esposti al rischio di danni in quanto incapaci di agire e creati ab origine in un ambiente tecnologico².

Il punto cruciale sta nella determinazione di un concetto di vulnerabilità che non è legato a specifiche disabilità fisiche o psicologiche ma si identifica nel rapporto tra la persona fisica e l'ambiente tecnologico in cui opera³.

Sul punto si ricordi che l'Unione Europea si fonda sui valori della dignità umana, dell'uguaglianza, del rispetto dei diritti umani e intende promuovere i progressi scientifici e tecnologici tutelando anche i soggetti vulnerabili.

In questa prospettiva sono stati pubblicati numerosi atti di *hard law* e *soft law* e molteplici decisioni giurisprudenziali, a livello nazionale e sovranazionale, al fine di garantire la tutela dell'essere umano – compresi gli embrioni o le nuove forme di vita create in laboratorio – in relazione alla lo sviluppo di nuove tecnologie. Allo stesso modo, numerose sono le proposte di atti legislativi volti a regolamentare l'uso dell'intelligenza artificiale, nonché lo sviluppo di toolkit di valutazione sul livello di conformità etica della stessa⁴.

La necessità di una legislazione che tuteli l'essere umano in quanto tale (e non solo ma soprattutto nella sua condizione di minore, anziano, disabile) è dunque indispensabile in una prospettiva di equilibrato sviluppo delle tecnologie in tutte le possibili direzioni.

- 2 Lo studio di tali temi da parte dell'autrice, si è sviluppato all'interno della Cattedra Jean Monnet in Diritto Europeo della Protezione delle Persone con le Nuove Tecnologie (PROTECH), creata presso l'Università degli Studi di Napoli Suor Orsola Benincasa (Dipartimento di Scienze Giuridiche). Il nome proposto per la Cattedra intende creare una nuova etichetta per evidenziare l'approccio protettivo nel diritto europeo, regolando il rapporto tra individui e tecnologie, poiché il rapporto con le tecnologie potrebbe metterli in una posizione di vulnerabilità anche se non presentano disabilità. L'attività didattica e di ricerca della Cattedra nel triennio accademico 2019-2022 è stata articolata in tre moduli, uno per anno.
- 3 L. Gatt, *The vulnerability of the human being in a technological environment: the need for protective regulation*, in Gatt L. (edited by), *Social networks and multimedia habitats, Jean Monnet Chair PROTECH, "European Protection Law of Individuals in Relation to New Technologies"* 1st International Workshop A.Y. 2019-2020, Abstract Book, in ReCEPL Series, vol.2, Suor Orsola University Press, Napoli, 2021.
- 4 L. Gatt, *From Human Being to Cyborg: the new era of law research*, in L. Gatt, Gaeta M.C., Aulino L. (a cura di), *From human being to cyborg national cases on human embryos and the EU Court of justice: from artificial procreation to human enhancement in the era of transhumanism. Jean Monnet Chair PROTECH, "European Protection Law of Individuals in Relation to New Technologies"* 3rd International Workshop A.Y. 2021-2022, Abstract Book, in ReCEPL Series, vol.5, Suor Orsola University Press, Napoli, 2023

La normativa di protezione emanata dall'unione europea a partire dagli anni '90 con le norme a tutela del consumatore, passando poi per il GDPR e giungendo al Regolamento sull'Intelligenza Artificiale (Reg. 2024/1689/UE), al nuovo regolamento sulla responsabilità del produttore (Reg. 2024/2853/UE) nonché alla proposta di direttiva sulla responsabilità per danni da Intelligenza Artificiale, sebbene recentemente ritirata (Proposta di Dir. del 28.9.2022 COM(2022) 496 final), afferma, quindi, un nuovo concetto di vulnerabilità non legato ai deficit fisiologico-cognitivi dell'essere umano ma alla sua stessa condizione di uomo operante in un ambiente digitale.

Sempre nell'ambito delle vulnerabilità, poi, è stato coniato il termine "neurodiritti" ("*Neurorights*"), utilizzato per la prima volta tra il 2015 e il 2017⁵ per descrivere la categoria emergente di quei diritti umani fondamentali legati alla sfera mentale e neurocognitiva. In particolare, le dimensioni giuridiche sui diritti umani neurali che sono state inizialmente delineate sono quattro, poi ulteriormente elaborate e categorizzate: libertà cognitiva, *privacy* mentale, integrità mentale e continuità psicologica⁶.

I neurodiritti sono stati più volte definiti come nuovi diritti⁷, tuttavia, dal punto di vista della regolamentazione, i neurodiritti potrebbero essere già disciplinati nelle Carte fondamentali esistenti e nelle normative europee e nazionali. Il quadro normativo cogente, infatti, sembrerebbe fornire già le risposte necessarie alle questioni di tutela e prevenzione della mente umana. Infatti, molti dei diritti già opportunamente previsti, sono potenzialmente rilevanti e applicabili anche in relazione all'uso delle neurotecnologie.

Assumendo una prospettiva storica con al centro l'Europa e i Paesi limitrofi, si può notare come queste conclusioni, sebbene attualmente siano (apparentemente) condivise avendo riguardo alle carte occidentali nazionali e internazionali sui diritti fondamentali, non sempre sono state applicate nella pratica economica e giuridica.

In altre parole, da un tempo relativamente breve è penetrata nella cultura occidentale l'idea che l'essere detentori di una maggiore forza fisica,

5 M. Ienca, R. Andorno, *Towards New Human Rights in the Age of Neuroscience and Neurotechnology*, in "Scienze della vita, società e politica" XIII, 2017, pp. 1 ss.; M. Ienca, *Common Human Rights Challenges Raised by Different Applications of Neurotechnologies in the Biomedical Field*, rapporto commissionato dal Comitato di Bioetica del Consiglio d'Europa, ottobre 2021.

6 M. Ienca, *On Neurorights*, in "Frontiers in Human Neuroscience" XV, 2021, pp. 6 ss.

7 cfr. M. Ienca, R. Andorno, *Towards New Human Rights in the Age of Neuroscience and Neurotechnology*, cit.

intellettuale, culturale ed economica non autorizzi comportamenti di oppressione di varia natura su chi o cosa non può reagire con uguale forza, importanza ed intensità.

Al contrario, la posizione di maggiore forza si traduce in una maggiore responsabilità verso chi o cosa si trova in una posizione diversa. Questa tendenza può essere vista nelle politiche europee e non solo europee del *green deal* e dell'intelligenza artificiale centrata sull'uomo.

Ciò attesta un'evoluzione nella cultura europea del concetto di vulnerabilità intesa come passaggio dell'entità vulnerabile (vale a dire: più debole) da oggetto di oppressione a soggetto da proteggere.

In questa rinnovata prospettiva gli strumenti che possono essere utilizzati per contrastare l'abuso e per proteggere il soggetto vulnerabile dall'abuso sono di natura preventiva o repressiva. In entrambi i casi entra in gioco la legge, cioè un apparato normativo cogente con adeguate prescrizioni e strumenti correttivi. Queste norme rendono illegali i comportamenti abusivi a danno dei soggetti vulnerabili, comportamenti che altrimenti sarebbero *solo* eticamente inaccettabili (ingiusti, appunto).

Assumendo questa visione delle cose, la relazione tra essere umano e ambiente digitale, includendo anche soggetti quali gli embrioni appare di strutturale vulnerabilità. È questo uno degli ambiti in cui si è sviluppato il rapporto di vulnerabilità, inteso come rapporto di fragilità di un soggetto rispetto ad un altro: (es. consumatore persona fisica, da un lato, piattaforme – *e-commerce* o *social-network* – dall'altro). Rispetto a questa relazione, l'età minore o l'analfabetismo informatico o la singola disabilità non sono causa di vulnerabilità ma possono rappresentare un'aggravante.

È possibile identificare la sussistenza di una fattispecie di “vulnerabilità relazionale” seguendo le seguenti fasi:

a) mappare e analizzare con metodo multidisciplinare i casi più evidenti di vulnerabilità ovvero “differenze di posizione” nei vari settori quali, ad esempio, le violazioni dei diritti umani nei governi dittatoriali; l'occupazione forzata di territori; clausole abusive nel diritto contrattuale dei consumatori; l'abuso di potere nelle relazioni pubbliche e private; la determinazione della volontà altrui attraverso l'uso non dichiarato e non autorizzato di strumenti tecno-logici; il trattamento abusivo di dati personali e simili.

b) estrapolare le debolezze ricorrenti da questi scenari.

Considerando ogni elemento di debolezza come un valore da proteggere, possiamo evidenziare i valori da includere nei quadri normativi obbligatori per garantire che la protezione dalle vulnerabilità sia garantita a livello macro.

Nell'*habitat* tecnologico (ad esempio: piattaforme di *e-commerce*) un soggetto può agire in un contesto non familiare che può essere conosciuto o semplicemente più comodo o familiare ad altri per vari motivi (*digital divide*, minore/anzianità, asimmetria della contrattazione o informazione potenza). Ma in questa ampia categoria di soggetti vulnerabili includiamo anche gli embrioni umani, che sono un esempio cruciale di esposizione al rischio di danno (alias *vulnerabilità*) perché non agiscono ma vengono creati *ab origine* in un ambiente tecnologico e altamente manipolato senza il loro consenso.

In definitiva, tra gli *habitat* digitali i soggetti qualificabili come più vulnerabili si configurano:

- gli interessati del trattamento dei dati personali con particolare riguardo ai Minori e agli Anziani;
- i consumatori con particolare riguardo ai Minori e agli Anziani;
- gli embrioni, bambini non nati, nuove forme di vita create in laboratorio.

È necessario evidenziare o, meglio, promuovere un approccio protettivo nella legislazione nazionale e internazionale esistente (protezione dei dati, protezione del consumatore, protezione dell'embrione e delle forme di vita umanoidi), che regola il rapporto tra individui e tecnologie.

Preso atto della vulnerabilità ontologica dell'essere umano – in generale – rispetto alle tecnologie digitali, va sottolineato che il diritto da solo non è sufficiente a conciliare gli interessi in gioco e a raggiungere obiettivi di effettiva tutela.

Le regole devono esprimere un indirizzo, scegliendo di tutelare la debolezza come valore ma devono anche predisporre strumenti concreti per rendere effettiva la tutela preventiva e successiva di tale debolezza.

Tra questi, uno strumento molto valido è quello dello Spazio Etico che si traduce in una struttura di varia natura, adattabile al contesto in cui è chiamata ad operare⁸.

Lo spazio digitale in cui si svolgono attività di vario genere deve essere costruito e progettato per compensare questa disparità di posizioni (ad esempio: la formazione digitale richiede strumenti adeguati e pari accessibilità agli stessi nonché risorse umane dedicate alla formazione e il supporto necessario).

Questo principio di organizzazione e strutturazione dello spazio fisico e digitale secondo la massima fruibilità, accessibilità ed effettiva utilità per il

8 T. Bartolini, *Lo spazio etico nella dimensione giuridica. Intervista a Lucilla Gatt*, in <https://www.noidonne.org/articoli/lo-spazio-etico-nella-dimensione-giuridica-intervista-a-lucilla-gatt.php>, 2022.

soggetto debole è valido anche nel rapporto tra consumatore e imprenditore e, soprattutto, tra cittadino e Stato.

Si pensi al tema dell'identità digitale necessaria per accedere a molti se non a tutti i servizi pubblici. Anche questo rapporto tra persona fisica e soggetto pubblico richiede l'adozione e la costruzione di spazi etici (es. postazioni di intermediazione con risorse umane dedicate; *chat* con operatori umani; informazioni chiare e trasparenti; comportamento leale da parte della pubblica amministrazione)⁹. La fruizione consapevole dei luoghi, degli spazi reali e virtuali insieme al coinvolgimento di risorse umane preparate a garantire rappresenta la vera sfida per una reale transizione al digitale per tutti coloro che si trovano in una posizione di vulnerabilità.

Sezione I – Neurotecnologie

1. Tutela delle vulnerabilità derivanti dall'utilizzo delle neurotecnologie¹⁰

1.1. *La lettura di alcune Carte internazionali ed europee sulla tutela dei diritti fondamentali della persona, anche in relazione alla sfera mentale*

Come innanzi detto, ad una attenta lettura di alcuni principi fondamentali contenuti in Carte internazionali ed europee, ampia appare essere la tutela della persona anche in relazione alla sua sfera più intima, quale la mente e la relativa attività.

Sul punto, si consideri che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea si fonda sui valori della dignità umana, della libertà e dell'uguaglianza (art. 1) e stabilisce che ogni individuo ha diritto al rispetto della propria integrità, non solo fisica ma anche psichica (art. 3). Stabilisce inoltre il divieto di ogni forma di discriminazione (art. 21) nonché il diritto delle persone con disabilità alla propria autonomia ed inserimento sociale (art. 26).

Allo stesso modo, il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea combatte le discriminazioni basate sulla disabilità (art. 10).

Passando dal contesto europeo a quello internazionale, di fondamentale importanza è la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone

9 L. Battaglia, L. Gatt, A. Morresi, P. Grimaldi, *Spazi Etici per i minori*, in "Familia", 6, 2021, pp. 933-944.

10 L'autrice dei sottoparagrafi 1.1. e 1.3 è la Dott.ssa Anna Anita Mollo, mentre l'autrice del sottoparagrafo 1.2. è la Dott.ssa Maria Cristina Gaeta.

con disabilità – che costituisce il primo strumento internazionale, giuridicamente vincolante, contenente *standard* minimi per i diritti delle persone con disabilità – i cui principi ispiratori sono quelli di autonomia, uguaglianza e non discriminazione delle persone con disabilità, che si riflettono in primo luogo nella libertà di poter compiere le proprie scelte in maniera autonoma (art. 3 lett. A). Più nello specifico, per quanto qui di interesse, l'art. 17, rubricato

“Protezione dell'integrità della persona”, stabilisce che “Ogni persona con disabilità ha diritto al rispetto della propria integrità fisica e mentale su base di uguaglianza con gli altri”. Ancora una volta, la tutela della persona, anche in relazione alla sua sfera mentale, che viene posta al centro dell'attenzione e degli obblighi assunti dagli Stati firmatari, tra cui vi è anche l'Italia che ha ratificato la Convenzione in parola con legge ordinaria del 3 marzo 2009, n. 18.

Da ultimo, sempre in ambito internazionale si consideri la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo che sancisce il rispetto della vita privata (art. 8); il Patto internazionale sui diritti civili e politici che esprime il diritto alla libertà e alla sicurezza della persona (art. 9) e il diritto alla privacy (art. 17).

Dalla rapida analisi condotta, sempre emergere con sufficiente chiarezza che i principi già cristallizzati in testi normativi a carattere sovranazionali sono, in quanto tali, abbastanza ampi da ricomprendere anche le nuove fattispecie connesse all'utilizzo di dispositivi neurotecnologici (es. interfacce di *Brain Computer Interface*) che sono in grado di registrare e misurare l'attività cerebrale dell'utilizzatore. Per quanto i rischi ad essi connessi sono rilevanti e non certamente da sottovalutare rispetto all'integrità della persona, una corretta lettura di alcune norme già esistenti, come si cercherà di dimostrare anche nel prosieguo del presente scritto, può garantire idonea tutela senza richiedere l'introduzione di “nuovi” diritti soggettivi relativi alla sfera mentale, ovvero “neurodiritti”.

1.2. Dalla sicurezza dei prodotti alla valutazione e gestione del rischio nell'approccio Europeo

Le neurotecnologie, essendo prodotti, rientrano nell'ambito di regolamentazione dalla normativa esistente a livello europeo e nazionale sulla tutela del consumatore, incentrata sulla sicurezza dei prodotti. Con il passare degli anni, le mutate esigenze di tutela degli individui in relazione allo sviluppo e utilizzo delle nuove tecnologie, ha richiesto la previsione di una nuova e più severa regolamentazione che, partendo dal concetto di

“sicurezza” dei prodotti, giunge a quello di “rischio”, e si basa sulla valutazione dell’impatto del rischio (*risk impact assessment*) e sulla gestione del rischio (*risk management*) dei prodotti tecnologici, anche dotati di intelligenza artificiale (IA), proprio al fine di ridurne i rischi per gli esseri umani.

Già con la vecchia Direttiva 85/374/CEE (attualmente abrogata dalla Direttiva 2024/2853/UE), i prodotti (anche prodotti intelligenti) devono rispettare i requisiti e gli standard di sicurezza esistenti. La Commissione Europea, poi, ha elaborato un *framework* di riferimento sempre più accurato che include anche la sicurezza dei prodotti di consumo¹¹ e al quale si aggiunge la supervisione da parte delle autorità pubbliche competenti.

Più nel dettaglio, il requisito della sicurezza comprende in senso ampio sia la *safety* (sicurezza) che la (*cyber*)*security* (sicurezza informatica), entrambe già regolamentate. La sicurezza riguarda anche gli individui (utenti) che utilizzano applicazioni neurotecnologiche, così come quella degli altri esseri umani e l’ambiente circostante nell’interazione con gli individui che utilizzano tali applicazioni neurotecnologiche. La sicurezza informatica, invece, è legata al funzionamento dei sistemi IT (*Information Technology*), e in questo ambito assume particolare rilevanza la *cybersecurity*, che mira tra l’altro, a proteggere i prodotti intelligenti dagli attacchi *hacker* e dai *bias* algoritmici.

Inoltre, un adeguato rispetto della sicurezza include anche il rispetto della *privacy*, poiché i dati devono essere protetti anche attraverso adeguate misure tecniche e organizzative previste per garantire la sicurezza dei prodotti al fine di evitare intrusioni, usi non autorizzati e manipolazioni dei dati personali.

La sicurezza e la conseguente responsabilità in caso di danno per mancato rispetto dei requisiti di sicurezza dei prodotti è sempre stata regolamentata a livello europeo e nazionale. Nello specifico rilevano la già menzionata Direttiva sulla responsabilità del produttore (Direttiva 2024/2853/UE) e il codice del consumo (in particolare artt. cod. cons. 114 ss.) e codice civile italiano (in particolare artt. 2043 ss. art. 2059 c.c.). La *cybersecurity*, allo stesso modo è regolata a livello eurounitario e nazionale, sebbene gli interventi più rilevanti siano stati piuttosto recenti, in considerazione del più recente sviluppo delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione (TIC). Nell’ambito di tale regolamentazione si annovera la Direttiva NIS2 (Direttiva 2022/2555/UE, Direttiva sulla

11 Strategia della Commissione europea sulla sicurezza dei prodotti e requisiti, in particolare, sezione sulla sicurezza dei prodotti (non alimentari), disponibile online: https://commission.europa.eu/business-economy-euro/product-safety-and-requirements_en, in particolare cfr. sottosezione sulla sicurezza dei prodotti.

sicurezza dei sistemi informatici e di rete, che ha sostituito la precedente Direttiva NIS 2016/114/UE, recepita in Italia con il D.Lgs. n. 138/2024), che mira a realizzare un elevato livello comune di sicurezza informatica in tutta l'Unione europea, garantendo la protezione dei prodotti intelligenti connessi online.

A tale normativa sulla sicurezza dei prodotti si è aggiunto un nuovo pacchetto di Regolamenti UE fondati sull'approccio della valutazione e gestione del rischio (*risk assessment & management*), che spaziano dal GDPR (Reg. 2016/679/UE, c.d. Regolamento generale sulla protezione dei dati, recepito in Italia con il D.lgs. n. 193/2006 e successive modifiche)¹² al Regolamento sull'intelligenza artificiale (c.d. AI Act, Reg. 2024/1689/UE). Il quadro normativo sulla responsabilità da intelligenza artificiale – anche in considerazione del nuovo approccio basato sulla misurazione e gestione del rischio – sembrava poter essere completato dalla direttiva sulla responsabilità del danno da intelligenza artificiale (AILD - COM(2022) 496 final), che aveva l'ambizioso obiettivo di armonizzare le norme sulla responsabilità civile extracontrattuale per danno da intelligenza artificiale in tutta Europa. La proposta, però, presentava non poche criticità, tanto sul fronte dei criteri di attribuzione della responsabilità, che su quello dell'armonizzazione delle normative nazionali, ed è stata ritirata nel febbraio 2025.

Segnatamente, per quanto riguarda l'approccio basato sul rischio, al fine di misurare e gestire l'impatto dell'IA sui diritti fondamentali dell'uomo, l'AI Act ha previsto un Sistema di gestione dei rischi per i sistemi di IA ad alto rischio (art. 9), nonché una valutazione d'impatto sui diritti fondamentali (c.d. *Fundamental Rights Impact Assessment* – FRIA) – ai sensi dell'art. 27 – per i sistemi di IA ad alto rischio indicati nello stesso articolo. Tale modalità di misurazione e gestione fondata sull'approccio c.d. *risk based* è sempre più al centro delle tecniche di regolamentazione e richiede un approccio multidisciplinare. Inoltre, questo meccanismo va oltre i requisiti di sicurezza già previsti a livello europeo, adattando la regolamentazione in base al livello di rischio dell'IA, come conseguenza della misurazione

12 Per un'analisi sulla protezione dei dati personali in relazione alle nuove tecnologie cfr. F. Giovanella, *Le persone e le cose: la tutela dei dati personali nell'ambito dell'Internet of Things*, in R. D'Orazio, V. Cuffaro, V. Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 1213 ss.; F. Pizzetti, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 132 ss., mi sia consentito rinviare anche a M.C. Gaeta, *La protezione dei dati personali nell'Internet of Things: l'esempio dei veicoli autonomi*, in "Dir. Inf.", I, 2018, pp. 147 ss.

dell'impatto della tecnologia dell'intelligenza artificiale sui diritti umani, in un'ottica di maggiore tutela dell'individuo.

Le disposizioni dell'AI Act e i suoi allegati, potrebbero effettivamente muovere nella direzione di prevenire determinati rischi per l'individuo. In questa ottica, l'AI Act completerebbe la regolamentazione esistente ampliando l'ambito di tutela degli individui con particolare riguardo alla sicurezza, alla *privacy* e alla (cyber)sicurezza, nonché all'ambiente, garantendo sistemi di IA affidabili e sostenibili in tutti i settori, compreso quello delle neurotecnologie. Una regolamentazione efficace, infatti, deve costituire la base giuridica per l'espressione dei diritti fondamentali e non solo per prevenire danni.

1.3. *Le scelte dei legislatori nazionali, anche nel contesto extraeuropeo: tra "vecchi" e "nuovi" di rilevanza costituzionale.*

Per completare l'analisi occorre prendere in considerazione le norme di interesse in relazione alla tutela della sfera mentale della persona che sono già presenti a livello nazionale nei diversi sistemi giuridici.

In relazione all'ordinamento italiano, con specifico riferimento alle persone che sono in grado di esprimere la propria volontà solo attraverso le interfacce di *Brain Computer Interface*, rilevante è l'analisi del "diritto alla comunicazione" di cui all'art. 21 della Costituzione. Ciò in quanto i dispositivi neurotecnologici debbano essere analizzati nella prospettiva giuridica come strumenti utilizzabili non soltanto per l'interazione sociale, ma anche per la formalizzazione di validi negozi giuridici. Le neurotecnologie, infatti, consentono di rendere manifesta una volontà che può assumere giuridica rilevanza nella misura in cui essa è finalizzata a realizzare determinati effetti diretti a soddisfare un preciso interesse della persona; una dichiarazione in forma digitale che riesce a superare determinati ostacoli rappresentati dalle norme sul formalismo negoziale che non è più adeguato alle nuove modalità di espressione della volontà consentite dai dispositivi neurotecnologici. Se una persona non può, per tale motivo, concludere un valido negozio giuridico, ciò va a ledere non solo il diritto alla comunicazione di cui all'art. 21 ma anche il diritto alla libera iniziativa economica, ex art. 41 Costituzione, sebbene non sia collocato tra i principi fondamentali della prima parte del testo costituzionale. Occorre infatti partire dalla considerazione che l'autonomia privata, che si esplica attraverso la libertà di porre in essere validi e leciti negozi giuridici, è strumento necessario per l'esercizio della libera iniziativa economica. Logico corollario di ciò è che limitare la libertà negoziale equivale a ledere un principio di rilevanza costituzionale.

Estendendo l'analisi oltre l'ordinamento nazionale, occorre fare riferimento alle recenti iniziative legislative del Cile e dello Stato del Colorado.

Il Cile con la “Ley n. 21.383 *Modifica La Carta Fundamental, Para Establecer El Desarrollo Científico Y Tecnológico Al Servicio De Las Personas*”, del 25 ottobre 2021 è stato infatti il primo Paese al mondo ad intervenire con una modifica legislativa per tutelare la mente umana da uno sviluppo tecnologico in grado di incidere negativamente sull'integrità psicofisica delle persone. Tale legge ha modificato il primo comma, ultima parte dell'art. 19 della Costituzione cilena (*Constitucion politica de la Republica de Chile*) che attualmente prevede espressamente “*El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella*”.

Nella Commissione che ha presentato la proposta di modifica del testo costituzionale (con il progetto di legge dal titolo *Modifica el artículo 19, número 1º, de la Carta Fundamental, para proteger la integridad y la indemnidad mental con relación al avance de las neurotecnologías* del 7 ottobre 2020) vi era anche il parlamentare Guido Girardi Lavín, che ha poi dato impulso al processo che si è concluso con la prima sentenza in tema di tutela dei dati neurali e sviluppo e commercializzazione di dispositivi neurotecnologici conformi ai principi fondamentali di salvaguardia della persona umana. Si tratta di una decisione assunta il 9 agosto 2023 dalla Corte Suprema del Cile (Rol n. 105.065-2023) contro la società “Emotiv Inc.”, un'azienda bioinformatica e tecnologica che sviluppa e produce prodotti di elettroencefalografia indossabili con sede a San Francisco, negli Stati Uniti¹³.

Da ultimo, negli Stati Uniti e precisamente nello Stato del Colorado, il legislatore è intervenuto con una specifica legge che definisce la nozione di “*biological data*” e “*neural data*” nell'ambito della disciplina a tutela dei dati personali dei consumatori.

La *Colorado House Bill 24-1058*, approvata il 17 aprile 2024 e che entrerà in vigore il prossimo 7 agosto 2024, si focalizza in particolare sulle “neurotecnologie” definite come quei dispositivi in grado di “*recording, interpreting, or altering the response of an individual's central*

13 A.A. Mollo, *Emessa in Cile il 9.8.2023 la prima sentenza al mondo sui neurodiritti (a proposito di “Insight” un dispositivo neurotecnologico non terapeutico e non invasivo in commercio del tipo elettroencefalogramma mobile progettato per ottenere informazioni sull'attività cerebrale)*, in “Persona e Mercato”, 2023, pp. 603 ss.

or peripheral nervous system to its internal or external environment”, ovvero che possono monitorare, decodificare e manipolare l’attività cerebrale del suo utilizzatore (*Section 1, point 2, lett. c*). Si precisa ancora come le neurotecnologie sviluppate come dispositivi medici (sia invasivi che non invasivi) hanno già una precisa regolamentazione anche dal punto di vista del trattamento dei dati personali (*Health data privacy law*). Tuttavia, la recente implementazione di dispositivi neurotecnologici non invasivi, generalmente considerati “*consumer products*”, ha messo in evidenza che la loro immissione sul mercato avviene in assenza di ogni regolamentazione sul punto e, soprattutto, in assenza di precisi *standard di data protection*.

La tutela del trattamento dei dati personali, nello Stato del Colorado già a livello costituzionale trova adeguata tutela nell’articolo II, *section 7*, che disciplina la *privacy* come diritto fondamentale ed elemento essenziale a garanzia della libertà dei soggetti. Con specifico riferimento poi all’innovazione tecnologica e alla crescente quantità di dati personali che vengono processati mediante dispositivi tecnologici immessi sul mercato, nel mese di luglio 2021, il Governatore del Colorado aveva adottato il *Colorado Privacy Act* (CPA), entrato in vigore il 1° luglio 2023, come parte del “*Colorado Consumer Protection Act*”. In tale ambito, il CPA interviene ponendosi come normativa di protezione della *privacy* con specifico riferimento ai consumatori nei loro rapporti con i “*controllers*” (*Controllers means a person that, alone or jointly with others, determines the purposes for and means of processing personal data. Art. 6-1-1303, point 7 CPA*). Si tratta di un ambito di applicazione della norma molto ben preciso e delimitato, relativo unicamente ai prodotti e servizi digitali di consumo. Pertanto, sebbene il CPA avesse già introdotto una specifica disciplina a tutela della *privacy* dei consumatori, prevedendo specifici diritti (sul trattamento dei dati personali, inclusi quelli relativi a funzioni fisiche e mentali), la *General Assembly* ha ritenuto necessario intervenire nuovamente sul punto.

Con la recente *Colorado House Bill 24-1058* si è così ampliata la nozione di “*sensitive data*” contenuta nel CPA, per includervi anche la definizione di “*biological data*” e di “*neural data*” (*Section 1, Article 4, lett. a and b Colorado House Bill 24-1058*). In tal modo, vengono modificati gli articoli 24 lett. b e c del CPA per introdurre una regolamentazione dei dati trattati a seguito dell’utilizzo delle neurotecnologie che segue lo schema di “*genus*” e “*species*”. Infatti, è espressamente detto che i dati biologici ricomprendono anche i dati neurali. I primi – *biological data* – si riferiscono ai dati ottenuti dall’analisi delle ca-

ratteristiche biologiche, generiche, biochimiche, fisiologiche o neurali di un soggetto, sia singolarmente considerati sia se combinati con altri dati (*“Biological data means data generated by the technological processing, measurement, or analysis of an individual’s biological, genetic, biochemical, physiological, or neural properties, compositions, or activities or of an individual’s body or bodily functions, which data is used or intended to be used, singly or in combination with other personal data, for identification purposes. Biological data includes neural data”*. Section 2, art. 6-I-1303, point 2.5 CPA). Quindi anche i dati relativi all’attività cerebrale di un soggetto che sono inferiti da altri dati personali e non rilevati direttamente possono essere qualificati come dati biologici. I dati neurali, più nello specifico, sono definiti come le informazioni derivanti dalla misurazione dell’attività del sistema nervoso centrale o periferico e che derivano dall’utilizzo di un dispositivo tecnologico (*“Neural data means information that is generated by the measurement of the activity of an individual’s central or peripheral nervous systems and that can be processed by or with the assistance of a device”* Section 2, art. 6-I-1303, point 16.7 CPA)¹⁴.

Le iniziative legislative del Cile e del Colorado, tuttavia, mettono in evidenza come il dibattito internazionale sui c.d. *neurorights*, possa riferirsi unicamente a quegli ordinamenti giuridici che non hanno principi e valori solidi su cui poggiare un’impalcatura di diritti fondamentali già individuati ed espressamente tutelati. In Paesi come il Cile, piuttosto che il Colorado, infatti, l’intervento del legislatore si è reso necessario per la mancanza di riferimenti normativi adeguati e idonei a ricomprendere anche le nuove fattispecie emergenti dallo sviluppo tecnologico.

Diversamente, in ordinamenti giuridici che hanno già posto le basi per una tutela adeguata anche delle situazioni giuridiche connesse all’utilizzo di dispositivi tecnologici relativi alle funzioni cerebrali, il compito di estendere la fattispecie astratta individuata dalla norma al mutato contesto sociale non può che spettare all’operatore del diritto che, attraverso una corretta interpretazione ed applicazione delle norme già esistenti, può ritrovare nelle maglie della legislazione già in atto adeguata tutela.

14 A.A. Mollo, *La legge del 17.4.2024 dello Stato del Colorado sul trattamento dei dati neurali nel contesto dei dispositivi neurotecnologici destinati al mercato dei prodotti di consumo (Colorado House Bill 24-1058) e la conseguente modifica del Colorado Privacy Act*, in “Persona e Mercato”, 2024, pp. 776-780

2. Il ponte tra i diritti e i neurodiritti¹⁵

A partire dalla panoramica sin qui delineata è possibile sostenere l'applicazione della normativa vigente anche ai nuovi fenomeni che coinvolgono le più sofisticate tecnologie di IA, anche neurali, in applicazione dell'articolo 12 disp. prel c.c.¹⁶. Più nel dettaglio appare possibile fornire un'interpretazione estensiva della normativa vigente (art. 12, comma 1) oppure applicare i principi di *analogia legis* o *analogia iuris* (art. 12, comma 2). In questa prospettiva, anche passando dai diritti tradizionali ai c.d. diritti neurali, il quadro normativo esistente garantisce un'adeguata tutela dei soggetti coinvolti, che potrà eventualmente essere integrato da normative settoriali (ad esempio su specifiche neurotecnologie particolarmente complesse come quelle di BCI¹⁷), nonché da legislazione tecnica (in particolare, standard) o principi etici, ove necessario. Gli standard, infatti, costituiscono regole tecniche con contenuti ed effetti diversi rispetto alla tradizionale normativa di diritto positivo e possono rappresentare norme tecniche di rinvio da parte della tradizionale normativa cogente (come gli standard di sicurezza o di affidabilità)¹⁸. Allo stesso tempo, i principi etici possono anche rappresentare il criterio per un'interpretazione della normativa cogente, se conformi alla stessa (ad es. *secundum legem*). Nell'ambito della regolamentazione dell'IA, l'introduzione dei principi etici ha preceduto quella dei principi giuridici e, successivamente, una parte consistente dei primi è stata recepita nella seconda, specificamente nella regolamentazione europea di riferimento (nello specifico AI Act e nuova PLD). In questo modo i principi etici recepiti nelle normative europee sono diventati norme vincolanti.

15 L'autrice del paragrafo 2 è la Dott.ssa Maria Cristina Gaeta.

16 M.C. Gaeta, L. Aulino, E. Troisi, *The possible relationships between law and ethics in the context of artificial intelligence regulation*, in "Humana.Mente" XXXIV, 2023, pp. 163 ss.

17 L. Gatt, I.A. Caggiano, MC Gaeta, AA Mollo, *BCI Devices and Their Legal Compliance: A Prototype Tool for Its Evaluation and Measurement*, in "Atti della conferenza IEEE International Conference 2022 Metrology for Extended Reality, Artificial Intelligence and Neural Engineering (MetroXRINE)", 2022, pp. 551 ss.; L. Gatt L., I.A. Caggiano, L. Aulino L., E. Troisi, I. Izzo, D.S. D'Aloia, *BCI Devices and Their Capacity to Express Human Will Having Legal Value: A Model of Risk-Based Classification*, in "Atti della conferenza IEEE International Conference 2022 Metrology for Extended Reality, Artificial Intelligence and Neural Engineering (MetroXRINE)", 2022, pp. 577 ss.

18 G.M. Marengi, *Standard e regolazione condivisa*, Giappichelli, Torino, 2018.

Ecco, dunque, che il *framework* normativo esistente – composto non solo da normativa cogente, ma anche da normativa tecnica e principi etici, ai quali si aggiunge la tecno-regolamentazione – rappresenta un ponte tra i diritti e i neurodiritti, essendo applicabile anche a questi ultimi

Al fine di dimostrare l'applicabilità della normativa vigente non solo ai diritti tradizionali ma anche ai *neurorights*, di seguito verranno analizzati alcuni c.d. neurodiritti, rientrati nell'ambito dei diritti della personalità e dei diritti fondamentali, e, più specificatamente afferenti a: (i) diritto all'autodeterminazione; (ii) diritto alla privacy.

2.1. Autodeterminazione e neurodiritti

Il diritto all'autodeterminazione presuppone il riconoscimento della capacità dell'individuo di fare scelte autonome e indipendenti, valorizzando la sua personalità e, in particolare, la sua identità personale. È il diritto di compiere scelte che incidono sulla propria vita e implica la libertà di pensiero e di espressione dell'essere umano, nonché la libera scelta degli aspetti della propria vita relazionale. Tale principio è espressamente riconosciuto nelle carte internazionali, europee e nazionali dei diritti fondamentali, primi fra tutti l'art. 1 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo (UDHR) e l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (2000/C 364/01), sul diritto all'integrità personale. Vi sono riferimenti, inoltre, anche nell'ordinamento italiano, in particolare, sia nella Costituzione (artt. 2, 3, 13, 15 e 21 Cost.), che nel codice civile (artt. 5 e 428 c.c.) e nel codice penale (artt. 582, 594, 595, 610, 613 c.p.).

Questa disciplina normativa può essere estesa anche ad alcuni neurodiritti, quali: (i) l'integrità mentale, cioè il diritto ad avere il controllo sul proprio processo decisionale, senza manipolazioni sconosciute da parte di neurotecnologie esterne, (ii) identità personale e la continuità psicologica, in relazione alla personalità individuale, intesi come il diritto ad avere il senso di sé e il controllo sul proprio comportamento, senza provare sentimenti di perdita di controllo o, addirittura, di rottura nel mantenimento dell'identità personale, nonché (iii) la libertà cognitiva¹⁹, cioè la possibilità di decidere per se stessi, e il libero arbitrio, quale possibilità di non sottoporsi a tecniche neuroscientifiche o di interromperne liberamente l'uso.

La possibilità di regolamentare i neurodiritti secondo tale quadro normativo è cruciale per garantire che gli individui abbiano autonomia e

19 F. Cirillo, *Neurodiritti: Ambiguità della "Libertà cognitiva" e prospettive di tutela*, in "Consulta online", II, 2023, pp.666 ss.

controllo su se stessi. Più specificamente, applicare il diritto all'autodeterminazione ai neurodiritti significa riconoscere che gli individui abbiano il diritto di decidere liberamente circa la propria integrità mentale (i). Inoltre, è necessario sviluppare i limiti delle neurotecnologie, al fine di impedire alle stesse di disturbare il senso di sé e, quando la neurotecnologia mette in connessione gli individui con le reti neurali digitali, dovrebbe necessariamente mantenere separate la coscienza di una persona e gli input tecnologici esterni (ii). Ciò include anche il diritto di acconsentire o rifiutare interventi cerebrali, come la neurostimolazione o il neuropotenziamento, in base ai propri valori e preferenze. Infine, la tutela dei neurodiritti comporta anche la tutela della possibilità di decidere autonomamente, autodeterminandosi, (iii) e la salvaguardia degli individui da pratiche coercitive o intrusive, che potrebbero comprometterne la libertà cognitiva e la capacità decisionale.

2.2. Privacy e neurodiritti

La privacy è un diritto fondamentale dell'individuo di grande attualità oggi in conseguenza dello sviluppo di nuove tecnologie, tra cui le tecnologie neurali, le quali hanno fortemente incrementato il trattamento dei dati personali, al punto da richiedere l'introduzione di una nuova regolamentazione (GDPR), probabilmente neanche sufficiente, se considerata singolarmente. La regolamentazione della privacy gioca un ruolo particolarmente importante nel disciplinare l'uso e delle neurotecnologie, con specifico riferimento ai dati neurali e mentali. Poiché i progressi nelle neuroscienze e nelle interfacce cervello-computer (*Human brain interface*) consentono l'accesso e la manipolazione delle informazioni neurali, diventando imperativo stabilire linee guida chiare per proteggere anche la privacy neurale e mentale degli individui²⁰.

Attualmente la regolamentazione della privacy è prevista dal già citato GDPR. Mentre i dati neurali possono rientrare nell'ambito regolatorio del GDPR, per i dati mentali l'inclusione nell'applicazione del GDPR è ancora incerta. I dati neurali, infatti, riguardano la struttura e il funzionamento del cervello e possono rivelare informazioni sulla condizione clinica umana (salute e, più in generale, benessere), rientrando, quindi, nell'ambito di applicazione dall'art. 9 GDPR. I dati mentali, invece, sono ulteriori dati

20 Procedimento del Garante Privacy, *Privacy e neurodiritti. La persona al tempo delle neuroscienze*, 28 gennaio 2021; P. Stanzione, *Neurodiritti: Stanzione, Garante privacy: definire uno statuto giuridico ed etico*, comunicato stampa del Garante per la protezione dei dati personali, 13 maggio 2022.

riguardanti la sfera più intima e personale del soggetto (es. linguaggio interiore, ricordi, emozioni, intenzioni) che, pur non essendo sempre associati alla salute, dovrebbero essere considerati dati sensibili in considerazione della particolare intimità della mente.

Quando si tratta di dati neurali e mentali, la normativa privacy si trova a dover affrontare questioni come il consenso²¹, la proprietà dei dati, la sicurezza e la condivisione degli stessi. Gli individui dovrebbero avere il diritto di determinare come i loro dati neurali e mentali vengano raccolti, archiviati e utilizzati. I processi di consenso informato sono essenziali per garantire che gli individui comprendano le implicazioni della condivisione delle proprie informazioni neurali e mentali, avendo il diritto di prendere decisioni libere in base alle proprie intenzioni e preferenze. La proprietà dei dati, poi, è un altro aspetto critico che la normativa sulla privacy deve considerare. Nello specifico, gli individui dovrebbero avere il controllo sui propri dati neurali e mentali e dovrebbero essere in grado di stabilire chi può accedervi e per quali scopi. Inoltre, dovrebbero essere adottate norme chiare in materia di sicurezza dei dati per prevenire accessi non autorizzati, usi impropri o violazioni che potrebbero compromettere la riservatezza di tali informazioni particolarmente sensibili, nonché principi che prevedano obblighi formativi per i nuovi ruoli in materia di privacy, anche con riguardo alle nuove tecnologie neurali, al fine di garantire una maggiore tutela dei dati degli individui²². Infine, le norme sulla privacy dovrebbero affrontare i potenziali rischi della condivisione e del collegamento dei dati. In effetti, le neurotecnologie hanno il potere di raccogliere informazioni altamente personali e sensibili sui pensieri, le emozioni e i processi cognitivi degli individui. Appaiono, pertanto, necessarie norme stringenti per prevenire l'uso improprio o lo sfruttamento dei dati mentali e neurali per scopi, ad esempio, commerciali o politici.

Da questa sintetica analisi si evince l'importanza dell'applicazione della privacy ai dati neurali e mentali e, ove possibile, del GDPR, ma anche la non esaustività del quadro normativo dettato dal GDPR per un dominio così specifico quale quello delle neurotecnologie in relazione al diritto alla privacy.

21 L. Gatt, R. Montanari, IA Caggiano (a cura di), *Privacy e consenso. Un approccio legale e UX&HMI*, Università Suor Orsola Benicasa Editrice, Napoli 2021.

22 Sul nuovo ruolo del Data Protection Officer, introdotto dal GDPR, mi sia consentito rinviare a M.C. Gaeta, *Hard law and soft law on data protection: What a DPO should know to better perform his or her tasks*, in "European Journal of Privacy Law & Technologies", II, 2019, pp. 61 ss.

3. Casi di studio²³

Di seguito vengono analizzati tre casi di applicazioni delle neurotecnologie, in particolare della BCI, per i quali verrà dimostrata l'applicazione della normativa vigente nella risoluzione dei casi.

3.1. Diritto alla comunicazione neurale con i dispositivi di *Speech Brain Computer Interface*

Il progressivo sviluppo di tecnologie per la comunicazione e l'espressione della volontà, sempre più complesse e spesso basate sull'intelligenza artificiale, ha un notevole impatto anche da un punto di vista giuridico, suscitando nuove riflessioni circa il modo in cui la volontà debba essere espressa ai fini del perfezionamento di un valido negozio giuridico.

Più nello specifico, si è nell'ambito della c.d. *Augmentative and Alternative Communication* (AAC), ovvero tecniche e dispositivi che integrano il linguaggio verbale e pongono in essere una comunicazione non convenzionale.

Un esempio in tal senso è rappresentato dalle c.d. *Speech Brain Computer Interface* (BCIs), che consentono di creare un percorso di comunicazione diretto con il cervello umano al fine di registrare e decodificare i dati neurali, in tal modo consentendo alle persone con malattie neurodegenerative o con gravi paralisi di comunicare di nuovo. Le interfacce di BCI, infatti, non si limitano a dedurre i dati neurali dai dati biometrici (ad esempio con il c.d. *eye-tracking*), ma consentono di misurare direttamente l'attività cerebrale per trasformarla in testo, sintesi vocale o, negli studi più recenti, movimenti facciali in tempo reale di avatar della persona su uno schermo²⁴.

Tali dispositivi possano certamente consentire alle persone che li utilizzano una importante interazione sociale, ma sono altresì in grado di garantire che tale comunicazione sia anche giuridicamente rilevante?

Si pensi al caso di una persona con patologia neurodegenerativa (es. Sclerosi Laterale Amiotrofica, SLA) che si esprime unicamente con un dispositivo di *Speech BCI* (BCIs): questa, pienamente capace di agire, chiede di poter esprimere, in piena autonomia e riservatezza, la propria volontà di perfezionare un valido negozio giuridico; si considerino a tal fine le ipotesi di un contratto in forma orale (es. contratto telefonico) o di un negozio

23 L'autore del sottoparagrafo 3.1. è la Dott.ssa Anna Anita, le autrici del paragrafo 3.2. sono la Prof.ssa Lucilla Gatt e la Dott.ssa Anita Mollo.

24 S. Ambrogio et al, *An Analog-AI chip for Energy-efficient Speech Recognition and Transcription*, in "Nature", 2023, pp. 768-790.

giuridico unilaterale in forma scritta *inter vivos* (es. disposizioni anticipate di trattamento ATP) e *mortis causa* (es. testamento).

Diverse sono le questioni giuridiche che si pongono: la comunicazione tramite *Speech BCI* è una forma diversa di manifestazione della volontà che potremmo chiamare linguaggio neurale? Il linguaggio neurale dà luogo ad un nuovo diritto soggettivo fondamentale, quale il diritto alla comunicazione neurale? I negozi giuridici perfezionati per il tramite del linguaggio neurale sono validi? L'attuale formalismo negoziale tutela il diritto delle persone con disabilità di poter esprimere la propria volontà negoziale utilizzando dispositivi tecnologici?

Per rispondere a queste domande occorre analizzare diverse disposizioni con specifico riferimento alla Costituzione e al Codice civile.

Partendo dalla prima ipotesi – perfezionamento di un contratto telefonico in forma orale – si può affermare che in considerazione del principio di libertà della forma negoziale, nessun ostacolo si rinviene nel sistema alla libera espressione della volontà per il tramite di un dispositivo neurorotecnologico.

Analogamente nel caso delle disposizioni anticipate di trattamento (ATP), stante il disposto dell'art. 4, comma 7 della legge 219 del 22 dicembre 2017 che, facendo eccezione alla forma prescritta dal comma 6 – ovvero atto pubblico, scrittura privata autenticata ovvero scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del Comune di residenza del disponente medesimo – prescrive che “Nel caso in cui le condizioni fisiche del paziente non lo consentano, le DAT possono essere espresse attraverso videoregistrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare”.

Ben diversa è la situazione se si analizzano le norme relative alla forma scritta del negozio testamentario, di cui al capo secondo del Codice civile, dalle quali si evince che se il testatore non è una persona con disabilità, egli potrà scegliere in totale autonomia in quale forma redigere il testamento. Tale affermazione, tuttavia, pare essere smentita propria in considerazione della particolare fattispecie in cui a voler redigere l'atto di ultima volontà sia una persona con disabilità che non abbia subito alcuna limitazione della sua capacità di testare ai sensi dell'art. 591 c.c.

Nel caso di specie, infatti, la persona non potrà certamente scegliere di redigere il suo testamento in forma olografa in quanto, in applicazione dell'art. 606 c.c., la mancanza dell'autografia e della sottoscrizione determina la nullità del negozio a causa di morte.

L'impossibilità di sottoscrivere la scheda testamentaria impedisce finché la scelta del testamento segreto che, sebbene ex art. 604 c.c. possa

anche essere scritto da terzi o con mezzi meccanici, in ogni caso deve riportare la sottoscrizione del testatore.

Pertanto, l'unica possibilità che residua a chi non può scrivere e sottoscrivere l'atto è quella di rivolgersi ad un notaio per il perfezionamento di un testamento in forma pubblica, al quale il testatore dovrà dichiarare la sua volontà al notaio. La citata disposizione non precisa in che modo tale volontà debba essere dichiarata ovvero resa manifesta, sebbene la dottrina tradizionale ritenga che il testatore debba dichiarare la sua volontà a voce²⁵: ciò induce a riflettere sulla equivalenza o meno, dal punto di vista della qualificazione giuridica, di una volontà espressa mediante *Speech Brain Computer Interface* piuttosto che l'apparato fonatorio della persona.

Ma anche a voler sciogliere positivamente tale dubbio, in ogni caso il notaio ai sensi dell'art. 603 c.c., dovrà esso stesso ridurre per iscritto la volontà del testatore che provvederà a sottoscrivere la scheda testamentaria. Ciò comporta che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 603, 4 co c.c. e art. 51, 2 co n. 10 legge 13 febbraio 1913 n. 89 regolatrice della funzione notarile, non potendo il testatore nel caso di specie sottoscrivere l'atto, il notaio dovrà dichiararne la causa e farne menzione in atto prima della lettura dello stesso.

Tale impianto normativo può essere fortemente limitante per le persone con disabilità: in primo luogo, la forma pubblica del testamento è l'unica alla quale può ricorrere il testatore con disabilità che non può scrivere e sottoscrivere, in tal modo venendo meno la libertà di scelta – che dovrebbe essere universalmente riconosciuta – tra le diverse forme testamentarie previste dall'ordinamento.

In secondo luogo, la circostanza che il notaio debba dichiarare nella scheda testamentaria la causa che impedisce la sottoscrizione dell'atto va a ledere la dignità del testatore, obbligato a rendere nota la sua disabilità per riuscire a perfezionare l'atto di ultima volontà.

Entrambi i profili analizzati non possono che qualificarsi come ingiustificate “discriminazioni basata sulla disabilità” (art. 1 UNCRPD).

Proprio a questo proposito, un recente studio del Consiglio Nazionale del Notariato italiano²⁶ considera utilizzabili alcune neurotecnologie (dispositivi a puntatore oculare) per la redazione di atti pubblici, ciò come

25 G. Casu, *L'atto notarile tra forma e sostanza*, Giuffrè, Milano, 1996, 362-363; G. Santarcangelo, *La forma del testamento*, in *Testamento e patti successori* diretto da Iberati, Zanichelli, Bologna, 2006, p. 246.

26 S. Metallo, *Sul superamento degli articoli 56 e 57 della legge notarile per i malati di Sindrome Laterale Amiotrofica (SLA)*, Studio del CNN, n. 174-2022/P, del 25 gennaio 2024, pp. 1-16.

“accomodamento ragionevole” alla luce di una interpretazione degli articoli 56 e 57 della legge notarile orientata ai principi espressi nella Costituzione e nella Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità.

In tale prospettiva, il grado di certezza che il notaio può raggiungere sulla correttezza della volontà espressa e della sua corrispondenza alle effettive intenzioni della parte, costituisce elemento di fondamentale importanza, anche in relazione al livello di affidabilità del dispositivo che può incidere notevolmente sulla sua diffusione quale strumento per consentire il perfezionamento di un valido negozio giuridico.

È necessario, quindi, indirizzare il processo di progettazione delle *Speech Brain Computer Interface* verso dispositivi destinati alla comunicazione giuridicamente rilevante, attraverso lo studio delle caratteristiche dei dispositivi, dei margini di errore e dei rischi connessi al processo di traduzione del pensiero per valutarne l'equivalenza funzionale con comunicazione verbale e scritta in assenza di condizioni critiche.

In tal modo, la disciplina sulla sicurezza dei prodotti assume un ruolo centrale affinché sia garantito un diritto fondamentale (il diritto alla comunicazione) e non solo per prevenire danni alla persona. In questa prospettiva si può, pertanto, affermare che il diritto alla comunicazione neurale è da intendersi come il diritto ad esprimersi liberamente mediante dispositivi neurotecnologici, non soltanto nelle relazioni sociali ma anche per la formazione di validi negozi giuridici; in altre parole, si tratta della versione digitale del diritto alla comunicazione, ciò in applicazione dei già riconosciuti principi costituzionali (artt. 21 e 41) e internazionali (art. 2 Convenzione delle nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità), nonché dell'insegnamento di autorevole dottrina che afferma che “I segni del linguaggio sono quelli che in ambito sociale sono considerati mezzi di comunicazione adeguati”²⁷.

Tuttavia, il riferimento al diritto alla comunicazione neurale, così qualificato, consente non solo di fornire idonea tutela per tutte le persone con disabilità che si esprimono mediante *Speech BCI*, ma potrebbe, altresì, offrire lo spunto al legislatore affinché intervenga con l'introduzione non di nuovi diritti soggettivi, bensì di nuove forme testamentarie. Aver, infatti, la possibilità di poter redigere un testamento digitale videoregistrato in forma orale consentirebbe al nostro ordinamento di non apparire più anacronistico rispetto all'evoluzione tecnologica, dando alle persone con disabilità la possibilità di realizzare un video in cui esprimono la propria ultima volontà

27 C.M. Bianca, *Il contratto*, in C.M. Bianca (a cura di), *Diritto Civile V*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 209.

utilizzando dispositivi di *Speech BCI*. In questo modo si potrebbe superare l'attuale necessità della forma scritta per redigere un testamento valido e si potrebbe riconoscere come valida, dal punto di vista giuridico, la volontà espressa attraverso le *Speech BCI*, rendendo il diritto alla comunicazione (ovvero il diritto alla comunicazione neurale) realmente effettivo²⁸.

3.2. *Il Neuromarketing attraverso le tecnologie di Brain Computer Interface e il consumatore vulnerabile*

Una particolare applicazione dei dispositivi di BCI si ha nell'ambito del fenomeno del neuromarketing²⁹, che utilizza tecniche di neuroimaging (es. risonanza magnetica funzionale (fMRI) o elettroencefalografia (EEG), che è la più utilizzata per la sua elevata risoluzione temporale, non invasività, semplicità di gestione e bassi costi di esercizio e manutenzione³⁰), per segnalare in modo efficiente le ragioni di determinati comportamenti dei consumatori al fine di valutare i loro processi decisionali e prevedere (oltre che influenzare) le loro scelte di acquisto³¹, stabilendo una connessione diretta tra il comportamento del consumatore e la sua attività neurale³².

In tale ambito negli ultimi anni, sia con la ricerca in ambito accademico sia con quella privata, si è avuta una forte implementazione degli studi sperimentali che applicano metodi neuroscientifici al settore del *marketing*.

Più in particolare, per quanto qui di interesse, le società private specializzate in *neuromarketing* sono enti con scopo di lucro che lavorano per grandi aziende e che conducono ricerche private in tale ambito, anche su soggetti vulnerabili come i bambini (si consideri il caso di *Disney* che, con

28 A.A. Mollo, *Il testatore vulnerabile e le esigenze di rinnovamento delle norme sulla successione a causa di morte a tutela dei diritti delle persone con disabilità: il testamento digitale videoregistrato*, in "Familia", 2023, pp. 671-698.

29 C.M.L. Cruz et al., *Neuromarketing and the advances in the consumer behaviour studies: a systematic31 review of the literature*, in "International Journal of Business and Globalisation", 2016, pp. 330-351.

30 L. Robaina-Calderín, J.D. Martín-Santana, *A review of research on neuromarketing using content analysis: key approaches and new avenues*, in "Cognitive Neurodynamics", 2021, pp. 923-938.

31 F. Babiloni, P. Cherubino, *Consumer Neuroscience: A Neural Engineering Approach*, in V Nitish Thakor (a cura di), *Handbook of Neuroengineering*, Springer, Singapore, 2022, pp 1-29

32 P. Cherubino et. al., *Consumer behaviour through the eyes of neurophysiological measures: State-of-the-art and future trends*, in "Computational intelligence and neuroscience", 2019, pp. 1-41.

il suo laboratorio *Disney Lab*, utilizza le neurotecnologie per analizzare i film prima che vengano prodotti e diffusi tra il pubblico)³³.

Tuttavia, il rapido sviluppo di metodologie e strumenti di ricerca che possono essere utilizzati per registrare e comprendere il comportamento dei consumatori solleva importanti implicazioni legali ed etiche³⁴.

In primo luogo, di fondamentale importanza appare il profilo della valutazione dell'impatto del rischio e la conseguente classificazione della tecnologia. In particolare, tali dispositivi, che riguardano anche il metaverso, possono essere classificati, nell'ambito della cornice normativa del recente Regolamento sull'intelligenza artificiale (c.d. *AI Act*, approvato lo scorso maggio 2024), come tecnologie ad alto rischio o addirittura proibite, proprio per la loro potenzialità di alterare il processo decisionale umano e l'identità personale³⁵.

Inoltre, l'analisi del comportamento del consumatore, al fine di prevedere e influenzare le sue decisioni facendo applicazione delle tecniche di *neuromarketing*, può avere un impatto diretto sotto il profilo dei relativi negozi giuridici posti in essere, ovvero della loro validità. Si pensi al caso di chi fa le proprie scelte d'acquisto preferendo un'azienda che ha realizzato una campagna pubblicitaria dopo aver condotto determinate ricerche di *neuromarketing*, oppure che abbia creato un determinato "ambiente" all'interno dei propri negozi affine alle inclinazioni dei propri consumatori. In questi casi, in cui la probabilità che le scelte di acquisto siano state fortemente influenzate ed indirizzate è molto elevata, si può affermare con assoluta certezza che le stesse possano considerarsi del tutto libere e spontanee, oppure occorre verificare se l'autodeterminazione del cliente sia stata a tal punto alterata dall'applicazione di tecniche di *neuromarketing* che i negozi giuridici posti in essere sono da considerarsi invalidi?

Tale quesito rientra nell'ambito di applicazione del combinato disposto degli artt. 428 e 1425 del codice civile³⁶. Più precisamente, l'art. 428 cc

33 A. Al Abbas *et al.*, *The Impact of Neuromarketing Advertising on Children: Intended and Unintended Effects*, in "KnE Social Sciences", 2019, pp. 1-16

34 Commissione europea "Lo stato dell'arte del neuromarketing e le sue implicazioni etiche", 2023, disponibile all'indirizzo: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/43754ac8-26aa-11ee-a2d3-01aa75ed71a1/lingua-en>

35 A.A. Mollo, *Neurodiritti. Una prospettiva di analisi interdisciplinare tra diritto e neuroscienze*, in S. Orlando, G. Capaldo (a cura di), *Annuario 2022. Osservatorio Giuridico sulla Innovazione digitale*, Collana Materiali e documenti, Sapienza Università Editrice, Roma, 2022, pp. 191-215.

36 M. Bianca, *Il principio di effettività e la nuova categoria della debolezza*, *Lectio magistralis* del 7 marzo 2024, Università Suor Orsola Benincasa (in corso di pubblicazione).

prevede che se una persona compie un atto giuridico in condizione di incapacità naturale – in questo caso integrata dallo stato di alterazione della capacità di scelta del consumatore – la conseguenza è l'annullabilità del relativo contratto di acquisto posto in essere in applicazione dell'art. 1425 cc.

Pertanto, fare corretta applicazione della tradizionale fattispecie dell'incapacità naturale (art. 428 cc), anche in questo caso riuscirebbe a fornire idonea tutela in tutti i casi in cui possa dimostrarsi che le scelte di acquisto del consumatore sono state determinate da un'alterazione del processo decisionale ottenuto applicando i risultati della ricerca di neuromarketing attraverso la BCI. Ciò anche nel contesto di più ampie riflessioni su come intendere la categoria della capacità giuridica e dell'incapacità naturale alla luce dell'utilizzo della BCI per il neuromarketing³⁷ e su come il consenso negoziale debba essere inteso in relazione al mondo digitale.

Ciò al fine di evidenziare come la vulnerabilità nel mondo digitale si possa manifestare per effetto delle tecnologie che precedono o che possono condizionare la formazione della volontà negoziale o delle procedure nelle quali quest'ultima può esprimersi.

Con specifico riferimento a tale ultimo profilo, infatti, cioè nel contesto dei pagamenti digitali, può intravedersi una possibile diversa configurazione del consenso digitale rispetto a quello analogico. In una recente decisione dell'ABF Collegio di Napoli, del 19 marzo 2024 si può leggere che

Va, infatti, considerato che la sequenza degli atti eseguiti [...] origina e si sviluppa per la gran parte all'interno di un contesto, rappresentato dall'ambiente digitale, il quale sottrae l'individuo che vi opera alle forme di usuale controllo e lo espone a vulnerabilità derivanti dall'operare in un ambiente privo di interrelazioni, condizionato e talora oscuro, ad esempio rendendolo più suscettibile ad essere indotto in errore. In tale ambito, per il succedersi di diverse fasi dell'operazione e dell'autenticazione, l'autorizzazione non può essere considerata un atto giuridico unitario ma un più ampio procedimento autorizzatorio, ovvero una fattispecie a formazione progressiva. La sequenza di atti giuridici in stretta successione e "spersonalizzati" (inserimento di password varie, i passaggi alle schermate successive), determina la qualificazione dell'autorizzazione in termini di fattispecie a formazione progressiva, in cui ogni atto è presupposto del successivo, sicché la carenza o il vizio di uno, cioè di uno o più elementi rilevanti del procedimento, è idoneo a impedire il configurarsi del procedimento autorizzatorio (ovvero un'operazione non autorizzata). Ciò che rileva, in altri

37 AA Mollo, *L'Affect Recognition per il neuromarketing: tra domande di qualificazione giuridica e profili discriminatori delle persone con disabilità*, in S Orlando, G Capaldo (a cura di), *Annuario 2022. Osservatorio Giuridico sulla Innovazione digitale*, Collana Materiali e documenti, (Sapienza Università Editrice), 2023, in corso di pubblicazione.

termini, ai fini del perfezionamento del procedimento, è il corretto spiegarsi della procedura, come sequenza di atti, sicché la carenza o il vizio di parti fondamentali dello stesso non incide solo sulla sussistenza o validità del singolo atto ma può esser valutata in quanto idonea a compromettere l'integrità dell'intera procedura, rendendola non autorizzata.³⁸

Tale decisione mette in evidenza che le caratteristiche del consenso in un'operazione di pagamento, possono differire quando il consenso è espresso nel contesto digitale piuttosto che in quello analogico. Nel primo caso, esso può prestarsi ad essere qualificato come "fattispecie a formazione progressiva". Pertanto, l'irregolarità o il vizio che riguardi una o alcune delle fasi di formazione della volontà può – a seconda della rilevanza della fase – incidere sulla validità dell'atto finale. In altre parole, il livello di condizionamento derivante dalla procedura informatica può dare risultati diversi in termini di esistenza o meno del consenso rispetto alla medesima operazione svolta nel mondo reale e non digitale. Pertanto, quando si analizzano e si prendono in considerazione atti negoziali digitali, non solo non si può prescindere dalla valutazione circa il grado di condizionamento del consumatore, se vi hanno operato strumenti di particolare pervasività, ma anche dalla struttura stessa dell'operazione nel mondo digitale.

Ciò è tanto più evidente in relazione alle transazioni commerciali nel contesto del fenomeno del neuromarketing.

Sezione II – Embrioni e *gene-editing*³⁹

1. *Introduzione*

Oramai da qualche decennio, il complesso delle conoscenze scientifiche applicate alla tecnologia nella biomedicina ha reso possibile intervenire in più modi sulla fase iniziale della vita umana⁴⁰; si pensi, a titolo esempli-

38 Arbitrato Bancario e Finanziario, Collegio di Napoli, decisione n. 4571 del 23 aprile 2024, seduta del 19 marzo 2024. Relatore Prof.ssa Ilaria Amelia Caggiano.

39 L'autrice della sezione II è la Dott.ssa Paola Grimaldi

40 Con specifico riferimento alla situazione italiana, si pensi ai noti casi giudiziari collegati all'intervento di un donatore nell'inseminazione eterologa, alla nascita della prima bambina concepita in provetta, al dibattito su Teresa la bambina di Napoli nata con predeterminazione del sesso nel 1987, al caso della madre-sorella che ha determinato la gestazione da parte della figlia di un embrione concepito con l'ovulo prelevato dalla madre.

ficativo e non esaustivo, alle numerose tecniche di fecondazione assistita mediante le quali è possibile produrre embrioni *in vitro*⁴¹, alla possibilità di congelare embrioni soprannumerari e poi di trasferirli nell'utero della madre biologica o surrogata⁴², alla possibilità di modificare il proprio patrimonio genetico con interventi eugenetici, alla possibilità di sperimentare su embrioni umani, alla clonazione, alla ibridazione, alla fecondazione interspecifica, alla ectogenesi⁴³. Tutte le dette pratiche procreative, sempre più diffuse e sofisticate, inducono a riflettere sulla rilevante problematica sollevata in dottrina⁴⁴, la quale oltre a sottolineare la crescita esponenziale riscontrata negli ultimi anni del fenomeno dei cd. *minori senza identità genetica*, invita a focalizzare l'attenzione sulla sentita esigenza del riconoscimento effettivo di una soggettività giuridica dell'embrione umano di cui oggi la Corte di Cassazione, come più avanti meglio si dirà, ha fornito una definizione, ma di cui sia la normativa europea quanto quella italiana, non hanno fornito ancora alcuna descrizione precisa. L'indagine – per rispondere all'interrogativo – va condotta necessariamente in un'ottica multidisciplinare componendo i vari campi di ricerca che si ritrovano attualmente ad interagire sulla questione, quindi la scienza, il diritto, la bioetica e così di seguito.

2. Lo statuto dell'embrione umano

La scienza biologica ci indica l'embrione come organismo vivente dal momento in cui ha inizio lo sviluppo dell'uovo fecondato sino a quello in cui si è stabilita una evidente differenziazione degli organi. Nella biologia moderna, la domanda su *chi* o *cosa* rappresenti l'embrione umano si era posta per la prima volta il 25 luglio 1978 quando, dopo anni di tentativi e

-
- 41 Tecnica che ha portato a ritenere gli embrioni *oggetti disponibili*, privi di valore, da poter eventualmente destinare anche alla ricerca scientifica nel momento in cui non risultino più utili o idonei a determinare una gravidanza; il che ha portato svariate problematiche tra cui quella degli embrioni soprannumerari e loro sorte.
- 42 Per una panoramica sul tema v. P. Grimaldi, *La maternità surrogata tra bioetica e biodiritto*, in "Paradoxa Madri, 11oggi", Roma, Luglio/Settembre 2017; P. Grimaldi, *Gli accordi di maternità surrogata tra autodeterminazione sulle scelte procreative, autonomia privata e best interest of the child*, in "Familia", III 2017, pp. 323 ss.
- 43 L. Palazzani, *Lo statuto giuridico dell'embrione umano*, in "Persona y Derecho", XXXIV, 2001, pp.113-131.
- 44 Cfr. L. Gatt., *Il problema dei minori senza identità genetica nei (vecchi e) nuovi modelli di famiglia: il conflitto tra ordine pubblico interno e c.d. ordine pubblico internazionale*, in "Familia", II, 2017, pp. 120 ss.

fallimenti per produrre e fecondare artificialmente embrioni umani, nasceva la prima bambina, Louise Joy Brown, concepita *in vitro* ad opera di Robert Edwards, fisiologo della riproduzione della Università di Cambridge. Il problema sostanziale riguarda la comprensione di come si realizza quel processo di evoluzione continua dallo zigote all'essere finito. Nonostante le acquisizioni scientifiche, la questione del significato ontologico dell'embrione rimane tuttora argomento di dibattito e tra le varie tesi autorevoli che si contrappongono sull'argomento, le basi per una valutazione vanno ricercate proprio negli accadimenti che si succedono fin dal momento del concepimento quando inizia un processo di crescita il cui sviluppo parte dallo zigote, organismo unicellulare che già dispone di un genoma maschile o femminile diverso da quello del padre o della madre e che dopo 20-25 ore dal concepimento inizia ad operare come un sistema informativo; dunque, lo zigote è un nuovo essere vivente. Del resto, la stessa scienza prenatale ha validato inconfutabilmente che l'embrione è vita umana affermando che il cd. *cross talk* comincerebbe addirittura prima dell'impianto dell'embrione⁴⁵.

Per il mondo del diritto, è evidente che il dibattito rivesta notevole rilevanza teorico-pratica e sia strettamente connesso al tema dei diritti umani. Si consideri, in tal senso, a titolo esemplificativo, la *Convenzione internazionale sui Diritti del Fanciullo* del 1990 che ritiene necessaria una adeguata protezione della vita umana sia prima che dopo la nascita; la *Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti dell'uomo* del 1997 dell'Unesco che all'art. 11 dichiara che pratiche contrarie alla dignità umana non devono essere permesse; la Raccomandazione 1046 del 1986 del Consiglio d'Europa relativa alla utilizzazione di embrioni e feti umani a fini diagnostici, terapeutici, scientifici, industriali e commerciali; la Raccomandazione 1100 del 1989 del Consiglio d'Europa relativa alla utilizzazione di embrioni e feti umani nell'ambito della ricerca scientifica.

Soltanto nel 2011, la Corte di Giustizia Europea, nella sentenza del 18 ottobre, avente ad oggetto la Direttiva 98/44/CE, ha dato una vera e propria definizione di embrione, sostenendo che costituisce embrione umano

qualunque ovulo umano fin dalla fecondazione, qualunque ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura e qualunque ovulo umano non fecondato che, attraverso partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi.⁴⁶

45 B. Maussier, *Il mondo in divenire*, Armando Editore, Roma, 2020, p. 186.

46 G. Alpa, G. Conte, *Casi decisi dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea sui diritti fondamentali in materia contrattuale*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 288.

I giudici della Corte europea hanno lasciato ai giudici nazionali dei vari Paesi membri la libertà di stabilire se e quando si possa propriamente parlare di embrione e di attuarne la relativa tutela.

A livello internazionale appare significativa la pronuncia giurisprudenziale della Corte Interamericana dei Diritti Umani contro il Costa Rica (Artavia Murillo y otros c. Costa Rica del 28/11/2012 serie C n. 257)⁴⁷ i cui riferimenti alla situazione europea ed italiana sono numerosi; la Corte, partendo dal disposto dell'art. 4 comma 1 della Convenzione Americana dei Diritti Umani che recita testualmente che "ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita e tale diritto è protetto dalla legge e, in generale, dal momento del concepimento", giunge ad affermare che l'embrione non può essere trattato come persona ai fini del richiamato art. 4 della Convenzione concludendo che si ha concepimento nel momento dell'impianto dell'embrione nell'utero. Da quanto riportato è facile intuire che, per la Corte interamericana, prima dell'annidamento in utero non ci sarà concepimento e, di conseguenza l'embrione in provetta non sarà considerato persona.

In Italia, ancor prima di considerare la Legge 19 febbraio 2004 n. 40, recante norme in materia di procreazione medicalmente assistita e riguardante più in particolare lo *status* dell'embrione, va certamente ricordato che l'articolo 1 del nostro codice civile si occupa della capacità giuridica ossia della capacità del soggetto di essere titolare di diritti e di doveri; una qualità essenziale che la persona fisica acquista al momento stesso della nascita e che perde solo a seguito della morte⁴⁸. Si pone il problema se il concepimento segni il momento di acquisto di una sia pur limitata capacità giuridica. Al secondo comma del citato articolo 1 c.c. è previsto che "i diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati al momento della nascita"⁴⁹.

In dottrina generalmente si esclude che il concepimento possa essere considerato come il momento di acquisto della capacità giuridica poiché essa sarebbe una qualità non graduabile, che dovrebbe riconoscersi o negarsi per intero⁵⁰; il concepito non avrebbe nemmeno una capacità giuridica

47 Inter-American Court of Human Rights, Artavia Murillo y otros c. Costa Rica del 28/11/2012, serie C n. 257, disponibile online: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_ing.pdf

48 C.M. Bianca, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2014, pp. 68 ss.

49 Il riferimento esplicito al concepimento lo ritroviamo in diverse disposizioni nel codice civile; soltanto per citare alcuni articoli, si pensi all'art. 254 c.c., all'art. 320 c.c., all'art. 462 c.c., all'art. 687 c.c., all'art. 715 c.c. e all'art. 784 c.c.

50 A. Falzea, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Giuffrè, Milano, 1939.

provvisoria, anticipata o condizionata perché può solo parlarsi di una tutela conservativa, affidata ai genitori, di taluni diritti patrimoniali⁵¹. Tale posizione dottrinale appare sostanzialmente corretta perché aderente al dettato normativo ma, evidentemente, si riferisce alla titolarità di situazioni giuridiche di carattere patrimoniale. A parere di chi scrive, la questione dovrebbe essere, invece, risolta sulla base di quanto dispone la legge che nell'art. 320 c.c., non soltanto riconosce espressamente al concepito la capacità successoria, ma ne attribuisce ai genitori la rappresentanza e l'amministrazione dei beni nel normale espletamento della loro responsabilità. Ciò vuol dire che i diritti attribuiti al concepito non sono accantonati ma sono invece concretamente esercitati dal suo rappresentante legale in nome e per conto del concepito stesso. Poiché la legge prevede che i diritti del concepito sono attualmente esercitati per suo conto, non si può correttamente parlare neppure di una capacità sospensivamente condizionata e cioè di una capacità che verrà attribuita al momento della nascita con effetto dal momento del concepimento. Nella realtà della sua esistenza naturalmente destinata a concludersi con la nascita, il concepito è portatore di interessi che devono essere fatti valere attualmente. Questi interessi possono sussistere anche al di fuori delle successioni e delle donazioni⁵².

In conclusione, la questione della capacità del concepito non può essere risolta semplicemente sulla base della norma che indica la nascita come il momento di acquisto della capacità giuridica; occorre anche prendere atto che l'ordinamento riconosce il concepito come portatore di interessi meritevoli di attuale tutela e che per ciò stesso gli riconosce la capacità: capacità provvisoria che rimane definitiva se il concepito, secondo il suo ciclo naturale, viene alla nascita, e che si risolve retroattivamente se tale evento non segue⁵³. Si può, quindi, ritenere che anche per lui l'ordinamento riconosce una soggettività considerata al di fuori della prospettiva patrimonialistica propria della capacità giuridica; occorre, dunque, collocare la disposizione normativa all'interno del contesto storico-giuridico nel quale

51 F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 2003, pp. 121-126.

52 La Cass. civ., sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741 ammetteva per la prima volta la risarcibilità del danno biologico e del danno morale arrecato al nascituro riconoscendogli per ciò stesso la soggettività giuridica; ed inoltre, per una panoramica giurisprudenziale sul punto cfr. in C. A. Mussi, *Nascita indesiderata per omessa diagnosi di malformazioni del feto e risarcimento del danno iure proprio del nascituro*, in "Contratti", 2014, p. 293. In passato, la Cass. civ., sez. III, 28 dicembre 1973, n. 3467, stabiliva, invece, la non risarcibilità dei danni in favore del nascituro ritenendo che questi non avesse personalità giuridica, che si acquista con la nascita.

53 C.M. Bianca, *op. cit.*, p. 69 ss.

è stata formulata poiché oggi, infatti, a differenza di allora, il panorama certamente più complesso delle fonti – normative, costituzionali, internazionali e giurisprudenziali nazionali e sovranazionali – consente all'interprete di muoversi oltre i confini tracciati dalle norme codicistiche.

Difatti, già la Corte Costituzionale con la sentenza 27/1975 aveva riconosciuto l'embrione come titolare dei diritti umani inviolabili previsti, riconosciuti e garantiti dall'art. 2 Cost., ma ne aveva escluso la personalità⁵⁴.

Il 5 marzo 1997 venivano poi emanate due ordinanze del Ministro della Sanità, la cui efficacia è stata prorogata più volte, di cui la prima vieta ogni forma di remunerazione nella cessione di gameti ed embrioni, mentre la seconda vieta tutti gli esperimenti finalizzati alla clonazione umana o animale e fa obbligo ai centri pubblici e privati, che praticano Procreazione assistita, di comunicare al Ministero una serie di notizie (responsabile del centro, tipi di attività espletati ecc.). L'inosservanza di questi obblighi è sanzionata con il divieto di praticare ogni tecnica di procreazione assistita⁵⁵.

Solo molti anni dopo, la stessa Corte Costituzionale, con le sentenze 229/2015 e 84/2016 ha sancito il principio secondo cui gli embrioni non sono *cose*, in quanto non possono esistere nel nostro ordinamento individui appartenenti alla specie umana che non siano riconosciuti come persone⁵⁶. Con la sentenza del 20 giugno 2019, n. 27539 la IV sezione penale della Corte di Cassazione ha sancito, inoltre, che il feto, anche se ancora nell'utero durante il travaglio, deve essere considerato una persona; e se il feto è persona, di conseguenza lo è anche il concepito in quanto tale, senza distinzioni durante le fasi del suo sviluppo graduale e continuato fino alla nascita. Una sentenza quella richiamata che, per il particolare momento storico-politico-sociale in cui sorge, è destinata a fare storia e che di sicuro rende inaccettabile l'idea che l'utero possa essere un contenitore da prestare per una gravidanza in affitto e che va evidentemente a smorzare i tentativi di coloro che si ostinano a rifiutare e/o negare una tale argomentazione⁵⁷.

54 E. Gabrielli, G. Di Rosa, *Commentario Codice della Famiglia*, vol. III, UTET, Milano, 2018, p. 2031.

55 G. Baldini, M. Soldano, *Tecnologie riproduttive e tutela della persona*, Firenze University Press, Firenze, 2007.

56 A. Patroni Griffi, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, ES, Napoli, 2016, p. 105.

57 Si pensi alla posizione assunta dalla Parrillo in CEDU, sent. Parrillo c Italia, 27/8/2015 e dalla Ord. Trib. Firenze del 7/12/2012, nella causa C.S.A. e P.G. c. Centro di fecondazione assistita Demetra S.r.l. dove si legge che *gli embrioni concepiti mediante fecondazione in vitro non potevano essere considerati persone in quanto se non erano impiantati non erano destinati a svilupparsi in feti e a*

2.1 (Segue) *Il parere del CNB*

Dette considerazioni costituiscono anche l'essenza del documento redatto da parte del Comitato Nazionale di Bioetica sulla Identità e Statuto dell'embrione umano datato 22 giugno 1996 in cui ci si chiede, appunto, se l'embrione umano possa essere considerato un individuo umano⁵⁸; detto documento, partendo dalla esistenza di pratiche biomediche che possono comportare il danneggiamento dell'embrione umano, esprime la posizione dominante del CNB sul punto che ritiene che l'embrione umano sia un essere dotato di identità individuale sin dal concepimento e che anche nella eventuale incertezza sullo statuto di persona in una certa fase iniziale, basta il solo dubbio ad imporre di astenersi dal recargli danno. In particolare, ciò che colpisce nel documento è che, pur nella diversità di posizioni, l'embrione non è mai considerato come cosa, ma come essere appartenente alla specie umana il che ha portato il CNB a ritenere moralmente illecito la produzione di embrioni a fini sperimentali, commerciali o industriali; la generazione multipla di esseri umani geneticamente identici mediante fissione gemellare o clonazione; la creazione di chimere usando embrioni umani; la produzione di ibridi uomo-animale; il trasferimento di embrioni umani in utero animale o di embrioni animali nell'utero umano; la soppressione o ogni forma di manipolazione dannosa di embrioni; la diagnosi pre-impianto finalizzata alla selezione eugenetica; la formazione *in vitro* di embrioni non destinati all'utero materno.

3. *Nuove tecnologie riproduttive (NTR) e gene-editing*

Come innanzi anticipato, nel 1978 la nascita in Gran Bretagna di Louise Brown ha rappresentato il punto di partenza per il proliferare delle nuove

nascere. Ha concluso che, dal punto di vista giuridico, essi erano dei beni. Date le circostanze ella ha ritenuto di aver diritto alla proprietà dei suoi embrioni e che lo Stato avesse imposto restrizioni di tale diritto non giustificate da alcuna causa di pubblica utilità; ed ancora si pensi alla voce di certe Associazioni *no profit* che hanno promosso sino ad oggi petizioni per la Libertà di ricerca scientifica sugli embrioni sul presupposto che gli embrioni non hanno personalità giuridica nel nostro ordinamento e che, quindi, nel caso non risultassero più idonei per una gravidanza sarebbe opportuno destinarli alla ricerca scientifica in modo da garantire ai malati la possibilità di nuove cure anche in Italia.

58 Comitato Nazionale per la Bioetica, Identità e Statuto dell'embrione umano, 22 giugno 1996, disponibile online: https://bioetica.governo.it/media/1902/p24_1996_identita-embrione_it.pdf

tecnologie riproduttive; nasceva così un nuovo settore applicativo della biologia, l'ingegneria genetica proprio in virtù della quale si è oggi arrivati a ben sedici modi di venire al mondo.

La riproduzione artificiale presenta tutta una serie di problemi sul piano antropologico, etico e giuridico che solo con difficoltà possiamo tenere separati. Le tecniche in questione producono ad esempio embrioni in soprannumero, sul cui statuto giuridico e sulla cui sorte bisogna raggiungere un consenso ed eventualmente stabilire un controllo; ancora, c'è il problema sulla richiesta di ricerca e di sperimentazione scientifica sui prodotti del concepimento, sulla possibilità di manipolazioni sull'inizio vita, e così via. Nel campo del diritto, si pensi alle ripercussioni che le nuove tecnologie di riproduzione hanno sulla famiglia come sistema di relazioni sociali. Bisogna tenere presente che si tratta di un fenomeno per lo più sommerso. Tale situazione è tanto più vera in Italia, dove mancano sia una legislazione *ad hoc* sia disposizioni amministrative di regolazione o se ci sono, restano completamente inspiegabilmente disattese. Più ci si addentra nella complessità della caotica diffusione di NTR, maggiore diventa il bisogno di una regolazione, in particolare di quella che è propria del diritto. Il passaggio alle prescrizioni normative costituisce tuttavia per il diritto una notevole sfida; intanto per le condizioni contingenti in cui avviene la progettazione di tale regolazione giuridica considerando che il diritto ha bisogno di una lenta riflessione, mentre il settore delle NTR è sottoposta alle spinte di un processo tecnologico quanto mai accelerato. Si può con evidenza affermare che nella riproduzione artificiale sia implicita una mutazione antropologica di vasta portata; come già innanzi accennato, vengono rimessi in discussione l'alleanza tra i sessi necessaria per la generazione di un figlio; il ruolo del tempo nella genesi della vita poiché, spesso, con la crioconservazione degli embrioni l'ordine delle generazioni viene sconvolto; le strutture giuridiche della maternità e paternità. Si pensi ancora all'utero artificiale che è già una realtà in quanto si può oggi mantenere in vita un embrione umano fuori del corpo umano dal momento del concepimento per le due settimane successive. Oggi un embrione ha bisogno del corpo umano soltanto per poco più di ventuno settimane; tra non molto, probabilmente, l'intera gestazione potrebbe essere vicariata⁵⁹.

59 Secondo alcuni, ci sarebbero addirittura ragioni di giustizia che giustificano un maggiore investimento nella ricerca sull'utero artificiale poiché con lo sviluppo dell'utero artificiale, la riproduzione umana non ricadrebbe più soltanto sulle donne. Inoltre, gli uomini raggiungerebbero la piena uguaglianza con le donne nell'ambito della riproduzione, in quanto potrebbero riprodursi come e quando vogliono e non dipenderebbero dall'altro sesso per avere un figlio. Ma se si

Ritornando agli embrioni soprannumerari crioconservati, basti solo pensare ai problemi sollevati e non ancora risolti dalle centinaia di migliaia di embrioni umani crioconservati, ossia congelati, che non essendo più stati utilizzati, né avendo la prospettiva di esserlo, giacciono nei frigoriferi dei laboratori di ricerca di tutto il mondo, lasciando ancora in sospeso e molto dibattuto l'interrogativo di fondo sulla loro natura e sul loro possibile destino.

Anche in questo caso, tenuto conto dell'art. 1 legge n. 194 del 1978 e della attuale intera disciplina normativa sulla PMA, sembrerebbe corretto definire l'embrione soggetto di diritto che, trovandosi nello stato di embrione crioconservato, potrebbe essere equiparato ad un minore in stato di abbandono ed essere quindi suscettibile di adozione mediante impianto in utero di madre non genetica (cd. adozione prenatale)⁶⁰.

Come a più tratti accennato nel presente lavoro, un problema di gran rilievo direttamente collegato le NTR indagate è rappresentato dalle nuove particolari tecniche di *gene editing* che consistono nella modificazione genetica su gameti finalizzati alla riproduzione e su embrioni umani⁶¹; infatti, a livello scientifico non esistono ancora solide basi concettuali e teoriche, oltre che tecnologiche, per prevedere gli effetti che possa avere una terapia genica germinale sullo sviluppo dell'individuo e dei suoi discendenti.

Il *gene editing* costituisce, a ben vedere, una nuova tecnologia genetica nell'ambito biologico molecolare che apre inedite prospettive di intervento: da un lato, si potrebbe intervenire su patologie genetiche eliminando o riparando geni difettosi; dall'altro lato, si potrebbe modificare, ingegnerizzare e potenziare il patrimonio genetico degli individui, indipendentemente

suppone che l'accettabilità morale della gravidanza extra-corporea sia stata già mostrata bisogna concentrarsi sulle conseguenze che la sua introduzione avrà, prevedibilmente, sulla vita delle persone e, soprattutto, sulla loro libertà riproduttiva. Al centro dell'analisi vi sarà evidentemente la questione giuridica se, al tempo della gravidanza extra-corporea, le persone avranno ancora il diritto di interrompere lo sviluppo dell'embrione. Si immagini, ad esempio, una persona che ricorre all'utero artificiale e avvia, quindi, la procedura per il concepimento e, poi, per il primo sviluppo dell'embrione. Questa persona potrà ancora chiedere la distruzione del proprio embrione? Oppure, considerato che questo embrione può sopravvivere al di fuori del corpo umano, esso merita ormai un diritto alla vita che nessuno dovrebbe mettere in discussione?

60 Questa prospettiva è stata già da tempo posta ampiamente in luce nei rapporti del Comitato Nazionale di Bioetica da L. Battaglia, *Ragionare sui valori. Una "modesta proposta" sugli embrioni soprannumerari*, in M. Gensabella Furnari (a cura di), *Tecnica e procreazione, desideri, diritti e nuove responsabilità. A margine della legge n. 40 del 2004*, Rubbettino, Catanzaro, 2005, 43 ss.

61 Lo *gene editing* è specificamente un tipo di ingegneria genetica in cui il DNA è inserito, cancellato, modificato, o rimpiazzato dal genoma dell'organismo vivente.

dal fatto che siano affetti da qualche malattia genetica, inserendo caratteristiche desiderate e creando esseri umani geneticamente alterati o modificati in modo predeterminato. Si tratta, per ora, di una tecnica sperimentale, pertanto non accurata e precisa, con alti rischi, con la possibilità di indurre mutazioni genetiche non volute e non previste⁶².

Di fatto, allo stato attuale delle conoscenze, il rischio di indurre alterazioni anomale nel genoma è elevato, con possibili danni irreversibili per i bambini futuri e le generazioni successive. L'uso di tale tecnologia preventiva, diagnostica e terapeutica potrebbe essere usata, peraltro, per potenziare caratteristiche socialmente apprezzate e scartare o sostituire quelle che non lo sono, portando verso una selezione eugenica, che determinerebbe e aumenterebbe differenziazioni, gerarchie e disparità.

Gli argomenti utilizzati, invece, dai sostenitori della tecnologia sono quelli di poter prevenire patologie ereditarie, eradicare anomalie congenite, conferire all'uomo resistenza a malattie, eliminare patologie e correggere geni difettosi.

In tale contesto il compito del diritto è quello di esaminare le nuove caratteristiche della tecno-scienza e ripensare la regolazione tradizionale sia a livello nazionale che a livello internazionale per andare verso nuovi modelli di diritto genericamente chiamati *soft laws*⁶³. Attraverso la loro adozione si cerca di individuare i limiti di legittimità e controllo delle tecnologie con una normativa *soft* che sia in grado di interagire con gli scienziati anche in anticipo rispetto all'applicazione delle tecnologie, per poter produrre assieme una visione condivisa sugli sviluppi della tecno-scienza ed il loro utilizzo consente più agevolmente cambiamenti, adattamenti e revisioni, non richiedendo necessariamente una regolazione permanente, sistematica e formale⁶⁴.

Per esempi di provvedimenti che si sono soffermati sull'illiceità morale dell'intervento genico sulle cellule germinali e sull'embrione, si possono richiamare: il *Report of the IBC on Updating its Reflection on the Human Genome and Human Rights (2015)*, del Comitato internazionale di Bioetica dell'Unesco, in cui si è discusso delle sfide etiche della nuova tecnologia⁶⁵; lo *Statement on Gene Editing (2016)*, dell'European Group on

62 R. Yotova, *Regulating genome editing under international human rights law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.

63 L. Palazzani, *Dalla bioetica alla tecnoetica. Nuove sfide al diritto*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 340.

64 E. Mostacci, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, CEDAM, Padova, 2008.

65 L. Palazzani, *op. cit.*, p. 344.

Ethics in Science and New Technologies, che aderisce alla moratoria sul *genome-editing* degli embrioni e dei gameti, considerando indispensabile un ulteriore sviluppo tecnologico prima dell'applicazione clinica e un'adeguata discussione sui temi della dignità, della giustizia, dell'equità, della proporzionalità e dell'autonomia; *Statement on Genome-editing Technologies (2015)*, del Comitato di Bioetica del Consiglio d'Europa (DH-BIO); il Report *Human Genome Editing. Science, Ethics, and Governance (2017)* della National Academy of Science, National Academy of Medicine, in cui si ritiene illecito l'uso della tecnologia con finalità di potenziamento perché lede l'autonomia personale e la giustizia sociale⁶⁶.

A tal proposito, si sottolinea la necessità di un dibattito "a più voci" sui benefici e sui rischi del *gene editing* per analizzarne l'impatto sociale con l'auspicio che, almeno per ora, si eviti di impiantare in utero eventuali *embrioni editati*, in grado di trasmettere alle generazioni future eventuali effetti indesiderati. E da considerarsi, infatti, irresponsabile procedere con l'impianto in utero di embrioni sottoposti al *gene editing* almeno fino a quando non saranno risolti i problemi di sicurezza e non si saranno valutati appieno i rischi, ma anche fino a quando non si saranno valutate tutte le opportunità e non si sarà raggiunto un consenso sociale sufficientemente ampio intorno a questa tecnica.

Sezione III – Organoidi⁶⁷

1. *La frontiera degli organoidi cerebrali*

Un ulteriore campo di impiego prospettato per i neurodiritti è legato alla questione degli organoidi cerebrali. Essi producono attività cerebrale ma, al contempo, sono separati dal corpo di un essere umano. Gli organoidi, in poche parole, sono repliche in miniatura di organi e tessuti umani: derivano da cellule staminali pluripotenti indotte (iPSC) o da cellule e tessuti adulti, compresi i tumori. Rappresentano un importante strumento per la medicina

⁶⁶ L. Palazzani, *op. cit.*, p. 345.

⁶⁷ Le autrici della sezione III, sono la Prof.ssa Lucilla Gatt e la Dott.ssa Livia Aulino. Il paragrafo rientra nell'attività di ricerca del progetto azione Project code: P2022ZJR57 Project title: Ethical and legal aspects of organoids and of their use in research. Manage risks and legal constraints for the development of ethical research – ELO Coordinator: LANDINI Sara ERC: SH7_4 University: Università degli Studi di FIRENZE.

personalizzata e la sperimentazione farmacologica in generale. Al momento, il quadro giuridico è incompleto e l'attenzione è rivolta piuttosto alle questioni etiche e alla tutela della *privacy*. Tuttavia, la letteratura accademica ha già dimostrato come il quadro normativo possa essere applicato per risposte qualificanti in grado di coniugare sviluppo della ricerca e tutela della persona⁶⁸.

In questo campo è necessario procedere innanzitutto ad una qualificazione dell'organoide cerebrale e poi all'individuazione del quadro giuridico che comprende: il consenso del donatore; riservatezza; proprietà intellettuale.

Gli organoidi sono strutture cellulari tridimensionali, create a partire da cellule staminali, con lo scopo di studiare funzioni biologiche complesse.

Hanno applicazioni in vari campi e possono anche rappresentare un'alternativa alla sperimentazione animale.

In particolare, gli organoidi creati da cellule staminali possono essere utilizzati per: la biologia dello sviluppo, al fine di studiare la formazione e lo sviluppo degli organi; la medicina rigenerativa, al fine di valutare il potenziale rigenerativo attraverso trapianti; la modellizzazione delle malattie, al fine di superare le limitazioni dei modelli animali; la scoperta di farmaci e medicina personalizzata, al fine di testare farmaci su larga scala.

Dal 2009, la ricerca sugli organoidi è cresciuta notevolmente. Esistono due principali tipi di organoidi: quelli derivati da cellule staminali pluripotenti (PSC) e quelli realizzati partendo da cellule staminali adulte (ASC). Possono essere creati con metodi guidati o non guidati, inclusa la biostampa.

Gli organoidi sollevano nuove questioni legali ed etiche, come il loro *status* legale e morale, la proprietà, il consenso dei donatori, la pseudonimizzazione e la conservazione a lungo termine. È, però, necessaria una regolamentazione chiara per affrontare queste sfide.

Ciò in quanto gli studi sugli organoidi hanno lasciato diverse questioni aperte, che affrontano, per esempio, le relazioni con il concetto di "parte del corpo", da ripensare alla luce degli attuali avanzamenti medici e farmacologici. Infatti, a seconda della risposta, diviene possibile verificare se abbiano o meno una tutela giuridica, se siano beni in senso giuridico e chi ne sia titolare in termini di proprietà. Solo così si può definire le linee guida per la loro circolazione tra gli istituti di ricerca e per verificare se il ricercatore che ci ha lavorato sia titolare di diritti e se possa perfino distruggerli. Parimenti, si dovrà anche vedere quali diritti abbiano i soggetti che abbiano

68 S. Landini, L. Gatt, A. Candian, S. Viciani, F. Giusti, C. Mugelli, V. Lunesu, F. Gattillo, E. Cerbai, *Ethical-legal aspects of organoids and their use in research. Manage risks and legal constraints for the development of ethical research*, in "European Journal of Privacy Law & Technologies", II, 2023, pp. 34 ss.

donato cellule o comunque materiale biologico atto a produrre organoidi, dovendosi richiedere proprio il consenso esplicito alla ricerca in capo al donatore. Inoltre, è necessario affrontare la scelta tra la pseudonimizzazione e l'anonimizzazione, per mantenere il collegamento tra le informazioni derivate dalla cellula e il suo utilizzo e la storia medica del donatore, che dovrebbe ricadere sul donatore.

In più, le questioni di conservazione a lungo termine negli organoidi comportano la valutazione della “soggettività degli organoidi” (organoidi cerebrali) per i modelli di sviluppo neuro-mentale, comportando una serie di questioni etiche e legali complesse: ad esempio, la protezione di tali entità mediante limitazioni della ricerca e considerazioni sulla sperimentazione (si pensi alla limitazione dell'uso per lo studio delle malattie neurologiche), con conseguenti prospettive etiche e anche di benessere animale. Per rispondere a questi interrogativi, e considerando il quadro PNRR-DNSH, si intende proporre diverse strategie:

- Sviluppare un quadro normativo e giuridico chiaro per definire lo stato degli organoidi e i diritti di ricercatori, donatori e altre parti interessate.
- Promuovere il consenso informato e la pseudonimizzazione per garantire che i diritti dei donatori siano rispettati e che le informazioni derivanti dalla ricerca sugli organoidi siano utilizzate in modo etico.
- Istituire linee guida e restrizioni per l'uso degli organoidi cerebrali e altri tipi di organoidi per proteggere il loro potenziale status morale e legale.
- Implementare programmi di formazione e sensibilizzazione per informare i ricercatori, i professionisti medici e il pubblico sulle potenzialità e le limitazioni degli organoidi.
- Promuovere la collaborazione internazionale per armonizzare le normative e le linee guida sugli organoidi a livello globale.

Gli organoidi rappresentano una frontiera promettente nella ricerca biomedica e nella medicina personalizzata. Tuttavia, come è ora evidente, il loro sviluppo e utilizzo sollevano questioni legali ed etiche complesse che richiedono un'attenta considerazione e regolamentazione⁶⁹. Le strategie

69 In tema di bioetica e nuove tecnologie vedasi sia L. Gatt, M.C. Gaeta (a cura di), *Costruire una nuova strategia per un diritto europeo protettivo in ambiente digitale (Building a New Strategy for European Protection Law in a technologies Environment)*, Suor Orsola Benincasa Università Editrice, Napoli, 2023, nella terza parte del volume, sia L. Gatt, Gaeta M.C., Aulino L., *From human being to cyborg national cases on human embryos and the EU Court of justice: from artificial procreation to human enhancement in the era of transhumanism*. Jean Monnet Chair PROTECH, “European Protection Law of Individuals in Relation to New Technologies” 3rd International Workshop

proposte mirano a garantire che la ricerca sugli organoidi possa progredire in modo etico e responsabile, promuovendo al contempo l'innovazione e la competitività nel settore biomedico.

*Conclusioni*⁷⁰

La vulnerabilità tecnologica, quale condizione di debolezza derivante dall'esposizione ai rischi connessi al contesto tecnologico (compreso quello delle bio-tecnologie), cioè ambiti situazionali o fattori esogeni all'individuo o all'entità considerata, rappresenta una nozione dinamica.

Essa si ricollega alla più generale vulnerabilità, che sempre più di frequente tende a sostituire normativamente e nella riflessione giuridica la nozione di "debolezza", già correlata a particolari qualità dei soggetti di diritto (es. persona con disabilità, consumatore)⁷¹, e si giustifica per il collegamento ad un ambiente, un bene o una risorsa (si pensi alla nozione di vulnerabilità energetica, pur non emergente in questo scritto⁷²), il che tuttavia non esclude che in tali contesti un'accentuata vulnerabilità sia propria di soggetti già ontologicamente vulnerabili (anziano, minore, immigrato).

In questo scenario, per il rapido sviluppo delle tecnologie e i loro svariati utilizzi, le dimensioni di rischio racchiuse nell'endiadi *vulnerabilità tecnologica* richiamano plurime istanze di tutela e tecniche di protezione: si pensi alla differenza tra rischi e beni da tutelare nell'utilizzo di sistemi di IA per la decodifica dalle registrazioni intra-corticali dei movimenti vocali (cruciali in particolari patologie) rispetto a sistemi di IA utilizzati nell'identificazione biometrica; ovvero, agli utilizzi del *gene-editing* per la cura di patologie o per ragioni di potenziamento umano. Gli strumenti di protezione, *ex ante* – compreso il divieto – ovvero *ex post*, possono coinvolgere aspetti di diritto pubblico o di diritto privato.

Il tentativo, nel presente scritto, di affrontare tale multiforme problematica nella prospettiva e in vista delle categorie del diritto privato è stato

A. Y. 2021-2022, Abstract Book, in ReCEPL Series, vol.5, Suor Orsola University Press, Napoli, 2023.

70 L'autrice delle conclusioni è la Prof.ssa Ilaria Amelia Caggiano

71 A mo' di esempio, si pensi alla L. 9 Novembre 2021, n. 156, in materia di investimenti e sicurezza delle infrastrutture, dei trasporti e della circolazione stradale, per la funzionalità del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, ove espressamente (Allegato Vers: 1) il legislatore della legge di conversione sostituisce, ove presente, la parola "debole" con "vulnerabile".

72 Decreto legislativo 23 maggio 2000 n. 164, articolo 22, co. 2-bis; Delibera 100/2023/R/com, Allegato A (TIVG)

condotto con un approccio descrittivo e ricostruttivo, anche attraverso casi di studio, al fine di individuare possibili traiettorie di sviluppo e proposte di soluzione.

Nella sezione prima, si è fatto riferimento alle vulnerabilità derivanti dalle tecnologie digitali applicate alla mente, per finalità di iniziale inquadramento. Qui, l'iniziale passaggio è stato quello definitorio, in chiave di qualificazione delle situazioni giuridiche protette: lo strumento di recente emerso nella riflessione giuridica è apparso essere in questo caso quello dei cosiddetti neurodiritti (principi giuridici di libertà o di titolarità legati al dominio cerebrale e mentale di una persona). Tale framework teorico, tuttavia, è stato preso in considerazione in una prospettiva critica, ovvero riconoscendo i neuro-diritti come radicati nei diritti umani, nelle libertà e nei principi già riconosciuti dalle Costituzioni degli Stati e dalle Carte sovranazionali, non è solo sistematicamente coerente da un punto di vista strettamente giuridico teorico: ciò non solo al fine di garantire la tutela dei soggetti nel panorama in rapida evoluzione delle neuroscienze e delle neuro-tecnologie emergenti.

A ben guardare, infatti, i neuro-diritti come la *privacy* mentale, l'integrità mentale e la libertà cognitiva, emersi in modo cruciale in relazione allo sviluppo delle neurotecnologie, sono già inseriti nelle libertà e nei diritti di autodeterminazione, dignità, *privacy*, libertà di espressione, diritto alla comunicazione; le riflessioni giuridiche sul punto ultimi possono essere utili per ragionare sulle questioni poste dalle neurotecnologie secondo un approccio basato sul diritto e indicare soluzioni giuridiche per nuovi casi, o delineare aree in cui può essere necessaria una legislazione *ad hoc* per interessi specifici.

L'uso delle neurotecnologie, e in particolare delle *Brain Computer Interfaces*, solleva una serie di questioni legali, che questo documento ha cercato di delineare: la protezione degli individui dall'uso di dispositivi, che richiama la legislazione sulla sicurezza dei prodotti per dispositivi sicuri, affidabili e affidabili per evitare lesioni; l'impatto sulla volontà umana degli atti giuridici e la formazione dei negozi giuridici in funzione del condizionamento dell'autodeterminazione causato dalle neurotecnologie applicate alla capacità o addirittura alla capacità di intendere e di volere degli individui. Inoltre, l'applicazione delle norme esistenti potrebbe consentire di valutare quanta parte umana rimarrà nella formazione dei negozi giuridici, sia attraverso l'uso delle BCI (es. comunicazione neurale in caso di disabilità) o anche solo a seguito dell'applicazione di studi di BCI condotti nell'ambito di ricerche su altri soggetti (es. *neuro-marketing*).

Affrontare queste domande appare fondamentale per integrare in modo responsabile le tecnologie (e le neurotecnologie) nella società e per tutelare gli individui, vulnerabili rispetto alle tecnologie e alle neurotecnologie⁷³. Inoltre – come si è visto – quando si parla di persone con disabilità, lo squilibrio già esistente tra individuo e tecnologie diventa ancora più forte e richiede una considerazione specifica⁷⁴.

Nella sezione seconda e terza, la nozione di vulnerabilità è stata verificata in relazione all'utilizzo di alcune tecnologie applicate al ciclo di vita e all'inizio della vita.

Nel lungo e risalente dibattito circa la natura giuridica (soggetto/res) dell'embrione umano, rinvigorito dalle nuove tecniche di procreazione medicalmente assistita e alle tecniche di crioconservazione, si inseriscono le più recenti questioni giuridiche connesse alle nuove tecnologie riproduttive (NTR) e al *gene-editing*. In questo caso, la vulnerabilità tecnologica nella prospettiva del diritto privato induce a riflettere sulla necessità di una attenta e necessaria connessione tra gli strumenti di regolazione (anche di *soft law*) da un lato, e i profili tecnici di produzione e sviluppo di tecnologie che possono avere delle ricadute sociali che vanno ben oltre l'attuale tempo, ma sono suscettibili di avere evidenti ripercussioni sulle generazioni future. Le questioni emergenti sono dunque non solo di politica del diritto e ai possibili limiti alla formale autodeterminazione dei singoli ma anche alle regolazioni delle tecnologie e dei prodotti bio-tecnologici.

Da ultimo, l'ultima frontiera delle bio-tecnologie consente la riproduzione in laboratorio di organi e tessuti umani. Il particolare caso dei cosiddetti organoidi solleva questioni giuridiche eterogenee che riguardano in primo luogo la difficoltà di individuare, da un punto di vista soggettivo,

73 L. Gatt, M.C. Gaeta (a cura di), *Costruire una nuova strategia per un diritto europeo protettivo in ambiente digitale (Building a New Strategy for European Protection Law in a technologies Environment)*, Suor Orsola Benincasa Università Editrice, Napoli, 2023. L. Gatt, *Antropocentrismo giuridico tra natura e tecnologia: la nuova vulnerabilità dell'essere umano*, in "European Journal of Privacy Law & Technologies", I, 2022, pp. 16 ss.

74 A.A. Mollo, *Vulnerabilità e sostenibilità: primi spunti per uno studio dell'impatto sulle persone con disabilità e sulle future generazioni dei dispositivi [neuro] tecnologici*, in "European Journal of Privacy Law & Technologies", Special Issue, 2023, pp. 28 ss; A.A. Mollo, *La vulnerabilità tecnologica. Neurorights ed esigenze di tutela: profili etici e giuridici*, in "European Journal of Privacy Law & Technologies", I, 2021, pp. 199 ss; A.A. Mollo, *Profili di un'analisi etica e giuridica delle neurotecnologie in funzione di tutela delle persone con disabilità*, in Dell'Aversana F., Fattori L., Mollo A.A., Napolitano D. (a cura di) *Note sulla disabilità*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022, pp. 219-239.

l'essere vulnerabile che necessita di adeguata tutela. Occorre poi valutare il profilo dell'esatta qualificazione giuridica degli organoidi cerebrali, così come le questioni relative alla titolarità degli stessi da parte del soggetto (essere umano) che ha provveduto a donare cellule o materiale biologico utile al fine di riprodurre in laboratorio gli organoidi cerebrali, oltre che l'eventuale trattamento legittimo dei dati personali connessi a tale materiale biologico. Dall'altro lato, ampia è la riflessione sul risvolto positivo che un'innovazione tecnologica etica e responsabile in tale ambito possa determinare in termini di tutela degli esseri viventi non umani, ovvero le possibilità di utilizzare gli organoidi, non solo quelli cerebrali, al fine di sostituire le pratiche di sperimentazione in laboratorio che utilizzato animali.

Come si è potuto apprezzare attraverso gli esempi trattati, il progresso delle conoscenze e delle tecnologie sta incidendo profondamente sulla nozione di "umano", aprendo nuove frontiere per la cura di patologie, ma anche potenziamento umano (tramite neurotecnologie o *gene-editing*, ad esempio), che mettono l'individuo – quale attualmente percepito quale componente della comunità morale e delle formazioni sociali e giuridiche – a rischio, fuori dal controllo proprio o dalle tecniche di protezione usualmente riconosciute.

Tale condizione di assenza della possibilità di reazione nonché di rischio per il benessere attuale o futuro della persona umana o di entità non (pienamente) umane, racchiusa sotto l'endiadi di *vulnerabilità tecnologica*, si compone di plurime situazioni giuridiche predicabili e strumenti di protezione che non sempre si prestano ad una ricostruzione unitaria. Tuttavia, la nozione può consentire di cogliere linee comuni alle istanze di protezione giuridica attuali, e future, nonché alle strategie e agli stadi rispettivi di protezione giuridica. È quanto si è provato a iniziare a delineare nel presente scritto.

Bibliografia

- Al Abbas A. et al., *The Impact of Neuromarketing Advertising on Children: Intended and Unintended Effects*, in "KnE Social Sciences", 2019, pp. 1-16;
Alpa G., Conte G., *Casi decisi dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea sui diritti fondamentali in materia contrattuale*, Giappichelli, Torino, 2018;
Ambrogio S. et al., *An Analog-AI chip for Energy-efficient Speech Recognition and Transcription*, in "Nature", 2023, pp. 768-790;
Babiloni F., Cherubino P., *Consumer Neuroscience: A Neural Engineering Approach*, in V Nitish Thakor (a cura di), *Handbook of Neuroengineering*, Springer, Singapore, 2022;

- Baldini G., Soldano M., *Tecnologie riproduttive e tutela della persona*, Firenze University Press, Firenze, 2007;
- Battaglia L., *Ragionare sui valori. Una "modesta proposta" sugli embrioni sopranumerari*, in M. Gensabella Furnari (a cura di), *Tecnica e procreazione, desideri, diritti e nuove responsabilità. A margine della legge n. 40 del 2004*, Rubbettino, Catanzaro, 2005.
- Bianca C.M., *Il contratto*, in Bianca C.M. (a cura di), *Diritto Civile V*, Giuffrè, Milano, 2000;
- Bianca C.M., *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2014;
- Bianca M., *Il principio di effettività e la nuova categoria della debolezza*, *Lectio magistralis* del 7 marzo 2024, Università Suor Orsola Benincasa (in corso di pubblicazione);
- Cherubino P. et al., *Consumer behaviour through the eyes of neurophysiological measures: State-of-the-art and future trends*, in "Computational intelligence and neuroscience", 2019, pp. 1-41.
- Cirillo F., *Neurodiritti: Ambiguità della "Libertà cognitiva" e prospettive di tutela*, in "Consulta online", II, 2023, pp.666 ss.;
- Commissione europea "Lo stato dell'arte del neuromarketing e le sue implicazioni etiche", 2023, disponibile all'indirizzo: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/43754ac8-26aa-11ee-a2d3-01aa75ed71a1/lingua-en>
- Cruz C.M.L. et al., *Neuromarketing and the advances in the consumer behaviour studies: a systematic review of the literature*, in "International Journal of Business and Globalisation", 2016, pp. 330-351;
- D'Orazio R., Cuffaro V., Ricciuto V. (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2019
- Falzea A., *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Giuffrè, Milano, 1939.
- Gabrielli E., Di Rosa G., *Commentario Codice della Famiglia*, vol. III, UTET, Milano, 2018, p. 2031.
- Gaeta M.C., Aulino L., Troisi E., *The possible relationships between law and ethics in the context of artificial intelligence regulation*, in "Humana.Mente" XXXIV, 2023, pp. 163 ss.;
- Gaeta M.C., *Hard law and soft law on data protection: What a DPO should know to better perform his or her tasks*, in "European Journal of Privacy Law & Technologies", II, 2019, pp. 61 ss.;
- Gaeta M.C., *La protezione dei dati personali nell'Internet of Things: l'esempio dei veicoli autonomi*, in "Dir. Inf.", I, 2018, pp. 147 ss.;
- Gatt L., *Antropocentrismo giuridico tra natura e tecnologia: la nuova vulnerabilità dell'essere umano*, in "European Journal of Privacy Law & Technologies", I, 2022, pp. 16 ss.;
- Gatt L., Caggiano I.A., Aulino L., Troisi E., Izzo I., D'Aloia D.S., *BCI Devices and Their Capacity to Express Human Will Having Legal Value: A Model of Risk-Based Classification*, in "Atti della conferenza IEEE International Conference 2022 Metrology for Extended Reality, Artificial Intelligence and Neural Engineering (MetroXRINE)", 2022, pp. 577 ss.;
- Gatt L., Caggiano I.A., Gaeta M.C., Mollo A.A., *BCI Devices and Their Legal Compliance: A Prototype Tool for Its Evaluation and Measurement*, in "Atti

- della conferenza IEEE International Conference 2022 Metrology for Extended Reality, Artificial Intelligence and Neural Engineering (MetroXRINE), 2022, pp. 551 ss.;
- Gatt L., Gaeta M.C. (a cura di), *Costruire una nuova strategia per un diritto europeo protettivo in ambiente digitale (Building a New Strategy for European Protection Law in a technologies Environment)* Suor Orsola Benincasa Università Editrice, Napoli, 2023;
- Gatt L., *Il problema dei minori senza identità genetica nei (vecchi e) nuovi modelli di famiglia: il conflitto tra ordine pubblico interno e c.d. ordine pubblico internazionale*, in "Familia", II, 2017, pp. 120 ss.;
- Gatt L., Montanari R., Caggiano I.A. (a cura di), *Privacy e consenso. Un approccio legale e UX&HMI*, Università Suor Orsola Benincasa Editrice, Napoli 2021;
- Gatt L., *The vulnerability of the human being in a technological environment: the need for protective regulation*, in Gatt L. (a cura di), *Social networks and multimedia habitats*, Jean Monnet Chair PROTECH, "European Protection Law of Individuals in Relation to New Technologies", 1st International Workshop A.Y. 2019-2020, Abstract Book, Suor Orsola Benincasa Università Editrice, Napoli, 2023.
- Gazzoni F., *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 2003.
- Grimaldi P., *Gli accordi di maternità surrogata tra autodeterminazione sulle scelte procreative, autonomia privata e best interest of the child*, in "Familia", III 2017, pp. 323 ss.;
- Grimaldi P., *La maternità surrogata tra bioetica e biodiritto*, in "Paradoxa Madri,oggi", Roma, Luglio/Settembre 2017;
- Ienca M., Andorno R., *Towards New Human Rights in the Age of Neuroscience and Neurotechnology*, in "Life Sciences, Society and Policy" XIII, 2017, pp. 1 ss.;
- Ienca M., *Common Human Rights Challenges Raised by Different Applications of Neurotechnologies in the Biomedical Field*, rapporto commissionato dal Comitato di Bioetica del Consiglio d'Europa, ottobre 2021;
- Ienca M., *On Neurorights*, in "Frontiers in Human Neuroscience" XV, 2021, pp. 6 ss.;
- Landini S., Gatt L., Candian A., Viciani S., Giusti F., Mugelli C., Lunesu V., Gattillo F., Cerbai E., *Ethical-legal aspects of organoids and their use in research. Manage risks and legal constraints for the development of ethical research*, in "European Journal of Privacy Law & Technologies", II, 2023, pp. 34 ss.;
- Marengi G.M., *Standard e regolazione condivisa*, Giappichelli, Torino, 2018;
- Maussier B., *Il mondo in divenire*, Armando Editore, Roma, 2020;
- Metallo S., *Sul superamento degli articoli 56 e 57 della legge notarile per i malati di Sindrome Laterale Amiotrofica (SLA)*, Studio del CNN, n. 174-2022/P, del 25 gennaio 2024, pp. 1-16;
- Mollo A.A., *Emessa in Cile il 9.8.2023 la prima sentenza al mondo sui neurodiritti (a proposito di "Insight" un dispositivo neurotecnologico non terapeutico e non invasivo in commercio del tipo elettroencefalogramma mobile progettato per ottenere informazioni sull'attività cerebrale)*, in "Persona e Mercato", 2023, pp. 603 ss.;
- Mollo A.A., *Il testatore vulnerabile e le esigenze di rinnovamento delle norme sulla successione a causa di morte a tutela dei diritti delle persone con disabilità: il testamento digitale videoregistrato*, in "Familia", 2023, pp. 671-698;

- Mollo A.A., *L'Affect Recognition per il neuromarketing: tra domande di qualificazione giuridica e profili discriminatori delle persone con disabilità*, in S. Orlando, G. Capaldo (a cura di), *Annuario 2022. Osservatorio Giuridico sulla Innovazione digitale*, Collana Materiali e documenti, Sapienza Università Editrice, Roma, 2023, in corso di pubblicazione.
- Mollo A.A., *La legge del 17.4.2024 dello Stato del Colorado sul trattamento dei dati neurali nel contesto dei dispositivi neurotecnologici destinati al mercato dei prodotti di consumo (Colorado House Bill 24-1058) e la conseguente modifica del Colorado Privacy Act*, in "Persona e Mercato", 2024, pp. 776-780;
- Mollo A.A., *La vulnerabilità tecnologica. Neurorights ed esigenze di tutela: profili etici e giuridici*, in "European Journal of Privacy Law & Technologies", I, 2021, pp. 199 ss;
- Mollo A.A., *Neurodiritti. Una prospettiva di analisi interdisciplinare tra diritto e neuroscienze*, in S. Orlando, G. Capaldo (a cura di), *Annuario 2022. Osservatorio Giuridico sulla Innovazione digitale*, Collana Materiali e documenti, Sapienza Università Editrice, Roma, 2022, pp. 191-215;
- Mollo A.A., *Profili di un'analisi etica e giuridica delle neurotecnologie in funzione di tutela delle persone con disabilità*, in Dell'Aversana F., Fattori L., Mollo A.A., Napolitano D. (a cura di) *Note sulla disabilità*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022, pp. 219-239;
- Mollo A.A., *Vulnerabilità e sostenibilità: primi spunti per uno studio dell'impatto sulle persone con disabilità e sulle future generazioni dei dispositivi [neuro] tecnologici*, in "European Journal of Privacy Law & Technologies", Special Issue, 2023, pp. 28 ss;
- Palazzani L., *Lo statuto giuridico dell'embrione umano*, in "Persona y Derecho", XXXIV, 2001, pp. 113-131;
- Patroni Griffi A., *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, ES, Napoli, 2016, p. 105.
- Pizzetti F., *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Giappichelli, Torino, 2018.
- Procedimento del Garante Privacy, *Privacy e neurodiritti. La persona al tempo delle neuroscienze*, 28 gennaio 2021;
- Robaina-Calderín L., Martín-Santana J.D., *A review of research on neuromarketing using content analysis: key approaches and new avenues*, in "Cognitive Neurodynamics", pp. 923-938;
- Stanzione P., *Neurodiritti: Stanzione, Garante privacy: definire uno statuto giuridico ed etico*, comunicato stampa del Garante per la protezione dei dati personali, 13 maggio 2022;
- Strategia della Commissione europea sulla sicurezza dei prodotti e requisiti, in particolare, sezione sulla sicurezza dei prodotti (non alimentari), disponibile online: https://commission.europa.eu/business-economy-euro/product-safety-and-requirements_en;
- Yotova R., *Regulating genome editing under international human rights law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.

ANNA ANITA MOLLO, MARIO NICODEMI, DANIELA PIANEZZI,
BARBARA SALVATORE, LUIGI MARIA SICCA
RIFLESSIONI INTORNO ALL'UTILIZZO
DI DATI SANITARI, GENETICI E GENOMICI
Quale libertà vi può mai essere se l'obbedienza
la si compra con i pani?

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Una prima [possibile] cornice teorica - 3. Scienza, [Cono]scienza e [Co]scienza - 3.1. Dialogando con alcune tradizionali concezioni di "soggetto" e di "morale": il capitalismo biogenetico - 3.2. Le sfide della genomica - 4. Persona e corpo: profilo materiale e informativo - 4.1. Trattamento dei dati genetici: il difficile bilanciamento tra tutela della persona e mercato dei dati - 4.2. Brevi profili di comparazione: UK GDPR e EU GDPR - 4.3. L'uso secondario dei dati generici e genomici e le cure personalizzate: prime riflessioni sul Regolamento Europeo sullo spazio europeo dei dati sanitari. - 5. Conclusioni

[...]

La mia azione si svolge in Spagna, a Siviglia, al tempo
più pauroso dell'inquisizione quando ogni giorno nel paese
ardevano i roghi per la gloria di Dio
con grandiosi autodafé
si bruciavano gli eretici

F.M. Dostoevskij, 1879

1. Introduzione

In *Mille piani, Capitalismo e schizofrenia*, Deleuze e Guattari scrivono:

Fate rizoma e non radice, non piantate mai. Non seminate, iniettate. Non siate né uno né molteplice, siate delle molteplicità! Fate la linea e mai il punto. La velocità trasforma il punto in linea! Siate rapidi, anche stando sul posto! [...] L'albero impone il verbo "essere", ma il rizoma ha per tessuto la congiunzione, "e...e...e" [*n.d.a.: un accento cambia la vita!*]. In questa congiunzione c'è abbastanza forza per scuotere e sradicare il verbo essere.¹

¹ G. Deleuze, F. Guattari, *Mille piani. Capitalismo e schizofrenia*, Cooper srl, Roma, 2003 [1980], p. 61.

Questa citazione ci rimanda alla collaborazione tra un filosofo (Gilles Deleuze) e uno psicoanalista (Félix Guattari). Una collaborazione che converge sul rifiuto condiviso per le organizzazioni gerarchiche in favore di quelle rizomatiche. Inoltre, l'incontro tra filosofia e psicoanalisi dice anche di una urgenza epistemica di dialogo tra discipline e apparati teorici tra loro diversi (e talvolta in conflitto) per storie, mandati e obiettivi, che troverà in questo capitolo una declinazione tra studi giuridici, scienza dura (laddove la fisica teorica interviene nella sperimentazione genetica) e quegli studi organizzativi che fanno propria una tradizione filosofica e antropologica per comprendere alcune dinamiche di convivenza e coabitazione, che da qualche anno, e probabilmente sempre di più nei prossimi, dovranno fare i conti con l'impatto di nuove tecnologie nel trattamento dei dati genomici.

Deleuze e Guattari, nella citazione qua riportata, propongono una battaglia della "macchina da guerra nomadica", intesa come una forma di resistenza finalizzata alla cura dell'eterogeneità nella costruzione dell'apparato dello Stato che opera strutturalmente nella direzione dell'omogeneizzazione (paragrafo 2). Chi ha interesse ad approfondire la lettura di questi due autori, scoprirà poi, all'ultimo "piano", l'invocazione della noosfera: fase successiva a quella dominata dalla materia inanimata e poi dalla vita biologica in cui l'avvento della *conoscenza sa trasformare* e l'umanità, attraverso la capacità di realizzare reazioni nucleari, è in grado di intervenire sugli elementi chimici.

Restando intanto insieme, nella lettura delle prossime pagine proveremo ad argomentare come quella eterogeneità cui ci invitano Deleuze e Guattari resta una questione teorica fondamentale da trattare, anche in relazione alla tensione tra Scienza, [Cono]scienza e [Co]scienza² (paragrafo 3 e ss.).

In particolare, discuteremo di alcune concezioni tradizionali di "soggetto" e di "morale" nel contesto del capitalismo biogenetico (3.1), quindi come la fisica teorica sfida la genomica (3.2). Nel paragrafo 4 intrecceremo il nostro approccio teorico alla luce di alcune considerazioni interne alla teoria e alle pratiche del Diritto privato. Così il tema della persona e del corpo, sotto il profilo materiale e informativo verrà affrontato in termini di trattamento dei dati genetici, nel difficile bilanciamento tra tutela della persona e mercato (4.1); verranno poi illustrati (4.2) alcuni profili di comparazione (UK GDPR e EU GDPR) e l'uso secondario dei dati genomici

2 Sulla diversa genealogia di queste forme di sapere, si rinvia, tra gli altri, a L.M. Sicca, *Risonare uno spazio semantico: studi organizzativi, musica, filosofia, scienze*, in R. Diana, L.M. Sicca, G. Turaccio, *Risonanze. Organizzazione Musica Scienze*, Napoli, Editoriale scientifica, pp. 9-17.

rispetto alle cure personalizzate, offrendo le prospettive *de iure condendo* nel solco della proposta di regolamento europeo (4.3). Al paragrafo 5 tireremo le fila del ragionamento, con alcune possibili conclusioni. L'intero capitolo, riprendendo il sottotitolo, sarà attraversato da alcuni passaggi tratti da *Il Grande Inquisitore* (capitolo V de *I fratelli Karamazov*) di Fëdor Michajlovič Dostoevskij: la riflessione psicologica, antropologica e filosofica con cui in questo scritto vengono messe in gioco alcune fondamentali aporie che, per definizione, interessando in ogni tempo lo stare-insieme e l'organizzare, restano la cifra distintiva del nostro capitolo, a testimonianza di quanto fragile sia il pur necessario procedere interdisciplinare della ricerca in chiave etica e di quanto problematici siano i processi di *organizing*.

2. Una prima [possibile] cornice teorica

La citazione di Deleuze e Guattari in apertura è espressione di una messa in crisi di una visione del soggetto (la facciamo nostra in questo capitolo) che, a partire dall'epoca moderna, ha caratterizzato la comprensione che abbiamo di noi stessi, anche in dialogo con l'alterità, attraverso quelle norme e pratiche che regolano (anche) la relazionalità. All'idea di un soggetto che si costituisce come agente morale attraverso l'inscrivere delle norme sul suo corpo (individuale e definito, paragrafo 3) si è recentemente contrapposta una diversa visione, riconducibile a quelle idee a vario titolo riconoscibili nelle etichette del "postumanismo" e del "nuovo materialismo".

"Postumanismo" e "nuovo materialismo" pur con svariate differenze, sono accomunati da un richiamo al pensiero di Spinoza³ e al suo invito a ripensare il soggetto come modo e non come sostanza, ovvero come attributo e manifestazione particolare (dell'estensione e del pensiero) piuttosto che come sostanza che soggiace, essenza stabile e costante, che per Spinoza è invece la natura nella sua complessità. Questo circuito teso a negare al soggetto una qualche sostanzialità, riappare nelle filosofie più recenti che sono caratterizzate da tre elementi fondamentali.

La prima è l'enfasi sulla materia comune e condivisa, piuttosto che su corpi individuali e particolari; enfasi che nel linguaggio di Deleuze e Guat-

3 B. Spinoza, *Ethica ordine geometrico demonstrata*, Jan Rieuwertsz, Amsterdam, 1677; tr.it. di Emilia Giancotti (a cura di), *Etica. Dimostrata con Metodo Geometrico*, Edit. Riuniti, Roma, 2004.

tari trova espressione nelle due metafore del rizoma e dell'albero. La materia è qui intesa nella sua accezione più ampia per cui i corpi diventano "zoe/geo/technobodies", ovvero sono corpi tecnologicamente mediati in un *continuum* materiale di vita animale (*zoe*) e terra (*geo*)⁴.

Corollario di questa concezione della materialità è una rinnovata attenzione per la questione etica (questo il secondo elemento) che ha visto in Lévinas⁵ il principale promotore di una priorità dell'etica sull'essere, per poi trovare espressione nelle più recenti formulazioni di un'etica corporea e relazionale in cui è la responsabilità verso il "volto" dell'altro (anche come Altro) a definirmi come soggetto morale e, solo in quanto tale, infine, consente a ciascuna persona di assurgere a soggetto. La priorità ontologica accordata da Lévinas all'etica ha infatti aperto le porte, nella cornice del nuovo materialismo, a una concezione postumana dell'etica caratterizzata da un riconoscimento che la complessità della materia vivente richiede un approccio etico che rispetti la vita stessa al di là delle specie umane⁶.

Il terzo e connesso aspetto riguarda la priorità della pratica, quindi dell'agire, intesa come un divenire, emersione senza intenzionalità di *un farsi* collettivo veicolato da affetti, flussi, energie e interruzioni. All'interno di questa prospettiva, non si dà per esempio *una* donna, ma un *divenire* donna, un *divenire* animale, un costante e inarrestabile divenire che mai si cristallizza in un'identità-essenza e che ci invita a interrogarci su quali forme organizzative guidano, favoriscono o piuttosto ostacolano queste trasformazioni.

3. Scienza, [Cono]scienza e [Co]scienza

La proposta di questa nuova ontologia del soggetto umano nasce da un inusuale (per i tempi moderni) quanto antico (basti pensare al pensiero greco) connubio tra la filosofia (nel suo configurarsi come disciplina umanistica) e le recenti scienze (dure), come la fisica e la biologia. Espressione di questo connubio è la particolare versione del (femminismo) materialista offerta da Karen Barad, che è sempre bene ricordare incarna sia la Fisica

4 R. Braidotti, *Posthuman feminism*, Polity Press, Cambridge, 2022; R. Braidotti, *Four Theses on Posthuman Feminism*, in R. Grusin (a cura di), *Anthropocene feminism*, University of Minnesota Press, Minnesota, 2017, pp. 21-48.

5 E. Lévinas, E. (2023 [1961]), *Totalità e infinito. Saggio sull'esteriorità*, Jaca Book, Milano, 2023 [1961]

6 R. Braidotti, *The Posthuman*, Polity Press, Cambridge, 2013

che la Filosofia. In linea con le proposte di Deleuze e Guattari, come anche della nostra Rosi Braidotti, Barad⁷ sposa l'ontologia della relazione, ponendo l'accento sulle *intra-actions*, ovvero su quelle azioni che producono l'apparenza di essenze, laddove non si diano "enti" indipendenti che preesistano questa relazione (riprendendo qui l'invito di Deleuze and Guattari a vedere linee e non punti).

La stessa meccanica quantistica, come anche le recenti scoperte della genomica che consentono il sequenziamento dell'intero DNA, sostengono questa nuova ontologia del (post)umano mostrando come l'identità si consumi, (si) dissolva e si costituisca nei codici iscritti nella materia. Codici che si trasmettono e si trasmetteranno per generazioni, accomunando in questo modo i destini di individui e popolazioni. Proprio queste scoperte, che ci consegna la Scienza, entrano a gamba tesa nel mettere in crisi le tradizionali concezioni del soggetto. E ciò si manifesta in almeno due modi:

– per prima cosa, il DNA come esempio di quella materia comune e condivisa di cui sopra, sfuma i contorni dell'individualità, creando connessioni spazio-temporali inaspettate (riappropriandoci della metafora deleuziana, potremmo osare affermando che il DNA si comporta *rizomaticamente*). In altri termini, seppure il DNA sia sempre di *una* persona, non è mai propriamente solo (di *uno*) di quella persona. Al pari del linguaggio, il DNA è Grande Altro, il codice che pre-esiste e pre-determina la nostra comunicazione e pratica, spesso e volentieri rimosso in favore di una concezione superumana di libertà e libero arbitrio:

*Ma Tu non hai voluto privar l'uomo della libertà, e hai rifiutato la proposta: giacché, dove sarebbe la libertà (hai ragionato Tu), se il consenso fosse comperato col pane?*⁸

– un secondo aspetto riguarda la possibilità di riconoscere un agente morale, cui attribuire responsabilità d'azione. È questo un assunto fondamentale di ogni assetto giuridico, che si formalizza in un *codice* in grado di rispondere alla necessità di interpretare gli eventi e le azioni. Il ché, però, non necessariamente impone determinismo ma, muovendoci *oltre* le visioni tradizionali e agganciandoci alle proposte summenzionate, è pensabile in termini di *emersione* e di *prassi* che non trovano origine necessariamente

7 K. Barad, *Meeting the universe halfway*, Durham, NC, Duke, 2007.

8 Ivàn/Il Grande Inquisitore: II, V, V, 1994, p. 337.

te in un *soggetto*, ma in *un* effetto combinato di forze che sfuggono a un controllo predefinito:

- “Esiste una forza che resiste a tutto!” disse Ivàn con un gelido sorriso.
- Quale forza?
- Quella dei Karamàzov... la forza dell’infamia dei Karamàzov.”⁹

È qua che si staglia quella “geologia della morale” di Deleuze e Guattari¹⁰ che ritroviamo anche nell’opera di Braidotti di un’etica affermativa e vitalistica post-umana¹¹.

3.1. *Dialogando con alcune tradizionali concezioni di “soggetto” e di “morale”: il capitalismo biogenetico*

Alla luce di questo quadro introduttivo, e pensando alle implicazioni che ne possono derivare su costrutti come *soggettività* e *responsabilità*, riteniamo appropriato dialogare con alcune concezioni tradizionali (proto-scientifiche?) del *soggetto* e della *morale*.

Lontano dal divenire rizomatico/piano/spazio liscio, il sistema economico si fonda da sempre sulla differenza e su pratiche gerarchizzanti e di accentramento del potere. Una recente manifestazione è la rete internet che, a dispetto di visioni che ne enfatizzano la portata democratica, è uno spazio che riproduce meccanismi di accumulazione di potere e controllo economico. Basti pensare che mentre scriviamo su un *drive* questo testo, condividendo sguardi tra persone afferenti a diverse discipline, siamo certamente controllate (ma no, non montiamoci la testa, più probabilmente controllabili), mentre diversa sarà la relazione tra soggetto e oggetto quando, ora, questo sforzo interdisciplinare cadrà sulle pagine stampate del libro tra le vostre mani, carz lettori.

In questo senso, la prospettiva teorica assunta in questo capitolo dice anche di un rischio di mercificazione del Vivente, ovvero della tendenza a mercificare la vita mediante la creazione di un’industria, che a propria volta capitalizza sulla conoscenza e la manipolazione del patrimonio genetico: siamo nella stagione di trasformazione della vita stessa in plusvalore, in breve nel clima di un “capitalismo biogenetico”¹²: espressione adottata per

9 Ivàn/Il Grande Inquisitore: V, 1994, p. 367.

10 G. Deleuze, F. Guattari, *Mille piani. Capitalismo e schizofrenia*, Cooper srl, Roma, 2003 [1980].

11 R. Braidotti, *The Posthuman*, Polity Press, Cambridge, 2013.

12 M. Cooper, (2008), *Life ad Surplus: Biotechnology and Capitalism in the Neoliberal Era*, University of Washington Press, Seattle Wash, 2008.

indicare una forma avanzata di coordinamento, convivenza e co-abitazione che, riproponendo logiche di sfruttamento e commercializzazione antiche e incarnate nella storia del capitalismo stesso, si caratterizza tuttavia per la sua capacità di capitalizzare la vita stessa nella forma di dato genetico, così trasformato in merce di scambio da cui trarre profitto. Un *nuovo antico* sistema economico, dunque, che vede coinvolti una varietà di soggetti, tra cui le aziende biotecnologiche e farmaceutiche, i laboratori, le assicurazioni, il mondo della ricerca delle scienze della vita e tutti noi in quanto dati. *Sì, noi in quanto dati!*

Il capitalismo biogenetico è un regime di significazione che è al tempo stesso normativo, ovvero attribuisce valore a certi corpi e lo nega ad altri¹³ e, come tale, costruisce e valorizza i nostri corpi/dati, esercitando nuove forme di controllo su di essi. Il controllo che ne deriva è insieme biopolitico¹⁴ e biogenetico, ovvero un controllo che riduce il corpo a dato scientifico, comportando un controllo sul passato e, insieme, sul futuro, attraverso la previsione e il calcolo dei rischi (sanitari) – un calcolo facilitato dal recente sviluppo e impiego dell'Intelligenza Artificiale (IA). L'attribuzione di valore economico e commerciale al dato genetico può così creare nuovi paesaggi di disuguaglianza socioeconomica e responsabilità che interessano sia le organizzazioni pubbliche che quelle private.

Alla luce di questi cambiamenti e forze in atto, occorre interrogarsi su come il diritto risponde e possa rispondere alle sfide poste dalle scoperte della genomica e su come entrambi, diritto e genomica, possano aiutarci a ripensare filosoficamente alcuni dei concetti del nuovo materialismo qui introdotto con implicazioni importanti per il nostro vivere comune, specialmente, ma non solo, quando questo prende il nome di economia.

3.2. *Le sfide poste dalla genomica*

La genomica può influenzare profondamente le vite degli individui e la società nel suo complesso. Mentre i test genetici tradizionali si concentrano sull'individuazione di alcune decine di specifiche malattie, con le tecniche della genomica si ha accesso, per esempio, al sequenziamento completo del DNA di una persona, ottenendo la possibilità di identificare il rischio per migliaia di malattie. Questo rappresenta un enorme passo avanti, che permette di esplorare i meccanismi fondamentali della vita e di sviluppare

13 D. Pianezzi, *Corpi (dis)organizzati. Etica lavoro e organizzare femminista*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022.

14 M. Foucault, *Discipline and punish: the birth of the prison*, Penguin Books, Harmondsworth, 1979.

applicazioni mediche innovative per combattere malattie che vanno dalle disabilità intellettive ai disordini congeniti e al cancro. Si stanno sviluppando anche strumenti progettati per modificare il nostro DNA allo scopo di prevenire malattie legate a mutazioni genetiche dannose.

Queste tecnologie stanno rivoluzionando la medicina e le applicazioni cliniche, portando a cambiamenti destinati a offrire benefici considerevoli all'intera umanità. L'abbattimento dei costi del sequenziamento del DNA ha portato, nell'ultimo decennio, all'emergere di iniziative nazionali di genomica in molti paesi, tra cui quelli dell'Unione Europea, il Regno Unito, gli Stati Uniti e la Cina¹⁵. Questi studi stanno consentendo di comprendere, con una precisione senza precedenti, il legame tra varianti genetiche e i meccanismi delle patologie a esse connesse.

Tuttavia, accanto a questi progressi, sorgono importanti questioni etiche. Queste riguardano, ad esempio, la gestione delle informazioni genetiche personali, il loro impiego nelle decisioni mediche e l'accessibilità di nuovi e costosi servizi medici per la società. In sintesi, mentre la genomica sta aprendo frontiere nella medicina e promette notevoli benefici per la salute umana, è essenziale affrontare con attenzione le sfide etiche e sociali che accompagnano questi sviluppi. La gestione responsabile delle informazioni genomiche e l'assicurazione di un accesso equo ai progressi medici saranno fondamentali per massimizzare i benefici e minimizzare i rischi per l'intera umanità.

4. *Persona e corpo: profilo materiale e informazionale*

Nel difficile rapporto tra la persona e il corpo, l'avvento di nuove tecnologie diagnostico terapeutiche e informatiche, ha ridisegnato le possibilità di utilizzazione delle parti staccate del corpo chiamando l'interprete a operare nuove forme di bilanciamento tra i diritti che possono dirsi coinvolti.

Come ripensare allora il concetto di proprietà e responsabilità in relazione a un soggetto che diventa informazione/codice genetico? Il corpo umano – sia nella sua interezza sia in relazione a singole parti che da esso possono separarsi ed essere percepite nella loro autonomia – rappresenta la persona non soltanto in una dimensione materiale legata alla fisicità, ma anche in una prospettiva che è stata definita *identitaria* in quanto in grado

15 The UK10K Consortium (2015), The United Kingdom's 10K genome project, *Nat. Methods* 12, 1010; Genomics England, www.genomicsengland.co.uk; J. Kaiser, Sequencing projects will screen 200,000 newborns for disease, *Science*, 2022, 378, 6625.

di ricostruire ed esprimere l'identità del soggetto. L'utilizzo di tecnologie sempre più precise, idonee a estrapolare dal corpo una grande mole di informazioni sanitarie nonché lo sviluppo di terapie e cure basate sull'analisi di tali informazioni richiede una riflessione circa i criteri di ammissibilità e di liceità dell'utilizzo e del riutilizzo delle informazioni raccolte. Riflessioni che interessano sia gli studi giuridici, sia le implicazioni etiche che attraversano i processi di *organizing*, ovvero le azioni che l'agire sociale (segnato dalla centralità dell'azienda come soggettività che regola da qualche secolo la porzione prevalente dei processi di co-abitazione), produce e manifesta nella maggior parte delle economie occidentali (e da qualche anno non solo).

La consapevolezza della rilevanza sociale dell'attività di ricerca in campo biomedico giustifica tale riflessione nella constatazione di un senso di insoddisfazione nei confronti della regola giuridica che spesso stenta a operare un raccordo tra le nuove sfide della società odierna e le categorie dogmatiche tradizionali¹⁶.

Queste sfide mettono in crisi una visione del soggetto che si afferma con l'Età moderna centrata sulla autonomia e indipendenza¹⁷. Questa impostazione che ha assunto un carattere paradigmatico anche nella produzione di norme sociali, inizialmente legislative e poi anche economiche con il graduale affermarsi del mercato come strumento fondamentale di coordinamento della convivenza ha condizionato la comprensione che abbiamo di noi stessi, per definizione in dialogo e attraverso l'alterità, e delle norme (legali e non) e pratiche che regolano questo delicato, quanto necessario, rapporto. Come anticipato (paragrafo 3), le scoperte della genomica offrono infatti una visione dell'identità che trascende il corpo individuale nel divenire soggetto multiplo, frammentato, con un'enfasi sulla materia comune e condivisa (i.e. DNA) piuttosto che sui corpi individuali e particolari. La materia è qui intesa nella sua accezione più ampia per cui i corpi individuali non esauriscono e delimitano l'elemento identitario¹⁸.

L'espressione dell'autodeterminazione del soggetto sia in ordine ai trattamenti sanitari (l. 219/2017) che al trattamento dei dati personali (Reg.

16 Emblematico è il tema del consenso ove l'espressione della volontà sfugge a logiche prettamente inquadrabili nell'area contrattuale, sia in relazione alla non patrimonialità degli interessi sottesi sia in riferimento alla sua disciplina, basti pensare alla possibilità di revoca.

17 R. Braidotti, *The Posthuman*, Polity Press, Cambridge, 2013.

18 R. Braidotti, *Posthuman feminism*, Polity Press, Cambridge, 2022; R. Braidotti, *Four Theses on Posthuman Feminism*, in R. Grusin (a cura di), *Anthropocene feminism*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 2017, pp. 21-48.

UE 27 aprile 2016 n. 679, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 come modificato ad opera del d. lg. 10 agosto 2018, n. 101) deve confrontarsi con la tutela della ricerca scientifica (art. 9 Cost.) e con finalità pubbliche che possono giustificare l'utilizzo dei dati personali.

La rapidità dello sviluppo scientifico e tecnologico tende a rendere obsolete regole pensate per un contesto sociale differente, si pensi alla rivoluzione dei *big data*, che ha comportato una necessità di adeguamento della normativa precedente in tema di trattamento dei dati personali, ma si pensi ancora all'utilizzo dell'IA e alla necessità di offrire strumenti di tutela compatibili con le nuove forme di utilizzazione automatizzate dei dati. A ciò deve aggiungersi la particolare caratteristica degli ordinamenti contemporanei che sono governati da un sistema di fonti multilivello, "dove la norma di fonte statale soffre sempre più la concorrenza di norme statali e sovranazionali o di norme *tout court* extra-statali, come le norme sociali o le regole tecniche"¹⁹.

La difficoltà di armonizzazione della normativa vigente si evidenzia in particolare in questo settore dove occorre differenziare la normativa applicabile al prelievo dal corpo da quella relativa alle attività connesse a utilizzazioni secondarie che dalle informazioni raccolte dal campione possono trarsi.

La categoria dei campioni biologici è, secondo una sua iniziale delimitazione, una categoria che può dirsi assolutamente eterogenea in quanto, al suo interno, comprende elementi materiali, anche subcellulari, come il DNA, RNA o proteine, ovvero cellule e tessuti rimossi chirurgicamente, ed ancora organi interi ed elementi in modo diverso prodotti dal corpo (se pensiamo al latte materno, lacrime, aria esalata, feci, urina)²⁰. Tale eterogeneità rende difficile per un verso una riconduzione ad unità e per altro verso una sua qualificazione, in linea con la riflessione teorica del nuovo materialismo (paragrafo 2 e ss.).

Le difficoltà di ricostruzione e di conseguente qualificazione dal punto di vista giuridico è testimoniata, peraltro, dalla doppia "qualità" del campione biologico: per un verso parte di materia staccata dal corpo e per altro fonte di dati, informazioni sanitarie biologiche e genetiche.

19 G. Resta, *La ricerca su materiali biologici di origine umana: le ragioni di una riflessione interdisciplinare*, in A.M. Gambino, C. Petrini e G. Resta (a cura di) *La ricerca su materiali biologici di origine umana: giuristi e scienziati a confronto*, Nuova editrice universitaria, Roma, 2018, p. 8.

20 G. Novelli, I. Pietrangeli, *I Campioni Biologici*. In F.G. Canestrari S. (a cura di), *Trattato di Biodiritto*, Giuffè Editore, Milano, pp. 1027-1068.

Tuttavia, sebbene la materia di cui il campione è formato costituisca la fonte delle informazioni che da esso possono essere tratte, queste ultime acquistano una autonomia tale che rende le informazioni capaci di una possibile circolazione ed utilizzazione autonoma. Le stesse informazioni, infatti, possono essere oggetto, di là dalla prima utilizzazione connessa al prelievo del campione, all'utilizzo in nuove e differenti ricerche scientifiche, ovvero in elaborazioni successive. L'appartenenza delle informazioni alla materia da cui sono state generate, tuttavia, permane non solo con riferimento al campione originario, ma anche ed in misura più problematica al soggetto da cui il prelievo è stato effettuato. Ciò comporta per un verso che, finché la materia non verrà distrutta (perché esaurita o non più utile, si pensi ai campioni prelevati nel corso di interventi chirurgici), sarà ancora possibile estrarre da essa nuove e diverse informazioni. Non solo, ma, quand'anche il campione biologico nella sua materialità non esisterà più, la riferibilità alla persona potrà essere ricostruita.

Parte della dottrina ha efficacemente rilevato come la disciplina del profilo informazionale del campione, ovvero del trattamento del dato personale, ha ricevuto più ampia considerazione giuridica, tale da assorbire fino a schiacciare la disciplina del profilo materiale del campione²¹. Eppure, le due dimensioni devono essere adeguatamente ricostruite al fine di evidenziare anche in punto di disciplina, possibili connessioni ed interferenze nonché, per altro verso, la loro differente rilevanza.

Occorre infatti notare come il consenso al prelievo del campione biologico è distinto dal consenso al trattamento dei dati personali, indipendentemente dalla circostanza che essi possano confluire in un medesimo documento²².

L'espressa volontà del soggetto in ordine al proprio corpo, oggi normata in maniera puntuale dalle norme in tema di consenso al trattamento medico espresse nella l. 219 del 2017, espressione dei diritti espressi negli artt. 32, 13 e 2 della Costituzione, deve coordinarsi nella disciplina degli atti di disposizione del corpo (art. 5 c.c.), con il principio di gratuità. La legislazione sul punto consta di norme di carattere più generale

21 V. Caredda, *Campioni biologici e big data: l'evoluzione del consenso*, in "Dir. fam. pers.", 2002, p. 1064 la quale sottolinea una sopravvalutazione della dimensione informazionale, tale da schiacciare la dimensione materiale, spec. p. 1065.

22 Cfr. A. Cordiano, *Biobanche di ricerca e modelli regolativi*, in "comparazione-dirittocivile.it", I, 2018; D. Farace, voce *Campioni biologici – Diritto civile*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, 9a app., Roma, 2015, p. 216.

e norme dettate dalla specificità del singolo campione²³. In primo luogo, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea all'art. 3 e la Convenzione di Oviedo, la quale dedica un capo il VII al divieto di profitto e utilizzazione del corpo umano, stabiliscono il divieto di fare del corpo e delle sue parti fonte di profitto.

Tuttavia, è stato rilevato come ciò valga solo per il rapporto tra titolare del campione e primo prelievo/utilizzo e non anche per gli usi secondari del campione e dei dati da esso estrapolati, in quanto è ben noto come, anche attraverso la costituzione di biobanche, la circolazione anche economica non possa essere evitata.

A questo proposito, l'art. 22 della Convenzione prevede che “allorquando una parte del corpo umano è stata prelevata nel corso di un intervento, questa non può essere conservata e utilizzata per scopo diverso da quello per cui è stata prelevata in conformità alle procedure di informazione e di consenso appropriate”²⁴. In tale norma si esprime il c.d. principio di finalità che deve sempre accompagnare il consenso prestato dall'interessato²⁵.

Ancora la Convenzione di Oviedo, all'art. 10 stabilisce il diritto al rispetto della vita privata con particolare riferimento alle informazioni relative alla salute, prevedendo che il soggetto ha il diritto di conoscere ogni informazione raccolta in tale ambito, così come il diritto di non conoscere e non esserne informato. La Convenzione così interroga criticamente il complesso rapporto che lega il segreto dell'esistenza con il desiderio umano di (non) sapere tutto:

- 23 Cfr. l. 26 giugno 1967, n. 458 in materia di trapianto di rene; l. 16 dicembre 1999, n. 483 trapianto parziale di fegato; leggi 1° aprile 1999 n. 91 trapianti da cadavere e 12 agosto 1993 trapianti di cornea; l. 6 marzo 2001 midollo osseo; 19 settembre 2012, n. 167 trapianti parziali di polmone, pancreas, intestino; l. 27 ottobre 2005 n. 219 trasfusioni di sangue; d.lgs. 24 giugno 2003 n. 211 in materia di sperimentazione.
- 24 Convenzione per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazioni della biologia e della medicina: Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997.
- 25 G. Resta, *La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione*, in S. Rodotà e P. Zatti (a cura di) *Trattato di Biodiritto, Il governo del corpo*, I, Giuffrè editore, Milano, 2011, pp. 829 ss.; Id., *Contratto e persona*, in *Trattato del contratto* diretto da Roppo, vol. IV, *Interferenze. Rispetto al campione biologico si vedano le riflessioni di P. Femia, Il campione biologico come oggetto di diritti. Bene giuridico e processi di valorizzazione*, in D. Farace (a cura di) *Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umani*, Nuova Editrice Universitaria, Roma, 2016, pp. 187 ss.

Il segreto dell'esistenza umana non sta solo nel vivere, ma in ciò per cui si vive. Senza sapere con certezza per che cosa vive, l'uomo non accetterà di vivere e si sopprimerà pur di non restare sulla Terra, se anche intorno a lui non vi fossero che pani.²⁶

La Dichiarazione Universale sul genoma umano e i diritti umani adottata dall'Unesco l'11 novembre 1997, specifica che al genoma umano è sotteso il riconoscimento della intrinseca dignità e diversità di tutti i membri di una famiglia. Dall'altro lato, si afferma all'art. 12 il necessario bilanciamento tra la tutela del genoma umano e la libertà di ricerca scientifica, nell'ambito della quale le applicazioni della ricerca relative al genoma umano devono tendere al miglioramento della salute del singolo e dell'intera umanità.

Infine, la Dichiarazione internazionale sui dati genetici umani dell'Unesco del 16 ottobre 2003 intende garantire la protezione dei dati personali e delle libertà fondamentali nella raccolta e trattamento dei dati genetici umani e dei campioni biologici, prevedendo la necessità del consenso libero ed informato dei donatori, che non deve essere collegato a prospettive di guadagni economici o personali.

Proprio al profilo informativo dei dati genetici attengono le riflessioni che seguono.

4.1. Trattamento dei dati genetici: il difficile bilanciamento tra tutela della persona e mercato dei dati

Il dato genetico va considerato nella più ampia categoria di dati sanitari, e pur tuttavia parte della dottrina ha sottolineato come in alcuni casi indipendentemente dalla esigenza di tutela della salute individuale esso venga impiegato solo in funzione identificativa della persona. Si pensi alle analisi per la ricerca della paternità ovvero alle indagini genetiche utilizzate per la ricerca dei responsabili di reati. La non coincidenza delle categorie dato genetico-dato sanitario è testimoniata per altro verso dalla constatazione che il dato sanitario può non estrinsecarsi in un dato genetico, tutte le volte in cui non riguarda la riferibilità genetica.

Come confermato anche dalla lettura dell'all'art. 4, n. 13 del Regolamento UE 2016/679 (GDPR), i dati genetici hanno diversi profili di contatto con altre categorie di dati particolari, come principalmente quelli bio-

26 Ivàn/Il grande inquisitore: cap. V, 1994, p. 355.

metrici e relativi alla salute, ma rispetto a questi presentano caratteristiche distintive tali da renderli unici.

La specialità del dato genetico²⁷ è conferita dalla capacità di fornire informazioni sull'individuo non limitate al momento attuale di analisi ma, in una dimensione prospettica, anche a momenti successivi e lontani nel tempo. Informazioni che restano valide nel lungo periodo e che possono riguardare anche il c.d. "gruppo biologico"²⁸, ovvero le persone unite da relazioni familiari al soggetto cui i dati medesimi si riferiscono²⁹.

Le peculiarità dei dati genetici – ereditarietà, condivisione con il gruppo familiare, predittività – rendono evidente come gli stessi siano in grado di definire la stessa identità di una persona, potenzialmente idonei a svelare tratti della personalità dell'individuo³⁰.

In questo senso, a produrre valore e ad essere controllato non è l'individuo (il corpo misurabile del *qui e ora* della produzione fordista) ma precisamente quella materia genetica di cui i singoli non sono che portatori. La

27 Il dibattito che ha riguardato la c.d. privacy genetica è ben più risalente rispetto all'entrata in vigore del Reg. UE 679/2016 e ha interessato anche la giurisprudenza della Corte di giustizia e la Corte EDU. Molto noto il caso trattato da quest'ultima *Marper c. Regno unito* del 2008 (consultabile qui: <file:///Users/anita/Downloads/001-106010.pdf>) ed avente ad oggetto la creazione di banche dati genetiche e del DNA a fini di giustizia, sentenza poi richiamata anche dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea nell'altrettanto noto caso *Digital Rights Ireland* dell'8 aprile 2014, consultabile qui <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0293>. Più in generale, la dottrina italiana sulla giurisprudenza, i cui principi di diritto sono poi stati recepiti dal GDPR, G. Finocchiaro, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di dati personali da Google Spain a Schrems*, in "Dir. inform.", 2015, 4-5, pp. 779 ss.; O. Pollicino, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza nel reasoning di Google Spain*, in "Dir. inform.", 2014, pp. 7 ss.

28 A. Santosuosso, I. Colussi, *Diritto e genetica delle popolazioni*, in S. Rodotà e P. Zatti (a cura di), *Trattato di biodiritto: il Governo del Corpo*, Giuffrè editore, Milano, 2010, pp. 99-135.

29 S. Rodotà, *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, in "Rivista critica di diritto privato", 2000, p. 584, il quale chiarisce come i dati genetici definiscono, al tempo stesso, sia la persona in quanto tale sia la sua appartenenza al gruppo.

30 Sulla protezione di diritti fondamentali ed in particolare sul ruolo dei dati personali come idonei a costruire l'identità digitale del soggetto quale modo di svolgimento della sua personalità G. Alpa, *La "proprietà" dei dati personali*, in Zorzi Galgano (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Cedam, Padova, 2019, pp. 11 ss.

conoscenza del genoma diventa in questo modo un potenziale strumento di controllo biopolitico, quindi di governo e regolamentazione delle popolazioni tramite pratiche che si basano sulla vita biologica, entro il quadro più ampio del capitalismo biogenetico (paragrafo 3.1).

Tali caratteristiche sono state evidentemente tenute in considerazione dal legislatore europeo, che nel definire la base giuridica per il trattamento dei dati genetici all'art. 9 del Regolamento UE 2016/679 (GDPR), prevede espressamente che non ne sia consentito il trattamento se non nelle ipotesi dalla medesima norma elencate, ovvero laddove ricorra il "consenso esplicito" dell'interessato per una o più finalità specifiche oppure nei casi in cui, alternativamente al consenso, il trattamento sia necessario per finalità diverse elencate dalle lettere da (b) a (j), tra cui motivi di interesse pubblico, medicina preventiva e del lavoro, interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica, o storica o a fini statistici.

Dalla lettura del dato normativo sopra riportato, sembrerebbe emerge un corretto bilanciamento tra due distinti piani di tutela: da un lato la persona, con la conseguente esigenza di garantire diritti fondamentali quali il corretto trattamento dei dati personali – nella specie dei dati genetici – in quanto funzionali al rispetto dell'integrità e dignità della persona³¹; dall'altro, il *favor* verso il trattamento dei dati genetici anche in assenza di consenso, in funzione di risultati utili non solo per il singolo ma per l'intera collettività.

Tuttavia, l'ultimo paragrafo dell'articolo 9 del GDPR consente agli Stati membri di introdurre ulteriori condizioni, comprese limitazioni, con riguardo al trattamento di dati genetici, dati biometrici o dati relativi alla salute.

Ciò consente di mettere in evidenza un possibile *vulnus* nella disciplina sul trattamento dei dati genetici, in quanto l'uniformazione che si voleva ottenere con l'adozione di un Regolamento europeo sfuma inevitabilmente tra le pieghe di legislazioni a carattere nazionale che possono essere anche molto diverse tra loro o essere parziali o del tutto mancanti. Ciò ha delle immediate ricadute non solo in termini di tutela della persona, essendo questa destinataria di misure diverse a seconda dei contesti territoriali in cui il trattamento dei dati genetici viene

31 A. Cordiano, *Biobanche di ricerca e modelli regolativi*, cit. la quale afferma come il controllo sui dati genetici si riverbera sui profili di riservatezza e identità del soggetto "rappresentando un momento essenziale dell'autodeterminazione personale"; R. Cippitani, *Il trattamento dei dati genetici a fini di ricerca scientifica*, in "Diritto e processo", 2018, pp. 95-133.

operato; ma anche in termini di garanzia del libero svolgimento della ricerca scientifica³², che può restare imbrigliata in limitazioni a carattere locale.

In tal modo la tensione tra tutela di interessi individuali e collettivi resta irrisolta, a tutto discapito delle enormi potenzialità che gli studi in ambito genomico possono garantire per l'intera collettività (paragrafo 3.2).

Ciò è determinato principalmente dalla complessa e non semplice trama che lega la ricerca³³, sia pubblica che privata, alle logiche di mercato³⁴.

Le c.d. imprese digitali, infatti, sempre più spesso assumono un ruolo fondamentale nell'uso medico o economico dei dati genetici, conservando enorme quantità di tali dati³⁵.

32 Un ulteriore elemento di complessità è dato dal fatto che la nozione di ricerca scientifica adottata dal GDPR, risulta particolarmente ampia, così come si evince da Considerando 159 *"Nell'ambito del presente regolamento, il trattamento di dati personali per finalità di ricerca scientifica dovrebbe essere interpretato in senso lato e includere ad esempio sviluppo tecnologico e dimostrazione, ricerca fondamentale, ricerca applicata e ricerca finanziata da privati"*

33 Con specifico riferimento alla controversa disciplina del trattamento dei dati genetici per finalità di ricerca scientifica adottata dal legislatore europeo con il Reg. UE 679/2016 (GDPR) I. Rapisarda, *Ricerca scientifica e circolazione dei dati personali. Verso il definitivo superamento del paradigma privatistico?*, in *"Europa e diritto privato"*, 2, 2021, pp. 310 la quale chiarisce come, sebbene il legislatore europeo non abbia fatto espresso riferimento al campione biologico, appare evidente che esso rappresenti il "supporto materiale" originale delle informazioni genetiche, avendo introdotto una disciplina che in ogni caso ne esalta il tratto comune ovvero la relativa capacità informazionale.

34 Sulla difficile individuazione della linea di demarcazione tra ricerca pura e ricerca per finalità commerciali F. Mollo, *Il trattamento dei dati genetici tra libera circolazione e tutela della persona*, in *"Jus Civile"*, 1, 2022, p. 89 la quale precisa come siano sfumati i contorni tra ricerca servente un "bene comune" e ricerca privata in quanto *"la ricerca, di per sé, non è espressione di un interesse pubblico 82, ben potendo essere votata a logiche economiche e solo in un secondo momento ovvero di riflesso portatrice di benefici a vantaggio della società intera"*, richiamando sul punto anche la posizione assunta sul punto a livello europeo con il provvedimento dell'European Data Protection Supervisor (EDPS), *A Preliminary Opinion on data protection and scientific research*, 2020, p. 5 (consultabile qui: https://www.edps.europa.eu/sites/default/files/publication/20-01-06_opinion_research_en.pdf).

35 Parla di "paradosso genetico" in merito al rischio di non utilizzare le potenzialità benefiche derivanti dalla mappatura genetica nel caso di utilizzo di dati genetici nel contesto di attività economiche F. Agnino, *Nozione di dati genetici ed il decalogo di legittimità al loro trattamento*, in *"Danno e responsabilità"*, 2014, I, pp.43 ss.

Il fenomeno delle biobanche³⁶ più in particolare, rende evidente la complessità del fenomeno appena descritto, laddove queste – che possono essere anche soggetti privati – sfuggono ad una omogenea regolamentazione nei diversi ordinamenti giuridici.

Di queste ultime manca ancora una compiuta disciplina giuridica – oltre che una precisa definizione normativa³⁷ – che definisca standard comuni nei processi di acquisizione e conservazione dei campioni biologici dai cui vengono estratti i dati genetici. Basti pensare ai diversi casi di circolazione delle biobanche e del mutamento soggettivo del titolare delle stesse, uno dei quali molto noto per la rilevanza internazionale, coinvolgendo società italiane e inglesi, e per aver richiesto finanche l'intervento del Parlamento Europeo³⁸.

Occorrerebbe, pertanto, individuare degli strumenti che consentano di indicare delle direttrici comuni che orientino tutti i soggetti coinvolti verso valori condivisi e che siano in grado di operare il giusto bilanciamento tra la tutela della persona e la tutela del mercato, incidono i dati genetici su valori e principi – identità, dignità, autonomia – che riguardano indistintamente ogni persona, che non possono consentire trattamenti giuridici differenziati che vanno a ledere un fondamentale principio di uguaglianza tra gli individui.

36 Termine per la prima utilizzato da S. Loft, H. E. Poulsen, *Cancer risk and oxidative DNA damage in man*, in "Journal of Molecular Medicine", 1996, 74, pp. 297 ss.

37 Per un approfondimento sul punto R. Pacia, *Campione biologico e consenso informato nella ricerca genetica: il possibile ruolo delle biobanche*, in "Jus Civile", 3, 2014, pp. 65-104 la quale richiama come utili fonti, sebbene non cogenti, per la definizione di biobanca le "Linee guida per l'istituzione e l'accreditamento delle biobanche" 19 aprile 2006, redatte da un gruppo di lavoro istituito presso il Comitato Nazionale per la Biosicurezza e le Biotecnologie, che si ispirano alla Raccomandazione del Consiglio d'Europa R(2006)4; il Decreto del Ministero delle Attività Produttive 26 giugno 2006, il quale stabilisce la procedura di certificazione delle Biobanche come CRB (Centri di Risorse Biologiche). Sempre in dottrina sul punto M. Macilotti, *Consenso informato e biobanche di ricerca*, in "Nuova giurisprudenza civile commentata", 2009, II, pp. 153 ss.; M. Macilotti, voce *Biobanche*, in *Digesto on line*, sez. civile, 2012; F. Iannacone, *Dall'habeas corpus all'habeas data: regole per l'archiviazione del materiale biologico*, in "Responsabilità civile e previdenza", 2019, pp. 349 ss.

38 Si fa riferimento al noto caso che ha dato luogo alla sentenza della Corte di Cassazione n. 27325 del 7 ottobre 202. Sul punto M. Ciancimino, *Circolazione "secondaria" dei dati sanitari e biobanche. Nuovi paradigmi contrattuali e istanze personalistiche*, in "Dir. Fam. Pers.", 2022, pp. 26-69; I. Rapisarda, *Ricerca scientifica e circolazione dei dati personali. Verso il definitivo superamento del paradigma privatistico?*, cit.

Si ritiene di dover concordare al riguardo con la più attenta dottrina sul punto, che ritiene di spostare la questione sul piano delle fonti, valorizzando il ruolo della *soft law*³⁹, ovvero di atti non vincolanti che possono stabilire prassi comuni, per orientare i titolari del trattamento verso valori condivisi di tutela della persona e di parità di trattamento⁴⁰.

Più nello specifico, potrebbe essere utile l'adozione di codici di condotta⁴¹, per regolamentare il networking tra i soggetti coinvolti – strutture sanitarie, centri di ricerca, fornitori di servizi informatici specializzati in Big Data analysis – che formano dei vari e propri “*health data pool*”.

Codici di condotta⁴² con i quali definire ruoli e stabilire misure tecniche ed organizzative in grado di garantire un trattamento dei dati genetici lecito e finalizzato all'interesse collettivo e non alle logiche di mercato, evitando

39 L. Marelli, G. Testa, *Scrutinizing the EU General Data Protection Regulation. How will new decentralized governance impact research?*, in “Science”, 2018, pp. 496-498.

40 Nella prospettiva di una tutela *ex ante* che miri ad anticipare la tutela del dato a un momento anteriore al trattamento stesso, immanente al sistema normativo creato con il GDPR, ben si potrebbe pensare a delle linee guida internazionali sul corretto svolgimento del procedimento di valutazione d'impatto sulla protezione dei dati di cui all'art. 35 Reg. UE 2016/679 (GDPR), adempimento obbligatorio per il trattamento dei dati genetici, espressamente richiamati dal paragrafo 3, lett. b) della citata disposizione. Alla previsione normativa si aggiunge anche il provvedimento del Garante della protezione dei dati personali, doc. web n. 9058979 dell'11 ottobre 2018, contenente l'elenco delle tipologie di trattamenti soggetti al requisito di una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati ai sensi dell'art. 35, comma 4, del reg UE n. 2016/679, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 269 del 19 novembre 2018; nonché le osservazioni rese in proposito dall'European Data Protection Board, Opinion 12/2018 on the draft list of the competent supervisory authority of Italy regarding the processing operations subject to the requirement of a data protection impact assessment (Article 35.4 GDPR), del 25 settembre 2018 e notificato il 2 ottobre 2018, disponibile qui: https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/opinion-board-art-64/opinion-122018-draft-list-competent-supervisory_en.

41 C. Casonato, M. Tomasi, *Diritti e ricerca biomedica: una proposta verso nuove consonanze*, in “BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto”, n. 1, 2019, pp. 343-358, il quale sottolinea il ruolo della co-regolazione al fine di garantire non solo una effettiva e uniforme implementazione del GDPR ma anche per offrire ai titolari di trattamento uno strumento per dimostrare la *compliance* complessiva allo stesso.

42 Si consideri l'esperienza della rete europea Biobanking and BioMolecular Resources Research Infrastructure-European Research Infrastructure Consortium (BBMRI-ERIC), per l'elaborazione di una bozza di Code of Conduct for Health Research. Disponibile qui: <https://www.bbMRI-eric.eu/services/the-code-of-conduct-for-health-research/>.

pericolosi fenomeni di mercificazione del materiale biologico e disuguaglianze nell'accesso al dato (*datum*, quindi anche *dono*) genetico:

E che colpa hanno tutti gli altri, i deboli, se non hanno saputo sopportare quello che i forti hanno sopportato? Di che cosa è colpevole un'anima debole se non ha la forza di accogliere doni così terribili? Possibile che tu sia venuto davvero solo agli eletti e per gli eletti?⁴³

4.2. *Brevi profili di comparazione: UK GDPR e EU GDPR*

La frammentazione sopra riferita è tanto più evidente se si esce dai confini degli Stati Membri dell'Unione Europea e si prova a porre a confronto – attraverso l'analisi della medesima fattispecie concreta – la disciplina applicabile al trattamento dei dati genetici in diversi ordinamenti giuridici.

A tal file, per il carattere speculare – in considerazione di precisi motivi storici – della disciplina sul trattamento dei dati personali tra il Regno Unito e l'Unione Europea, siano consentiti brevi profili di comparazione tra le ricadute che l'approvazione del Regolamento UE 2016/679 (GDPR) nel Regno Unito e nel nostro ordinamento giuridico.

Il legislatore italiano, come noto, con specifico riferimento al trattamento dei dati genetici, per conformarsi al nuovo Regolamento europeo 679/2016 (GDPR), ha introdotto l'art. 2-septies del Codice privacy, (decreto legislativo 196/2003, così come novellato dal decreto legislativo 101/2018)⁴⁴. Tale norma stabilisce che i dati genetici possono essere oggetto di trattamento in conformità di una delle condizioni previste dall'art. 9 GDPR, ma soprattutto “in conformità alle misure di garanzia disposte dal Garante”. Il secondo comma della citata disposizione precisa che il provvedimento contenente le misure di garanzia deve essere adottato dal Garante con cadenza almeno biennale e tenendo conto:

- a) delle linee guida, delle raccomandazioni e delle migliori prassi pubblicate dal Comitato europeo per la protezione dei dati e delle migliori prassi in materia di trattamento dei dati personali;
- b) dell'evoluzione scientifica e tecnologica nel settore oggetto delle misure;
- c) dell'interesse alla libera circolazione dei dati personali nel territorio dell'Unione europea.

43 Ivàn/Il grande inquisitore: cap. V, 1994, p. 358.

44 Sul punto S. Stefanelli, *Trattamento di dati personali per scopi di ricerca scientifica*, in G. Cassano, V. Colarocco, G.B. Gallus, F.P. Micozzi (a cura di), *Il processo di adeguamento al GDPR*, Giuffrè, Milano, pp. 319-342.

Un ruolo centrale è, dunque, attribuito al Garante per la protezione dei dati personali che attraverso atti di regolamentazione amministrativa indica al titolare del trattamento, persona fisica o ente, in che modo si può accedere ai dati genetici.

Tuttavia, il primo rilievo che viene in considerazione è che i provvedimenti recanti misure di garanzia non vengono adottati dal Garante secondo le tempistiche indicate della norma. L'ultimo provvedimento al riguardo, infatti, è stato adottato il 5 giugno 2019, n. 146⁴⁵, con cui si chiarisce il ruolo del consenso dell'interessato (cui si riferiscono i dati genetici) rispetto al trattamento.

Esso prevede che, per la custodia e la sicurezza dei dati genetici e dei campioni biologici contenuti in elenchi, registri o banche dati, siano adottate diverse misure di cautela tra cui l'utilizzo di tecniche di cifratura e pseudonimizzazione, in modo da renderli temporaneamente inintelligibili anche a chi è autorizzato ad accedervi, permettendo di identificare gli interessati solo in caso di necessità in modo da “*ridurre al minimo i rischi di conoscenza accidentale e di accesso abusivo o non autorizzato*”. Si legge ancora nel provvedimento del Garante che all'interessato devono essere fornite adeguate informazioni, ai sensi degli artt. 13 e 14 Regolamento (UE) 2016/679, relativamente ai risultati conseguibili anche in relazione alle notizie inattese che possono essere conosciute per effetto del trattamento dei dati genetici. Elemento di fondamentale importanza, inoltre, l'interessato deve essere informato della facoltà o meno, per l'interessato, di limitare l'ambito di comunicazione dei dati genetici e il trasferimento dei campioni biologici, nonché l'eventuale utilizzo di tali dati per ulteriori scopi. Infine, al punto 4.5. è previsto che il consenso al trattamento sia sempre espressamente richiesto all'interessato quando i dati genetici sono ottenuti tramite test genetici⁴⁶ o screening effettuati per fini di ricerca scientifica; l'interessato in questo caso deve poter dichiarare anche “*se vuole conoscere o meno i risultati dell'esame o della ricerca, comprese eventuali notizie inattese*”.

45 Provvedimento recante le prescrizioni relative al trattamento di categorie particolari di dati, doc. web n. 9124510, in GU numero 176 del 29 luglio 2019, consultabile qui: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2019/07/29/19A04879/sg>

46 Risalente appare l'attenzione riservata dal Garante per la protezione dei dati personali verso le problematiche giuridiche connesse all'utilizzo di test genetici, in primo luogo per i possibili profili discriminatori connessi al loro utilizzo nell'ambito dei contratti di lavoro e assicurativi. Sul punto la Relazione annuale per il 2002 del Garante per la protezione dei dati personali “Nuovi diritti, riservatezza, dignità della persona: a sei anni dalla l. 675” accessibile in www.garanteprivacy.it.

che lo riguardano, qualora queste ultime rappresentino per l'interessato un beneficio concreto e diretto in termini di terapia o di prevenzione o di consapevolezza delle scelte riproduttive". La centralità della persona cui i dati genetici si riferiscono è tanto rilevante che anche in caso di incapacità di agire dell'interessato l'opinione – sebbene non formalizzata in un consenso – del soggetto incapace deve comunque essere tenuta in debita considerazione da chi effettua il trattamento.

Da una lettura combinata dell'art. 2 terdecies del Codice Privacy e dal provvedimento adottato dal Garante in relazione ai dati genetici, sembra emergere con sufficiente chiarezza che il consenso dell'interessato sia la base giuridica più importante per il trattamento dei dati genetici, preclusivo del trattamento medesimo laddove mancante.

Ciò è tanto più evidente laddove il Garante precisa altresì che se l'interessato revoca il consenso *"i trattamenti devono cessare e i dati devono essere cancellati o resi anonimi anche attraverso la distruzione del campione biologico prelevato"*.

Per tale motivo, ampio è il dibattito circa l'adeguatezza di una normativa sulla *data protection* che propone un bilanciamento di interessi che può determinare un pregiudizio per la tutela di interessi e diritti di carattere generale, che assumono rilevanza pubblicistica essendo riferibili all'intera comunità⁴⁷, soprattutto nella prospettiva del riutilizzo o uso secondario dei dati⁴⁸.

In parte diversa è stata la scelta del Regno Unito che, nel 2018, in seguito all'approvazione del UE GDPR, ha approvato l'aggiornamento del Data Protection Act, noto come Data Protection Act 2018 (DPA 2018).

47 G. Comandé, *Ricerca in sanità e data protection un puzzle ... risolvibile*, in "Riv. it. med. leg. dir. san.", 2019, p. 189; F. Caggia, *Libertà di espressione del consenso*, in V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Giappichelli Editore, Milano, p. 253; P. Pierlingeri, *Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato*, in "Foro nap.", 2018, pp. 451 ss; A. Mantelero, *Responsabilità e rischio nel Reg. UE 2016/679*, in "Le Nuove-Leggi Civili Commentate", 2017, pp. 144-164.

48 Molto critico sul ruolo del consenso, specie nel caso di uso secondario, dei dati genetici A. Barnes, *Dati e ricerca genetica. Dalla tutela individuale alla gestione procedurale*, in "BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto", Special Issue 2022, 1, pp. 67-81, il quale ritiene di poter sostituire il paradigma individualistico, incentrato in via esclusiva sui rimedi accordati al singolo, con un modello basato sull'ibridazione dei modelli di *governance* pubblica-privata, in cui l'adozione di specifiche misure organizzative adottate dal titolare del trattamento possa garantire una maggior tutela per i dati genetici e i relativi materiali da cui sono estratti.

A seguito della Brexit e con effetto dal 1° gennaio 2021, il GDPR è stato mantenuto nella legislazione del Regno Unito come UK GDPR⁴⁹ ed il governo britannico ha pubblicato altresì un aggiornamento del DPA 2018⁵⁰.

Nella prospettiva di comparazione qui assunta, appare di rilevante interesse mettere in evidenza come, a differenza di quanto stabilito dal Codice Privacy italiano innanzi analizzato, la sezione 10 del DPA 2018 aggiunga ulteriori condizioni per il trattamento di speciali categorie di dati (di cui all'art. 9 UK GDPR), condizioni espressamente indicate nell'allegato 1.

Dal combinato disposto dell'art. 9 UK GDPR e della sezione 10 DPA 2018 emerge che, affinché il trattamento di categorie particolari di dati sia considerato lecito, occorra indicare una delle basi giuridiche di cui all'art. 9 UK GDPR ma anche rispettare una delle condizioni aggiuntive previste dal DPA 2018.

Si faccia il caso di dati – di cui all'articolo 9 UK GDPR – trattati nell'ambito di una ricerca scientifica. La base giuridica di riferimento sarà quella indicata alla lettera (j) che così recita:

processing is necessary for archiving purposes in the public interest, scientific or historical research purposes or statistical purposes in accordance with Article 89(1) based on Domestic Law which shall be proportionate to the aim pursued, respect the right to data protection and provide for suitable and specific measures to safeguard the fundamental rights and the interests of the data subject.

A tale base giuridica il DPA 2018, allegato 1, aggiunge la condizione numero 4:

– demonstrate that the processing is necessary for archiving, research or statistical purposes – it must be a reasonable and proportionate way of achieving one of these purposes, and you must not have more data than you need;

– comply with the safeguards and restrictions set out in Article 89(1) of the UK GDPR and section 19 of the DPA 2018; and

– demonstrate that the processing is in the public interest.

Al riguardo l'Information Commissioner's Office (ICO) britannico precisa che tale condizione non si applica a tutte le ricerche ma soltanto a quelle che perseguono un *public interest*, spiegando che in tale definizione si prescinde dalla qualificazione pubblica o privata del soggetto che porta avanti la ricerca, purché siano perseguiti risultati che vanno

49 Consultabile qui <https://www.legislation.gov.uk/eur/2016/679/article/9#>

50 Consultabile qui <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/12/introduction>

a beneficio dell'intera collettività anche se la ricerca è finanziata da un soggetto privato.

Infine, come ulteriore elemento differenziale rispetto all'ordinamento giuridico italiano, il DPA 2018 non aggiunge altre condizioni specifiche per il trattamento dei dati genetici, sebbene sia precisato che Segretario di Stato abbia la facoltà di emanare regolamenti per aggiungere o modificare le condizioni.

Per meglio chiarire le differenze applicative delle due normative, pure in origine del tutto coincidenti, si consideri la seguente fattispecie: un istituto di ricerca privato richiede a un certo numero di pazienti il consenso informato a partecipare a una serie di studi clinici per un nuovo farmaco. Occorre precisare al riguardo che il consenso a partecipare ad una ricerca scientifica, che porta all'estrazione del consenso (che possiamo definire primo consenso) è separato e distinto rispetto al consenso al trattamento dei dati personali (secondo consenso), di quelli genetici per quanto qui di interesse. Se il consenso viene scelto o è previsto come base giuridica del trattamento dei dati genetici, le informative e le relative dichiarazioni di consenso dell'interessato saranno due: una per la ricerca scientifica e un'altra per il trattamento dei dati⁵¹.

Ma come verrebbe regolamentata la stessa fattispecie concreta sopra descritta nei due diversi ordinamenti presi in considerazione?

Nel caso dell'Italia, in applicazione dell'art. 2 septies D.lgs. 196/2003 (che recepisce l'art. 9 GDPR) sarebbe necessario adottare le misure di garanzia indicate dall'art. 89 GDPR, nonché le ulteriori misure previste dal provvedimento del Garante del 2009, ovvero il consenso degli interessati, dal quale non si può prescindere.

Nel Regno Unito, al contrario, in applicazione dell'art. 9 UK GDPR, nonché della condizione 4 introdotta dal DPA 2018, il rispetto delle condizioni previste dall'art. 89 UK GDPR e la dimostrazione che la ricerca persegue un pubblico interesse, consentirebbe al titolare del trattamento di prescindere dal consenso degli interessati, non espressamente richiesto.

51 Sul dualismo e la netta distinzione, quanto alla disciplina giuridica, tra consenso all'estrazione del campione e consenso al trattamento dei dati che da esso si ricavano V. Careda, *Campioni biologici e big data: l'evoluzione del consenso*, cit. la quale precisa che, sebbene i due consensi possano essere espressi in un unico contesto, dal punto di vista formale e documentale, “la loro differenza non viene meno”. Precisa, inoltre, che “La formulazione della prestazione di consenso dovrebbe essere tale da consentire una chiara articolazione tra l'uno e l'altro e la loro distinta riconoscibilità”, così come si evince dall'art. 7 del GDPR e che tale distinzione si riflette sulle vicende dei consensi in questione e sulle loro revoche.

Ciò comporta che l'eventuale revoca da parte degli interessati del consenso alla partecipazione alla ricerca scientifica (primo consenso) non impedirà ai ricercatori di poter continuare a trattare i dati genetici raccolti. Situazione del tutto inversa nel caso italiano dove, in primo luogo, la revoca del consenso alla partecipazione alla ricerca (primo consenso) non necessariamente porta con sé la revoca al trattamento dei dati personali (secondo consenso) se non espressamente specificato.

A ben vedere, il corretto bilanciamento tra la tutela di interessi individuali (persona) e collettivi (ricerca) non è realizzato correttamente in nessuno dei due ordinamenti analizzati. Ciò in considerazione della forte frammentazione che la disciplina giuridica sul punto determina, nonostante sia del tutto corrispondente nei principi generali ma diversamente applicata in considerazione delle diverse scelte operate dai legislatori a livello nazionale. Questa difficoltà nel bilanciamento rivela il carattere talvolta aporetico di questioni etiche che sollevano la difficoltà esistenziale di confrontarsi con le nuove libertà offerte dalla scienza:

Oh, noi li convinceremo che saranno liberi soltanto quando rinunceranno alla loro libertà in nostro favore e si assoggetteranno a noi. Ebbene, avremo ragione o mentiremo? Essi stessi si persuaderanno che abbiamo ragione perché rammenteranno a quale orrenda schiavitù e a quale orrendo turbamento li avesse condotti la tua libertà. La libertà, il libero pensiero e la scienza li condurranno in tali labirinti [...] che alcuni di loro, indocili e violenti, so distruggeranno da sé, mentre altri, indocili ma deboli, si stermineranno fra loro, e gli ultimi rimasti, deboli e infelici, strisceranno ai nostri piedi e ci grideranno: "Sì, avevate ragione [...] salvateci da noi stessi".⁵²

4.3. *L'uso secondario dei dati generici e genomici e le cure personalizzate: prime riflessioni sul Regolamento Europeo sullo spazio europeo dei dati sanitari.*

L'Unione Europea, con la strategia europea dei dati adottata dalla Commissione Europea nel 2020, è intervenuta più volte per garantire un equo e più razionale ecosistema dei dati, non solo di quelli sanitari, facendo in modo che i diversi soggetti interessati – imprese, società civile e cittadini – possano accedere al flusso di dati in maniera chiara ed affidabile.

In tale ambito il Regolamento UE 2022/868 sulla governance dei dati (c.d. Data Governance Act) costituisce uno schema di riferimento degli

⁵² Ivàn/Il grande inquisitore: cap. V, 1994, p. 360.

ecosistemi di dati speciali in domini strategici, cui il nostro ordinamento si è adeguato con il D.lgs. 114 del 7 ottobre 2024.

Nell'ambito di tale strategia europea, con espresso riferimento ai dati sanitari, è di recente intervenuto il nuovo Regolamento Europeo 2025/327 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 febbraio 2025, sullo spazio europeo dei dati sanitari (EHDS).

Tale Regolamento, infatti, si pone all'esito di un già risalente percorso avviato dall'Unione Europea, teso a favorire la creazione di infrastrutture adeguate che consentano l'accesso libero ma garantito (nel rispetto del GDPR) ai dati genetici sull'intero territorio europeo in condizione di uguaglianza tra tutti gli Stati membri⁵³.

Il nuovo regolamento⁵⁴ intende, nel solco tracciato da tali interventi precedenti, adottare una precisa strategia legislativa attraverso la creazione di uno spazio comune in cui le persone fisiche possano facilmente controllare i propri dati sanitari elettronici, ovvero i dati raccolti nel contesto di prestazioni di assistenza sanitaria (cartelle cliniche elettroniche, dati genomici, registri di pazienti ecc.), ma anche favorirne lo scambio⁵⁵.

In tal modo si intende sostenere non solo la prestazione di assistenza sanitaria (*uso primario dei dati sanitari elettronici*), ma anche la ricerca sanitaria, l'innovazione, la definizione delle politiche, finalità normative e finalità di medicina personalizzata (*uso secondario dei dati sanitari elettronici*)⁵⁶.

53 Si tratta del progetto europeo *1+MillionGenomes*, che rientra nell'agenda UE per la trasformazione digitale della sanità e dell'assistenza ed in linea con gli obiettivi dello Spazio europeo dei dati sanitari <https://digital-strategy.ec.europa.eu/it/policies/1-million-genomes>.

54 S. Corso, *Lo spazio europeo dei dati sanitari: la Commissione Europea presenta la proposta di regolamento*, in *Federalismi.it – Oss. Dir. Sanitario*, 2022, pp. 1-4.

55 Attraverso l'infrastruttura digitale transfrontaliera MyHealth@EU di cui al considerando 24 della Proposta EHDS, cui parteciperanno le Autorità di sanità digitale dei singoli Stati Membri.

56 Lo spazio europeo dei dati sanitari si basa su normative quali il GDPR, il regolamento (UE) 2017/745 relativo ai dispositivi medici (regolamento sui dispositivi medici) e il regolamento (UE) 2017/746 relativo ai dispositivi medico-diagnostici *in vitro* (regolamento sui dispositivi *in vitro*), la proposta di legge sull'intelligenza artificiale (Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale), la proposta di atto sulla governance dei dati¹³ e la proposta di normativa sui dati (Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla governance europea dei dati (Atto sulla governance dei dati), la direttiva (UE) 2016/1148 relativa alla sicurezza delle reti e dei sistemi informativi (Direttiva (UE) 2016/1148 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 luglio

Il c.d. uso secondario dei dati si pone come elemento centrale, proprio nell'ambito della ricerca scientifica, per valutare il corretto bilanciamento di interessi tra la circolazione dei dati e il loro corretto trattamento nel rispetto della centralità della persona cui i dati si riferiscono e la sua autodeterminazione nell'espressione del consenso per finalità ulteriori rispetto a quelle iniziali. Con il Reg. UE 679/2016 (GDPR) il tema dell'uso secondario dei dati sanitari – e di quelli genetici per ciò che più specificamente interessa nella prospettiva del presente scritto – è da sempre apparso controverso e di difficile definizione⁵⁷.

Con l'adozione del Regolamento UE EHDS, il tema dell'uso secondario acquista nuovamente centralità nel dibattito sulla corretta circolazione dei dati genetici, anche per il diverso approccio rispetto all'espressione del consenso da parte del soggetto cui i dati si riferiscono (c.d. *opt-in*).

Proprio con specifico riferimento all'uso secondario dei dati sanitari elettronici, infatti, il legislatore europeo fa un espresso richiamo alla categoria dei dati genetici e genomici⁵⁸ come una specifica categoria di dati sa-

2016, recante misure per un livello comune elevato di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi nell'Unione, c.d. direttiva NIS) e la direttiva sull'assistenza sanitaria transfrontaliera.

57 Sulla coerenza della regola sulla “presunzione di compatibilità” dell'uso secondario dei dati in ambito scientifico di cui all'art. 5, par. 2, lett. b del Reg. UE 679/2016 e, in particolare, sul trattamento ulteriore nell'ordinamento italiano (art. 110 bis D.lgs. 196/2003, come modificato dal d.lgs. 101/2018) I. Rapisarda, *Ricerca scientifica e circolazione dei dati personali. Verso il definitivo superamento del paradigma privatistico?*, cit., la quale precisa che si è in tal modo verificato uno svuotamento della funzione autorizzativa del consenso

58 Appare di rilievo mettere in evidenza come, mentre per i dati genetici vi è una espressa definizione normativa nell'art. 4, n. 13 del GDPR, che li indica come “*i dati personali relativi alle caratteristiche genetiche ereditarie o acquisite di una persona fisica che forniscono informazioni univoche sulla fisiologia o sulla salute di detta persona fisica, e che risultano in particolare dall'analisi di un campione biologico della persona fisica in questione*”, lo stesso non avviene per i dati genomici. Questi ultimi, di cui già nel GDPR non vi è traccia, neppure con la proposta EHDS vengono definiti da apposita norma, nonostante ad essi si faccia espresso riferimento in relazione all'uso secondario degli stessi. Da un punto di vista scientifico, i dati genetici consentono lo studio di singoli geni mentre i dati genomici consentono lo studio dell'intera sequenza del DNA. L'individuazione e la loro distinzione rispetto ai dati genetici si è avuta in seguito al sequenziamento dell'intero DNA (genoma), avvenuto per la prima volta con il progetto *Human Genome Project (HGP)*, guidato da un gruppo internazionale di ricercatori (IHGSC, *International Human Genome Sequencing Consortium* a cui presero parte ricercatori appartenenti a 16 istituzioni tra Stati Uniti, Gran Bretagna, Francia, Germania e Cina) avviato nell'ottobre del 1990 e completato nell'aprile del 2003. Il Progetto Genoma Umano, con la generazione della prima sequenza del genoma umano, ha

nitari che debbono essere messi a disposizione (da parte degli *Health data holders*) per l'uso secondario in conformità delle previsioni del capo IV.

Tale previsione si innesta, nella prospettiva che qui interessa, in un più ampio discorso attinente alla particolare categoria di soggetti che possono accedere ai dati genetici e genomici per l'uso secondario, nonché delle specifiche finalità per cui ciò può essere concesso.

Come noto, infatti, anche nel contesto dei Paesi dell'Unione Europea vi è la possibilità di avere un sistema sanitario pubblico che coesiste con strutture riconducibili al modello degli enti privati, sebbene senza scopo di lucro.

Come specificato nel considerando 59 del Regolamento UE EHDS, infatti, in molti Stati membri i soggetti privati – prestatori di assistenza sanitaria ed associazioni professionali – svolgono un ruolo di fondamentale importanza nel settore sanitario, potendo i titolari dei dati sanitari in formato elettronico essere, dunque, non soltanto soggetti pubblici ma anche privati o enti senza scopo di lucro.

Al riguardo occorre sottolineare che il legislatore europeo sembra aver proposto una disciplina che in diversi punti opera un corretto bilanciamento di interessi tra la tutela del singolo e i suoi diritti fondamentali e la tutela di interessi collettivi più ampi. Ciò in quanto lo scopo dichiarato del regolamento EHDS – nel medesimo considerando 59 – è quello di fare in modo che i dati sanitari elettronici, raccolti e trattati con il sostegno di finanziamenti pubblici nazionali o dell'Unione, siano messi a disposizione degli organismi responsabili dell'accesso ai dati sanitari, al fine di massimizzare l'impatto dell'investimento pubblico e sostenere la ricerca, l'innovazione, la sicurezza dei pazienti o la definizione delle politiche a beneficio della società. Tale indicazione appare del tutto condivisibile e dischiude un'attenzione particolare del legislatore ad un principio di sostanziale parità di trattamento tra soggetti.

Tuttavia, ad una più attenta lettura dell'articolato del nuovo Regolamento, sembrano emergere residuali e possibili trattamenti secondari di dati genomici non finalizzati alla realizzazione degli interessi della collettività.

Si consideri al riguardo che tra le finalità per le quali l'art. 53 EHDS considera lecito l'uso secondario dei dati sanitari, alla lettera f è indicata

fornito informazioni fondamentali che da allora hanno accelerato lo studio della biologia umana e migliorato la pratica della medicina (<https://www.genome.gov/human-genome-project>). Per un maggiore approfondimento L. Hood, L. Rowen, *The Human Genome Project: big science transforms biology and medicine*, in "Genome Medicine", 2013, 5, pp. 2-8.

“miglioramento della prestazione sanitaria, ottimizzazione delle cure ed erogazione di assistenza sanitaria sulla base dei dati sanitari elettronici di altre persone fisiche”.

In primo luogo, preme osservare che sebbene nel testo di del Regolamento EHDS, nell'unica versione al momento resa disponibile in lingua inglese, non si faccia più espresso riferimento alla medicina personalizzata⁵⁹ come nell'iniziale testo della Commissione⁶⁰, vi è in ogni caso il riferimento a trattamenti e assistenza sanitaria sulla base di dati sanitari elettronici di altre persone fisiche.

Ciò induce a chiedersi quali siano le misure legislative più adeguate a garantire che il trattamento dei dati genetici per l'uso secondario, finalizzati alla definizione di cure e forme di assistenza costruite sulle specifiche esigenze del soggetto che ne faccia richiesta, non determini fenomeni discriminatori. Ci si riferisce, più in particolare, alle ipotesi in cui le richieste di medicina personalizzata vengano avanzate nel contesto di servizi sanitari erogati in strutture private al di fuori del servizio sanitario nazionale pubblico.

L'art. 53, infatti, fa espresso riferimento alla *sanità pubblica* o ad *enti pubblici del settore sanitario o dell'assistenza*, unicamente per le finalità del trattamento secondario dei dati genomici di cui alle lettere a), b) e c). Al contrario, nella lettera f) non vi è menzione del carattere pubblico del soggetto deputato ad erogare una migliore cura o assistenza sanitaria. Ciò sembra consentire una prima interpretazione della norma che opta per un criterio oggettivo e non soggettivo di individuazione della fattispecie oggetto di regolamentazione, cogliendosi la volontà del legislatore di agevolare in ogni caso, attraverso l'uso secondario dei dati genomici, l'erogazione delle cure, l'ottimizzazione dei trattamenti e la fornitura di assistenza sanitaria, in ciò prescindendo dal carattere pubblico e privato della struttura che le eroga.

Tale interpretazione sembra suggerita in primo luogo dalla lettura del considerando 61 del Regolamento in parola, rimasto immutato anche nel testo di compromesso, in cui si precisa che “*L'uso secondario dei dati sanitari nello spazio europeo dei dati sanitari dovrebbe permettere ai soggetti pubblici, privati e senza scopo di lucro, così come ai singoli ricercatori, di avere accesso ai dati sanitari per la ricerca, l'innovazione, la definizione*

59 G. Vergallo Montanari, *Campioni biologici da vivente e capace e biobanche di ricerca: raccolta utilizzo e circolazione*, in “European Journal of Privacy Law & Technologies,” 2021, I, pp. 180-198.

60 Art. 34 nella sua originaria formulazione “*l'erogazione di un'assistenza sanitaria personalizzata che consiste nel valutare, mantenere o ripristinare lo stato di salute delle persone fisiche sulla base dei dati sanitari di altre persone fisiche.*”

*delle politiche, attività didattiche, la sicurezza dei pazienti, attività normative o la medicina personalizzata, in linea con le finalità stabilite nel presente regolamento*⁶¹.”

Pertanto, non solo i soggetti pubblici ma che quelli privati, benché senza scopo di lucro, possono accedere ai dati sanitari elettronici per l'uso secondario, nel rispetto delle finalità stabilite dal regolamento. Inoltre, il secondo comma dell'art. 53, precisa che l'accesso ai dati sanitari elettronici per le finalità di cui alle lettere a), b) e c) è consentita solo agli *enti pubblici*, senza alcuna specificazione invece al riguardo per le ipotesi più generali di cui alla lettera f).

Tali considerazioni aprono ad una riflessione più ampia, attinente ai possibili limiti dell'accesso ai dati genomici per l'uso secondario al fine di poter erogare prestazioni di assistenza sanitaria a titolo oneroso nella forma di medicina personalizzata. In altre parole, sarebbe opportuno prevedere adeguate misure volte a contenere usi secondari di dati genetici e genomici che possano facilitare la fruizione, esclusivamente a titolo oneroso, di un trattamento sanitario mirato elaborato sulla base di dati genomici, pur se raccolti nel rispetto delle procedure previste dal regolamento.

Pertanto, sebbene la finalità per la quale l'accesso ai dati genetici e genomici per uso secondario può essere lecita e corrispondente a quanto previsto dal Regolamento, nella realtà concreta ciò potrebbe portare ad una profonda ed ulteriore divaricazione tra sanità pubblica e sanità privata, già immanente nel sistema della maggior parte dei Paesi europei sebbene con caratterizzazioni differenziate, che in tal modo sarebbe ulteriormente accentuata.

Ciò porta con sé il rischio che i recenti sviluppi in ambito genomico, possano alimentare il mercato dei dati – genomici – senza un'adeguata garanzia che ciò possa andare a beneficio dell'intera collettività (paragrafo 3.1).

D'altro canto, stante la già presente frammentazione dei diversi sistemi sanitari nazionali – quanto al dualismo tra pubblico e privato – il Regolamento non avrebbe potuto incidere in maniera netta e dirompente sugli stessi imponendo un medesimo modello quanto all'utilizzo dei dati genomici per finalità di cura e di ricerca.

61 Lettera del considerando 41 nella sua attuale versione in lingua inglese “*The secondary use of health data under EHDS should enable the public, private, not for profit entities, as well as individual researchers, to have access to health data for research, innovation policy making, educational activities, patient safety, regulatory activities or personalized medicine, in line with the purposes set out in this Regulation. Access to data for secondary use should contribute to the general interest of the society*”.

Tuttavia, nel rispetto delle dei differenti sistemi e delle diverse normative nazionali, sarebbe stato forse opportuno introdurre delle misure di contenimento volte a garantire la finalità di pubblico interesse nell'utilizzo dei dati genomici seppure impiegati da parte di un soggetto privato e nel contesto della medicina personalizzata. Bisognerà, dunque, verificare quali misure il nostro ordinamento giuridico adotterà per adeguarsi al nuovo Regolamento UE EHDS ed in che modo gli atti già adottati (D.M. 31 dicembre 2024 che istituisce a livello nazionale l'Ecosistema dei dati sanitari (EDS)) dovranno coordinarsi con la nuova disciplina in parola.

Giacché, in queste tre domande, è come riassunta in blocco e predetta tutta la futura storia umana, e son rivelate le tre forme tipiche in cui verranno a calarsi tutte le irriducibili contraddizioni storiche della natura umana sulla terra intera. Allora questo non poteva peranche riuscire così evidente, giacché l'avvenire era ignoto; ma ora, che quindici secoli sono passati, noi vediamo che tutto, in queste tre domande, è a tal segno indovinato e predetto, e a tal segno s'è avverato, che aggiungerli o toglierli alcunché non è più possibile.⁶²

5. Conclusioni

Le tecnologie derivanti dai progressi della genomica porteranno benefici enormi per la salute umana, con sviluppi formidabili nel trattamento di malattie come il cancro o i disordini congeniti. La Scienza e le sue scoperte devono essere libere di procedere senza ostacoli, come ribadito anche nella Costituzione italiana. Occorre invece definire i limiti etici e legislativi entro cui le applicazioni tecnologiche di queste scoperte devono operare. Il problema si pone per ogni rivoluzione tecnologica, ma è particolarmente importante per le tecnologie genetiche perché esse possono influenzare pesantemente, nel bene o nel male, la vita dei singoli individui e addirittura quella di intere popolazioni. Gli enormi interessi economici legati a queste nuove tecnologie rendono i rischi derivanti dal loro impiego ancora più preoccupanti. Per questa ragione abbiamo analizzato il contesto giuridico su questi temi in Italia, in Europa e in Gran Bretagna. Tuttavia, sono molte le questioni che rimangono oggi aperte e che il dibattito pubblico deve mettere a fuoco.

Queste scoperte invitano un confronto tra la filosofia, l'economia (nel loro intrecciarsi in un corpus disciplinare umanistico) e scienze come la fisica e la biologia, su concetti fondamentali quali quelli di soggettività e responsabilità. Occorre chiedersi perché e in che senso queste ri-significa-

62 Ivàn/Il Grande Inquisitore: II, V, V, 1994, p. 337.

zioni si pongano in tensione con concezioni più tradizionali (che abbiamo interrogato come proto-scientifiche) del soggetto e della morale. Su questo, il Diritto ha fondato l'apparato di norme che regolano appunto il nostro agire individuale e collettivo. Da cui un interrogativo destinato probabilmente a restare aperto e comunque affrontato e da affrontare necessariamente in un'intersezione tra discipline: come e fino a che punto le norme attuali che regolano la genomica rispondono alle concezioni emergenti di identità, corpo e dato?

Il campo dell'economia come quello del diritto, in tensione reciproca in quanto assi delle [cono]scenze sociali, si sono a lungo interrogati sul proprio "soggetto" e, più nello specifico, su cosa, e a chi, si debba attribuire valore: in breve e a titolo esemplificativo, cosa occorre fare in quei Paesi in cui già oggi si può avere accesso a pratiche mediche considerate illegali in occidente, per impedire che in questi o in altri contesti si possano implementare applicazioni della genomica (che oggi percepiamo) distopiche, come per esempio concepire un individuo con le mutazioni necessarie per avere il talento di un giocatore di calcio? E fino a che punto è lecito programmare il fenotipo della nascita? Per esempio, possiamo mutare i geni legati alla bellezza fisica o all'intelligenza? Sarebbe corretto spingersi fino al punto di cambiargli specifici tratti psicologici, per esempio predisporlo all'obbedienza? E se fosse fatto solo per il trattamento di potenziali malattie? Per quali tipi di malattie sarebbe lecito? Fino a che punto è "giusto" permettere la vendita a scopo di lucro di costose applicazioni cliniche. Chi potrà usufruirne? Solo i paesi o, con maggiore probabilità, solo gli individui più ricchi?

In questo capitolo abbiamo invocato e testimoniato l'esigenza di intervenire su questi temi come collettività, condizione necessaria per superare uno stato di solitudine e, soprattutto, di una preparazione inevitabilmente *limitata* se calibrata sulla pur necessaria preparazione *intra*-disciplinare, non sufficiente a cogliere l'intreccio tra vite interconnesse nel tempo e nello spazio. Vite che, all'aurora del terzo millennio, hanno necessariamente a che fare con il regime di un mercato unico interconnesso su scala globale e, si sa, il mercato è una forma di coordinamento caratterizzata da asimmetria informativa, contratti incompleti, incertezza (etc.) e un potenziale equilibrio solo nel lungo periodo (mentre nel breve e medio, *competition is competition*). Da qui, ulteriori quesiti che consegniamo a chi legge e agli sviluppi della ricerca interdisciplinare: qual è il prezzo giusto di una cura disegnata specificamente per un singolo individuo, per esempio per curare una bambina da una sua rara potenziale malattia? Il suo prezzo di costo? O quello massimo che i genitori sono disposti a pagare per salvare la figlia? E quanto vale la cura di una persona anziana?

Interrogarci su questo è opportuna premessa per provare a intervenire al cospetto dei vantaggi indotti dai rapidissimi progressi della medicina potenzialmente a esclusivo appannaggio di minoranze segnate da vantaggi di censo. Dal nostro punto di vista (siamo forse dinosauri spuntati dal Novecento, educati e forgiati nella culla delle democrazie post rinascimentali, immersi oggi nelle grandi burocrazie care a Bauman) appare inquietante pensare che le diseguaglianze economiche si possano trasformare in segregazione genetica; e viceversa. Sono insomma in gioco le fondamenta di una secolare sensibilità occidentale che attraverso molte costituzioni democratiche ribadisce un qualche principio di uguaglianza di fronte alla legge e per cui, almeno in linea di principio, a tutte le persone devono essere offerte le stesse opportunità. Mentre occorre cogliere i benefici derivanti dalle scoperte della genomica, occorre comprendere in che modo si possano non vanificare alcune conquiste sociali ottenute, a caro prezzo, nel corso della più recente storia europea. Questo il nostro contributo (e invito al CIRB per ogni ulteriore approfondimento), affinché la speranza di progresso (oltre le mere fantasie e corroborata dai risultati possibili) non si trasformi in disperazione o segregazione. Magari invece, sì, premessa per riformare o per rivoluzionare:

Io, fratello, partendo, pensavo di avere almeno te al mondo” disse con una commozione inattesa Ivàn “ma ora vedo che anche nel tuo cuore non c’è posto per me, mio caro asceta. Quella formula ‘tutto è lecito’ non la rinnego, e perciò sarai tu a rinnegarmi, non è vero?”

Alëša si alzò, gli si avvicinò e lo baciò dolcemente sulle labbra.

“È un plagio letterario!” gridò Ivàn, subito trasportato da una sorta di entusiasmo.⁶³

63 Il Grande Inquisitore: cap. V, 1994, p. 368.



MARIANNA CIULLO

IL FENOMENO DELLO SHARENTING: TRA TUTELA DEI DATI PERSONALI E SVILUPPO DELLA PERSONALITÀ DEL MINORE IN AMBIENTI DIGITALI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La figura del minore quale soggetto vulnerabile. – 3. Il panorama normativo italiano: la responsabilità genitoriale. – 4. I diritti dei minori nell’ecosistema digitale: tutela della privacy e consenso. – 5. La disciplina della responsabilità dei provider. – 6. Fenomeni giuridicamente rilevanti connessi alla pratica dello *sharenting*. – 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Il dibattito sulla privacy e sulla gestione dei dati, nonché l’emergere di questioni come la responsabilità derivante dai comportamenti sulla rete sono cresciuti notevolmente in risposta ai recenti sviluppi delle tecnologie digitali. Nell’ambiente digitale in trasformazione, la figura del minore d’età riveste una posizione di peculiare rilevanza e, al contempo, delicatezza. In effetti, la questione della privacy del minore on-line rappresenta solo la “punta dell’iceberg” di un sostrato più complesso di problematiche¹. Tra le diverse questioni che emergono, di particolare interesse è quella del cd. *sharenting*. Con il termine vuole intendersi quel fenomeno per cui le figure genitoriali immettono in ambienti digitali – soprattutto attraverso *social media* e *app* di messaggistica o di tracciamento – materiale vario, in particolare immagini e filmati, concernente la persona dei propri figli minori di età. Talvolta il termine è utilizzato in senso peggiorativo per sottolineare la pratica massiva di pubblicare informazioni sensibili on-line riguardanti un minore². Tuttavia, ad avviso di alcuni studiosi, lo *sharenting* rappresenta oggi una norma sociale, essendo i genitori effettivamente incoraggiati a condividere la loro esperienza genitoriale, divulgando a

-
- 1 G. Goggin, K. Ellis, *Privacy and digital data of children with disabilities: Scenes from social media sharenting*, in “Media and Communication”, 2020.
 - 2 L. Clover-Brown, B. Moore, C.G. Andrews, A. H. M. Antommaria, *Ethical Issues With Patient-Provider Interactions in an Evolving Social Media Landscape*, in “Pediatrics”, 151, n. 6, 2023



tal fine materiale riguardante i propri figli. In particolare, talune ricerche hanno identificato diverse motivazioni alla base della condivisione. Nella maggior parte dei casi, infatti, i genitori si impegnano nella condivisione quando comunicano con la famiglia e gli amici: in dette occasioni, l'obiettivo principale dei genitori è coinvolgere i familiari e gli amici più stretti nella crescita dei figli; tuttavia, in tal modo, tuttavia, i genitori costruiscono anche la propria immagine in quanto rivestenti un ruolo di particolare rilevanza. Inoltre, ricerche empiriche indicano che le piattaforme di social media consentono ai genitori non solo di raccogliere ricordi preziosi, ma anche di ricevere, come affermato in precedenza, supporto sociale e di cercare e condividere consigli sulle sfide genitoriali che si trovano ad affrontare. È stato, inoltre, rilevato che i genitori di neonati in particolar modo, utilizzano i social media per condividere informazioni su argomenti relativi alla genitorialità. Tutto quanto sopra indica che i genitori guardano ai social media e alla condivisione di contenuti in ambienti digitali come una parte onnipresente della loro esperienza genitoriale³. Da un punto di vista diverso ma speculare, può affermarsi che la figura del minore si trova proiettata in un contesto sempre più monitorato, analizzato e manipolato attraverso processi tecnologici⁴; ciò ha condotto a ritenere che la prima infanzia, in special modo, sia da considerarsi una fase di *datificazione* e di *dataveglanza*, pratiche di sorveglianza finalizzate alla raccolta di dati⁵. Vi è da notare che tali pratiche, operate per i fini sociali già menzionati, possono coinvolgere anche fasi antecedenti alla prima infanzia come il momento della gestazione e, più in generale, dell'attesa della nascita. In altre parole, è diventato comune per i futuri genitori creare *ombre digitali*⁶ per i propri figli ancor prima che nascano. Quest'ultimo fenomeno può essere verificarsi, ad esempio, condividendo la prima immagine ecografica del feto sui social media. In ogni caso, la vita del minore è costellata di tracce digitali che ne fissano gli eventi più importanti della sua crescita, ma anche episodi di vita quotidiana. Se poi, si guarda al fenomeno tenendo in considerazione il fatto che diversi genitori, al momento, estrinsecano la loro professione totalmente sulla rete, ricavando denaro e con-

3 A. Siibak, K. Traks, *The dark sides of sharenting*, in "Catalan Journal of Communication & Cultural Studies", 11, n. 1, 2019, pp. 115-121.

4 M. Willson, *Raising the ideal child? Algorithms, quantification, and prediction*, in "Media, Culture & Society", 40, n.6, 2018, pp. 1-17.

5 J. Van Dijk, *Datafication, dataism and dataveillance: Big data between scientific paradigm and ideology*, in "Surveillance & Society", 12, n. 2, 2014, pp. 197-208 e G. Mascheroni, in *Datafied childhoods: Cotextualising datafication in everyday life*, in "Current Sociology", 2018, pp. 1-16.

6 T. Leave, *Born digital? Presence, privacy and intimate surveillance*, in "Re-Orientation: Translingual Transcultural Transmedia: Studies in Narrative, Language, Identity, and Knowledge", Fudan University Press, Shanghai, 2015, pp. 149-160.

sensi attraverso la condivisione anche di dinamiche e dati personali e familiari – come nel caso degli *influencers* – lo *sharenting* si colora di sfumature nuove. In tal caso, infatti, è necessario considerare che l'ambiente digitale è diventato altamente commercializzato, anche e soprattutto attraverso narrazioni personali e connessioni interpersonali⁷. Il guadagno finanziario si è trasformato in un'aspirazione per molti genitori che utilizzano una panopia di *social media* per creare contenuti, aggregare *follower*, impegnarsi in *partnership* con marchi e promuovere i propri marchi digitali, spesso legati proprio alla genitorialità, in un mercato pubblico di beni e servizi. Ai fini di massimizzare la loro visibilità nella cd. *attention economy*, taluni genitori utilizzano la micro-celebrità⁸, ossia quel fenomeno per cui, attraverso una pratica comunicativa di auto-presentazione come ordinaria, autentica e intima attirare seguaci con riferimento a taluni contesti commerciali, riesce ad ottenersi notorietà in un determinato campo. Quando gli *influencer* condividono contenuti sui propri figli con un pubblico considerevole, i minori stessi a volte diventano micro-microcelebrità⁹. Questi bambini ereditano la fama dei profili su piattaforme *social* dei propri genitori e sono soggetti a maggiori rischi con riferimento alla privacy, dato che i follower archiviano, ripubblicano e rimettono in circolo le informazioni sulla rete¹⁰. Inoltre, in questo caso, il confine tra pubblicazione di contenuti riguardanti minori per fini commerciali o professionali e pubblicazione degli stessi contenuti per condividere la mera quotidianità viene a sbiadirsi notevolmente¹¹.

2. La figura del minore quale soggetto vulnerabile

Stanti siffatte premesse, la vulnerabilità già intrinseca rispetto al soggetto minore di età risulta accentuarsi sotto un duplice profilo: dal punto di vista bioetico e dal punto di vista delle cd. *vulnerabilità digitali*. Per quanto concerne il primo aspetto, è da tenere in considerazione soprattutto la prospettiva biogiuridica della bioetica “pratica”, “quoti-

7 A. Jorge, L. Marôpo, A. M. Coelho, L. Novello, *Mummy influencers and professional sharenting*, in “European journal of cultural studies”, 25, n. 1, 2022, pp. 166-182.

8 M. Senft, *Microcelebrity and the branded self*, in “A Companion to New Media Dynamics”, Wiley Blackwell, Chichester 2013, pp. 346-354.

9 C. Abidin, *Micro-microcelebrity: Branding babies on the Internet*, in “M/C Journal”, 18, n. 5, 2015.

10 *Ibidem*.

11 A. Jorge, L. Marôpo, A. M. Coelho, L. Novello, *Mummy influencers and professional sharenting*, in “European journal of cultural studies”, 25, n. 1, 2022, pp. 166-182.

diana". In questo senso rileva una vulnerabilità connessa alla gradualità della crescita e dell'avanzamento d'età del minore¹². Con riferimento al secondo profilo, invece, i minori sono comunemente considerati soggetti vulnerabili, un riconoscimento confermato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU) in vari casi¹³. Questa vulnerabilità è spesso giustificata dalla dipendenza dei bambini dalla famiglia e dalla conseguente limitata autonomia. Tuttavia, si può notare che, anche in questo caso, l'autonomia dei bambini è graduale e dipende dalla loro crescente maturità con l'età. Nel contesto digitale, alcuni studiosi hanno evidenziato i rischi legati alla presenza online dei minori e al trattamento dei loro dati personali già prima dell'introduzione del GDPR. Questi rischi hanno portato taluni a suggerire disposizioni specifiche sul consenso dei minori al trattamento dei dati che li riguardano, mentre altri hanno proposto ulteriori obblighi a carico del responsabile del trattamento, inclusa l'istruzione. Su questa scorta, il GDPR, per la prima volta nella legislazione dell'UE, riconosce che i bambini dovrebbero godere di una "protezione specifica" dei loro dati personali. Tanto che nel preambolo del GDPR si chiariscono le motivazioni di questa tutela, affermando che i minori potrebbero essere meno consapevoli dei rischi e delle garanzie legate al trattamento dei dati personali e che il trattamento dei dati dei bambini potrebbe comportare rischi particolarmente gravi per i loro diritti e le loro libertà, rendendoli persone fisiche vulnerabili. Pertanto, si può affermare che la logica per trattare i minori in modo diverso dagli altri interessati sembra basarsi su due principali ragioni: in primo luogo, i minori tendono a conoscere e capire meno degli adulti medi; in secondo luogo, il trattamento dei dati può avere un impatto più grave sui minori rispetto agli adulti¹⁴.

3. Il panorama normativo italiano: la responsabilità genitoriale

Nel panorama ordinamentale italiano, l'art.30 della Carta Costituzionale prevede il dovere per il genitore di mantenere ed istruire i figli. Anche in ottica di concretizzare la disposizione di rango costituzionale, il legislatore italiano ha introdotto nel codice civile la nuova disposizione di cui all'art.

12 G. Berlinguer, *Bioetica quotidiana*, Firenze, 2000.

13 F. Ippolito, S. I. Sanchez, *Protecting vulnerable groups: The European human rights framework*, Bloomsbury Publishing, 2015.

14 G. Malgieri, *Vulnerability and Data Protection Law*, Oxford University Press, 2023.

315-bis, muovendo da istanze internazionali e focalizzando l'attenzione sulla responsabilità intesa quale cura nell'interesse del minore, segnando il tal modo una netta cesura con il precedente *status quo*¹⁵. La congerie di tutele apprestate, da leggersi in combinato disposto con l'art. 147 c.c. che rimanda al necessario rispetto delle capacità, delle inclinazioni naturali del figlio, delle sue aspirazioni, deve necessariamente trovare un punto di contatto ed un efficace adattamento rispetto all'ambiente digitale. Per un verso, infatti, gli obblighi scaturenti dalla responsabilità genitoriale impongono di fornire una adeguata educazione digitale; per altro verso, essi impongono una vigilanza attiva rispetto alla presenza del minore in rete al fine di evitare qualsivoglia rischio che possa incidere negativamente sulla salute psico-fisica del minore stesso¹⁶. La tematica qui in esame evidenzia, tra le altre cose, la complessità e l'ambivalenza strutturale di Internet. Da un lato, Internet offre un potente mezzo di espressione della personalità e di manifestazione di sé per gli individui, consentendo loro di connettersi, condividere esperienze e accedere a una vasta gamma di informazioni e risorse. Tuttavia, dall'altro lato, Internet può anche rappresentare uno spazio in cui i diritti e la personalità dei soggetti più vulnerabili sono minacciati e lesi¹⁷.

4. *I diritti dei minori nell'ecosistema digitale: tutela della privacy e consenso*

Con riferimento all'ecosistema digitale, ed in particolare allo *sharenting*, il Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati (GDPR) disciplina la protezione dei dati personali, includendo anche disposizioni specifiche per i minori. Secondo il GDPR, i dati personali includono qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile, direttamente o indirettamente. Questa definizione è più ampia rispetto a quella prevista dall'ordinamento italiano, che ora è sostituita da particolari categorie di dati personali. Il trattamento dei dati personali include una serie di operazioni, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, l'adat-

15 In particolare, la disciplina di riferimento è stata introdotta con la legge n. 219/2012 e con il decreto legislativo n. 154/2013. Sul punto, si veda in particolare E. Al Mureden, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, in "Famiglia e diritto", 466, 2014.

16 D. Caccioppo, *Sharenting e tutela dei dati personali del minore: profili giuridici di un fenomeno interdisciplinare*, in "Rivista italiana di informatica e diritto", 6, n. 2, 2024.

17 C. Camardi, *Relazione di filiazione e privacy. Brevi note sull'autodeterminazione del minore*, in "Jus civile", 6, n. 6, 2018, pp. 831-851.

tamento, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione, il raffronto, l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione dei dati. Il consenso digitale è un presupposto legittimante per l'uso delle nuove tecnologie da parte dei minori, come previsto dall'articolo 8 del GDPR. Il GDPR stabilisce che i minori di almeno 16 anni possono dare il loro consenso al trattamento dei loro dati personali, mentre per i minori di età inferiore ai 16 anni il consenso deve essere dato dai genitori. Il Considerando 38 del Regolamento sottolinea la necessità di una specifica protezione dei dati personali dei minori, in quanto potrebbero essere meno consapevoli dei rischi e delle conseguenze del trattamento dei dati personali. In Italia, il D.Lgs. 196/2003, riformato dal D.Lgs. 101/2018, prevede che i minori di almeno 14 anni possano esprimere il proprio consenso al trattamento dei loro dati per i servizi online della società dell'informazione. Al di sotto dei 14 anni, è necessario il consenso di entrambi i genitori. La giurisprudenza ha stabilito che la pubblicazione di foto senza il consenso dell'altro genitore può avere conseguenze legali, compreso l'addebito della separazione. Inoltre, è vietata la pubblicazione e la divulgazione di informazioni o immagini che consentano l'identificazione di un minore coinvolto in un procedimento, pena l'arresto fino a 30 giorni. Quando il minore ha compiuto i 14 anni, i genitori devono rispettare la sua volontà prima di procedere alla pubblicazione online dei suoi dati personali. Se il minore non esprime una volontà chiara, il consenso precedentemente espresso sarà un valido presupposto normativo per il trattamento dei suoi dati personali. Lo *sharenting* e l'*influencer marketing* sollevano interrogativi sulla volontà del minore e sui potenziali pregiudizi nei confronti dei genitori, considerando la durata illimitata dei contenuti pubblicati e la possibilità che il minore in crescita possa ribellarsi ai contenuti condivisi in passato¹⁸.

5. La disciplina della responsabilità dei provider

L'analisi della responsabilità dei provider, ovvero delle società che forniscono servizi telematici a pagamento, riguarda principalmente la neu-

18 Sul punto, si considerino più ampiamente E. Maestri, *Il minore come persona digitale. Regole, tutele e privacy dei minori sul Web*, in "Annali online della Didattica e della Formazione Docente", 9, n. 13, 2017, pp. 7-25; S. Orlando, *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, in "PERSONA E MERCATO", 2022, pp. 527-540. Sempre considerando i fenomeni citati, essi – qualora non normati adeguatamente – potrebbero porsi quale odierna "schiavitù" all'interno del cd. biomercato. Sul punto si veda G. Berlinguer, *Bioetica quotidiana*, Firenze, 2000, p. 135.

tralità dell'attività svolta. In base all'articolo 17 del Decreto Legislativo 70/2003, l'host provider, definito dall'articolo 16 del medesimo decreto, non è obbligato a controllare il materiale pubblicato dagli utenti sulle piattaforme online. Tuttavia, il responsabile del trattamento dei dati personali, che può includere i genitori nel caso della diffusione dei dati personali dei figli minori, è tenuto al rispetto della normativa vigente, comprese le misure minime di sicurezza previste dall'articolo 31 del Codice Privacy. Il trattamento illecito dei dati personali, come definito dall'articolo 167 del Codice Privacy, può essere commesso da chiunque, compreso l'utente che ha ottenuto il consenso per l'utilizzo dell'immagine del figlio. La durata illimitata dei contenuti online rende difficile identificare tutti i potenziali soggetti che vi hanno accesso. In caso di illecito, la gravità del fatto sarà valutata in base alla portata della diffusione, e il minore può ottenere la rimozione dei contenuti e un risarcimento per eventuali danni, inclusi quelli psicologici, in base alle tutele previste dal codice civile e dalla legge sul diritto d'autore. Per quanto riguarda le piattaforme social, Facebook offre agli utenti meccanismi di tutela per evitare la divulgazione eccessiva dei dati personali, come la gestione della privacy delle informazioni, la registrazione della posizione esatta e il controllo degli accessi sospetti. Tuttavia, nel caso di TikTok, l'applicazione è stata oggetto di un'indagine per il mancato rispetto della normativa italiana e internazionale sulla protezione dei dati personali dei minori. TikTok ha consentito l'iscrizione anche a utenti di età inferiore ai 16 anni senza adottare adeguate misure di controllo e verifica dei dati comunicati, violando così la normativa in materia¹⁹.

6. *Fenomeni giuridicamente rilevanti connessi alla pratica dello sharenting*

La condivisione online dei dati personali dei minori presenta una serie di rischi, tra cui il rischio dei *tag*, che possono portare all'individuazione di soggetti minori con foto scaricabili e modificabili per la creazione di materiale pornografico. Queste immagini e video possono contenere metadati che consentono la geolocalizzazione e l'accesso da parte di hacker. In Italia, il codice penale punisce severamente sia coloro che inducono i minori a realizzare contenuti erotici, sia coloro che detengono materiale pedopornografico. Il reato di utilizzazione di

19 Sul punto, si vedano S. Volpato, *Il fenomeno dello sharenting nel nuovo paradigma dei rapporti genitoriali*, 2016; O. Lanzara, *Il caso TikTok: privacy e minori d'età*, in "Comparazione e Diritto Civile", 3, 2021, pp. 977-998.

minori per la realizzazione di materiale pornografico punisce qualsiasi forma di sfruttamento dei minori, anche in assenza di fini di lucro. Non è necessario dimostrare il pericolo di diffusione del materiale pornografico, considerando il costante sviluppo tecnologico dei mezzi di comunicazione telematica. Il fenomeno dello *sharenting* può anche esporre i minori al rischio di “kidnapping”, dove le foto dei minori vengono utilizzate per creare profili falsi su social media al fine di avvicinare altri minori e ottenere materiale pedopornografico. Altre forme di reati facilitati dallo *sharenting* includono il *child-grooming*, l’adescamento di minori da parte di adulti per fini illeciti, e il *revenge porn*, la pubblicazione di foto intime di altri soggetti senza il loro consenso. Inoltre, lo scambio di foto intime tra adolescenti è stato sanzionato dall’articolo 612-ter del codice penale italiano, che punisce la diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti, noto come *revenge porn*. Queste disposizioni legali mirano a proteggere i minori e a prevenire l’abuso e lo sfruttamento dei loro dati personali online.

7. Conclusioni

In conclusione, la questione appare ancora complessa. Infatti, ci si trova a bilanciare almeno due grandi interessi contrapposti: da un lato, la salvaguardia della *privacy* del minore, che resta comunque di preminente rilevanza, dall’altro, la grande rapidità dell’evoluzione tecnologica nonché tutti i vantaggi alla stessa connessa. In ogni caso, resta centrale la figura genitoriale e la responsabilità ontologicamente ad essa connessa. Il genitore dovrà adottare comportamenti che non intacchino il diritto alla riservatezza ed il diritto alla protezione dei dati personali del figlio minore sulla rete. Sulla scorta di queste considerazioni, il legislatore italiano sta provvedendo a tracciare una normativa per regolare un fenomeno tanto complesso. Infatti, tra il 2023 e il 2024, sono state avanzate in tal senso diverse proposte di legge. Questi interventi legislativi mirano a garantire una protezione effettiva per i minori coinvolti come soggetti o oggetti di contenuti digitali diffusi su piattaforme online o, più in generale, su Internet. La tutela del diritto alla riservatezza assume una dimensione concreta nel divieto di diffusione di informazioni o contenuti multimediali riguardanti i minori, salvo che tale diffusione risponda all’interesse primario e oggettivo del minore stesso, in linea con i principi sanciti dalla Carta di Treviso. Il consenso espresso dai genitori, inoltre, deve tenere conto della volontà del minore, rendendolo partecipe nell’esercizio

dei propri diritti relativi all'immagine, calibrandone il coinvolgimento in funzione dell'età e del grado di maturità. Per quanto riguarda le piattaforme digitali, si richiede l'adozione di un codice di autoregolamentazione concordato con le autorità competenti. Inoltre, viene sottolineata l'importanza di istituire campagne periodiche di sensibilizzazione e prevenzione, volte a informare sulla complessità dei fenomeni legati ai baby influencer e allo sharenting. Tra le proposte presentate, la proposta n. 1800/2024 si distingue, pur condividendo alcune misure della proposta n. 1771/2024, per l'introduzione di un obbligo a carico di chi esercita la responsabilità genitoriale. Essa prevede la dichiarazione all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM) dell'attività di diffusione di contenuti riguardanti un minore di quattordici anni attraverso piattaforme di condivisione di video, audio o immagini. La proposta bipartisan n. 1863/2024, avanzata al Senato, aggiunge ulteriori obblighi per i fornitori di servizi digitali. Ad esempio, l'articolo 6 prevede l'introduzione di una funzionalità che consenta ai minori di quindici anni di attivare un canale di comunicazione immediata, vocale o testuale, con il numero di emergenza per l'infanzia "114". Inoltre, viene proposta l'abrogazione del comma 1 dell'articolo 2-quinquies del Codice Privacy, che regola il consenso digitale per i minori che abbiano compiuto quattordici anni. Un'ulteriore proposta, depositata alla Camera l'8 giugno 2023, introduce modifiche al Codice Privacy in materia di verifica dell'età degli utenti dei servizi di comunicazione elettronica. Sebbene focalizzata sugli strumenti di verifica dell'età, condivide con le successive proposte l'importanza attribuita alle campagne informative per sensibilizzare sull'uso consapevole delle piattaforme sociali. La proposta n. 1771/2024 interviene in particolare sulla legge n. 977/1967, introducendo nuove tutele giuslavoristiche per i minori impiegati su piattaforme digitali. L'articolo 4-bis stabilisce l'obbligo di stipulare un contratto di lavoro per i minori coinvolti in tali attività, previa autorizzazione della direzione provinciale competente. Tale autorizzazione, valida per sei mesi, deve essere sottoposta a riesame periodico. Per i minori di quindici anni, la direzione provinciale è tenuta a fornire ai genitori o tutori tutte le informazioni relative alla tutela dei diritti del minore, agli impatti sulla sua vita privata e agli aspetti finanziari legati ai proventi delle sue attività. Questi ultimi devono essere depositati in un conto corrente vincolato fino al raggiungimento della maggiore età del minore, gestito da un curatore speciale nominato dal tribunale. Tutte le proposte si concentrano sul contrasto al fenomeno dello sharenting, puntando a consolidare un sistema integrato di tutele che regolino la diffusione dell'immagine dei minori e il diritto

alla cancellazione dei loro dati personali. In particolare, viene introdotto il diritto all'oblio, che consente ai minori, al compimento dei quattordici anni, di richiedere in qualsiasi momento la cancellazione dei propri dati personali, inclusi i contenuti multimediali pubblicati dai genitori o con il loro consenso²⁰.

20 D. Caccioppo, *Sharenting e tutela dei dati personali del minore: profili giuridici di un fenomeno interdisciplinare*, in "Rivista italiana di informatica e diritto", 6, n. 2, 2024, p.13 e ss.



GIANLUCA MIGNONE

VULNERABILITÀ E TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI RELATIVI ALLA SALUTE: MISURE TECNICHE ED ORGANIZZATIVE

SOMMARIO: 1. Il trattamento dei dati personali relativi alla salute. – 1.1 La protezione dei dati personali di pazienti e malati, quali interessati vulnerabili: obbligo morale, questione di umanità e di civiltà giuridica. – 1.2 La tutela dei dati personali relativi alla salute: il bilanciamento tra il diritto alla *privacy* e gli altri diritti fondamentali. – 1.3 La disciplina normativa: definizione, ruoli *privacy*, misure tecniche ed organizzative. – 1.4 Riservatezza e dignità della donna e pazienti affetti da malattie infettive, psichiatriche o invalidanti: la vulnerabilità nei provvedimenti del Garante Privacy. – 1.4.1 Violazione dei diritti delle donne sottoposte ad interventi di interruzione della gravidanza. – 1.4.2 Situazioni di rilevante fragilità correlate a malattie infettive o molto invalidanti. – 1.4.3 Illecita comunicazione dei dati sanitari a terzi non autorizzati e diffusione illecita di dati relativi alla salute. – 2. Vulnerabilità e trattamento dei dati personali relativi alla salute in ambito sanitario. – 2.1 L'esigenza di una speciale protezione in ragione della condizione di fragilità determinata dalle condizioni di salute. – 2.2 Il trattamento dei dati relativi alla salute in ambito sanitario prima e dopo il D.Lgs. 101/18. – 2.3 Il rispetto della dignità e della riservatezza dei malati quali soggetti vulnerabili: la “distanza di cortesia” e la consegna di presidi sanitari al domicilio del destinatario. – 2.4 Vulnerabilità e trattamento dei dati personali relativi alla salute nell'ambito della sanità digitale. – 2.4.1 La speciale vulnerabilità dei dati sanitari trattati attraverso modalità elettroniche. – 2.4.2 La sanità digitale: Referti on-line, Fascicolo Sanitario Elettronico e Dossier Sanitario Elettronico. – 3. Vulnerabilità e trattamento dei dati personali relativi alla salute a fini di ricerca scientifica. – 3.1 La sperimentazione clinica: la vulnerabilità dei pazienti correlata alle diverse tipologie di sperimentazione. – 3.2 “Trattamento a fini di ricerca scientifica”: nozione, principi applicabili e basi giuridiche. – 3.3 Interazione tra il Regolamento sulla sperimentazione clinica ed il Regolamento generale sulla protezione dei dati: squilibrio di potere, vulnerabilità e consenso nelle attività di ricerca – 3.4 Le basi giuridiche del trattamento dei dati personali per finalità di ricerca scientifica correlate alle situazioni di vulnerabilità. – 3.5 Misure tecniche ed organizzative idonee alla protezione dei dati personali trattati per finalità di ricerca scientifica. – 4. L'“oblio oncologico”: un “diritto all'oblio” a tutela degli ex malati oncologici. – 5. L'Intelligenza Artificiale tra trattamenti ad “alto rischio” e “situazioni di vulnerabilità”. – 5.1 Applicazione della



IA in ambito sanitario. Profili etici. – 5.2 Il Disegno di legge recante disposizioni e deleghe in materia di Intelligenza Artificiale e il Parere del 2 agosto 2024 fornito dal Garante Privacy. – 5.3 La vulnerabilità di utenti e pazienti sottoposti a trattamenti dei dati sanitari “ad “alto rischio”. – 5.4 Il Regolamento europeo sull’IA: la centralità del concetto di “sorveglianza” umana. – 5.5 I rischi di violazione dei dati personali e le misure idonee a prevenirli e mitigarli. – 6. Conclusioni

1. Il trattamento dei dati personali relativi alla salute

1.1 La protezione dei dati personali di pazienti e malati, quali interessati vulnerabili: obbligo morale, questione di umanità e di civiltà giuridica

La tutela dei dati personali dei malati, quali interessati vulnerabili, prima che una questione di diritto, è una questione di umanità, di civiltà e di rispetto delle libertà; è un obbligo morale prima ancora che giuridico¹.

I malati, in quanto persone che vivono un periodo della vita di straordinaria vulnerabilità, necessitano, anche sotto il profilo della *privacy*, di rigorosa tutela.

Nondimeno, in ambito sanitario, è diffusa l’infondata opinione della priorità della salute rispetto alla *privacy*, ritenendosi che, quando ci siano vite da salvare o persone da curare, la *privacy* assuma un’importanza secondaria, marginale.

Ulteriore pregiudizio (diffuso soprattutto nel recente periodo pandemico) è che l’interesse alla salute di intere comunità giustificerebbe la sistematica lesione del diritto alla *privacy* delle singole persone.

Infine, sempre più spesso, la normativa sulla protezione dei dati personali viene percepita come ostacolo al processo di digitalizzazione della sanità e all’interoperabilità dei sistemi informativi sanitari.

Nel contesto sanitario, le più frequenti violazioni di dati personali² possono determinare la violazione della dignità delle persone, pregiudicandone, in definitiva, anche la salute, quella psicologica e spirituale.

¹ E. Meligrana – G.Scorza *La Privacy degli Ultimi* – Rubettino 2022.

² In ambito sanitario, le ipotesi più diffuse di violazioni dei dati personali, sono le seguenti: comunicazione di dati relativi alla salute a terzi non autorizzati ad acquisirli, utilizzo affrettato ed errato di indirizzi mail o di numeri di telefono, erronea allegazione di file alla corrispondenza email; sovrapposizione di dati dovute a casi di omonimia o omocodia.

1.2 La tutela dei dati personali relativi alla salute: il bilanciamento tra il diritto alla privacy e gli altri diritti fondamentali

L'indagine in merito al rapporto tra vulnerabilità e dati personali relativi alla salute deve fondarsi, per un verso, sull'esame del contesto normativo e regolatorio e, per altro verso, sull'analisi degli orientamenti giurisprudenziali, di merito e di legittimità, nonché delle opinioni, raccomandazioni e linee guide delle autorità consultive e di controllo, nazionali ed europee.

Detta indagine, concentrata su temi ed argomenti specifici, presuppone una delicata operazione di bilanciamento tra il diritto alla protezione dei dati personali relativi alle persone vulnerabili e gli altri diritti fondamentali riconosciuti nella normativa nazionale ed europea³.

In proposito, già la Direttiva 95/46/CE non poneva un divieto assoluto e sacrale di uso dei dati, anche sensibili, ma, al contrario, lo consentiva espressamente per l'adempimento di obblighi contrattuali o scaturenti dalla legge e comunque per finalità di interesse pubblico⁴.

3 La necessità del bilanciamento tra diversi diritti ed interessi si riscontra nei sistemi normativi dei singoli Stati membri. Nel diritto francese, quando sia chiamato a valutare l'illiceità della diffusione non autorizzata di notizie di natura personale "il giudice deve contemperare il diritto alla libertà di stampa con il diritto alla riservatezza, tenendo conto del contributo della pubblicazione ad un dibattito di interesse generale, della reputazione della persona interessata, dell'oggetto della pubblicazione, del comportamento precedente dell'interessato, del contenuto, della forma e delle ripercussioni sull'opinione pubblica di tale pubblicazione"; (Corte di Cassazione di Francia, Sez. I, civ., 21/03/2018, n. 309, in *Foro it.* 2018, IV, c. 503 ss.). Nell'ambito del bilanciamento di interessi, la giurisprudenza italiana ha ritenuto prevalenti le esigenze della pubblicità commerciale sul diritto alla protezione dei dati personali: "Alla stregua del quadro normativo e dei compiti istituzionalmente perseguiti dalle Camere di Commercio con la tenuta del registro delle imprese, è legittima, rispondendo a un obbligo legale, l'iscrizione e la conservazione nel registro stesso delle informazioni relative alla carica di amministratore e di liquidatore, ricoperta da un soggetto in una società, ove pure in seguito questa sia stata dapprima dichiarata fallita e, poi, cancellata dal registro delle imprese, prevalendo le esigenze della pubblicità commerciale sull'interesse del privato ad impedirla, in funzione delle ragioni di certezza nelle relazioni commerciali che l'istituzione del registro delle imprese soddisfa"; (Cass. Sez. I, ord. 9/08/2017, n. 19761 in *Guida dir.*, 2018, 1, 61). In dottrina, si afferma che, abrogata la Direttiva 95/46/CE ed entrato in vigore il Reg. UE 2016/679, "i problemi, in sostanza, sono sempre gli stessi: si tratta di bilanciare questa dimensione individuale con gli altri diritti contrapposti (individuali e collettivi); M. De Chiara, *Eufemismi esagonali e privacy principesca* in *Foro it.* 2018, IV, c. 508, nota a commento di Corte di Cassazione di Francia, Sez. I, civ., 21/03/2018, n. 309, *ivi*, c. 503 ss.

4 La "Direttiva sulla protezione dei dati personali", la principale disciplina normativa europea in tema di protezione dei dati personali, in G.U. L 281 del 23/11/1995,

Nella medesima prospettiva, il Regolamento europeo sulla protezione dei dati (di seguito “Regolamento” oppure GDPR” o anche “Reg. UE 2016/679”)⁵ rileva che “il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità”⁶.

Parimenti, la Corte di Cassazione esclude che la tutela del dato personale assuma carattere assoluto o incondizionato: “il diritto ad esigere una corretta gestione dei propri dati personali, pur se rientrante nei diritti fondamentali di cui all’art. 2 Cost., non è un *totem* al quale possano sacrificarsi altri diritti altrettanto rilevanti sul piano costituzionale”⁷, sicché le norme sulla tutela dei dati sensibili vanno coordinate e bilanciate con le norme costituzionali che tutelano altri e prevalenti diritti e con le norme ordinarie applicabili al singolo caso⁸.

31, composta da 72 Considerando e 34 articoli, suddivisi in 6 Capi, in vigore per circa venti anni, è stata abrogata, ai sensi dell’art. 94 Reg. UE 2016/679, data dell’“applicazione differita” del Regolamento europeo, entrato in vigore il 25/05/2016. In tal senso sono il Considerando 30 della Direttiva 95/46/CE e l’art. 13 della medesima Direttiva. Nell’interpretazione di tali principi, la Corte di giustizia dell’Unione Europea ha ripetutamente affermato che la deroga al divieto di trattamento di dati personali senza il consenso dell’interessato è legittima se finalizzata a perseguire interessi pubblici “proporzionali e necessari” rispetto al sacrificio imposto al diritto alla riservatezza (Corte di giustizia UE, 20/05/2003, *Rechnungshof*, in causa C-465/00). Tale conclusione è coerente sia con la Direttiva 95/46/CE sia con l’art. 8, comma 2, CEDU, che prevede come i diritti dei singoli (alla riservatezza) possano essere sacrificati a fronte del “benessere economico del paese”.

5 Il *Regolamento UE 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27/04/2016*, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati ha abrogato la *direttiva 95/46/CE (GU L 119 del 4.5.2016, pag. 1)*. L’adozione di un Regolamento immediatamente applicabile in tutti gli Stati membri (in sostituzione della Direttiva 95/46/CE di armonizzazione, necessitante delle normative nazionali di recepimento) si spiega in ragione delle trasformazioni sociali e tecnologiche e della globalizzazione intervenute, negli ultimi decenni, dopo l’entrata in vigore della Direttiva, sicché l’esame del nuovo Regolamento europeo permette di analizzare, sotto una nuova luce, le questioni relative al trattamento dei dati personali.

6 Considerando 4, Regolamento UE 2016/679.

7 Cass. civ. sez. III, 20/05/2015, n. 10280 in *Dir. e Gius.* 2015, con nota di Alovisio.

8 Cass. civ. sez. III, 20/05/2015, n. 10280, cit.: “stabilire dunque se un soggetto pubblico o privato abbia o meno violato le regole legali sulla gestione dei dati altrui impone di interpretare queste ultime bilanciando gli interessi da esse tutelati con gli altri interessi costituzionalmente protetti potenzialmente in conflitto col diritto alla riservatezza”...

L'esigenza di trovare un punto di equilibrio tra plurimi diritti fondamentali si avverte, in relazione al trattamento dei dati personali relativi alla salute, sia in ambito sanitario che in quello, più specifico, della ricerca scientifica.

In entrambi i casi, ragioni etiche e di civiltà giuridica escludono che un malato possa essere costretto alla scelta tra il diritto alla salute e quello alla riservatezza sulla condizione di vulnerabilità in cui si trova.

In ambito sanitario, il Codice Privacy conserva (pur dopo la modifica normativa introdotta con il D.Lgs. 101/18), la limitazione del “diritto di pari rango” (artt. 60 e 92 Codice Privacy), come condizione di liceità per il trattamento di dati relativi alla salute o alla vita o all'orientamento sessuale di una persona fisica⁹.

La struttura sanitaria deve effettuare una concreta valutazione del “rango” del diritto che il terzo richiedente l'accesso alla documentazione sanitaria intende far valere sulla base della documentazione sanitaria stessa e operando un'accurata valutazione in termini di minimizzazione (art. 5, comma 1, GDPR).

Con specifico riferimento al trattamento dei dati relativi alla salute per scopi scientifici, dovendo applicarsi i diritti fondamentali riconosciuti nell'UE, deve ritenersi che le norme sulla protezione dei dati non prevalgano sulla libertà di scienza sancita dall'articolo 13 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE¹⁰, né questa prevalga su quelle, occorrendo, invece, “una valutazione e un bilanciamento attenti di questi diritti e libertà, che deve tradursi in un risultato rispettoso dell'essenza di entrambe le componenti”¹¹.

9 Ai sensi dell'art. 92 (dati contenuti nella cartella clinica e nella scheda di dimissione ospedaliera), eventuali richieste alle strutture sanitarie di accesso ai documenti amministrativi o di presa visione o di rilascio di copia di cartelle cliniche, da parte di soggetti diversi dall'interessato, possono essere accolte solo se la richiesta è giustificata dalla documentata necessità di tutelare una situazione giuridicamente rilevante di rango pari a quella dell'interessato ovvero consistente in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale (espunta dal testo normativo la parola “inviolabile”, si considerano di pari rango anche diritti fondamentali riconosciuti non in assoluto alla persona umana, ma anche al cittadino e finanche alle persone giuridiche). Cfr. anche Provvedimento generale del Garante sui diritti di pari rango del 9/07/2003.

10 Ai sensi dell'art. 13 Carta dei diritti fondamentali dell'UE “Le arti e la ricerca scientifica sono libere. La libertà accademica deve essere rispettata”.

11 Comitato europeo per la protezione dei dati (EDPB) *Linee-guida 03/2020 sul trattamento dei dati relativi alla salute a fini di ricerca scientifica nel contesto dell'emergenza legata al Covid 19*, adottate il 21/04/2020.

1.3 *La disciplina normativa: definizione, ruoli privacy, misure tecniche ed organizzative*

La disciplina normativa sulla privacy, applicata al settore dei dati relativi alla salute, è, in primo luogo, presidio di umanità e del rispetto dell'altrui libertà e dell'altrui dolore; il "presidio ultimo dell'intimità delle scelte che segnano di più la nostra esistenza e danno vita alla nostra umanità"¹².

L'interconnessione e l'elaborazione dei dati personali permettono di identificare una persona e distinguerla dalle altre nonché di accedere alla sua sfera più intima; i dati sanitari raccolti nell'ambito dell'analisi clinica e della ricerca medica nonché delle diffuse strategie commerciali e governative, pur relativi alla vita dei singoli, costituiscono, in ragione della rilevanza macroeconomica dei servizi sanitari, risorse per le politiche sanitarie dei vari Stati¹³.

La realizzazione di sistemi informativi efficienti che rispettino i diritti fondamentali degli interessati e l'adozione di misure, tecniche ed organizzative, volte a garantire il rispetto dei principi di esattezza, riservatezza, integrità e disponibilità del dato, garantiscono la tutela della dignità della persona anche nel perseguimento dell'interesse pubblico alla salute.

Ciò premesso, il presente lavoro presuppone il sintetico richiamo ad alcuni dei concetti, dei ruoli privacy e delle misure tecniche ed organizzative illustrati nel Regolamento generale sulla protezione dei dati; di seguito verranno illustrate alcune definizioni (dato personale, interessato, dato anonimo e pseudoanonimo, dati relativi alla salute, dati genetici e dati biometrici) i ruoli privacy più rilevanti (titolare, responsabile ed autorizzato) nonché il principio della privacy by design e la natura e la funzione della valutazione d'impatto sulla protezione dei dati personali.

Il concetto di "dato personale", rientrante tra le definizioni della Convenzione 108/1981, recante disposizioni "Sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale", è stato riprodotto nella Direttiva 95/46, nell'abrogato art. 4 D.lgs. n. 196/2003 (di seguito, "Codice privacy"), nel Regolamento UE 2016/679 e nella Convenzione 108/1981 aggiornata il 18 maggio 2018.

L'art. 4, par. 1, del GDPR definisce il "dato personale" come "qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile ("interessato"); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un

¹² *La Privacy degli ultimi*, E. Meligrana, G. Scorza, cit.

¹³ S. Melchionna, *Le nuove frontiere della sanità e della ricerca scientifica*, in R. Panetta (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato*, Giuffrè, 2019, 608 ss.

identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo on-line o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale.

Il Considerando 30 del GDPR precisa che le persone fisiche possono essere associate a identificativi on-line, generati da dispositivi, applicazioni, strumenti e protocolli, quali ad esempio gli indirizzi IP o i cookies i quali possono lasciare tracce che, se combinate con altre informazioni, sono idonee ad essere utilizzate per creare profili delle persone fisiche ai fini della loro identificazione¹⁴.

La nozione di dato personale, suscettibile di interpretazione estensiva, ricomprende sia le informazioni ad alto rischio ("categorie particolari di dati personali") sia quelle più generiche, sulla vita privata e familiare, sia dati relativi a qualsiasi tipo di attività, sui rapporti lavorativi o sul comportamento economico e sociale di una persona.

Il GDPR si rivolge agli "interessati", cioè alle "persone fisiche", senza distinzione di cittadinanza o residenza in un determinato Paese, valorizzando, nei Considerando 1 e 2, come diritto fondamentale, la tutela dei dati personali degli individui.

L'identificazione o la possibilità di identificare un individuo integra la definizione di dato personale: l'informazione diventa anonima o anonimizzata, ove non vi sia soggetto specifico a cui riferirne il contenuto.

Il Considerando 26 al GDPR dispone che per determinare se una persona è identificabile, occorre prendere in considerazione tutti i mezzi ragionevolmente utilizzabili dal titolare del trattamento o da un terzo per identificare l'individuo direttamente o indirettamente, considerando l'insieme dei fattori obiettivi, tra cui i costi e il tempo necessari per l'identificazione e tenendo conto delle tecnologie disponibili al momento del trattamento e degli sviluppi tecnologici.

Il GDPR non fornisce una definizione di "anonimizzazione" né di "dato anonimo".

In ogni caso, l'Autorità Garante (di seguito "Garante Privacy" o "Autorità Garante") considera anonime "le informazioni che non si riferiscono a una persona fisica identificata o identificabile o a dati personali resi sufficientemente anonimi da impedire o da non consentire più l'identificazione dell'interessato", ciò anche per i trattamenti svolti per finalità statistiche o di ricerca¹⁵.

14 Il concetto di dato personale è stato analizzato dall'ex Working Party 29 (WP29) nel Parere 4/2007.

15 Garante Privacy, *Parere ai sensi dell'art. 110 del Codice e dell'art. 36 del Regolamento – 30 giugno 2022* [9791886], che richiama il Considerando n. 26 del Regolamento; "WP29 Opinion 05/2014 on Anonymisation techniques", adottato il 10 aprile 2014.

Il concetto di “pseudonimizzazione”, invece, è definito dall’art. 4 n. 5), del GDPR come il trattamento dei dati personali in modo che gli stessi non possano più essere attribuiti a un interessato specifico senza l’utilizzo di informazioni aggiuntive, a condizione che tali informazioni aggiuntive siano conservate separatamente e soggette a misure tecniche ed organizzative intese a garantire che i dati personali non siano attribuiti a una persona identificata o identificabile.

I dati pseudonimizzati possono essere associati alla persona a cui si riferiscono, ma è necessario che le informazioni, inizialmente separate, vengano ricollegate, sì da condurre alla re-identificazione della persona fisica.

La pseudonimizzazione, a differenza della anonimizzazione, è un processo reversibile.

Il GDPR si applica ai dati pseudonimizzati ma non ai dati anonimi o anonimizzati.

I “dati relativi alla salute” (unitamente ai dati genetici e biometrici) sono ricompresi nelle categorie particolari dei dati personali oggetto di specifiche tutele ai sensi dell’art. 9 del Regolamento.

I “dati relativi alla salute” sono dati personali attinenti alla salute fisica o mentale di una persona fisica, compresa la prestazione di servizi di assistenza sanitaria, che rivelano informazioni relative al suo stato di salute; (art. 4 n. 15 GDPR)¹⁶.

I dati sanitari sono soggetti alla disciplina di cui al citato art. 9 del GDPR che, al par. 1, ne vieta, in generale, il trattamento, fatte salve le tassative esenzioni al divieto previste nel successivo par. 2.

Il trattamento di tali dati è considerato lecito qualora sia condotto per finalità di medicina preventiva, diagnosi, assistenza, terapia sanitaria, per la gestione dei servizi sanitari e/o finalità di cura oppure sia giustificato per ragioni di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica (la tutela contro gravi minacce alla salute) nonché per garantire elevati standard di qualità e sicurezza nell’ambito dell’assistenza sanitaria, dei medicinali e dei dispositivi medici o, infine, sia effettuato a fini di archiviazione di interesse pubblico, ricerca scientifica o storica o a fini statistici.

Il legislatore italiano ha previsto, nell’ambito dello spazio normativo concesso agli Stati membri dal legislatore europeo, misure di garanzia ul-

16 Il 24 aprile 2024 il Parlamento Europeo ha approvato il Regolamento sullo Spazio europeo dei dati sanitari (*European Health Data Space “EHDS”*) volto ad agevolare l’accesso a un’assistenza sanitaria transfrontaliera da parte degli interessati e promuovendo la cooperazione tra gli Stati membri in materia di assistenza sanitaria, nel pieno rispetto delle competenze nazionali relative all’organizzazione e alla prestazione dell’assistenza sanitaria.

teriori relative al trattamento dei dati genetici, biometrici e relativi alla salute; l'art. 2-septies del Codice privacy, richiamando l'art. 9 par. 4 GDPR, prescrive che i dati genetici, biometrici e relativi alla salute di una persona fisica possano essere oggetto di trattamento in presenza di una delle condizioni di cui al paragrafo 2 del medesimo articolo ed in conformità alle misure di garanzia disposte dal Garante.

Il Garante privacy, con il Provvedimento n. 146 del 5 giugno 2019, ha adottato le prescrizioni relative al trattamento di categorie particolari di dati, ai sensi dell'art. 21, comma 1 del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, formulando un giudizio di compatibilità con il GDPR relativo alle autorizzazioni generali adottate.

Allo stato, restano applicabili le prescrizioni contenute nelle menzionate autorizzazioni generali.

Per "dati genetici", ai sensi dell'art. 4 punto 13) del Reg. UE 2016/679, si intendono "i dati personali relativi alle caratteristiche genetiche ereditarie o acquisite di una persona fisica che forniscono informazioni univoche sulla fisiologia o sulla salute di detta persona fisica, e che risultano in particolare dall'analisi di un campione biologico della persona fisica in questione".

Il Considerando 34 del GDPR specifica che i dati genetici sono ricavabili, in particolare, dall'analisi dei cromosomi, dell'acido desossiribonucleico (DNA) o dell'acido ribonucleico (RNA), ovvero dall'analisi di un altro elemento che consenta di ottenere informazioni equivalenti.

L'Autorità Garante per la protezione dei dati personali con il Provvedimento n. 146 del 2019, recante le prescrizioni relative al trattamento di categorie particolari di dati, ai sensi dell'art. 21, comma 1 del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, ha individuato le prescrizioni contenute nelle autorizzazioni generali nn. 1/2016, 3/2016, 6/2016, 8/2016 e 9/2016 che risultano compatibili con le disposizioni comunitarie e il D.lgs. n. 101/2018 medesimo che ha novellato il Codice Privacy.

Il citato Provvedimento – richiamata la definizione di dato genetico di cui all'art. 4 del GDPR ed elencate le definizioni di campione biologico, test genetico, test farmaco genetico, test sulla variabilità individuale, screening genetico, consulenza genetica, informazione genetica – prescrive l'adozione di specifiche cautele per la custodia e la sicurezza dei dati genetici e dei campioni biologici ed ulteriori misure sono afferenti al trattamento dei dati personali per scopi di ricerca scientifica.

Ai sensi dell'art. 4 n. 14) del GDPR per dati biometrici si intendono i dati personali ottenuti da un trattamento tecnico specifico relativi alle caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona fisica che ne consentono o confermano l'identificazione univoca, quali l'immagi-

ne facciale o i dati dattiloscopici. Dall'analisi testuale della norma emerge chiaramente che non tutti i dati passibili di lettura biometrica debbano con ciò rientrare nella categoria *de qua*, essendo necessario che il dato venga sottoposto ad un "trattamento tecnico specifico" che renda le informazioni in esso contenute direttamente ed univocamente correlabili ad una specifica persona fisica¹⁷.

Tipici esempi di dati biometrici sono le impronte digitali, la forma della mano, dell'iride o della retina, la fisionomia del volto; nella categoria sono ricompresi, inoltre, il timbro e la tonalità.

Il trattamento dei dati biometrici, come dei dati genetici, vietato di regola ai sensi dall'art. 9 par 1 GDPR, è consentito solo al ricorrere delle condizioni di cui al paragrafo 2 del medesimo art. 9, rientrando i dati biometrici nelle categorie particolari di dati personali.

Di seguito verranno richiamati i soli ruoli privacy pertinenti al tema della presente indagine.

L'art. 4 punto 7) del GDPR definisce il "titolare del trattamento": la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali.

Il ruolo del Titolare del trattamento ("Data controller") è intrinsecamente legato all'esercizio effettivo del potere decisionale in relazione alle scelte riguardanti le finalità, le modalità e i mezzi del trattamento dei dati personali.

Nelle Linee guida 7/2020 dell'EDPB¹⁸ vengono proposti alcuni esempi concreti al fine di agevolare l'individuazione del ruolo in questione.

La nozione di "Responsabile del trattamento" ("Data processor") si rinviene nell'art. 4 punto 8) del GDPR che lo individua come: la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che tratta dati personali per conto del titolare del trattamento.

Per la qualifica di Responsabile del trattamento, è necessario quantomeno il ricorrere di due elementi fondamentali: essere una entità separata rispetto al Titolare del trattamento e trattare i dati personali per suo conto.

L'articolo 29 GDPR, dal quale si evince la figura privacy dell'"autorizzato al trattamento", prescrive che il responsabile del tratta-

17 Il presupposto perché il trattamento delle immagini possa essere qualificato come trattamento biometrico è che i confronti finalizzati al riconoscimento dell'individuo siano automatizzati mediante l'ausilio di appositi strumenti software o hardware; (Autorità Garante, Provvedimento n. 345 del 26 luglio 2017 in tema di riconoscimento facciale; Considerando 51).

18 *Linee guida 07/2020 sui concetti di titolare del trattamento e di responsabile del trattamento ai sensi del GDPR* Versione 2.0 Adottate il 7 luglio 2021

mento, o chiunque agisca sotto la sua autorità o sotto quella del titolare del trattamento, che abbia accesso a dati personali non può trattare tali dati se non è istruito in tal senso dal titolare del trattamento, salvo che lo richieda il diritto dell'Unione.

La Suprema Corte afferma, in ordine alle misure tecniche ed organizzative, che la protezione dei dati personali costituisce un elemento progettuale fondamentale per garantire la *compliance privacy* di sistemi, servizi, prodotti, e processi, di tutte le attività di trattamento effettuate all'interno di un'organizzazione; (Cass. 11/10/2023, n. 28385) ed il Garante incentiva le prassi virtuose tese a contemperare lo sviluppo equilibrato e sostenibile dei servizi sanitari con la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo.

Orbene, la rapidità con cui possono essere raccolti, interconnessi ed elaborati i dati personali e la crescita del valore economico degli stessi impongono il rispetto del principio della *privacy by design* e della realizzazione della valutazione d'impatto sulla protezione dei dati ove necessaria o opportuna, al fine di garantire i diritti degli interessati al controllo dei propri dati e la veridicità degli stessi.

Il principio della *privacy by design* (protezione dei dati fin dalla progettazione), sancito nell'art. 25, par. 1 Reg. UE 2016/679, obbliga il titolare del trattamento, al momento di determinare i mezzi del trattamento ed all'atto del trattamento stesso, a mettere in atto misure, tecniche ed organizzative, idonee ad attuare i principi di protezione dei dati personali.

Il requisito di cui all'articolo 25 obbliga i titolari a provvedere affinché la protezione dei dati sia integrata nel trattamento dei dati personali fin dalla progettazione e per impostazione predefinita durante l'intero ciclo di vita del trattamento¹⁹.

L'applicazione di tale principio implica l'implementazione sia di misure di sicurezza tecniche volte a proteggere il trattamento dei dati personali dai rischi derivanti dall'utilizzo di infrastrutture informatiche sia l'adozione di misure organizzative che possono regolamentare i processi e i flussi di informazioni e dati all'interno delle organizzazioni.

È necessario, pertanto, che le organizzazioni predispongano policy e procedure in linea con i principi sanciti nel regolamento al fine di prevenire eventi di sicurezza e violazione dei dati personali²⁰.

La valutazione d'impatto sulla protezione dei dati si concretizza in un processo volto, in una prima fase, a stimare, in relazione alla probabilità e

19 EDPB, *Linee guida 4/2019 sull'articolo 25, Protezione dei dati fin dalla progettazione e per impostazione predefinita*, Versione 2.0 adottate il 20 ottobre 2020.

20 L. Bolognini – E. Pelino, *Codice della disciplina Privacy*, 172 – Giuffrè Francis Le Febrve Spa, Milano – 2024.

gravità, i rischi per i diritti e le libertà delle persone fisiche, che possono sopravvivere a causa di trattamenti di dati personali e, in una seconda fase, a trattare il rischio, prendendo delle decisioni in ordine alle modalità di gestione di tali rischi e definendo le misure per escluderli o attenuarli²¹.

Le valutazioni d'impatto sulla protezione dei dati sono strumenti importanti per la responsabilizzazione in quanto sostengono i titolari del trattamento non soltanto nel rispettare i requisiti del regolamento generale sulla protezione dei dati, ma anche nel dimostrare che sono state adottate misure appropriate per garantire il rispetto del regolamento. In altre parole, una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati è un processo inteso a garantire e dimostrare la conformità²².

1.4 Riservatezza e dignità della donna e pazienti affetti da malattie infettive, psichiatriche o invalidanti: la vulnerabilità nei provvedimenti del Garante Privacy

La trattazione del tema inerente al rapporto tra vulnerabilità e trattamento dei dati personali relativi alla salute dovrà concentrarsi, ancorché nei limiti di un'estrema sintesi, su temi ed argomenti specifici, individuando le singole situazioni soggettive di vulnerabilità.

Dall'analisi dei numerosi provvedimenti resi dal Garante per la protezione dei dati personali in merito alla tutela dei dati in ambito sanitario, si evince la costante attenzione dell'Autorità alle esigenze di tutela delle specifiche situazioni soggettive di fragilità.

In particolare, il Garante Privacy ha più volte esaminato e censurato le attività di trattamento illecito dei dati personali poste in essere in violazione dei diritti delle donne sottoposte ad interventi di interruzione della gravidanza, garantendo particolare tutela alla riservatezza ed alla dignità della donna.

1.4.1 Violazione dei diritti delle donne sottoposte ad interventi di interruzione della gravidanza

L'Autorità garante, con provvedimento del 6 marzo 2008, bloccava l'ulteriore diffusione del nome e cognome di una donna protagonista della

21 G.M. Ricco, G. Scorza, E. Belisario (a cura di) *GDPR e normativa Privacy Commentario*, 411 – Wolters Kluwer 2022.

22 EDPB, *Linee guida in materia di valutazione d'impatto sulla protezione dei dati e determinazione della possibilità che il trattamento "possa presentare un rischio elevato" ai fini del regolamento (UE) 2016/679* adottate il 4 aprile 2017 come modificate e adottate da ultimo il 4 ottobre 2017.

vicenda relativa a un caso di interruzione volontaria della gravidanza avvenuto in un'azienda universitaria ospedaliera.

Nel riferire del fatto, alcune agenzie di stampa e quotidiani avevano pubblicato anche le generalità della donna, rendendola in questo modo identificabile e violando gravemente la sua sfera più intima e privata, sebbene la legge n. 194 del Codice privacy e lo stesso Codice deontologico dei giornalisti vietassero la diffusione di tali dati personali.

Il Garante, pertanto, disponeva il blocco di ogni ulteriore pubblicazione del nome e cognome della donna, anche attraverso siti web, e prescriveva di oscurare le generalità della protagonista della vicenda.

Inoltre, in data 8 aprile 2010, il Garante richiamava i media al rispetto della privacy, riaffermando il diritto delle donne che effettuano interventi di interruzione della gravidanza alla piena tutela dell'anonimato e della loro intimità.

In seguito alla vicenda di un aborto farmacologico, il Garante per la protezione dei dati personali richiamava tutti i mezzi di informazione al rispetto delle norme sulla riservatezza e delle regole dettate dallo stesso codice deontologico dei giornalisti.

L'Autorità invitava al rispetto della dignità delle persone coinvolte e ad evitare di fornire dettagli e informazioni non essenziali sulla vicenda che, nel loro insieme, potessero rendere identificabili la donna e i suoi familiari.

Infine, con Provvedimento del 27/04/2023, l'Autorità di controllo evidenziava rilevanti criticità in ordine alla gestione delle sepolture dei feti e dei prodotti abortivi da parte di una Asl, responsabile di avere trasmesso ai servizi cimiteriali l'elenco delle donne che avevano effettuato un intervento di interruzione di gravidanza, unitamente alla documentazione relativa, per ciascuna di esse, all'autorizzazione al trasporto e al seppellimento dei prodotti abortivi.

Secondo la normativa in materia, l'interruzione volontaria di gravidanza, poteva essere praticata quando “la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comportano un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione al suo stato di salute”, oppure quando “la gravidanza o il parto comportano un grave pericolo per la vita della donna” o “siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna” (artt. 4 e 6, legge 22 maggio 1978, n. 194)²³.

23 Considerato, inoltre, che “l'interruzione della gravidanza, spontanea o volontaria, nei casi previsti dagli articoli 4, 5 e 6 della legge 22 maggio 1978, n. 194, è considerata a tutti gli effetti come malattia” (art. 19 del d.lgs. n. 151/2001), i dati personali relativi all'interruzione di gravidanza rientravano tra i dati relativi alla

L'Autorità, dunque, richiamava l'obbligo di tutelare i dati personali mediante misure tecniche e organizzative adeguate, da trattamenti non autorizzati o illeciti e dalla perdita, dalla distruzione o dal danno accidentali" (principi di "minimizzazione dei dati" e "integrità e riservatezza" – art. 5, par. 1, lett. c) e f) del Regolamento) e, in ordine ai dati personali trattati, il rigoroso regime di riservatezza a tutela della donna di cui alla citata legge n. 194/1978 (tutela prediposta anche mediante l'adempimento di obblighi informativi all'interno dello stesso contesto sanitario sulla base della quale è avvenuto, senza fare menzione dell'identità della donna"; art. 11).-

Il Garante, rilevato che le citate disposizioni normative, che prevedono una tutela rafforzata per il trattamento dei dati relativi alle donne che hanno effettuato un'interruzione di gravidanza, rientrano nelle specifiche disposizioni di settore fatte salve dall'art. 75 del Codice privacy, precisava che il regime di riservatezza era stato più volte ribadito nell'ambito di diversi interventi, qualificando tali dati tra quelli soggetti "a maggiore tutela dell'anonimato"²⁴.

Dunque, la condotta dell'Azienda aveva dato luogo a una comunicazione ai servizi cimiteriali del Comune di Roma, di dati relativi alla salute, direttamente identificativi delle donne interessate da un'interruzione di gravidanza (sia essa spontanea o volontaria), che contrastava con i principi di base del trattamento di cui all'art. 5, par. 1, lett. c) e f) del Regolamento ("minimizzazione dei dati" e "integrità e riservatezza"), configurando un'ipotesi di illecito trattamento di dati personali

1.4.2 Situazioni di rilevante fragilità correlate a malattie infettive o molto invalidanti

Sotto altro profilo, l'Autorità Garante ha riservato particolare tutela a situazioni di rilevante fragilità, correlate alla contrazione di malattie infettive (tubercolosi, epatite A, B, C e HIV), molto invalidanti (sclerosi multipla) o comunque impicanti il trattamento di dati molto sensibili (malattie psichiatriche).

salute; non solo in quanto il riferimento alla salute fisica e psichica della donna era esplicitato dalle predette disposizioni normative, ma anche perché si trattava di un evento connesso ad una "prestazione di servizi di assistenza sanitaria"; anche in caso di aborto spontaneo; (art. 4, par. 1, n. 15 del Regolamento); Cfr. anche provvedimento del Garante n. 334 del 4 giugno 2015, consultabile in www.gpdp.it, doc. web n. 4130998).

- 24 Parere in su schema di decreto in materia di certificato di assistenza al parto, del 1° marzo 2000, doc. web n. 1085431; parere su schema di decreto in materia di fascicolo sanitario elettronico, del 22 maggio 2014, doc. web n. 3230826; Linee guida in materia di Dossier sanitario, del 4 giugno 2015, doc. web n. 4084632).

Infatti, con ordinanza ingiunzione – 10 giugno 2021, il Garante privacy decideva un reclamo proposto con riferimento alla richiesta di un medico di compilare un questionario al fine di poter accedere ai servizi dentistici offerti presso il suo studio professionale; attraverso il questionario, distribuito e poi raccolto all'atto dell'accettazione del paziente, veniva richiesto, nell'ambito di una raccolta anamnestica generale, di evidenziare anche l'eventuale contrazione di malattie infettive, quali tubercolosi, epatite A, B, C e HIV (AIDS).

Il reclamante rappresentava che, dopo aver fornito l'informazione relativa alla sua positività all'infezione da HIV, il medico avrebbe avvertito lo stesso di non poter prestare l'attività professionale richiesta, in quanto "la sua diagnosi di sieropositività all'HIV non gli permetteva di scongiurare un possibile contagio del personale e degli altri pazienti"²⁵.

Il presupposto giuridico della raccolta dei dati sanitari era rinvenibile nel perseguimento di una finalità di diagnosi, assistenza o terapia sanitaria, indicata nell'art. 9, par. 2, lett. h) del Regolamento. La circostanza che detta attività di cura non era stata, in concreto, realizzata per volontà del medico, considerato che lo specialista aveva comunicato al paziente di non poterlo sottoporre alle prestazioni richieste, faceva venir meno il presupposto giuridico fondante il trattamento dei dati relativi alla salute e, in particolare, consistente nell'acquisizione dell'informazione relativa alla presenza dell'infezione da HIV.

Pertanto, il Garante rilevava l'illiceità del trattamento di dati personali effettuato in violazione dell'art. 5 del Regolamento.

Con Provvedimento del 18 luglio 2023, Registro dei provvedimenti n. 316 del 18 luglio 2023, l'Autorità garante accertava l'illecito trattamento dei dati personali di un'Azienda Socio Sanitaria Territoriale con riferimento a tre violazioni di dati personali aventi ad oggetto: a) la trasmissione di una comunicazione, diretta a due persone, contenente una convocazione a visita da parte della Commissione aziendale per la valutazione

25 Il Garante aveva già ritenuto in contrasto con i predetti principi la raccolta, in fase di accettazione, di informazioni relative all'eventuale stato di sieropositività di ogni paziente che si rivolge per la prima volta allo studio medico, indipendentemente dal tipo di intervento clinico o dal piano terapeutico che lo stesso deve eseguire (cfr. Provv. 12 novembre 2009 n. 35, doc. web n. 1673588; Provv. 12 novembre 2009, doc. web n. 1686068).

In generale, rilevava il Garante privacy, lo specialista può legittimamente raccogliere anche il dato relativo all'eventuale presenza di un'infezione da HIV, se la predetta informazione anamnestica sia ritenuta dal medico curante necessaria in funzione del tipo di intervento sanitario o di piano terapeutico da eseguire sul paziente, ferma restando la volontà del paziente di decidere, in modo consapevole (e quindi informato) e responsabile, di non comunicare al medico alcuni eventi sanitari che lo riguardano.

dell'invalidità civile, a persona diversa dagli interessati (un utente aveva ricevuto la convocazione per la commissione di invalidità per suo padre ed erroneamente per altre due persone); b) l'inserimento, nel campo denominato "copia conoscenza", dell'indirizzo di 198 destinatari di una mail proveniente dal Centro Sclerosi Multipla dell'Azienda e avente ad oggetto le "Raccomandazioni aggiornate su COVID in pazienti affetti da Sclerosi Multipla (per errore umano, non era stato usato il sistema CCN e, pertanto, per ogni destinatario erano risultati palesi gli indirizzi mail di tutti gli altri, di cui alcuni contenevano nome e cognome); c) la consegna ad un paziente di documentazione sanitaria contenente anche l'esito di un esame effettuato da un soggetto terzo.

La circostanza che dal contesto delle comunicazioni poteva desumersi che i destinatari della stessa erano pazienti in cura presso il Centro sclerosi multipla, comportava che i trattamenti avevano avuto ad oggetto informazioni relative alla salute, in quanto inerenti a prestazioni di assistenza sanitaria, che rivelano informazioni sullo stato di salute degli interessati coinvolti (art. 4, par. 1, n. 15 del Regolamento)²⁶.

Pertanto, l'illecito trattamento dei dati personali consisteva nell'aver rivelato reciprocamente, ai destinatari delle comunicazioni, lo stato di salute degli altri pazienti.

Con Provvedimento del 16 novembre 2023, Registro dei provvedimenti n. 527 del 16 novembre 2023, l'Autorità Garante decideva un reclamo avente ad oggetto la comunicazione a terzi e la diffusione sul web di dati personali della reclamante, nonché di informazioni relative alla salute e a indagini su reati concernenti il figlio deceduto.

In particolare, risultavano visibili alcune relazioni di perizie psichiatriche, come documentazione facente parte del "Materiale clinico non diffusibile e trasmesso ai partecipanti ad un evento formativo con il vincolo del segreto professionale"; in tali documenti erano riportate moltissime informazioni sull'interessato (in una sezione il cognome era in chiaro) relative a biografia, anamnesi, medicinali assunti, reati per i quali era indagato, nonché sulla madre dello stesso (reclamante nel procedimento de quo).

In sostanza, risultavano accessibili sul web (attraverso un link) contenuti e dati trattati in occasione della realizzazione di un evento formativo con conseguente illecita diffusione on line di dati personali

26 Cfr., in tal senso, provv.ti del Garante del 13 maggio 2021, n. 206, doc. web n. 9688020, del 16 settembre 2021, n. 328, doc. web n. 9722297, dell'11 gennaio 2023, n. 7, doc. web n. 9861356, n. 7, del 28 aprile 2022, n. 164, doc. web n. 9779057, del 7 luglio 2022, n. 242, doc. web n. 9809998, consultabili, in www.gpdp.it).

L'Ufficio riteneva che la Società avesse effettuato un trattamento di dati personali, sulla salute e giudiziari, in violazione dei principi di base del trattamento di cui agli artt. 5, 6, 9, 10 (consentendo l'accessibilità, senza il superamento di alcuna procedura di autenticazione informatica, al menzionato indirizzo web) degli obblighi in materia di sicurezza di cui all'art. 32 del Regolamento, nonché degli artt. 2-septies e 2-octies del Codice²⁷.

L'Autorità, dunque, accertava l'omessa adozione di specifiche misure di anonimizzazione dei dati trattati e l'illecita condotta concernente gli obblighi in materia di sicurezza del trattamento.

Pertanto, rilevava l'illiceità del trattamento di dati personali per aver omesso di prevedere misure adeguate per assicurare, su base permanente, la riservatezza e di verificare e valutare regolarmente l'efficacia delle misure tecniche e organizzative, adottando, ad esempio, una procedura di autenticazione informatica per accedere alla documentazione descritta, contenente dati personali, rispetto ai quali non era stata effettuata alcuna valutazione in ordine all'adeguatezza delle misure di anonimizzazione adottate.

1.4.3 Illecita comunicazione dei dati sanitari a terzi non autorizzati e diffusione illecita di dati relativi alla salute

Infine, la condizione di vulnerabilità dei pazienti è riconducibile, in base a quanto risulta dall'analisi di ulteriori provvedimenti dell'Autorità, alle modalità di illecita comunicazione dei dati sanitari a soggetti terzi non autorizzati o a forme di pubblicazione o diffusione illecita dei dati relativi alla salute.

Con il Provvedimento del 1° giugno 2023 (registro dei provvedimenti n. 228 del 1° giugno 2023), il Garante decideva un reclamo nel quale l'i-

27 L'anonimizzazione non poteva considerarsi realizzata attraverso la mera rimozione delle generalità dell'interessato o sostituzione delle stesse con un codice pseudonimo, posto che il dato anonimizzato è tale solo se non consente in alcun modo l'identificazione diretta o indiretta di una persona, tenuto conto di tutti i mezzi (economici, informazioni, risorse tecnologiche, competenze, tempo) nella disponibilità di chi (titolare o altro soggetto) provi a utilizzare tali strumenti per identificare un interessato. Il rischio di re-identificazione dell'interessato andava accuratamente valutato tenendo conto di "tutti i mezzi, [...], di cui il titolare del trattamento o un terzo può ragionevolmente avvalersi per identificare detta persona fisica direttamente o indirettamente. Per accertare la ragionevole probabilità di utilizzo dei mezzi per identificare la persona fisica, si doveva prendere in considerazione l'insieme dei fattori obiettivi, tra cui i costi e il tempo necessario per l'identificazione, tenendo conto sia delle tecnologie disponibili al momento del trattamento sia degli sviluppi tecnologici" (cfr. ancora Considerando n. 26 del Regolamento e WP29 Opinion 05/2014 on Anonymisation techniques, adottato il 10 aprile 2014).

stante lamentava una violazione in materia di protezione dei dati personali, dichiarando di aver ricevuto, periodicamente, da un centro medico, messaggi, sul suo numero privato, per ricordargli appuntamenti per visite mediche mai richieste e di aver rinvenuto, nella dichiarazione dei redditi 730 precompilata, talune fatture emesse sul proprio codice fiscale concernenti prestazioni relative all'anno 2021 erogate dal Centro medico e dallo stesso mai effettuate.

Il reclamante precisava che da uno scambio PEC era emerso che presso il Centro medico veniva seguito un paziente suo omonimo e che tutto quello che riguardava le sue prestazioni gli veniva segnalato con continui SMS di appuntamento; anche le fatture dell'altro paziente gli venivano attribuite al suo codice fiscale²⁸.

All'esito dell'istruttoria, il Garante rilevava che, in ambito sanitario, le informazioni sullo stato di salute possono essere comunicate a terzi solo sulla base di un idoneo presupposto giuridico o su indicazione dell'interessato stesso, previa delega scritta di quest'ultimo (art. 9 del Regolamento e art. 84 del Codice in combinato disposto con l'art. 22, comma 11, d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101).

Considerato che l'avvenuta prestazione di un servizio di assistenza sanitaria riferita ad una persona specificatamente indicata costituisce un'informazione riconducibile alla nozione di dato sulla salute ai sensi dell'art. 4, par. 1, n. 15 del Regolamento e del Considerando n. 35, il Centro aveva effettuato un trattamento di dati in violazione del principio di esattezza e di integrità e riservatezza dei dati del reclamante e del suo omonimo (art. 5 par. 1, lett. d) e f) del Regolamento) e, mediante l'erronea compilazione della fattura, aveva effettuato una comunicazione di dati relativi alla salute (desumibili dalle prestazioni effettuate presso il Centro, con riferimento alle quali erano state emesse le relative fatture) in assenza di un idoneo presupposto giuridico, in violazione dei principi di base del trattamento di cui all'art. 9 del Regolamento e degli obblighi in materia di sicurezza di cui all'art. 32 del Regolamento.

28 L'Ufficio riteneva che il Centro aveva effettuato un trattamento di dati in violazione del principio di esattezza e di integrità e riservatezza (art. 5 par. 1, lett. d) e f) del Regolamento) e, mediante la compilazione della fattura relativa alle prestazioni usufruite dall'omonimo contenente le informazioni (indirizzo e codice fiscale) del reclamante, aveva effettuato una comunicazione di dati relativi alla salute (desumibili dalle prestazioni effettuate presso il Centro, con riferimento alle quali erano state emesse le relative fatture) in assenza di un idoneo presupposto giuridico, in violazione dei principi di base del trattamento di cui all'art. 9 del Regolamento e degli obblighi in materia di sicurezza di cui all'art. 32 del Regolamento.

Per tali ragioni, accertava l'illiceità del trattamento di dati personali effettuato dal Centro, per la violazione degli artt. 5, par. 1, lett. d) e f), 9 e 32 del Regolamento.

Con Provvedimento del 23/03/2023 (doc. web n. 9872621), il Garante privacy decideva un reclamo avente ad oggetto la trasmissione, da parte di un'Azienda socio-sanitaria locale, di una mail rivolta alla reclamante, ma ad un indirizzo e-mail non appartenente alla stessa; la citata mail conteneva il provvedimento con il quale veniva autorizzato il ricovero extra regione della reclamante, affetta da problematiche di salute non curabili nel territorio della Regione di provenienza.

Il predetto documento conteneva, oltre ai dati identificativi della stessa, anche l'indicazione dell'istituto ospedaliero presso il quale effettuare le cure mediche e una serie di altri elementi, come la presenza dell'accompagnatore.

Posto che i dati relativi alla salute “comprendono informazioni sulla persona fisica raccolte nel corso della sua registrazione al fine di ricevere servizi di assistenza sanitaria” e che la disciplina in materia di protezione dei dati personali prevede – in ambito sanitario – che le informazioni sullo stato di salute possano essere comunicate a terzi soltanto sulla base di un idoneo presupposto giuridico o su indicazione dell'interessato stesso, previa delega scritta di quest'ultimo (art. 9 Regolamento e art. 84 del Codice in combinata disposto con l'art. 22, comma 11, d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101) – la condotta dell'Azienda aveva dato luogo, secondo il Garante, a una comunicazione di dati relativi alla salute della reclamante che contrastava con i principi di base del trattamento di cui agli artt. 5 e 9 del Regolamento nonché con gli obblighi in materia di sicurezza di cui all'art. 32 del Regolamento.

Con Provvedimento del 1/06/2023 (doc. web n. 9917728), l'Autorità decideva un reclamo relativo alla realizzazione, da parte di un'Azienda Usl, di messaggi pubblicitari raffiguranti un operatore sanitario seduto ad una postazione di lavoro, in cui erano visibili: nome, cognome, data di nascita, luogo di nascita, residenza, numero di libretto sanitario, scheda di pronto soccorso, data di ingresso ora, data di uscita, gravità della dimissione, prognosi, cura e medicinali prescritti” del reclamante, un paziente ricoverato in stato di emergenza²⁹.

29 Il Garante rilevava che il titolare del trattamento è tenuto a mettere in atto “fin dalla progettazione”, ossia sia al momento di determinare i mezzi del trattamento che all'atto del trattamento stesso, “misure tecniche e organizzative adeguate, [...] volte ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati, quali la minimizzazione, e a integrare, nel trattamento, le necessarie garanzie al fine di soddisfare

Il Garante evidenziava che è vietata la pubblicazione di qualsiasi informazione da cui si possa desumere lo stato di malattia o l'esistenza di patologie dei soggetti interessati, compreso qualsiasi riferimento alle condizioni di invalidità, disabilità o handicap fisici e/o psichici; a tale scopo, fin dalla fase di redazione degli atti e dei documenti oggetto di pubblicazione, nel rispetto del principio di adeguata motivazione, non dovevano essere inseriti dati personali "eccedenti", "non pertinenti", o "non indispensabili" (e, tantomeno, "vietati"), dovendosi provvedere, in caso contrario, al relativo oscuramento".

La presenza, sul richiamato cartellone pubblicitario, dei dati anagrafici del reclamante, associati alla prestazione sanitaria allo stesso erogata in emergenza, integrava una diffusione di dati sulla salute dello stesso in quanto il predetto cartellone era stato situato nel corridoio principale di ingresso dei pazienti in Pronto Soccorso, ovvero in una zona accessibile a chiunque.

Per tali ragioni, sussisteva l'illiceità del trattamento di dati personali per violazione degli artt. 5, par. 1, lett. a), c) e f), 9 e 25, parr. 1 e 2, del Regolamento, dell'art. 2 septies, comma 8 del Codice.

Con l'ordinanza ingiunzione nei confronti di un'Azienda ULSS – 26/01/2023 (doc. web n. 9861289) il Garante per la protezione dei dati personali decideva una fattispecie di violazione di dati personali avente ad oggetto una comunicazione di dati relativi alla salute a soggetto terzo non autorizzato.

L'Azienda aveva effettuato – mediante l'inserimento di documentazione sanitaria di un paziente in una cartella clinica relativa a diverso paziente e a quest'ultimo consegnata – una comunicazione di dati personali e relativi alla salute in assenza di un idoneo presupposto giuridico in violazione dei principi di base del trattamento di cui agli artt. 5 e 9 del Regolamento e degli obblighi in materia di sicurezza di cui all'art. 32 del Regolamento medesimo.

Con Ordinanza ingiunzione dell'11 gennaio 2023, Registro dei provvedimenti n. 7 dell'11 gennaio 2023, il Garante accertava la responsabilità di un'Azienda Ospedaliera Universitaria che aveva inviato accidentalmente una mail a pazienti coinvolti in uno studio clinico, rendendo così conoscibile, involontariamente l'indirizzo mail di tutti i pazienti in attesa di trapianto cardiaco.

La circostanza che, dal contesto della comunicazione, poteva desumersi che i destinatari della mail, trasmessa dalla UOC Cardiochirurgia, erano pazienti in attesa di trapianto di cuore comportava che il trattamento in

i requisiti del regolamento e tutelare i diritti degli interessati" (privacy by design), garantendo "che siano trattati, per impostazione predefinita" (privacy by default) "solo i dati personali necessari per ogni specifica finalità del trattamento" (art. 25, parr. 1 e 2, del Regolamento).

questione aveva avuto ad oggetto dati sanitari, in quanto concernenti informazioni relative a prestazioni di assistenza sanitaria, che rivelano informazioni sullo stato di salute (art. 4, par. 1, n. 15 del Regolamento).

Pertanto, l'invio della citata comunicazione mediante un unico messaggio di posta elettronica indirizzato a un numero plurimo di destinatari, i cui indirizzi erano stati inseriti in chiaro nel campo copia conoscenza (c.c.), aveva, di fatto, senza giustificato motivo e in assenza di presupposto giuridico, rivelato reciprocamente, ai destinatari della medesima comunicazione, lo stato di salute degli altri pazienti.

Infine, il Garante, con Provvedimento del 13 aprile 2023, Registro dei provvedimenti n. 126 del 13 aprile 2023, accertava la responsabilità per illecito trattamento dei dati personali dell'ATS Sardegna, per aver pubblicato sul web, informazioni della reclamante, personali (data di nascita, residenza, codice fiscale) e relative alla salute. In particolare, era stata diffusa una nota avente ad oggetto: "Richiesta di acquisto medicinale XX" e tale documento recava in allegato un certificato, con validità temporale illimitata, con il quale si attestava che il reclamante era affetto da fibrosi cistica; era stata altresì diffusa un'ulteriore nota del Centro Regionale di riferimento per la Fibrosi Cistica, nella quale veniva certificata la patologia di cui il paziente è affetto e i farmaci di cui lo stesso necessita³⁰.

Con specifico riferimento alle informazioni sulla salute, precisava che la disciplina in materia di protezione dei dati personali vieta espressamente la diffusione dei predetti dati (art. 2-septies, comma 8 e art. 166, comma 2, del Codice) e che, in ambito sanitario, tali informazioni possono essere comunicate a terzi solo sulla base di un idoneo presupposto giuridico o su indicazione dell'interessato stesso previa delega scritta di quest'ultimo (art. 9 Regolamento e art. 84 del Codice, in combinato disposto con l'art. 22, comma 11, d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101).

L'Autorità concludeva affermando che, nel caso in esame, in relazione alla diffusione dei dati del reclamante, non risultava dimostrata alcuna delle condizioni, tra quelle indicate negli artt. 6 e 9 del Regolamento, che avrebbe potuto rendere lecito il trattamento di dati personali e che, per tali ragioni, sussisteva l'illiceità del trattamento di dati personali effettuato

30 Il Garante rilevava che il trattamento dei dati personali è lecito solo se e nella misura in cui ricorre una delle condizioni previste dall'art. 6 del Regolamento e che, ove i dati personali siano trattati per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri, la loro diffusione è ammessa unicamente se prevista da una norma di legge o di regolamento o da atti amministrativi generali (art. 2-ter, commi 1 e 3 del Codice).

dall'Azienda per la violazione degli artt. 5, 6 e 9 del Regolamento nonché dell'art. 2-septies, comma 8, del Codice.

2. Vulnerabilità e trattamento dei dati personali relativi alla salute in ambito sanitario

2.1 L'esigenza di una speciale protezione in ragione della condizione di fragilità determinata dalle condizioni di salute

Il tema del rapporto tra vulnerabilità e trattamento dei dati sanitari presuppone, come già precisato, sintetici riferimenti all'evoluzione giurisprudenziale ed al contesto normativo³¹.

Dalla normativa europea e dalla pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea³² si evince che la nozione di "dati relativi alla salute" deve essere interpretata in modo estensivo.

Il Reg. UE 2016/679, art. 4, punto n. 15, definisce i "*dati relativi alla salute*" come i dati personali attinenti alla salute fisica o mentale di una persona fisica comprese le prestazioni di assistenza sanitaria che rivelano informazioni inerenti al suo stato di salute.

Il Considerando n. 35 specifica che fanno parte di questa categoria "tutti i dati riguardanti lo stato di salute dell'interessato che rivelino informazioni connesse allo stato di salute fisica o mentale passata, presente o futura dello stesso [...] raccolte nel corso della sua registrazione al fine di ricevere servizi di assistenza sanitaria".

31 La disciplina della protezione dei dati in ambito sanitario, contenuta nel Reg. UE 2016/679 e nel D.Lgs. n. 196/03, novellato dal D.Lgs. n. 101/18, è specificata da pareri e linee guida del Garante Europeo per la protezione dei dati (EDPS), del Comitato Europeo per la protezione dei dati (EDPB) e delle Linee Guida e Provvedimenti dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali: EDPS – Parere preliminare sulla protezione dei dati e la ricerca scientifica del 6/01/2020; EDPD – Linee Guida 3/2020 sul trattamento dei dati relativi alla salute ai fini di ricerca scientifica nel contesto dell'emergenza legata al Covid 19; Garante Privacy – Provvedimento n. 146 del 5/06/2019 recante le prescrizioni relative al trattamento di categorie particolari di dati, ai sensi dell'art. 21, comma 1, D.Lgs. 10/08/2018 n. 101; Garante Privacy – Prescrizioni relative al trattamento dei dati genetici (Aut. Gen. n. 8/2016); Garante Privacy – Prescrizioni relative al trattamento dei dati personali effettuato per scopi di ricerca scientifica (Aut. Gen. n. 9/2016); Garante Privacy – Provvedimento n. 55 del 7/03/2019 "Chiarimenti sull'applicazione della disciplina per il trattamento dei dati relativi alla salute in ambito sanitario".

32 Causa C-101/01 (Lindqvist), punto 50, pronunciata in vigenza della Direttiva CE/95/46.

Sono considerati tali tutte le informazioni riguardanti, ad esempio, una malattia, una disabilità, il rischio di malattie, l'anamnesi medica, i trattamenti clinici o lo stato fisiologico o biomedico dell'interessato; sono qualificabili come dati relativi alla salute anche i dati genetici intesi come dati relativi alle informazioni personali sui caratteri genetici ereditari dell'interessato ed i dati biometrici, derivanti da un trattamento tecnico specifico relativi alle caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona fisica che ne consentono o confermano l'identificazione mediante immagine facciale o dati dattiloscopici.

Il quadro normativo conferma che il trattamento dei dati sanitari necessita, in ragione della vulnerabilità degli interessati, di una più efficace protezione.

Il Reg. UE 2016/679 utilizza la definizione di "categorie particolari di dati" disponendo, per i dati relativi alla salute, una protezione più elevata, potendo il loro utilizzo determinare gravi effetti negativi sugli interessati (artt. 9 e 4, par. 15 e Considerando 53 Reg. UE 2016/679).

Pertanto, il par. 1 dell'art. 9 del GDPR sancisce un divieto generale in merito al trattamento di "categorie particolari di dati personali"³³, potendo il trattamento degli stessi determinare rischi significativi per i diritti e le libertà fondamentali mentre il successivo par. 2 del medesimo art. 9 elenca le deroghe al ricorrere delle quali il divieto non opera³⁴.

Il legislatore europeo, pur ampliando le ipotesi di legittimità del trattamento svincolate dal consenso, ha rafforzato la tutela del dato sanitario, imponendo l'adozione di misure specifiche a tutela dei diritti fondamentali degli interessati.

Giurisprudenza e dottrina definiscono "supersensibili" i dati inerenti alla salute e al sesso degli interessati "poiché riguardano la parte più intima della persona, considerata sia nella sua corporeità che nella più intima sfera psicologica"³⁵; i dati personali relativi alla salute, investendo la parte più intima della persona, necessitano di una tutela più incisiva rispetto ad altri valori costituzionali al fine di evitare un grave pregiudizio all'interessato³⁶.

33 L'art. 9 elenca le seguenti categorie di dati sensibili: dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale.

34 Il Considerando 53 del Reg. UE 2016/679 prevede che i dati "particolarmente sensibili" sulla salute "dovrebbero essere trattati soltanto per finalità connesse alla salute" e nel rispetto di "misure specifiche e appropriate a protezione dei diritti fondamentali e dei dati personali delle persone fisiche".

35 Cass. civ., VI, ord. n. 222 dell'11/01/2016; M. Mandico, *Privacy e Gdpr: Manuale applicativo con esempi e casistiche settoriali*, 2020, 254.

36 Cass. civ., sez. I, 08/07/2005, n. 14390 in *Dir. e gius.* 2005, 33, 43: il trattamento dei dati cosiddetti "supersensibili" (come quelli riguardanti la salute e la vita ses-

Informazioni sensibili, quali i dati relativi alla salute, meritano maggiore tutela in quanto il loro trattamento si associa a una maggiore probabilità di impatti negativi per gli interessati e, peraltro, il riutilizzo dei dati relativi alla salute a fini scientifici può accrescere la numerosità e la eterogeneità dei soggetti che possono trattare i dati³⁷.

Invero, i dati sanitari possono essere ricavati da fonti diverse:

a) informazioni raccolte da un fornitore di assistenza sanitaria in una cartella clinica (anamnesi e risultati di esami e trattamenti);

b) informazioni che diventano dati relativi alla salute sulla base di riferimenti incrociati ad altri dati tali da rivelare lo stato di salute o i rischi per la salute (ad esempio, la presunzione che una determinata persona sia esposta a un rischio più elevato di attacchi cardiaci basata su misurazioni ripetute della pressione arteriosa lungo un certo arco di tempo);

c) informazioni ricavate da test di autovalutazione, in cui gli interessati rispondono a domande relative alla loro salute (ad esempio, descrivendo sintomatologia);

d) informazioni che diventano dati relativi alla salute a seguito del loro utilizzo in un contesto specifico (ad esempio, informazioni elaborate da un professionista sanitario per effettuare una diagnosi).

La necessità di assicurare una speciale protezione ai dati relativi alla salute in ragione della vulnerabilità dei pazienti e malati o dei loro parenti, è evidenziata nel Considerando 53 del Regolamento, secondo il quale i “dati relativi alla salute” meritano una protezione più elevata,

suale) da parte della p.a., anche se preordinato all’emanazione di provvedimenti disciplinari (e dunque per una finalità di interesse pubblico), necessita comunque del consenso scritto dell’interessato, se la legge o l’amministrazione interessata non abbiano previamente individuato quali dati e per quali finalità il trattamento è ammesso. La Suprema Corte ha precisato, nella medesima sentenza, che la tutela della riservatezza si estende anche ai dati già pubblicati in internet, poiché chi compia operazioni di trattamento di tali informazioni, dal loro accostamento, comparazione, esame, analisi, congiunzione, rapporto od incrocio, può ricavare ulteriori informazioni e, quindi, un valore aggiunto informativo, non estraibile dai dati isolatamente considerati; (Cass. civ., sez. I, 08/07/2005, n. 14390, in *Riv. internet* 2005, 617). Si è rilevato che il bilanciamento tra l’importanza che i dati sanitari assumono, sia a livello di interesse pubblico che a livello di interesse privato del singolo soggetto, con la pericolosità ed i rischi connessi alla raccolta, al trattamento e alla conservazione dei dati sanitari, ha indotto il legislatore europeo e italiano a tutelare in modo estensivo detti dati; P.P.Muia’: *La tutela della privacy in ambito sanitario*, 2019, 10.

37 Comitato europeo per la protezione dei dati (EDPB), *Linee-guida 03/2020 sul trattamento dei dati relativi alla salute a fini di ricerca scientifica nel contesto dell’emergenza legata al Covid 19*, adottate il 21/04/2020.

posto che l'uso di tali dati sensibili può avere gravi ripercussioni negative per gli interessati.

Il legislatore nazionale, superata la prospettiva che fondava sul consenso la base di liceità del trattamento dei dati sanitari³⁸, riconduce all'adozione di idonee misure di sicurezza la tutela dei diritti e delle libertà degli interessati, a condizione che siano adottate "misure appropriate", comprese misure preventive di minimizzazione o di anonimizzazione dei dati, e venga svolta la valutazione di impatto sulla protezione dei dati.

Il Codice Privacy prevede che, in attuazione di quanto previsto dall'art. 9, par. 4, GDPR, i dati genetici, biometrici e relativi alla salute possono essere trattati in presenza di una delle condizioni di cui al par. 2 del medesimo art. 9 ed in conformità alle misure di garanzia disposte dal Garante.

Si evince, dunque, dal contesto normativo e dall'attività consultiva delle autorità nazionali ed europee, che l'integrità e la riservatezza dei dati personali viene garantita, innanzitutto, mediante la predisposizione di idonee misure tecniche ed organizzative: tecniche di anonimizzazione e pseudonimizzazione, cifratura, minimizzazione, conservazione limitata, misure rigorose per la gestione di autorizzazioni, restrizioni e registrazioni degli accessi ai dati³⁹; *a fortiori* occorre adottare misure di sicurezza

38 Nel Provvedimento del 7/03/2019, "Chiarimenti sull'applicazione della disciplina per il trattamento dei dati relativi alla salute in ambito sanitario", Registro dei Provvedimenti n. 55 del 7/03/2019, il Garante Privacy rileva il carattere residuale del consenso quale base di liceità del trattamento: ove il trattamento dei dati sanitari sia lecito, ai sensi dell'art. 9, par. 2, lett. h) e par. 3 Gdpr, in quanto necessario per finalità di cura (trattamenti effettuati da un professionista sanitario soggetto al segreto professionale o da altra persona soggetta all'obbligo di segretezza), il professionista sanitario "non deve più richiedere il consenso del paziente". Il Parere 3/2019 del Comitato europeo per la protezione dei dati (EDPB), adottato il 23/01/2019, "relativo alle domande e risposte sull'interazione tra il regolamento sulla sperimentazione clinica e il regolamento generale sulla protezione dei dati" individua le basi giuridiche di liceità del trattamento alternative al consenso esplicito dell'interessato: gli obblighi giuridici del titolare del trattamento (GDPR, art. 6, par. 1, lett. "c"); l'esecuzione di un compito di interesse pubblico (GDPR, art. 6, par. 1, lett. "e" e art. 9, par. 2, lett. "i" o "j") il legittimo interesse del titolare (GDPR, art. 6, par. 1, lett. "f" e art. 9, par. 2, lett. "j").

39 Cass. civ. sez. un., 27/12/2017, n. 30981, in *Foro it.* 2018, 6, 2147. I soggetti pubblici e le persone giuridiche private, anche quando agiscano rispettivamente in funzione della realizzazione di una finalità di pubblico interesse o in adempimento di un obbligo contrattuale, possono trattare dati idonei a rivelare lo stato di salute (nella specie, nella causale del bonifico richiesto in favore di un beneficiario dell'indennizzo previsto dalla l. n. 210 del 1992) soltanto mediante modalità organizzative, quali tecniche di cifratura o criptatura, che rendano non identificabile l'interessato.

più evolute nei casi di trattamento di dati personali e sensibili inerenti a soggetti vulnerabili⁴⁰.

In tal senso, la Suprema Corte evidenzia la necessità di una rigorosa tutela dei malati, quali soggetti vulnerabili: ogni dato che consenta l'identificazione, in capo a un soggetto, di una situazione di debolezza, di disagio, o che possa dar luogo a situazioni discriminatorie o lesive dei diritti del titolare del dato stesso, necessita di più incisiva protezione rispetto a qualunque altro dato che attenga alla generica riservatezza della persona, avendo il legislatore inteso apportare specifica vigilanza rispetto al dato personale che consente il disvelamento di un particolare disagio, in ragione, appunto, della strutturale ed ontologica pericolosità del disvelamento.

Il Supremo Collegio precisa che l'ostensione del dato conduce a una dolorosità e a rischi di discriminazione sociale che certamente riguardano, accanto all'ammalato, i suoi genitori e i suoi familiari e, pertanto, la condizione di disagio determinata da motivi di salute è una ragione sufficiente a giustificare una particolare protezione del dato sanitario a fronte della maturata consapevolezza sociale dell'esistenza di un peso meritevole di sostegno e di aiuto⁴¹.

2.2 Il trattamento dei dati relativi alla salute in ambito sanitario prima e dopo il D.Lgs. 101/18

Il D.Lgs. n. 101/2018, nel riordinare la normativa nazionale privacy in modo conforme al Reg. UE 2016/679, ha introdotto rilevanti novità relative al trattamento dei dati genetici, biometrici e inerenti alla salute⁴².

40 L'orientamento del Garante Privacy è molto rigoroso in merito a fattispecie di spettacolarizzazione del dolore che possano acuire il dolore dei familiari e delle vittime di tragedie come quella della caduta della funivia del Mattarone; il Garante invitava i media e gli utenti dei social network ad astenersi dall'ulteriore diffusione di immagini che non integravano l'informazione dell'opinione pubblica quanto alla ricostruzione della dinamica del terribile incidente, già ampiamente trattata dai media, invocando il principio dell'essenzialità dell'informazione a tutela della dignità delle persone.

41 Cass. civ., sez. III, 26/06/2018, n. 16816 in F. Modafferi, *Privacy: Noi siamo i nostri dati – Il GDPR e i temi della giurisprudenza 2017-2023* – Roma 2023, 256-259.

42 Il Reg. UE n. 2016/679, oltre a determinare gli effetti connessi alla sua diretta applicazione, sanciva l'obbligo di adeguare le legislazioni nazionali alla nuova disciplina europea e tale attività di adeguamento è stata garantita dal già citato D.Lgs. n. 101/2018 che ha adeguato la normativa nazionale alla disciplina dettata nel Regolamento UE 2016/679, abrogando, nella Parte I, i Titoli dal II al VII e lasciando in vigore il solo Titolo I, modificato nella rubrica, oggi denominata "*principi e disposi-*

Considerato che, ai sensi dell'art. 22, comma 4, del citato D.Lgs., i provvedimenti del Garante per la protezione dei dati personali continuano ad applicarsi, ove siano compatibili con il Reg. UE 2016/679 e con le disposizioni dello stesso Decreto, in ambito sanitario sono ritenuti ancora applicabili i seguenti Provvedimenti: Strutture sanitarie: rispetto della dignità – 9/11/2005; Linee guida in tema di referti on line; Linee Guida per i trattamenti di dati personali nell'ambito delle sperimentazioni cliniche di medicinali⁴³; Provvedimento generale rivolto alle aziende sanitarie sulle modalità di consegna dei presidi sanitari al domicilio dell'interessato – 21/11/2013⁴⁴; Prescrizioni concernenti la raccolta d'informazioni sullo stato di sieropositività dei pazienti da parte degli esercenti le professioni sanitarie – 12/11/2009⁴⁵; Prescrizioni in tema di Fascicolo sanitario elettronico (Fse) – 16/07/2009 integrate da Linee guida in materia di Dossier sanitario; Trattamento di dati sensibili per l'accesso di medici in zone a traffico limitato – 14/06/2007⁴⁶; Informativa: indicazioni per medici di base e pediatri – 19/07/2006⁴⁷; Linee guida in materia di trattamento di dati personali per finalità di pubblicazione e diffusione nei siti web esclusivamente dedicati alla salute.

In attuazione di quanto previsto dall'art. 9, par. 4 GDPR ("Gli Stati membri possono mantenere o introdurre ulteriori condizioni, comprese limitazioni,

zioni generali". I principali interventi del legislatore nazionale sono illustrati, all'esito di una riflessione critica sulla tecnica di novellazione del previgente codice della privacy, in V. Cuffaro, *Quel che resta di un codice: il D.Lgs. 10 agosto 2018, n. 101 detta le disposizioni di adeguamento del codice della privacy al regolamento sulla protezione dei dati*, in *Corr. giur.*, 10/2018, pp. 1181 e 1185. La dottrina distingue, in base alla natura, allo scopo ed al grado di vincolatività della normativa regolamentare, tra "regolazione statale interstiziale" (relativa ai casi in cui il Regolamento "consente" agli Stati membri l'intervento del legislatore nazionale, introducendo disposizioni specifiche che individuino requisiti ulteriori o ne consentano la più adeguata attuazione del Regolamento; si tratta di una normativa statale "eventuale": artt. 6, par. 2, 8, par. 1, 9, par. 4), "norme integrative" del Regolamento (disposizioni che espressamente rimettono agli Stati il potere di regolare aspetti non disciplinati dal Regolamento: Considerando 150 e 152 ed artt. 83 e 84), "regolazione derogatoria di diritto statale o di diritto europeo" (disposizioni che rimettono agli Stati, o alla Commissione, il potere di adottare deroghe o eccezioni ai principi di tutela contenuti nel Regolamento: artt. 22 e 23) e "regolazione statale di attuazione" (norme regolamentari di rinvio a regole statali necessarie per consentirne l'attuazione: art. 51); (F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*. Dalla Direttiva CE/95/46 al Regolamento europeo 2016/679, II, 20 ss.).

43 G.U. n. 190 del 14 agosto 2008.

44 G.U. n. 303 del 28 dicembre 2013.

45 G.U. n. 289 del 12 dicembre 2009.

46 G.U. 13 luglio 2007, n. 161.

47 G.U. n. 183 del 8 agosto 2006.

con riguardo al trattamento di dati genetici, dati biometrici o dati relativi alla salute”); l’art. 2-septies D.Lgs. 101/18 prevede che i dati genetici, biometrici e relativi alla salute possono essere oggetto di trattamento “in conformità alle misure di garanzia disposte dal Garante” con provvedimento da adottarsi con cadenza almeno biennale, tenendo conto, tra l’altro, delle linee guida, delle raccomandazioni e delle migliori prassi in materia di trattamento dei dati personali e dell’evoluzione scientifica e tecnologica nel settore oggetto delle misure; in particolare, dette misure di garanzia devono individuare le misure di sicurezza, comprese quelle tecniche di cifratura e di pseudonimizzazione, misure di minimizzazione, specifiche modalità per l’accesso selettivo ai dati e per rendere l’informazioni agli interessati, nonché eventuali altre misure necessarie a garantire i diritti degli interessati; ai sensi del comma 8 di tale articolo, i dati genetici, biometrici e relativi alla salute non possono essere diffusi.

2.3 Il rispetto della dignità e della riservatezza dei malati quali soggetti vulnerabili: la “distanza di cortesia” e la consegna di presidi sanitari al domicilio del destinatario

La persona che soffre e che vive un momento della vita di straordinaria fragilità, non dovrebbe trovarsi (non sarebbe né etico né civile) nella condizione di dover scegliere tra il diritto alla salute e quello alla privacy; dovrebbe poter contare, invece, sulla riservatezza e l’intimità di una richiesta, di un gesto o di un acquisto⁴⁸.

Spinta dall’esigenza di perseguire questo obiettivo di civiltà giuridica, l’Autorità garante prescriveva, per tutte le strutture sanitarie, nel 2005, l’obbligo di implementare la “distanza di cortesia”, la linea gialla che segnala (o dovrebbe segnalare) la distanza da rispettare nelle strutture sanitarie, negli ospedali e nelle farmacie per garantire uno spazio minimo di privacy alla persona che prenota una visita medica, ritira il risultato di un esame clinico o acquista un farmaco⁴⁹.

In tal senso, il Provvedimento del 9 novembre 2005, “Strutture sanitarie: rispetto della dignità”, rileva la necessità di prestare attenzione allo spazio di cortesia (ad es. al momento dell’accettazione), invitando gli utenti a sostare dietro la linea tracciata sul pavimento (ove presente) ovvero dietro le barriere delimitanti lo spazio di riservatezza.

L’Autorità intende richiamare l’attenzione di tali strutture al rispetto della disciplina in materia di trattamento dei dati personali e, con riguardo alle

48 E. Meligrana – G.Scorza, *La Privacy degli Ultimi* – Rubettino 2022.

49 Garante privacy 9/11/2005, “Strutture sanitarie: rispetto della dignità”.

prestazioni sanitarie, all'osservanza del segreto professionale ed al rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali degli interessati.

La vera finalità sottesa al provvedimento del Garante consiste nell'assicurare all'interessato il diritto di scegliere quali informazioni personali rendere pubbliche e quali mantenere private, garantendogli il diritto di accedere ai servizi sanitari, offerti dalle strutture sanitarie, pubbliche e private, senza dover subire pregiudizi alla propria libertà e, dunque, alla propria dignità.

Il Garante intende fornire risposte concrete alle esigenze, fortemente avvertite dagli utenti del sistema sanità, di evitare che il privato di un paziente o di un suo familiare potesse confondersi con il pubblico, al momento dell'acquisto di un farmaco o di un test di gravidanza o del ritiro di un esame per conoscere il sesso di un bambino, scongiurando il rischio di un'umiliante rinuncia all'acquisto di un farmaco necessario per la sua salute, alla prenotazione di un accertamento che si era deciso di fare o al ritiro di un referto.

Il Provvedimento si rivolge alle strutture sanitarie, pubbliche e private, e ad altri servizi e strutture pubbliche che operano nell'ambito sanitario (ospedali, case di cura, farmacie, laboratori di analisi) o che hanno competenza in materia di prevenzione e sicurezza del lavoro (osservatori epidemiologici regionali, servizi di prevenzione e sicurezza sul lavoro) obbligandole a rispettare le seguenti, numerose prescrizioni volte a tutelare la dignità dei pazienti e, in generale, dei loro utenti:

adottare idonee cautele per evitare che siano resi facilmente visibili a terzi non legittimati i documenti riepilogativi di condizioni cliniche dell'interessato (es. cartelle infermieristiche poste in prossimità del letto di degenza); inserire sul frontespizio dei documenti contenenti dati sanitari informazioni che non permettano a persone diverse dai pazienti di percepire l'identità dei soggetti interessati dal trattamento; evitare l'affissione di liste di pazienti nei locali destinati all'attesa o comunque aperti al pubblico, con o senza la descrizione del tipo di patologia sofferta o di intervento effettuato o ancora da erogare (ad es. liste di degenti che devono subire un intervento operatorio); nel corso delle visite e/o delle prestazioni mediche svolte in presenza di studenti autorizzati, adottare cautele specifiche volte a limitare il disagio dei pazienti, anche in relazione al grado di invasività del trattamento (circoscrivendo il numero degli studenti presenti e rispettando eventuali legittime volontà contrarie del paziente); indicare, ove le aziende ospedaliero-universitarie intendessero avvalersi di studenti autorizzati, nell'informativa da fornire al paziente, che, in occasione di alcune prestazioni sanitarie, si perseguono anche finalità didattiche, oltre che di cura e prevenzione (Garante Relazione 2017, 63).

Il Provvedimento del 2005 prevede, inoltre, specifiche misure organizzative con riferimento ai colloqui che avvengono in sala d'attesa o in contesti aperti al pubblico: i sanitari autorizzati, specie in occasione di prescrizioni o di certificazioni mediche e nei casi di raccolta della documentazione di anamnesi, devono evitare che le informazioni sulla salute dell'interessato possano essere conosciute da terzi che si trovino in prossimità; durante la conversazione con il paziente o i suoi familiari non devono essere presenti persone non autorizzate a conoscere i dati eventualmente comunicati; ove sia necessario trattare verbalmente dati personali, soprattutto se di natura particolare, in situazioni di promiscuità con terzi estranei al trattamento stesso, adottare tutte le possibili cautele per evitare l'indebito ascolto della conversazione (usando toni di voce adeguati o evitando di ripetere a voce alta dati identificativi o relativi alla salute del paziente/interessato); mantenere il segreto professionale e l'assoluta riservatezza rispetto a tutte le informazioni apprese durante lo svolgimento dei compiti assegnati e, in particolare, non comunicare dati personali relativi allo stato di salute dei pazienti alle autorità di pubblica sicurezza che presidiano i locali (ad es., pronto soccorso) al di fuori degli obblighi informativi previsti dalla legge (tra cui l'obbligo di referto e di rapporto); chiamare i pazienti in attesa di una prestazione nonché i loro accompagnatori non per nome e cognome ma con un codice alfanumerico a loro assegnato al momento dell'accettazione e/o prenotazione; evitare o limitare ogni associazione tra una persona e una patologia o tra il cognome di una persona e il nome di un medico specialista.

Il Provvedimento prevede, inoltre, che l'organismo sanitario possa dare notizia, anche per telefono, del passaggio o della presenza di un paziente al pronto soccorso, ma solo ai soggetti terzi legittimati (chi esercita legalmente la rappresentanza ovvero a un prossimo congiunto, a un familiare, a un convivente o unito civilmente ovvero a un fiduciario) e che il personale incaricato deve accertare l'identità dei terzi legittimati a ricevere la predetta notizia o conferma della prestazione di pronto soccorso, avvalendosi anche di elementi desunti dall'interessato; tuttavia, questo genere di informazioni riguarda solo la circostanza che è in atto o si è svolta una prestazione di pronto soccorso e non può riguardare informazioni più dettagliate sullo stato di salute del paziente.

Inoltre, l'interessato, se cosciente e capace, deve essere preventivamente informato dall'organismo sanitario (es. in fase di accettazione) per poter decidere a quali soggetti debba essere comunicata la sua presenza al pronto soccorso.

Possono essere fornite informazioni sullo stato di salute a soggetti diversi dall'interessato quando sia stato manifestato un consenso specifico e distinto al riguardo e tale consenso può essere anche manifestato da parte di un altro soggetto legittimato, in caso di impossibilità fisica, incapacità di agire o incapacità di intendere o di volere dell'interessato.

In ogni caso, la struttura sanitaria deve assicurarsi che la comunicazione di dati idonei a rivelare lo stato di salute sia sempre effettuata da personale medico o sanitario incaricato e la necessità di rispettare queste modalità dev'essere menzionata nelle istruzioni impartite agli autorizzati al trattamento.

Il titolare deve accertarsi che l'invio di comunicazioni o di documentazione sanitaria al domicilio del paziente sia sempre preceduto dall'autorizzazione dell'interessato e sia sempre contenuto in una busta sigillata evitando di riportare sulla stessa riferimenti a servizi/strutture specifici che possano in qualche modo essere idonei a rivelare lo stato di salute dell'interessato o creare una forma di associazione con qualsivoglia patologia.

Il personale sanitario deve consegnare i documenti cartacei contenenti i referti diagnostici, i risultati delle analisi effettuate e i certificati rilasciati direttamente al paziente interessato o anche a persone diverse (familiare, caregiver, previa verifica dell'identità del soggetto delegato tramite l'esibizione del documento di riconoscimento e annotazione degli estremi dello stesso) e solo sulla base di una delega scritta.

Il Garante prescrive anche l'obbligo di adottare idonee cautele per evitare che siano resi facilmente visibili a terzi non legittimati i documenti riepilogativi di condizioni cliniche dell'interessato (ad es. cartelle infermieristiche poste in prossimità del letto di degenza) e vieta l'affissione di liste di pazienti nei locali destinati all'attesa o comunque aperti al pubblico, con o senza la descrizione del tipo di patologia sofferta o di intervento effettuato o ancora da erogare (ad es. liste di degenti che devono subire un intervento operatorio).

La *ratio* stessa del Provvedimento del Garante e tutte le singole prescrizioni sono funzionali a garantire la dignità e la riservatezza delle persone vulnerabili.

Nondimeno, alcune di esse sono più specificamente orientate alla tutela dei pazienti che versano in condizioni di eccezionale fragilità.

È rivolta alle fasce deboli (disabili, fisici e psichici, minori, anziani e soggetti che versano in condizioni di disagio o bisogno), la raccomandazione di eseguire le prestazioni sanitarie, anche ove avvengano in situazioni di promiscuità (ad es. nei pronto soccorso o nelle camere di degenza con più posti letto) – intesa come compresenza nei medesimi locali di più pazienti, anche appartenenti a diverso sesso e determinata dall'organizzazione degli

spazi dei locali (ad es. sale visita) e/o dalle modalità utilizzate – nel rispetto della dignità e della riservatezza dei pazienti.

In ragione della particolare vulnerabilità di alcuni malati, l'Autorità impone di rispettare la dignità dei pazienti sottoposti a trattamenti medici invasivi o nei cui confronti è comunque doverosa una particolare attenzione anche per effetto di specifici obblighi di legge o di regolamento o della normativa comunitaria (pazienti sieropositivi o affetti da infezione HIV, utenti che si rivolgono alla struttura per interventi volti all'interruzione della gravidanza, persone offese da atti di violenza sessuale), adottando ogni misura possibile, in base alle concrete circostanze.

Sempre in considerazione della peculiare fragilità dei pazienti, viene prescritto di adottare, nei reparti di rianimazione dove si possono visitare i degenti solo attraverso vetrate o videoterminali, accorgimenti, anche provvisori (ad es. mediante paraventi) che delimitino la visibilità dell'interessato durante l'orario di visita ai soli familiari e conoscenti.

Inoltre, l'obbligo di chiamare i pazienti in attesa di una prestazione sanitaria nonché i loro accompagnatori (non per nome e cognome ma) con un codice alfanumerico a loro assegnato al momento dell'accettazione o della prenotazione è ritenuto derogabile nel caso in cui la prestazione (specie se di pronto soccorso) possa essere pregiudicata in termini di tempestività o efficacia dalla chiamata non nominativa dell'interessato, in considerazione delle particolari caratteristiche del paziente legate ad uno stato di disabilità; in tali casi, ove possibile, vengono utilizzati, in alternativa, altri accorgimenti adeguati ed equivalenti come il contatto diretto con il paziente e/o il suo accompagnatore.

Può ritenersi destinato alla tutela dei dati personali riconducibili alle condizioni di particolare vulnerabilità dei pazienti, il Provvedimento generale del Garante Privacy rivolto alle aziende sanitarie sulle “modalità di consegna dei presidi sanitari al domicilio dell'interessato”⁵⁰.

Il citato Provvedimento individua e descrive le cautele da seguire per la consegna di presidi sanitari e alimenti al domicilio del paziente nell'ambito dei servizi di assistenza integrativa e protesica⁵¹:

50 Deliberazione del 21/11/2013, n. 303, in GU del 21/11/2013, n. 520.

51 I servizi di assistenza integrativa consistono nella fornitura di alimenti dietetici a categorie particolari di pazienti e di presidi sanitari ai soggetti affetti da diabete mellito mentre, i servizi di assistenza integrativa protesica consistono nella diretta fornitura di protesi, presi ed ausili a favore di disabili fisici, psichici e sensoriali. A seguito di copiose segnalazioni ... gli interessati rilevavano di aver ricevuto in consegna presidi sanitari in pacchi tarsi trasparenti o che riportavano esternamente o sulla bolla di consegna l'indicazione della tipologia del contenuto, ovvero lamentavano

consegnare i presidi sanitari nel luogo individuato dal paziente rispettando gli orari da lui prescelti tra quelli indicati dal titolare o dal responsabile del trattamento e preferibilmente nelle mani dell'interessato; non lasciare incustodito il presidio nelle vicinanze del luogo indicato dall'interessato; laddove le dimensioni e la natura lo consentano, imballare il presidio in un contenitore non trasparente che non deve contenere nella parte esterna l'indicazione del contenuto; non consegnare a terzi il presidio (ad es. vicino di casa, parente, portiere) se non su espressa indicazione dell'interessato e nel caso in cui l'interessato o il terzo delegato da questo non siano presenti al momento della consegna, lasciare esclusivamente un avviso che non contenga l'indicazione della tipologia del presidio; il personale deputato alla consegna non deve indossare divise recanti scritte da cui si possa evincere la tipologia dei presidi di consegna né utilizzare automezzi recanti tali scritte⁵².

Dunque, la struttura sanitaria dovrà effettuare una concreta valutazione del "rango" del diritto che il terzo richiedente l'accesso alla documentazione sanitaria intende far valere sulla base della documentazione sanitaria stessa (il pari rango rispetto al diritto alla privacy dell'interessato sussiste solo se fa parte della categoria dei diritti della personalità o è compreso tra i diritti o libertà fondamentali (Provvedimento generale del Garante sui diritti di pari rango del 9/07/2003) ed operando un'accurata valutazione in termini di minimizzazione (art. 5, comma 1, Gdpr).

Se la documentazione sanitaria richiesta contiene il certificato di assistenza al parto, comprensivo dei dati personali che rendono identificabile la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata (avvalendosi della facoltà di cui all'art. 30, comma 1, DPR 3/11/2000, n. 396) la struttura dovrà osservare le opportune cautele per evitare che quest'ultima sia identificabile, salvo che siano decorsi 100 anni dalla formulazione del documento (art. 93 Codice Privacy; GDPB, Relazione 2017, p. 59).

che detti presidi venivano consegnati al vicino di casa o al portiere dello stabile, senza aver autorizzato la struttura sanitaria in tal senso. In alcuni casi, addirittura, i presidi erano stati lasciati davanti alla porta d'ingresso dell'abitazione dell'interessato.

- 52 Il Garante Privacy, in merito ad una segnalazione di un paziente che lamentava la presenza, sui pacchi contenenti presidi sanitari, di loghi e diciture che rendevano facilmente comprensibile che gli stessi contenessero prodotti per la gestione dell'incontinenza, ha accertato che l'insieme delle informazioni presenti sulla parte esterna dei pacchi destinati all'interessato (ad es. marchio del prodotto e taglia) era idoneo a rivelarne il contenuto, anche in ragione del fatto che il marchio utilizzato era comunemente collegato a una serie di prodotti dedicati alla gestione dell'incontinenza maschile e femminile (nota 10/08/2016, provv. 21/11/2013 n. 520 *Relazione annuale Garante 2016*).

2.4 Vulnerabilità e trattamento dei dati personali relativi alla salute nell'ambito della sanità digitale

2.4.1 La speciale vulnerabilità dei dati sanitari trattati attraverso modalità elettroniche

La giurisprudenza individua nel trattamento telematico dei dati sanitari un ulteriore livello di “vulnerabilità” rispetto al trattamento dei dati effettuato in forma analogica: il diritto alla riservatezza (o all'intimità della sfera privata dell'individuo) appare, ben più di altri aspetti di tutela della personalità, strettamente collegato alle profonde trasformazioni operate dalla società industriale e post-industriale: accresciuto contatto e ad un tempo maggiore estraneità tra gli individui, più ampio dinamismo e circolazione dei soggetti, che possono inserirsi in ambienti e situazioni tra loro del tutto indipendenti, talora rivestendo ruoli differenziati e mostrando così profili diversi della propria personalità⁵³.

Nondimeno – affermano i giudici di legittimità – “è soprattutto l'incessante progresso tecnologico, con il perfezionamento (e la pericolosità) dei mezzi di comunicazione di massa e degli strumenti di raccolta di dati e notizie che, attraverso inedite, per il passato del tutto impensabili, e talora gravissime, aggressioni agli aspetti più intimi della personalità, richiede necessariamente l'individuazione di più adeguate ed efficaci difese”⁵⁴.

Seguendo questa prospettiva, la Suprema Corte afferma che il trattamento telematico di dati sanitari, consistente nella raccolta di schede o di cartelle cliniche per ogni paziente, accessibile a diversi soggetti e consultabile *on line*, è connotato da pericolosità intrinseca per i diritti e le libertà degli interessati⁵⁵ e necessita, in via preventiva, di adeguate misure di sicurezza, a differenza dei trattamenti sui dati sanitari effet-

53 Cass. civ. sez. I, 19/05/2014 n. 10947

54 Cass. civ., sez. I, 13/05/2015 n. 9785.

55 Cass. civ., sez. II, 29/07/2016, n. 15908, in *Giust.civ.mass.* 2016, rv 640576: in tema di sanzioni amministrative, la struttura pubblica o privata che effettui il trattamento di dati idonei a rivelare lo stato di salute dei pazienti nella prestazione di servizi sanitari relativi a una banca dati in rete telematica deve darne notifica al Garante per la protezione dei dati personali, agli effetti dell'art. 37, comma 1, lett. b, del D.lgs. n. 196 del 2003, obbligo che non sussiste quando il trattamento sia effettuato manualmente tramite archivi cartacei o nell'ambito di servizi di assistenza telefonica o comunque mediante banche dati non collegate a reti telematiche.

tuati manualmente, mediante archivi cartacei, per i quali non è previsto tale onere⁵⁶.

In particolare, la profilazione dei dati sanitari, funzionale, in molti casi, ad interessi soltanto economici, può condizionare le persone nelle loro scelte economiche, politiche e sociali e simili trattamenti, possono determinare discriminazioni nella sfera economica e personale degli interessati (la raccolta di informazioni sulle prestazioni sanitarie fornite all'assistito consente di individuare un preciso profilo sanitario dello stesso, determinando, al contempo, lo sviluppo del sistema sanitario che può, tuttavia, realizzarsi soltanto nel rispetto delle libertà fondamentali della persona).

Analogamente, può ritenersi “vulnerabile” l'interessato i cui dati sanitari siano oggetto di operazioni di trattamento impicanti il loro accostamento, comparazione, esame, analisi, congiunzione, rapporto od incrocio, dai quali possono derivare ulteriori informazioni e, quindi, un “valore aggiunto informativo”, non estraibile dai dati isolatamente considerati, potenzialmente lesivo della dignità dell'interessato⁵⁷.

Rientrano in questo ambito tutti i trattamenti dei dati sanitari effettuati con modalità elettroniche: il Dossier sanitario⁵⁸ ed il FSE (Fascicolo Sanitario Elettronico)⁵⁹ – contenendo plurime informazioni inerenti allo stato di salute di un individuo relative ad eventi clinici presenti e trascorsi (referti, documentazione relativa a ricoveri, accessi al pronto soccorso), volte a documentarne la storia clinica – collegano i dati personali tra

56 Cass. civ. n. 8105/2016. Le esigenze di tutela dei dati sensibili relativi alla salute delle persone si avvertono anche nell'ambito delle crisi coniugali e nonostante la rilevanza del diritto di difesa: “non sussiste il diritto di accesso alla cartella clinica del proprio coniuge, attenendo questa a dati sensibilissimi della persona, qualora abbia solo una finalità esplorativa e non sia evidenziato come la documentazione richiesta possa rilevare nell'ambito della domanda di nullità del matrimonio proposta sia in sede civile che ecclesiastica; (TAR Puglia, Sez. II, sent. 10 – 22 maggio 2013 n. 785 in *Guida dir.* 2013, 25, 80 ss., con nota di A. Corrado, *Via libera solo se la documentazione è essenziale ai fini dei giudizi pendenti civili ed ecclesiastici*, ivi, 83 ss.).

57 Cass. civ., sez. I, n. 11864/2004.

58 Il Dossier sanitario è costituito presso un organismo sanitario in qualità di unico titolare del trattamento (es., ospedale o clinica privata) al cui interno operino più professionisti.

59 Il Fascicolo Sanitario Elettronico è formato con riferimento ai dati sanitari originati da diversi titolari del trattamento operanti più frequentemente in un medesimo ambito territoriale.

loro con modalità informatiche di vario tipo⁶⁰; il referto *on-line*, la relazione scritta rilasciata dal medico sullo stato clinico del paziente dopo un esame clinico o strumentale, trasmesso telematicamente, comporta rischi notevoli in termini di violazione dei diritti fondamentali in caso di omessa adozione di idonee misure di sicurezza⁶¹; l'implementazione di siti *web* appositamente dedicati ai fini di divulgazione e scambio di dati sanitari, tra professionisti sanitari e tra semplici utenti della rete, può determinare, in caso di utilizzo improprio, pregiudizi alle libertà ed ai diritti fondamentali delle persone⁶²; la "sanità mobile", c.d. "*mHealth*", la "pratica della medicina e della sanità pubblica supportata da dispositivi mobili (telefoni cellulari, dispositivi per il monitoraggio dei pazienti, computer palmari, applicazioni destinate a migliorare la qualità della vita e il benessere delle persone), implicando la connessione a dispositivi medici o sensori (ad esempio, braccialetti o orologi), permette di raccogliere un volume considerevole di dati medici, fisiologici, ambientali, sullo stile di vita e sulle attività quotidiane⁶³.

- 60 *Le Linee Guida del Garante in tema di fascicolo sanitario elettronico (Fse) e di Dossier sanitario* del 16 luglio 2009 definiscono le condizioni e le modalità di accesso ai dati personali contenuti nel Fascicolo sanitario elettronico e nel dossier sanitario ed elencano i diritti dell'interessato sui propri dati personali.
- 61 *Linee Guida del Garante del 19 novembre 2009* in G.U. n. 162 del 15/07/2009.
- 62 *Linee Guida del Garante Privacy del 25 gennaio 2012 relative a tutti i soggetti che gestiscono siti web che svolgono un'attività divulgativa e conoscitiva delle informazioni relative alla salute*. La Suprema Corte ritiene illecita la pubblicazione, su di un sito internet liberamente accessibile, di un provvedimento giurisdizionale che indichi lo stato di salute del ricorrente e le sue invalidità, trattandosi di dati la cui tutela è posta a protezione del diritto alla riservatezza della sfera privata dell'individuo; (Cass. civ. sez. I, 20/05/2016, n. 10510).
- 63 Con riferimento ai trattamenti in ambito sanitario che richiedono il consenso esplicito dell'interessato (art. 9, par. 2, lett. a) del Regolamento), il Garante privacy ha individuato, come già precisato, a titolo esemplificativo, i trattamenti connessi all'utilizzo di App mediche, attraverso le quali autonomi titolari raccolgono dati, anche sanitari dell'interessato, per finalità diverse dalla telemedicina oppure quando, indipendentemente dalla finalità dell'applicazione, ai dati dell'interessato possano avere accesso soggetti diversi dai professionisti sanitari o altri soggetti tenuti al segreto professionale; (Garante per la protezione dei dati personali: Provv. n. 55 del 7/03/2019, cit.). Con riferimento alle sperimentazioni cliniche, il Garante per la protezione dei dati personali ha chiarito da tempo che gli studi condotti su essere umani nell'ambito della sperimentazione clinica comportano rilevanti rischi per la salute e per la privacy considerato che la quantità e tipologia di informazioni fornite dal promotore (società farmaceutica, committente o sponsor), le modalità di trattamento e le diverse categorie di soggetti che possono accedere ai dati della sperimentazione comportando la

Se la documentazione sanitaria viene fornita in formato elettronico, dovranno essere rispettate le misure di sicurezza previste dal Garante per la refertazione on-line⁶⁴: protocolli di comunicazione sicuri, https SSL; sistemi di autenticazione attraverso ordinarie credenziali o, preferibilmente, tramite procedure di strong authentication; accorgimenti per cancellare in modo complessivo o selettivo le informazioni; misure tecniche idonee ad evitare la possibile acquisizione delle informazioni contenute nel file elettronico nel caso della sua memorizzazione in sistemi caching, locali o centralizzati, a seguito della consultazione online; ogni altra misura tecnica ed organizzativa adeguata ai rischi che si renda necessario adottare (artt. 5, 25, 32 Gdpr).

2.4.2 La sanità digitale: Referti on-line, Fascicolo Sanitario Elettronico e Dossier Sanitario Elettronico

Attraverso la regolamentazione della “refertazione on-line” sono stati effettuati i primi trattamenti di dati personali su scala nazionale⁶⁵.

Rispetto al referto medico, che è la relazione scritta rilasciata dal medico sullo stato clinico del paziente dopo un esame clinico o strumentale, il referto digitale è la rappresentazione informatica del referto medico sottoscritta con firma elettronica qualificata o con firma digitale (art. 2 DPCM 8/08/2013).

Le modalità di consegna digitali del referto sono varie (supporto elettronico; attraverso il FSE; posta elettronica, ordinaria o certificata; sito web);

possibilità di identificare gli interessati, sia pure indirettamente mediante il riferimento ad altre informazioni detenute dal promotore medesimo o qualsiasi altra informazione detenuta da terzi. Peraltro, mediante l'attività di monitoraggio i promotori possono avvalersi anche di personale esterno all'azienda (clinical monitor) che viene a conoscenza diretta di dati personali relativi alla salute e che hanno accesso, sotto il controllo dei medici, alla documentazione sanitaria in originale. Ne deriva, secondo il Garante privacy italiano, che il trattamento dei dati nell'ambito delle sperimentazioni cliniche costituisce trattamento di categorie particolari di dati relativi alla salute ed alla vita sessuale; in base a tali rilievi, il Garante privacy ha individuato idonei accorgimenti e misure di garanzia in ragione della “particolare delicatezza” dei dati trattati nella sperimentazione clinica; accorgimenti tecnici volti ad incrementare il livello di sicurezza dei dati; Garante per la Protezione dei dati personali, *Sperimentazioni cliniche: linee guida per i trattamenti di dati personali nell'ambito delle sperimentazioni cliniche di medicinali*, 24 luglio 2008. Registro delle deliberazioni, Del. n. 52 del 24/07/2008.

64 Garante, *Linee Guida in tema di referti on-line* – 25/06/2009 n. 21 del 2009.

65 Linee Guida Garante 19/11/2009; art. 6 DL n. 70/2011; DPCM 8/08/2013; FAQ del Garante aggiornate ad ottobre 2020.

il consenso alla refertazione digitale dev'essere esplicito, libero, specifico, informato e sempre revocabile, anche per singoli esami; l'accesso alla prestazione medica dev'essere sempre garantito in caso di mancato consenso; l'informativa all'assistito, ai sensi degli artt. 13 e 14 GDPR, deve contenere una descrizione chiara e comprensibile delle caratteristiche del servizio di refertazione online.

In considerazione della particolare sensibilità dei dati personali trattati mediante la refertazione on-line (dati relativi alla salute di soggetti vulnerabili trattati attraverso modalità informatiche) sono previste come obbligatorie plurime misure di sicurezza: idonei sistemi di identificazione (*strong authentication*); protocolli di comunicazione sicuri (crittografia); limite temporale di disponibilità (45 gg); possibilità di oscuramento durante i 45 gg.; consegna tramite posta elettronica da effettuarsi tramite allegato e con *password* per l'apertura file consegnata separatamente; convalida indirizzi e-mail; cifratura; consegna separata delle credenziali.

Analoghe misure di garanzia sono previste per le modalità di consegna tramite posta elettronica certificata o tramite supporto elettronico (USB, CD, DVD); inoltre, la consegna del referto online tramite FSE presuppone l'adozione di idonei sistemi di identificazione e l'utilizzo di protocolli di comunicazione sicuri (crittografia), quella tramite e-mail implica la predisposizione di ulteriori accorgimenti⁶⁶.

Orbene, le misure tecniche stabilite in ragione della sensibilità dei dati personali trattati, riconducibili alla condizione di vulnerabilità degli interessati, possono essere così elencate: accorgimenti per i rischi di accesso abusivo, furto o smarrimento parziali o integrali dei supporti di

66 La spedizione a mezzo e-mail del referto dev'essere effettuata in forma di allegato a un messaggio email e non come testo compreso nella body part del messaggio. Il file contenente il referto dovrà essere protetto con modalità idonee ad impedire l'illecita o fortuita acquisizione delle informazioni trasmesse da parte di soggetti diversi da quello a cui sono destinati, attraverso una password per l'apertura del file o una chiave crittografica rese note ai pazienti interessati tramite canali di comunicazione differenti da quelli utilizzati per la spedizione dei referti (ad es. via sms). Tale cautela può non essere osservata qualora l'interessato ne sia consapevole e ne faccia espressa richiesta. Il paziente, inoltre, deve essere preavvertito sui rischi per la sicurezza delle informazioni che tale rinuncia implica. Le strutture sanitarie devono attuare procedure di convalida degli indirizzi email mediante apposite misure di verifica in modo da evitare violazioni dei dati (data breach) mediante la spedizione di documenti elettronici verso soggetti diversi dall'utente richiedente il servizio nonché adottare ogni altra misura tecnica ed organizzativa adeguata ai rischi che si renda necessario adottare (artt. 5, 25, 32 Gdpr).

memorizzazione o dei sistemi di elaborazione; idonei sistemi di autenticazione e di autorizzazione in funzione dei ruoli e delle esigenze di accesso e trattamento; separazione fisica o logica dei dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale; procedure di blocco nel caso in cui l'assistito denunci il furto o lo smarrimento delle credenziali.

Analogamente, in ragione della vulnerabilità degli interessati, il risultato di accertamenti diagnostici per infezione HIV deve essere rilasciato esclusivamente, in busta chiusa e sigillata, alla persona che lo ha effettuato (art. 5, commi 1 e 4, l. 135/90, che prevede l'obbligo per "gli operatori sanitari che, nell'esercizio della loro professione, vengano a conoscenza di un caso AIDS, ovvero di una caso HIV" di "adottare tutte le misure occorrenti per la tutela della riservatezza" e di comunicare i risultati degli accertamenti diagnostici, diretti o indiretti, "esclusivamente alla persona cui tali esami sono riferiti").

Il Fascicolo Sanitario Elettronico (FSE) è l'insieme dei dati e documenti digitali di tipo sanitario e socio-sanitario generati da eventi clinici presenti e trascorsi, riguardanti l'assistito, riferiti anche alle prestazioni erogate al di fuori del Servizio sanitario nazionale.

Considerato che il FSE è uno strumento per migliorare i processi di cura e di analisi dei dati sanitari, il legislatore ne ha previsto l'istituzione in una norma di legge, demandando a decreti interministeriali la disciplina di attuazione (art. 12, d.l. n 179/2012)⁶⁷.

Il Garante ha fornito due pareri negativi il 22/08/2022 sugli schemi di Decreto FSE e EDS e ha poi rilasciato un parere positivo, in data 8/06/2023, sul nuovo schema di Decreto FSE. Le Linee Guida FSE 2.0 hanno potenziato il FSE.

La disciplina del FSE riserva particolare attenzione all'accesso ed ai consensi dell'assistito, alla registrazione delle operazioni, all'atto di informativa, ai dati soggetti a maggior tutela, ai diritti dell'interessato e, dunque, all'oscuramento e alle misure di sicurezza.

Detta disciplina impone il rispetto dei principi di liceità, correttezza e trasparenza, limitazione delle finalità e conservazione, minimizzazione, esattezza, integrità e riservatezza: la consultazione del FSE può avvenire soltanto attraverso il tracciamento degli accessi e per le finalità di diagnosi, cura e riabilitazione, prevenzione e profilassi inter-

67 Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 29 settembre 2015 n.178; D.p.c.m. II 178 del 2015; d.l n 4 del 2022 che ha esteso infatti le finalità del FSE oltre quelle di cura e di governo-sanitarie individuando anche quelle di prevenzione e profilassi internazionale; D.M. 7/09/2023 FSE 2.0; Linee Guida Garante 16/07/2009; D.l. 179/2012, D.L. 34/2020; DPCM 178/2015; D.L. 4/2022.

nazionale; la prestazione sanitaria è sempre garantita; occorre il consenso espresso dell'assistito alla consultazione; il consenso dev'essere espresso disgiuntamente per ciascuna finalità e, in ogni caso, l'interessato non deve subire pregiudizio quanto alla prestazione sanitaria alla quale ha diritto; è necessario implementare un sistema di autenticazione e di identificazione informatica in ordine al trattamento per finalità di prevenzione e di profilassi internazionale; ove l'interessato abbia chiesto l'oscuramento, i relativi dati personali non possono essere visibili; possono essere autorizzati al trattamento dei dati personali soltanto persone soggette alle regole del segreto professionale.

In un'ottica di *privacy by design* è strettamente necessario che siano individuate modalità tecniche di autenticazione al FSE che rispecchino le casistiche di accesso a tale strumento proprie dei percorsi di cura; ciò presuppone un monitoraggio delle ipotesi in cui il personale sanitario può avere necessità di consultare il FSE; tale ricognizione appare indispensabile per individuare i diversi profili di autorizzazione all'accesso e, quindi, per garantire che sia il personale sanitario curante ad accedere al Fascicolo.

Orbene, il contesto normativo e regolatorio relativo al FSE è caratterizzato da disposizioni ed indicazioni orientate alla protezione dei dati personali di pazienti e malati particolarmente vulnerabili: è riconosciuto al paziente/interessato, in ragione della particolare vulnerabilità cui è esposto, connessa al trattamento informatico dei suoi dati sensibili, l'oscuramento per dati soggetti a maggior tutela e l'oscuramento e revoca dello stesso; l'atto di informativa deve contenere, quali indefettibili requisiti, l'indicazione del diritto di oscuramento, di altri diritti ed il loro esercizio; in merito ai dati soggetti a maggior tutela, ai sensi della legge 135/1990, essi possono essere inseriti solo dopo comunicazione degli esiti di persona.

Sono considerati di maggior tutela, attesa l'eccezionale fragilità dei soggetti cui tali dati ineriscono, quelli relativi alle patologie HIV, IVG, alle vittime di violenza sessuale/pedofilia, all'uso di sostanze stupefacenti, psicotrope, alcool, al parto in anonimato, ai servizi consultori familiari; detti dati sono visibili solo su consenso esplicito dell'assistito e non è possibile l'alimentazione del FSE se la prestazione viene resa in anonimato; il consenso deve essere acquisito da professionisti o operatori sanitari che erogano la prestazione; l'oscuramento dei dati è sempre revocabile e comunque gli altri soggetti che accedono al FSE non devono venire a conoscenza dell'oscuramento e dell'esistenza dei dati oscurati.

Possono ricondursi alla speciale vulnerabilità dei soggetti i cui dati sono oggetto di trattamento mediante FSE (considerata la natura telematica del trattamento) anche le misure tecniche ed organizzative adeguate ai rischi indicate nell'allegato B del DM FSE 2.0: sistemi di autenticazione e di autorizzazione in funzione dei ruoli; procedure per la verifica periodica dei profili di autorizzazione; protocolli di comunicazione sicuri basati su standard crittografici; separazione o cifratura dei dati; tracciabilità degli accessi e delle operazioni; procedura di pseudonimizzazione; strutturazione del FSE con misure volte a garantire i processi per classificazione delle tipologie di informazioni sanitarie indispensabili in relazione alle finalità per cui vengono trattate e diversi livelli autorizzativi dei soggetti abilitati all'accesso.

Il "Dossier Sanitario Elettronico" è l'insieme dei dati generati da eventi clinici presenti e trascorsi riguardanti l'interessato che vengono condivisi tra i professionisti sanitari che lo assistono presso un'unica struttura sanitaria (ospedali, case di cura privata, ecc.)⁶⁸.

In linea generale, le misure di sicurezza idonee alla protezione dei dati personali sono le seguenti: l'interessato ha diritto di scegliere, in piena libertà, che le informazioni cliniche che lo riguardano siano trattate o meno in un DSE; vanno garantiti la possibilità che i dati sanitari restino disponibili solo al professionista sanitario che li ha redatti, senza la loro necessaria inclusione nel DSE; occorre un consenso ulteriore specifico per dati soggetti a maggior tutela; l'assistito ha diritto di conoscere gli accessi al proprio DSE; l'informativa deve contenere l'indicazione delle conseguenze della revoca o del mancato consenso nonché le misure adottate per prevenire e mitigare i rischi di accesso non autorizzato e di trattamento non consentito; per garantire l'esattezza, l'integrità e la continuità della fruibilità dei dati e menzionare il caso in cui il DSE includa anche dati soggetti a particolare tutela occorre il consenso specifico.

Sono numerose le disposizioni analoghe a quelle relative al FSE, che appaiono orientate alla tutela dei dati personali dei "soggetti vulnerabili": individuazione dei dati soggetti a maggior tutela e riconoscimento del diritto dell'interessato all'oscuramento dei dati; sistemi di autenticazione e di autorizzazione; accesso selettivo; tracciabilità degli accessi e delle operazioni (conservazione dei log per almeno 24 mesi), audit log; separazione dei dati e cifratura.

68 Linee Guida Garante 4/06/2015; Faq Garante.

3. Vulnerabilità e trattamento dei dati personali relativi alla salute a fini di ricerca scientifica

3.1 La sperimentazione clinica: la vulnerabilità dei pazienti correlata alle diverse tipologie di sperimentazione

L'attività di sperimentazione clinica⁶⁹ è inscindibilmente connessa alle esigenze, più generali, di progresso clinico-terapeutico e, più specifiche, di tutela dei pazienti interessati⁷⁰.

La centralità del diritto alla salute, la specificità e complessità delle singole attività di sperimentazione e la gravità dei danni potenzialmente arrecati alla persona presuppongono l'adozione di misure, tecniche ed orga-

69 La sperimentazione clinica terapeutica è applicabile, secondo una diffusa opinione, a tutti i procedimenti terapeutici relativi a nuovi farmaci, a nuove indicazioni terapeutiche o a nuovi dosaggi ancora in fase sperimentale ed attuati secondo metodiche standardizzate e soggette a controllo statistico. Invece, la c.d. "sperimentazione clinica esplicativa" non ha finalità curative, mirando al mero progresso medico-scientifico. In ordine alla "normativa applicabile" in tema di sperimentazioni cliniche rilevano le seguenti fonti: Dichiarazione di Helsinki del giugno 1964 e s.s. modificazioni; d.lg. 6/11/07, n. 200; d.lg. 24/06/03, n. 211; d.m. 15/07/97 e d.m. 21/12/07. Ai sensi del D.Lgs. n. 211, 24 giugno 2003, art. 2, la "sperimentazione clinica" è "qualsiasi studio sull'uomo finalizzato a scoprire o verificare gli effetti clinici, farmacologici e/o altri effetti farmacodinamici di uno o più medicinali sperimentali, e/o a individuare qualsiasi reazione avversa ad uno o a più medicinali sperimentali, e/o a studiarne l'assorbimento, la distribuzione, il metabolismo e l'eliminazione, con l'obiettivo di accertarne la sicurezza e/o l'efficacia". Ai sensi del Regolamento UE 2014/536, sono definiti "studi clinici": "Qualsiasi indagine effettuata in relazione a soggetti umani volta a: a) scoprire o verificare gli effetti clinici, farmacologici o altri effetti farmacodinamici di uno o più medicinali; b) identificare eventuali reazioni avverse di uno o più medicinali; oppure c) studiare l'assorbimento, la distribuzione, il metabolismo e l'eliminazione di uno o più medicinali, al fine di accertare la sicurezza e/o l'efficacia di tali medicinali". (art. 2, par. 2, punto 1 Reg. UE 2014/536). Ai sensi del medesimo Regolamento, la sperimentazione clinica è uno studio clinico che soddisfa una delle seguenti condizioni: a) l'assegnazione del soggetto a una determinata strategia terapeutica è decisa anticipatamente e non rientra nella normale pratica clinica dello Stato membro interessato; b) la decisione di prescrivere i medicinali sperimentali e la decisione di includere il soggetto nello studio clinico sono prese nello stesso momento; c) sono applicate ai soggetti procedure diagnostiche o di monitoraggio aggiuntive rispetto alla normale pratica clinica" (art. 2, par. 2, punto 2 Reg. UE 2014/536).

70 I principi trattati nel presente paragrafo sono relativi alla sperimentazione clinica di farmaci ad uso umano e tuttavia applicabili anche alle sperimentazioni cliniche non farmacologiche.

nizzative, idonee a prevenire eventuali violazioni di dati personali, sia nel momento informativo sia nella preventiva verifica del protocollo clinico⁷¹ sia nello svolgimento dell'attività sperimentale.

Il quadro giuridico di riferimento (leggi, regolamenti, Dichiarazione di Helsinki, *standard* internazionali di buona pratica clinica adottati dall'Unione europea e recepiti nell'ordinamento italiano) sancisce, sotto il profilo etico e giuridico, l'inderogabile preminenza della tutela della dignità e dei diritti all'autodeterminazione, alla sicurezza ed alla riservatezza della persona⁷².

Nella disciplina normativa vengono costantemente richiamati il valore della "sicurezza" dei pazienti e la necessità della "gestione del rischio" dell'attività sperimentale.

Il paziente reclutato nella sperimentazione ha diritto a ricevere prestazioni di alto contenuto professionale, coerentemente con l'alto grado di diligenza richiesto dalle criticità insite nelle attività sperimentali e ciò comporta la necessità di innalzare la soglia di idonea e puntuale organizzazione di mezzi, oltre che di risorse umane, al fine di prevenire, o ridurre, il verificarsi di danni e violazioni dei dati personali.

L'analisi delle singole fattispecie consente di individuare indizi rivelatori della particolare vulnerabilità dei pazienti reclutati negli Studi clinici.

Lo svolgimento della sperimentazione comporta il rischio della persistenza degli effetti che possono prolungarsi nel tempo e talora essere irreversibili, nel corpo e nella psiche.

Gli stessi benefici perseguiti ed auspicati mediante le sperimentazioni cliniche e gli effetti fisici e/o psicologici raggiungibili possono conseguirsi a costo di altri tipi di prestazioni e capacità.

In alcuni "casi-limite" (studi clinici "pilota" o "esplorativi"; studi clinici eseguiti in mancanza di specifici protocolli e senza adeguati controlli esterni; sperimentazioni cliniche effettuate in ambito militare⁷³), la dimensione

71 Gli studi clinici sono condotti in osservanza di un progetto di ricerca predisposto conformemente agli standard etici o metodologici di settore, in conformità con le buone pratiche; (WP 259).

72 *Dichiarazione di Helsinki sui principi etici per la ricerca medica*; art. 2 *Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*; art. 3 del *Protocollo addizionale* alla stessa; art. 4 *Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti umani dell'Unesco*; art. 3 D.Lgs. 6/11/2007, n. 200; art. 3 Regolamento Unione Europea n. 536 del 2014: "Una sperimentazione clinica può essere condotta esclusivamente se: a) i diritti, la sicurezza, la dignità e il benessere dei soggetti sono tutelati e prevalgono su tutti gli altri interessi; b) è progettata per generare dati affidabili e robusti".

73 Comitato Nazionale per la Bioetica, *Diritti umani, etica medica e tecnologie di potenziamento (enhancement) in ambito militare*, 22/02/2013.

sperimentale può arrivare a livelli esasperati, difficilmente conciliabili con il rispetto della dignità umana⁷⁴.

Segnatamente, la correlazione tra sperimentazioni cliniche e vulnerabilità può evincersi dalla particolare fragilità dei soggetti sottoposti agli studi clinici (sperimentazioni pediatriche connotate da indagini invasive; sperimentazioni neurologiche avanzate, sperimentazioni con pre-adolescenti ed adolescenti con disturbi mentali, con donne in età fertile o in gravidanza o in allattamento, con gestanti, con donne in menopausa, in campo psichiatrico, con persone incapaci e in situazioni di emergenza, con persone anziane o affette da malattie rare, con persone affette da patologie allo stadio terminale e con persone “fragili” in genere⁷⁵) ovvero dalle diverse “tipologie di sperimentazione” (in ambito genetico, altamente innovative, in campo anestesilogico, in medicina procreativa, in area oncologica, con finalità “potenziative”⁷⁶).

La vulnerabilità dei soggetti reclutati nelle sperimentazioni cliniche, collegat, peraltro, all’indeterminatezza e all’alta variabilità dei risultati perseguiti, specialmente a lungo termine, si riscontra, *a fortiori*, in materia di trattamento dei dati personali.

In proposito, il Garante per la protezione dei dati personali – rilevato che la quantità e la tipologia di informazioni fornite al promotore⁷⁷, le modalità di trattamento previste e le diverse categorie di soggetti che possono accedere ai dati della sperimentazione comportano la possibilità di identificare gli interessati, sia pure indirettamente, mediante il riferimento ad altre informazioni detenute dal promotore medesimo o a qualsiasi altra informazione non necessariamente nella disponibilità di quest’ultimo, ma detenuta da terzi – precisa che le informazioni collegate al codice identificativo di ciascun paziente sono da ritenere dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e, in qualche caso, la vita sessuale del singolo interessato e che la loro acquisizione, da parte del promotore, nell’ambito delle sperimentazioni cliniche, e le successive attività svolte su questi ultimi configurano un trattamento di dati al

74 Comitato Nazionale per la Bioetica, *Neuroscienze e potenziamento cognitivo farmacologico: profili bioetici*, 22/02/2013.

75 *Carta di Napoli per la tutela della persona nelle sperimentazioni cliniche*, Napoli, giugno 2017, 26 – 32.

76 *Carta di Napoli per la tutela della persona nelle sperimentazioni cliniche*, cit. 21 – 24.

77 Il Promotore è la persona, società, istituzione o organismo che si assume la responsabilità di avviare e gestire la sperimentazione clinica, curandone il relativo finanziamento.

quale è applicabile la disciplina normativa in materia di protezione dei dati personali⁷⁸.

In particolare, il Garante ha evidenziato che la tutela delle condizioni di vulnerabilità dei soggetti coinvolti nelle sperimentazioni cliniche presuppone la predisposizione di idonee misure di sicurezza quando i soggetti reclutati sono persone che, per il loro particolare stato di vulnerabilità, sono suscettibili di essere sottoposte a forme di coercizione o influenza tali da ostacolare la libera espressione del loro consenso (pazienti affetti da malattie incurabili o in situazioni di emergenza, persone indigenti o ospitate nelle case di riposo o, ancora, appartenenti a gruppi “strutturati gerarchicamente”, come gli studenti di medicina, il personale subordinato di un ospedale o di un laboratorio, i dipendenti di una società farmaceutica⁷⁹).

78 Garante per la protezione dei dati personali, *Linee guida per i trattamenti di dati personali nell'ambito delle sperimentazioni cliniche di medicinali* – 24 luglio 2008. In merito al rapporto intercorrente tra i promotori di sperimentazioni cliniche e i centri di sperimentazione, va evidenziato che il promotore, prima dell'avvio della sperimentazione, identifica i possibili centri partecipanti verificandone l'idoneità e il relativo interesse; predispone il protocollo da osservare nel corso dello studio; quindi, impartisce ai centri le necessarie direttive sul trattamento dei dati, ivi compresi i profili relativi alla loro custodia e sicurezza, nonché le istruzioni relative alle modalità di utilizzo dei sistemi informativi eventualmente previsti, e, se necessario, forniti al centro; verifica poi, a mezzo di propri collaboratori, l'osservanza del protocollo e delle proprie procedure interne da parte del centro; predispone i documenti da impiegare per informare le persone partecipanti e per ottenerne il consenso anche per ciò che riguarda il trattamento dei dati che li riguardano; infine, avverte i centri quando non è più necessario conservare la documentazione relativa allo studio. Il Garante rileva, inoltre, quanto segue: “Dalla ricostruzione delle attività svolte anche nell'ambito degli accertamenti ispettivi effettuati, i singoli centri di sperimentazione e i promotori hanno in genere responsabilità distinte nell'ambito degli studi clinici e si configurano, quindi, quali autonomi titolari o, a seconda dei casi, contitolari del trattamento ... Per poter effettuare lecitamente il trattamento dei dati relativi alle sperimentazioni, tali soggetti sono pertanto tenuti al rispetto delle disposizioni del Codice e delle prescrizioni della citata autorizzazione generale del Garante con particolare riferimento ai profili relativi alle modalità di trattamento e ai requisiti dei dati, alla notificazione all'Autorità, alla designazione degli incaricati e di eventuali responsabili, nonché alla custodia e sicurezza delle medesime informazioni (artt. 11, 29, 30, 31-35, 37 e 38 del Codice; v. anche autorizzazione n. 2/2008 cit., specie punto 1.2). La trasmissione dei dati dello studio da parte dei centri di sperimentazione ai promotori configura una vera e propria “comunicazione” di dati e un trattamento di dati da parte di terzi, i quali vanno indicati nominativamente e distintamente nell'informativa agli interessati e nel modello di consenso, anche per ciò che riguarda l'esercizio del diritto di accesso e degli altri diritti previsti dagli artt. 7 e 8 del Codice (artt. 13, 23 e 26 del Codice).

79 Garante per la protezione dei dati personali, *Linee guida per i trattamenti di dati personali nell'ambito delle sperimentazioni cliniche di medicinali*, cit.

La particolare delicatezza dei dati trattati nella sperimentazione impone l'adozione di specifici accorgimenti tecnici per incrementare il livello di sicurezza dei dati, senza pregiudizio di ogni altra misura minima che ciascun titolare del trattamento deve adottare ai sensi della vigente normativa.

Ciò con particolare riferimento: alle operazioni di registrazione con strumenti elettronici dei dati delle persone coinvolte nello studio presso i centri di sperimentazione; al loro trasferimento in via telematica verso un unico data-base presso il promotore o gli altri soggetti che svolgono, per conto di quest'ultimo, la validazione e l'elaborazione statistica dei dati; alla gestione della medesima banca dati.

Il Garante della Privacy ha rilevato che, in relazione a tali operazioni di trattamento, i promotori di sperimentazioni cliniche di medicinali, le organizzazioni di ricerca a contratto e i centri di sperimentazione, ciascuno per la parte di propria competenza in relazione al ruolo ricoperto nel trattamento dei dati e alle conseguenti responsabilità ai fini dell'adozione delle misure di sicurezza, devono adottare: "a. laddove siano utilizzati sistemi di memorizzazione o archiviazione dei dati, idonei accorgimenti per garantire la protezione dei dati registrati dai rischi di accesso abusivo, furto o smarrimento parziali o integrali dei supporti di memorizzazione o dei sistemi di elaborazione portatili o fissi (ad esempio, attraverso l'applicazione parziale o integrale di tecnologie crittografiche a *file system* o *database*, oppure tramite l'adozione di altre misure informatiche di protezione che rendano inintelligibili i dati ai soggetti non legittimati); b. protocolli di comunicazione sicuri basati sull'utilizzo di *standard* crittografici per la trasmissione elettronica dei dati raccolti dai centri di sperimentazione al data-base centralizzato presso il promotore o gli altri soggetti che effettuano la successiva validazione ed elaborazione statistica dei dati; c. con specifico riferimento al menzionato *database*: idonei sistemi di autenticazione e di autorizzazione per gli incaricati in funzione dei ruoli e delle esigenze di accesso e trattamento; procedure per la verifica periodica della qualità e coerenza delle credenziali di autenticazione e dei profili di autorizzazione assegnati agli incaricati del trattamento; sistemi di *audit log* per il controllo degli accessi al database e per il rilevamento di eventuali anomalie".

3.2 "Trattamento a fini di ricerca scientifica": nozione, principi applicabili e basi giuridiche

Tutti i trattamenti correlati a uno specifico protocollo di sperimentazione clinica durante l'intero ciclo di vita della sperimentazione, dal suo avvio alla cancellazione dopo la scadenza del periodo di archiviazione, compor-

tano il trattamento di dati personali nonché il trattamento di categorie particolari di dati, segnatamente dei dati relativi alla salute.

Sebbene l'articolo 4 del Reg. UE 2016/679 non preveda una definizione esplicita di "trattamento a fini di ricerca scientifica", il Considerando 159 ritiene che *"il trattamento di dati personali per finalità di ricerca scientifica dovrebbe essere interpretato in senso lato e includere ad esempio sviluppo tecnologico e dimostrazione, ricerca fondamentale, ricerca applicata e ricerca finanziata da privati, oltre a tenere conto dell'obiettivo dell'Unione di istituire uno spazio europeo della ricerca ai sensi dell'articolo 179, paragrafo 1, TFUE. Le finalità di ricerca scientifica dovrebbero altresì includere gli studi svolti nell'interesse pubblico nel settore della sanità pubblica"*.

In proposito, il Gruppo di lavoro "Articolo 29"⁸⁰ ha rilevato che, non potendo interpretarsi il termine estensivamente travalicandone il significato comune, per "ricerca scientifica" s'intende *"un progetto di ricerca istituito conformemente alle pertinenti norme etiche e metodologiche settoriali, in conformità delle buone prassi"*.

Il Reg. UE 2016/679 prevede norme speciali per il trattamento dei dati relativi alla salute a fini di ricerca scientifica rispetto alle quali il legislatore nazionale di ciascuno Stato membro ha il potere, ai sensi dell'art. 9, par. 2, lett. i)⁸¹ e j)⁸² di emanare norme specifiche.

80 Il Gruppo art. 29 (*Article 29 Data Protection Working Party*, nella versione inglese), in sigla WP 29 (oggi Comitato Europeo per la Protezione dei dati, EDPB, *European Data Protection Board*), era così denominato in virtù dell'art. 29 della Direttiva 95/46 che lo istituiva definendolo "Gruppo per la tutela delle persone con riguardo al trattamento dei dati personali". Utilizzando la facoltà, prevista dall'art. 3 della Direttiva 95/46/CE (che prevedeva la possibilità di "formulare di propria iniziativa raccomandazioni su qualsiasi questione riguardante la tutela delle persone in materia di trattamento di dati personali nella Comunità"), il WP 29 ha svolto, quale organo indipendente formato dal gruppo dei Garanti *privacy* nell'ambito dell'UE, un'autorevole attività consultiva.

81 Art. 9, par. 2, lett. i): "il trattamento è necessario per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, quali la protezione da gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero o la garanzia di parametri elevati di qualità e sicurezza dell'assistenza sanitaria e dei medicinali e dei dispositivi medici, sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri che prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti e le libertà dell'interessato, in particolare il segreto professionale".

82 Art. 9, par. 2, lett. j): "il trattamento è necessario a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici in conformità dell'articolo 89, paragrafo 1, sulla base del diritto dell'Unione o nazionale, che è proporzionato alla finalità perseguita, rispetta l'essenza del diritto alla protezione dei

Le norme nazionali adottate in base all'art. 9, par. 2, lett. i) e lett. j) del Reg.UE 2016/679 devono essere interpretate tenendo conto dei principi dell'art. 5 del Regolamento e della giurisprudenza della Corte di Giustizia; in particolare, devono applicarsi nella misura strettamente necessaria le deroghe relative alla protezione dei dati di cui all'art. 9, par. 2, lett. j) ed all'art. 89, par. 2, del Regolamento⁸³.

3.3 Interazione tra il Regolamento sulla sperimentazione clinica ed il Regolamento generale sulla protezione dei dati: squilibrio di potere, vulnerabilità e consenso nelle attività di ricerca

Il Regolamento generale sulla protezione dei dati (Reg.UE 2016/679)⁸⁴ garantisce la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e la libera circolazione di tali dati.

Il Regolamento sulla sperimentazione clinica (Reg. UE 2014/536)⁸⁵ mira a garantire una maggiore armonizzazione delle norme sullo svolgimento delle sperimentazioni cliniche in tutta l'UE e introduce una procedura di autorizzazione basata su un'unica presentazione mediante un unico portale UE, una procedura di valutazione che conduce a un'unica decisione, norme sulla protezione delle persone coinvolte e obblighi in materia di consenso informato e di trasparenza⁸⁶.

L'articolo 93 del Regolamento sulla sperimentazione clinica stabilisce che gli Stati membri applicano la Direttiva CE/95/46 (abrogata dal GDPR) al trattamento dei dati personali effettuato negli Stati membri ed anche il Regolamento generale sulla protezione dei dati fa esplicito riferimento alla pertinente legislazione applicabile alle sperimentazioni cliniche (Considerando 156 e 161).

dati e prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato".

83 EDPB, "Linee-Guida 3/2020 sul trattamento dei dati relativi alla salute a fini di ricerca scientifica nel contesto dell'emergenza legata al Covid-19" adottate il 21/04/2020.

84 Regolamento UE 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27/04/2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (GU L 119 del 4.5.2016, pag. 1).

85 Regolamento UE n. 536/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16/04/2014, sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano e che abroga la direttiva 2001/20/CE (GU L 158 del 27/05/2014, pag. 1).

86 Il regolamento sulla sperimentazione clinica è entrato in vigore il 16 giugno 2014, ma la sua applicazione è stata posticipata al momento dello sviluppo e della piena funzionalità di un portale UE e di una banca dati UE sulle sperimentazioni cliniche.

Pertanto, le due normative si applicano simultaneamente: il Regolamento sulla sperimentazione clinica costituisce una normativa settoriale che, pur contenendo disposizioni specifiche pertinenti dal punto di vista della protezione dei dati, non prevede deroghe al Regolamento generale sulla protezione dei dati.

Entrambe le discipline, ancorché ispirate da *ratio* diverse e volte a perseguire diverse finalità, presuppongono che situazioni di “evidente squilibrio” tra interessati e titolari del trattamento integrino “condizioni di vulnerabilità”.

Ciò chiarito, l’EDPB ha precisato che, ai fini della protezione dei dati, il consenso non costituisce una base giuridica adeguata nelle attività di ricerca in cui esiste un chiaro squilibrio di potere tra l’interessato e il responsabile del trattamento⁸⁷ e che, nelle sperimentazioni, tale squilibrio può esistere a seconda delle circostanze, ad esempio quando l’interessato non è in buone condizioni di salute e non è disponibile alcun trattamento terapeutico al di fuori dello studio clinico.

Pertanto, per poter fare affidamento sul consenso per trattare dati personali nell’ambito di sperimentazioni cliniche, occorre preliminarmente effettuare “una valutazione particolarmente approfondita” delle circostanze della sperimentazione clinica per determinare se il consenso è appropriato.

In sostanza, è opportuno un approccio diverso a seconda delle circostanze e dell’equilibrio di potere tra l’interessato e il responsabile del trattamento nei diversi tipi di ricerca scientifica.

L’EDPB non esclude la possibilità, per il titolare del trattamento, di avvalersi del consenso esplicito come base giuridica per il trattamento dei dati dei pazienti (ricoverati e non), ritenendo che sul consenso esplicito si possa ancora fare affidamento come base giuridica nei progetti di ricerca medica quando si può dimostrare che non esiste alcuno squilibrio di potere tra interessati e ricercatori e possono essere soddisfatti i requisiti stabiliti dal GDPR per il consenso esplicito; ciò richiede però un’attenta valutazione caso per caso.

Il Comitato sottolinea, inoltre, che l’articolo 89, paragrafo 1, Reg. UE 2016/679 richiede l’esistenza di garanzie aggiuntive in tutte le situazioni in cui i dati personali sono trattati per scopi di ricerca scientifica e che, in ogni caso, il rispetto dell’obbligo di garanzie aggiuntive nel trattamento dei dati personali per scopi di ricerca scientifica non esonera il titolare del trattamento dagli obblighi previsti dal GDPR come quello di avere una base

87 Parere 3/2019 sull’interazione tra il regolamento sulle sperimentazioni cliniche e il GDPR.

giuridica (articolo 6) e un'esenzione dall'obbligo di divieto di trattamento di dati sanitari (art. 9).

Pertanto, in merito alla base giuridica adeguata per il trattamento dei dati personali nell'ambito di un protocollo di sperimentazione, e con specifico riferimento ai trattamenti correlati esclusivamente ad attività di ricerca scientifica (lo svolgimento della sperimentazione clinica implica anche il trattamento di dati correlati a finalità di tutela della salute: c.d. "finalità di affidabilità e sicurezza"), il consenso non può costituire una valida base giuridica per il trattamento dei dati personali qualora vi sia uno squilibrio di potere tra l'interessato e il titolare del trattamento (Considerando 43 del Regolamento)

Il Comitato rileva che, a seconda delle circostanze della sperimentazione clinica, possono verificarsi situazioni di squilibrio di potere nella relazione tra il promotore/lo sperimentatore ed i soggetti reclutati nella sperimentazione, portatori di una speciale vulnerabilità, riconducibile alla condizione di paziente reclutato (spesso oncologico) e di persona sottoposta alle inevitabili incertezze e criticità di una sperimentazione.

In proposito, il Regolamento sulla sperimentazione clinica, in ragione della straordinaria vulnerabilità delle persone reclutate nelle sperimentazioni, affronta queste criticità, imponendo allo sperimentatore di tenere conto di tutte le circostanze pertinenti e, in particolare, di verificare se il potenziale interessato appartiene a un gruppo economicamente o socialmente svantaggiato o si trova in una situazione di dipendenza istituzionale o gerarchica potenzialmente in grado di influire in maniera non appropriata sulla decisione di partecipare (Considerando 31 del regolamento sulla sperimentazione clinica).

Tuttavia, il consenso informato previsto dal Reg. UE n. 536/2014 va distinto dal consenso inteso come base giuridica per il trattamento dei dati personali.

Infatti, le disposizioni del capo V del Regolamento sulla sperimentazione clinica relative al "consenso informato", in particolare l'articolo 28, intendono soddisfare i requisiti etici fondamentali dei progetti di ricerca che coinvolgono esseri umani, stabiliti nella dichiarazione di Helsinki, di talché l'obbligo di ottenere il "consenso informato" dei partecipanti a una sperimentazione clinica è una misura volta a garantire la tutela del diritto alla dignità umana e il diritto all'integrità della persona di cui agli articoli 1 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. =

Dunque, detto consenso informato non è concepito per rispettare gli obblighi in materia di protezione dei dati.

Per contro, ai sensi del GDPR, il consenso al trattamento deve essere prestato liberamente e deve essere specifico, informato e inequivocabile, nonché in relazione a categorie particolari di dati, come i dati relativi alla salute, esplicito⁸⁸.

Il consenso “libero”, quale fondamento giuridico per la protezione dei dati personali, presuppone che l’interessato disponga di una scelta effettiva e del controllo sui propri dati.

Ciò premesso, può accadere che, sebbene siano soddisfatte le condizioni per un “consenso informato” ai sensi del Regolamento sulla sperimentazione clinica, il consenso potrebbe risultare non “espreso liberamente” in base al Regolamento generale sulla protezione dei dati a causa di una pregiudizievole situazione di squilibrio di potere tra il partecipante e il promotore o lo sperimentatore.

In conclusione, il titolare del trattamento deve effettuare una valutazione particolarmente approfondita delle circostanze della sperimentazione clinica, verificando il concreto squilibrio di potere tra le parti e la condizione di vulnerabilità della persona partecipante alla sperimentazione, prima di ricorrere al consenso dell’interessato come base giuridica per trattare i dati personali ai fini delle attività di ricerca di tale sperimentazione.

3.4 Le basi giuridiche del trattamento dei dati personali per finalità di ricerca scientifica correlate alle situazioni di vulnerabilità

Tutti i trattamenti di dati personali relativi alla salute devono essere conformi non solo ai principi in materia di trattamento di cui all’articolo 5 del Regolamento ma anche a una delle basi di liceità del trattamento.

Le basi giuridiche e le deroghe applicabili per il trattamento dei dati relativi alla salute a fini di ricerca scientifica sono previste rispettivamente nell’articolo 6 e nell’articolo 9 del GDPR.

Il consenso dell’interessato, raccolto a norma dell’articolo 6, paragrafo 1, lettera a), e dell’articolo 9, paragrafo 2, lettera a), del Regolamento, può costituire la base giuridica per il trattamento dei dati relativi alla ricerca scientifica, purché siano soddisfatte tutte le condizioni previste ai fini di un consenso esplicito (quelle di cui all’articolo 4, paragrafo 11, all’articolo 6, paragrafo 1, lettera a), all’articolo 7 e all’articolo 9, paragrafo 2, lettera a), del Regolamento).

⁸⁸ GDPR, art. 9, par. 2, lett. a; *Linee Guida del WP29 sul consenso* del 10/04/2018, approvate dal Comitato il 25/05/2018

Come già precisato, il consenso, pertanto, deve essere libero, specifico, informato e inequivocabile e deve essere prestato mediante dichiarazione o “azione positiva inequivocabile” affinché sia assicurata la liceità del trattamento di tale categoria particolare di dati personali.

Orbene, la condizione di vulnerabilità della persona reclutata in una sperimentazione può escludere la libertà del consenso, determinando l’illiceità del trattamento dei dati sanitari eventualmente basato su questa base giuridica⁸⁹.

Per queste ragioni, l’EDPB, ribadito che il consenso non può essere considerato libero se vi è un evidente squilibrio tra l’interessato e il titolare del trattamento (Considerando 43), ritiene necessario che l’interessato non sia sottoposto a pressioni e non sia penalizzato se decide di non dare il proprio consenso e, al fine di chiarire le situazioni in cui si configura un “evidente squilibrio”, formula alcuni esempi: ove venga condotta un’indagine nell’ambito di uno studio osservazionale su una determinata popolazione, riguardante la sintomatologia e l’evoluzione di una patologia, per il trattamento di tali dati relativi alla salute, i ricercatori possono chiedere il consenso dell’interessato alle condizioni stabilite dall’articolo 7 del GDPR (a giudizio del Comitato, in questo caso *non* sussiste un “evidente squilibrio”, come indicato al considerando 43, in quanto l’interessato dovrebbe essere in grado di dare il consenso ai ricercatori, non versando in alcun modo in una situazione di dipendenza da essi tale da influenzare in modo improprio l’esercizio della sua libera volontà; è altresì chiaro che non subirà conseguenze negative se rifiuta di dare il suo consenso)⁹⁰; per contro, si rinviene una situazione di “evidente squilibrio, quando il partecipante non è in buone condizioni di salute, appartiene a un gruppo economicamente o socialmente svantaggiato o si trova in una situazione di dipendenza istituzionale o gerarchica; in tal caso, in ragione delle condizioni di fragilità del soggetto reclutato nella sperimentazione, il consenso non costituisce una base giuridica appropriata⁹¹.

L’EDPB ha ribadito, in sostanza, l’esclusione del consenso quale base giuridica del trattamento dei dati sanitari nell’ambito della ricerca scientifica ove sussistano situazioni di particolare vulnerabilità che pregiudichino la libera determinazione dei pazienti⁹²

89 EDPB, Linee Guida 3/2020 cit.

90 EDPB, Linee Guida 3/2020 cit.

91 EDPB *Parere 3/2019 relativo alle domande e risposte sull’interazione tra il Regolamento sulla sperimentazione clinica e il regolamento generale sulla protezione dei dati*, adottato il 23/01/2019.

92 Per legittimare il trattamento di dati sanitari per scopi di ricerca scientifica, gli articoli 6 e 9 GDPR contengono, oltre al consenso esplicito, altre opzioni

3.5 Misure tecniche ed organizzative idonee alla protezione dei dati personali trattati per finalità di ricerca scientifica

Tenuto conto della fragilità dei soggetti reclutati negli Studi clinici, della natura sensibile dei dati relativi alla salute e dei rischi connessi al riutilizzo di tali dati a fini di ricerca scientifica, devono essere adottate misure robuste al fine di garantire un adeguato livello di sicurezza (art. 32, paragrafo 1, del GDPR).

In tale ottica, l'articolo 89, paragrafo 1, del GDPR stabilisce che il trattamento dei dati a fini di ricerca *“è soggetto a garanzie adeguate”* tali da *“garantire che siano in atto misure tecniche e organizzative, in particolare al fine di garantire il rispetto del principio di minimizzazione dei dati. Tali misure possono includere la pseudonimizzazione, purché le finalità in questione possano essere conseguite in tal modo”*.

Invero, titolari e responsabili del trattamento devono rispettare i principi relativi al trattamento dei dati personali fissati nell'articolo 5 del GDPR (in particolare considerando i grandi volumi di dati personali che possono essere trattati a fini di ricerca scientifica) mentre i requisiti di cui all'articolo 89, paragrafo 1, del GDPR evidenziano l'importanza del principio di minimizzazione e dei principi di integrità e riservatezza nonché del principio della protezione dei dati fin dalla progettazione e della protezione dei dati per impostazione predefinita⁹³.

I principi di integrità e riservatezza devono essere correlati ai requisiti di cui all'art.32 par. 1 e all'art. 89, par. 1, del GDPR, sicché, in ragione della vulnerabilità dei pazienti reclutati e dei rischi elevati connessi alle sperimentazioni cliniche, occorre adottare misure tecniche e organizzative idonee a garantire un livello sufficiente di sicurezza.

per una base giuridica e un'esenzione su cui fondarsi per il trattamento di dati sanitari a fini di ricerca scientifica, ribadendo che il requisito del consenso informato per la partecipazione ad un progetto di ricerca scientifica può e deve essere distinto dal consenso esplicito come possibilità per legittimare il trattamento dei dati personali per finalità di ricerca; (EDPB, *Documento in risposta alla richiesta della Commissione Europea per chiarimenti sull'applicazione coerente del GDPR con particolare attenzione alla ricerca sanitaria*, adottato il 2/02/2021).

- 93 Il riutilizzo dei dati relativi alla salute a fini scientifici aumenta la numerosità e l'eterogeneità dei soggetti che possono trattare tali dati sicché informazioni già sensibili, quali i dati relativi alla salute, meritano ulteriore protezione in quanto il loro trattamento si associa a una maggiore probabilità di impatti negativi per gli interessati (ciò si è verificato, in misura rilevante, nel contesto dell'epidemia di COVID-19).

Dette misure consistono, innanzitutto, nella pseudonimizzazione, nella cifratura, negli accordi di non divulgazione e in rigide disposizioni in materia di autorizzazioni, restrizioni e registrazioni degli accessi ai dati mentre le disposizioni nazionali possono prevedere requisiti tecnici specifici o altre garanzie (ad es. il rispetto delle norme in materia di segreto professionale).

Inoltre, quando il trattamento *“può comportare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche”*, dovrà essere effettuata una valutazione d’impatto sulla protezione dei dati (VIP/DPIA), ai sensi dell’articolo 35, paragrafo 1, del Reg. UE 2016/679.

Deve tenersi conto, al riguardo, di quanto stabilito nelle Linee Guida del WP29 sulle valutazioni di impatto: “al fine di fornire un insieme più concreto di trattamenti che richiedono una valutazione d’impatto sulla protezione dei dati in virtù del loro rischio elevato intrinseco, tenendo conto dell’art. 35, par. 1 e 3, lette a), b), c) Regolamento e di altri riferimenti del Regolamento ai “trattamenti che possono presentare un rischio elevato”, il WP 29 ha individuato nove criteri specificando, in particolare, quello inerente ai “dati relativi a interessati vulnerabili”, precisando che il trattamento di questi tipi di dati è un criterio a motivo dell’aumento dello squilibrio di potere tra gli interessati e il titolare del trattamento, aspetto questo che fa sì che le persone possono non essere in grado di opporsi al trattamento dei loro dati o di esercitare i propri diritti”. Gli interessati vulnerabili possono includere i minori [...] i segmenti più vulnerabili della popolazione che richiedono una protezione speciale (infermi di mente, pazienti) e in ogni caso in cui sia possibile individuare uno squilibrio nella relazione tra la posizione dell’interessato e quella del titolare del trattamento”. Il WP29 indica, a titolo esemplificativo, la “conservazione per finalità di archiviazione di dati sensibili personali pseudonimizzati relativi ad interessati vulnerabili coinvolti in progetti di ricerca o sperimentazioni cliniche, evidenziando che, in questo caso, sussistono i seguenti criteri rivelatori della necessità/opportunità di svolgere una VIP: dati sensibili, dati riguardanti soggetti vulnerabili, preclusione agli interessati di esercitare un diritto o utilizzare un servizio.

4. L’*“oblio oncologico”*: un *“diritto all’oblio”* a tutela degli ex malati oncologici

L’*“oblio oncologico”* è il diritto delle persone guarite da una patologia oncologica di non fornire informazioni né subire indagini in merito alla propria pregressa condizione patologica, nei limiti indicati dalla legge, per l’accesso

ai servizi bancari, finanziari, di investimento e assicurativi, in sede di indagini sulla salute dei richiedenti un'adozione e per l'accesso alle procedure concorsuali e selettive, al lavoro e alla formazione professionale⁹⁴.

Il “diritto all'oblio oncologico” è il diritto a che la società si dimentichi dei tumori sconfitti e garantisca alle persone che li hanno superati una vita normale e dignitosa.

La normativa vieta a banche, assicurazioni e i datori di lavoro, nella fase di selezione del personale e durante il rapporto lavorativo, di richiedere, all'utente e al dipendente, informazioni su una patologia oncologica da cui sia stato precedentemente affetto e il cui trattamento si sia concluso, senza episodi di recidiva, da più di dieci anni (ridotti a cinque se il soggetto aveva meno di 21 anni al momento in cui è insorta la malattia).

Il legislatore intende prevenire le discriminazioni e tutelare i diritti delle persone che sono guarite da malattie oncologiche, stabilendo obblighi ed indicazioni nei confronti dei datori di lavoro, pubblici e privati, delle banche, assicurazioni, intermediari del credito e finanziari affinché possano applicare correttamente la nuova normativa.

La legge stabilisce, peraltro, specifiche tutele relative alla presentazione delle domande di adozione al Tribunale per i minorenni che, nella selezione delle coppie, non può raccogliere informazioni sulle patologie oncologiche pregresse quando siano trascorsi più di dieci anni dalla conclusione del trattamento della patologia – in assenza di recidive o ricadute – o più di cinque anni se la patologia si è manifestata prima del compimento del ventesimo anno di età.

Il compito di vigilanza sulla corretta applicazione della legge è affidato al Garante Privacy che, in caso di violazioni della disciplina sulla protezione dei dati personali, può infliggere le sanzioni previste dal Reg. UE 2016/679.

Prima dell'intervento normativo, al momento della potenziale stipula di un mutuo, di un finanziamento o di una polizza assicurativa, seguiva la richiesta delle aziende di dichiarare se e di quali patologie, anche oncologiche, il potenziale contraente soffrisse o avesse sofferto.

94 La legge sull'oblio oncologico, legge 7 dicembre 2023, n. 193, recante “Disposizioni per la prevenzione delle discriminazioni e la tutela dei diritti delle persone che sono affette da malattie oncologiche”, entrata in vigore il 2 gennaio 2024, per diventare effettiva, necessita di alcune disposizioni ministeriali attuative “sulle modalità e forme senza oneri per l'assistito, per la certificazione della sussistenza dei requisiti necessari ai fini della sua applicazione ed il Ministero della Salute ha provveduto il 22 marzo 2024 ad emanare un Decreto che individua le forme oncologiche per le quali possono valere tempi inferiori ai 10 anni standard per godere dell'oblio.

Assicurazioni, banche ed altri operatori economici pretendevano di sapere non solo se i potenziali contraenti/utenti erano malati, ma anche se lo erano stati.

La condizione di peculiare fragilità del contraente malato o anche guarito da una grave patologia veniva aggravata dalla sfiducia delle imprese rispetto a persone alle quali la salute poteva impedire di soddisfare le proprie obbligazioni o che potevano determinare costi per l'assicurazione superiori ai premi.

Le patologie combattute e sconfitte finivano per determinare, ingiustamente, un impatto concreto con l'esecuzione del contratto, sicché chi aveva sconfitto un tumore finiva per essere paradossalmente vittima di un pregiudizio a causa di "un marchio a fuoco che impedisce il ritorno alla normalità, che rende il protagonista di una vicenda di per sé inesorabilmente dolorosa figlio di un Dio minore, un elemento di discriminazione disumana"⁹⁵.

L'odioso pregiudizio all'umanità e alla dignità delle persone che avevano sconfitto patologie oncologiche era un insulto all'etica ed alla civiltà giuridica.

L'Autorità Garante ha notevolmente contribuito a combattere la battaglia di civiltà che ha condotto all'affermazione del diritto all'oblio oncologico, invitando il legislatore a precisare che: ai fini della formazione dell'"oblio oncologico" per "conclusione del trattamento attivo della patologia" si intende, in mancanza di recidive, la data dell'ultimo trattamento farmacologico antitumorale, radioterapico o chirurgico; ai fini della tutela dei dati personali, l'istanza di rilascio del certificato che attesta l'avvenuto oblio oncologico ed i relativi allegati siano cancellati trascorsi dieci anni dalla presentazione della stessa; i soggetti deputati a ricevere, ai sensi della legge n. 193 del 2023, il certificato che attesta l'avvenuto oblio oncologico deve procedere alla cancellazione dello stesso trascorsi dieci anni dalla ricezione⁹⁶.

In ragione della "speciale vulnerabilità" degli ex malati oncologici rispetto all'accesso a servizi indispensabili per la vita quotidiana, nella nuova versione dello schema di decreto trasmessa il 7/05/2024, venivano apportate le integrazioni richieste dal Garante assicurando, dunque, la

95 "Oblio oncologico, una battaglia di civiltà che non si può perdere", Intervento di G. Scorza, (HuffPost, 23 maggio 2023).

96 *Parere sullo schema di decreto del Ministro della salute* attuativo dell'art. 5, comma 1 della legge 7 dicembre 2023, n. 193 recante "Disposizioni per la prevenzione delle discriminazioni e la tutela dei diritti delle persone che sono affette da malattie oncologiche" e sui relativi allegati – 20 giugno 2024 (Registro dei provvedimenti n. 367 del 20 giugno 2024).

compatibilità della legge n. 193/23 con la vigente disciplina in materia di protezione dei dati personali.

L'intervento normativo, integrato dalle indicazioni rese dall'Autorità, garantiva che nessuno potrà chiedere con quale patologia una persona abbia fatto i conti in passato o se ne è guarito, scongiurando il rischio concreto che la persona più fragile sia costretta a scegliere se mentire e tutelare il suo diritto a non dire, o dichiarare di esser guarita da una qualche patologia, perdendo le possibilità e le utilità di una polizza, di un finanziamento, di un mutuo o di un lavoro.

In definitiva, l'oblio oncologico, considerata la particolare fragilità dei soggetti cui è rivolta la tutela, è un diritto più ampio del diritto all'oblio previsto dall'art. 17 GDPR, assurgendo a dignità di diritto assoluto, senza limitazioni.

5. L'intelligenza artificiale tra trattamenti ad "alto rischio" e "situazioni di vulnerabilità"

Il rapporto tra Intelligenza Artificiale⁹⁷ e medicina è stato indagato, sotto il profilo etico, dal Comitato Nazionale per la Bioetica che ha esaminato il tema in alcuni Pareri⁹⁸.

97 L'ampia diffusione del termine "Intelligenza Artificiale" ha generato una pluralità di definizioni. L'AI è stata definita "il settore delle tecnologie della informazione e della comunicazione che ha l'obiettivo di imitare con tecnologie informatiche alcuni aspetti dell'intelligenza umana, per sviluppare "prodotti informatici o macchine" in grado di interagire e di apprendere dall'ambiente esterno nonché di assumere decisioni con crescenti gradi di autonomia. Nondimeno, il termine "intelligenza" non designa qualità propriamente umane conferite alle macchine, ma descrive funzioni che rendono alcuni comportamenti delle macchine simili a quelli di un essere umano Sul tema Cfr.: G. Alfano, *L'impiego dell'IA per condizionare e valutare le persone tra limitazioni e divieti: qualche considerazione critica sulla proposta di Regolamento sull'IA elaborata dalla Commissione europea*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 2022, 2, 281; F. Pizzetti, *La proposta di Regolamento sull'IA della Commissione Europea presentata il 21.4.2021 (COM (2021) 206 final) tra Mercato Unico e competizione digitale globale*, in *Diritto di internet*, 2021, 4; C. Colapietro, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2022, 1, 9.

98 CNB, *Tecnologie dell'informazione e della comunicazione e big data: profili bio-etici*, del 25 novembre 2016: il CNB evidenzia che nell'ambito del trattamento dei dati, la richiesta delle informazioni deve essere sempre accompagnata da un consenso informato esplicito", in modo trasparente, completo e semplice, specificando "chi raccoglie e chi userà i dati, quali dati, come vengono raccolti, dove verranno conservati e per quanto tempo, per quale ragione e per quale scopo", precisando la revocabilità. Nel parere *Mobile-health" e applicazioni per la salute*:

5.1 Applicazione della IA in ambito sanitario. Profili etici

Il CNB ha rilevato che molte applicazioni dell'IA sono finalizzate a migliorare la pratica sanitaria, precisando che la IA può assistere il professionista nel prevenire, classificare e stratificare le condizioni del paziente (riducendo l'incertezza diagnostica); nel comprendere perché e come i pazienti sviluppano le malattie (riducendo l'incertezza fisiopatologica); nel considerare quale trattamento sarà più appropriato per loro (riducendo l'incertezza terapeutica); nel prevedere se si riprenderanno con o senza un trattamento specifico (riducendo l'incertezza prognostica)⁹⁹.

Inoltre, la IA può essere utilmente impiegata nella sperimentazione clinica, nella medicina personalizzata e nell'analisi di *big data* in genomica.

Nel settore della pratica clinica, le finalità sono molteplici: nell'ambito diagnostico e della prevenzione; nell'ambito della cura, della riabilitazione e dell'assistenza personale ad anziani, a persone con difficoltà motorie e a persone affette da autismo.

Sotto il profilo etico, si avverte la necessità di realizzare un nuovo “umanesimo digitale”, per una medicina “con” le macchine e non “delle” macchine, nella consapevolezza che l'automazione nell'acquisizione e interpretazione dei dati, nell'elaborazione delle diagnosi e nell'individuazione delle terapie o nella stessa effettuazione degli interventi non può essere completamente indipendente dall'uomo, ma richiede una costante verifica e non può escludere la specificità della relazione tra medico e paziente.

In tal senso, l'IA va considerata – secondo il CNB – esclusivamente come un aiuto nelle decisioni del medico, che rimangono controllate e supervisionate dall'uomo; resta compito del medico, in ogni caso, prendere la decisione finale, in quanto la macchina fornisce solo ed esclusivamente un supporto di raccolta e analisi dei dati, di natura consultiva¹⁰⁰.

Sotto il profilo della *privacy*, rileva il tema della correlazione tra l'affidabilità della IA e la opacità degli algoritmi: i passaggi attraverso cui si interpretano i dati non sempre sono spiegabili e trasparenti e possono anche dare risultati discriminatori.

aspetti bioetici, del 28 maggio 2015, il CNB esprime la consapevolezza “della difficoltà di realizzare un consenso informato e di tutelare la privacy degli utenti in questo nuovo campo applicativo”. Cfr., anche precedente parere del CNB e CNBBSV, *Sviluppi della robotica e della roboetica*, del 17 luglio 2017. 14.

99 CNB, *Intelligenza artificiale e medicina, aspetti etici*, 29 maggio 2020, 13.

100 CNB, *Intelligenza artificiale e medicina, aspetti etici*, 29 maggio 2020, 16.

Infatti, l'automazione può comportare la mancanza di trasparenza sulla logica seguita dalla macchina che non fornisce informazioni sulle correlazioni indicate o sulla logica adottata per giungere a una conclusione o proporre una decisione (rivolta al medico e/o al paziente).

Il CNB avverte che, classificando o stratificando i pazienti in gruppi o sottogruppi in base ai profili personali da loro ottenuti sulla base di vari criteri o finalità, possono adottarsi decisioni discriminatorie, stigmatizzanti o arbitrarie esclusivamente sulla base di tali profili o di considerazioni extra-sanitarie (legate anche, ad esempio, all'origine etnica o al genere).

Dunque, le "discriminazioni algoritmiche" impattano, anche in ambito medico, su equità e inclusività, pregiudicando i diritti e gli interessi delle persone più fragili.

In quest'ottica, il trattamento legittimo dei dati utili, continuamente aggiornati, per lo sviluppo degli algoritmi può scongiurare questi rischi.

La quantità e qualità dei dati necessari alla IA determinano – secondo il CNB – i rischi legati all'uso e all'incrocio dei dati nonché alla re-identificazione intenzionale e accidentale.

In tal senso, la disponibilità, l'accuratezza e la qualità dei dati e la loro interoperabilità sono le condizioni necessarie per gli sviluppi della IA; inoltre, la verifica, selezione, preparazione e supervisione dei dati da esseri umani, evita gli errori della raccolta e della classificazione dei dati, prevedendo anche meccanismi di IA di controllo e verifica della correttezza; la pseudonomizzazione consente la tracciabilità e l'identificazione in casi di rilevanza di comunicazione dei risultati, con opportune condizioni per evitare rivelazioni inappropriate.

Infine, i pazienti che si sottopongono a trattamenti sanitari attraverso l'IA devono essere informati, in modo trasparente e comprensibile, in merito a ciò che sta accadendo ed essere a conoscenza che quanto a loro applicato (sul piano diagnostico e terapeutico) implica vantaggi, ma anche rischi; se i trattamenti applicati (diagnostici o terapeutici) provengano solo da una macchina (IA, robot) o se e quali sono gli ambiti e i limiti del controllo umano o supervisione sulla macchina.

5.2 Il Disegno di legge recante disposizioni e deleghe in materia di Intelligenza Artificiale e il Parere del 2 agosto 2024 fornito dal Garante Privacy

La necessità di tutelare le libertà e i diritti fondamentali delle persone rispetto all'uso improprio o indiscriminato della IA, è stata recepita nel Disegno di legge recante disposizioni e deleghe in materia di intelli-

genza artificiale¹⁰¹ sul quale il Garante Privacy ha fornito il Parere 2 del agosto 2024¹⁰².

L'art. 1 del Disegno di legge promuove un utilizzo “corretto, trasparente e responsabile, in una dimensione antropocentrica”, dell'IA., garantendone la vigilanza rispetto ai rischi economici e sociali e all'impatto sui diritti fondamentali; l'art. 2 contiene le definizioni necessarie all'applicazione delle disposizioni introdotte, tra le quali quelle di “intelligenza artificiale”, “sistema di intelligenza artificiale” e di “dato”¹⁰³; l'articolo 3 individua – nel rispetto dei diritti fondamentali e delle libertà costituzionali, del diritto dell'Unione Europea e dei principi di trasparenza, proporzionalità, sicurezza, protezione dei dati personali, riservatezza, accuratezza, non discriminazione, parità dei sessi e sostenibilità – i vincoli di conformità dell'utilizzo dei sistemi di IA.

Il disegno di legge introduce, inoltre, un obbligo di vigilanza sulla correttezza, attendibilità, sicurezza, qualità, appropriatezza e trasparenza dei dati e dei processi mediante i quali sviluppare i sistemi di IA di cui si impone l'applicazione nel rispetto dell'autonomia e del potere decisionale dell'uomo, della prevenzione del danno, della conoscibilità e della spiegabilità.

L'art. 4, rubricato “principi in materia di informazione e di riservatezza dei dati personali”, premesso che le informazioni e le comunicazioni relative al trattamento dei dati connesse all'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale avvengono con linguaggio chiaro e semplice, in modo da garantire all'utente la piena conoscibilità e la facoltà di opporsi ai trattamenti non corretti dei propri dati personali”, prescrive, a tutela dei minori quali soggetti particolarmente fragili, che l'accesso alle tecnologie di intelligenza

101 Il Consiglio dei Ministri il 23 aprile 2024 approvava uno schema di disegno di legge recante disposizioni e delega al governo in materia di intelligenza artificiale volto a disciplinare l'utilizzo di sistemi di IA in settori ad alto rischio come quello sanitario.

102 Garante Privacy – *Parere su uno schema di disegno di legge recante disposizioni e deleghe in materia di intelligenza artificiale* – 2 agosto 2024.

103 La legge definisce il “sistema di intelligenza artificiale” come “un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali”. Definisce, inoltre, i “modelli di intelligenza artificiale” come “modelli che identificano strutture ricorrenti attraverso l'uso di collezioni di dati, che hanno la capacità di svolgere un'ampia gamma di compiti distinti e che possono essere integrati in una varietà di sistemi o applicazioni”.

artificiale dei minori di anni quattordici richiede il consenso di chi esercita la responsabilità genitoriale e che il minore degli anni diciotto, che abbia compiuto quattordici anni, può esprimere il proprio consenso per il trattamento dei dati personali connessi all'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale, purché le informazioni e le comunicazioni di cui al comma 3 siano facilmente accessibili e comprensibili.

In questo contesto normativo, è il comma 6 dell'art. 3 a prevedere la tutela dei soggetti vulnerabili: "la presente legge garantisce alle persone con disabilità il pieno accesso ai sistemi di intelligenza artificiale e alle relative funzionalità o estensioni, su base di uguaglianza e senza alcuna forma di discriminazione e di pregiudizio, in conformità alle disposizioni della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, fatta a New York il 13 dicembre 2006, ratificata e resa esecutiva ai sensi della legge 3 marzo 2009, n. 18".

Pertinente ai fini della presente indagine è l'articolo 7 del citato Disegno di legge che individua gli scopi, i diritti (in particolare d'informazione), le condizioni e i limiti connessi all'impiego, nel settore sanitario, dei sistemi di intelligenza artificiale: divieto di selezione e condizionamento dell'accesso alle prestazioni sanitarie con criteri discriminatori; riserva alla professione medica del momento decisionale del processo diagnostico e terapeutico, nel cui ambito l'I.A. svolge una funzione meramente ausiliaria; requisiti di affidabilità, verificabilità e aggiornamento dei dati e dei sistemi utilizzati.

L'articolo 8 disciplina (dichiarandone il rilevante interesse pubblico) i trattamenti di dati, anche personali, effettuati per la ricerca e la sperimentazione scientifica nella realizzazione di sistemi di I.A. in ambito sanitario, con legittimazione ex lege dell'uso secondario di dati personali, anche appartenenti alle categorie particolari di cui all'articolo 9 del Regolamento, privi di elementi identificativi diretti, previa informativa agli interessati, nonché comunicazione al Garante cui non segua, nei trenta giorni successivi, il blocco.

Il Garante Privacy, nel fornire il Parere su uno schema di disegno di legge, in ordine alla legittimazione del minore, ha precisato quanto segue: l'articolo 4, comma 4, merita di essere perfezionato, anzitutto facendo riferimento non già alla soglia di età attualmente prevista, quanto alla disposizione di cui all'articolo 2-quinquies del Codice (questo rinvio mobile potrebbe garantire il pieno allineamento del disegno di legge alla disciplina di protezione dei dati); tale comma andrebbe integrato con riferimento a misure idonee a garantire sistemi adeguati di verifica dell'età, per evitare l'altrimenti agevole elusione della prevista soglia anagrafica per la prestazione del consenso; in ordine al settore sanitario, l'articolo 7, nel delineare

condizioni, limiti e garanzie per l'utilizzo dei sistemi di I.A., dovrebbe essere integrato con il richiamo ai requisiti, più stringenti, che l'articolo 10 dell'AI Act esige per il trattamento di dati personali, segnatamente appartenenti alle categorie particolari di cui all'articolo 9 del Regolamento, per i sistemi considerati ad alto rischio.

Il Garante ha evidenziato che garanzie essenziali – la preferenza circa l'uso dei dati sintetici o anonimi, particolari limitazioni per l'utilizzo di dati sanitari (divieto di trasmissione, trasferimento o comunicazione), nonché la limitazione della conservazione – non sono assorbite dalle previsioni, non esaustive, di cui all'articolo 7.

Parimenti – secondo l'Autorità – l'articolo 8 dovrebbe essere compiutamente integrato e, in parte modificato, per rappresentare un valido presupposto di legittimazione del trattamento di dati personali a fini di ricerca nella realizzazione dei sistemi di I.A.; il comma 1 andrebbe conformato ai requisiti di determinatezza previsti dagli articoli 6, par. 3, lett. b) e 9, par. 2, lett. g) del Regolamento, nonché 2-sexies del Codice.

Infine, l'uso secondario dei dati (sempre nei limiti della presunzione di non incompatibilità del fine di cui all'articolo 5, par. 1, lett. b) del Regolamento) esige la previsione delle garanzie sancite dall'articolo 89 del GDPR per il trattamento funzionale, tra gli altri, a scopi di ricerca.

5.3 La vulnerabilità di utenti e pazienti sottoposti a trattamenti dei dati sanitari “ad “alto rischio”

Le recenti politiche governative sono volte all'introduzione di nuovi strumenti di interoperabilità e analisi delle informazioni personali, da ricondurre, soprattutto, alle interconnessioni delle banche dati sanitarie previste nelle modifiche apportate al Codice privacy (art. 2-sexies, commi 1-bis e 1-ter) e all'impiego di tecniche algoritmiche e di IA a supporto delle decisioni cliniche e governative sanitarie.

In merito alla protezione dei dati personali, è necessario predisporre garanzie adeguate ai rischi propri di tali trattamenti, soprattutto alla luce della possibile applicazione di strumenti di intelligenza artificiale alle banche dati che detengono le informazioni sanitarie dell'intera collettività ed individuare nuove misure di tutela della persona e della sua dignità correlate all'evolversi degli strumenti di analisi dei dati sanitari senza ostacolarne la diffusione.

Il Garante Privacy ha adottato otto provvedimenti di ammonimento nei confronti di regioni e province autonome in relazione alle attività svolte da un gruppo interistituzionale istituito dal Ministero della salute

preposto all'elaborazione del prototipo del modello predittivo, idoneo a valutare il fabbisogno della popolazione italiana, attraverso la profilazione del rischio sanitario individuale e la stratificazione per classi di morbidità della stessa¹⁰⁴.

L'Autorità, inoltre, ha adottato interventi sanzionatori nei confronti di tre Aziende sanitarie che, allo scopo di individuare per tempo i percorsi diagnostici e terapeutici più idonei in assenza di un idoneo presupposto giuridico e attraverso l'uso di tecniche algoritmiche, avevano effettuato un'attività di stratificazione della popolazione assistita, c.d. "medicina di iniziativa", volta a classificare gli assistiti in relazione al rischio di avere o meno complicanze in caso di infezione da Covid-19¹⁰⁵.

Sempre in ordine all'uso di algoritmi nel settore sanitario, il Consiglio di Stato ha affermato che dal diritto sovranazionale emergono tre principi, applicabili ove si utilizzino strumenti informatici: il "principio di conoscibilità", per cui ognuno ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardano e a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata; il "principio di non esclusività" della decisione algoritmica in base al quale il titolare del trattamento deve verificare periodicamente l'efficacia dei sistemi di IA, per rettificare i fattori che comportano inesattezze dei dati e minimizzare il rischio errori; il "principio di non discriminazione algoritmica", secondo cui occorre utilizzare procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, mettendo in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori, impedendo effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etni-

104 Provvedimenti del 24 febbraio 2022, nn. 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69 e 70, doc. web nn. 9752177, 9752221, 9752260, 9752299, 9752410, 9752433, 9752490 e 9752524. Il Ministero della salute aveva chiesto alle sette regioni e alla provincia autonoma un set di dati sulla salute dei loro assistiti e tali enti, al fine di rispondere alla richiesta del Ministero della salute, avevano elaborato e successivamente aggregato i dati sanitari. Secondo il Garante, il fatto che un soggetto terzo (il Ministero della salute) chieda a un titolare di effettuare operazioni di trattamento su dati personali rispetto ai quali quest'ultimo è titolare non comporta l'automatica attribuzione della titolarità in capo al richiedente, né tantomeno la perdita della titolarità da parte del soggetto che legittimamente detiene i dati al quale spetta, in un'ottica di accountability, valutare la legittimità della richiesta.

105 Provvedimenti del 15 dicembre 2022, doc. web nn. 9844989, 9845156 e 9845312. In merito, anche le sentenze del Tribunale di Pordenone del 13 ottobre 2023 e del Tribunale di Udine del 20 novembre 2023.

ca, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale¹⁰⁶.

L'Autorità di controllo, per chiarire i profili di protezione dei dati personali che devono essere debitamente considerati nello sviluppo dei sistemi algoritmici e di IA, ha adottato, nel mese di settembre 2023, il "Decalogo per la realizzazione di servizi sanitari nazionali attraverso sistemi di Intelligenza Artificiale", confermando i principi cardine già affermati dal Consiglio di Stato per l'utilizzo di algoritmi e di strumenti di IA, nel rispetto di misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi degli interessati: l'utilizzo di un algoritmo sui dati personali deve essere previsto da una disposizione normativa, che circoscriva la finalità per la quale è possibile effettuare il trattamento, l'individuazione di adeguate misure a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato¹⁰⁷.

In tal senso, l'Organizzazione mondiale della sanità (OMS), nell'ottobre 2023 ha pubblicato un nuovo documento che elenca le principali considerazioni normative sull'intelligenza artificiale per la salute¹⁰⁸.

L'OMS, nel riconoscere i potenziali benefici di tali tecniche (potenziamento degli studi clinici, miglioramento della diagnosi medica, integrazione delle conoscenze con le abilità e le competenze degli operatori sanitari) richiama l'attenzione sulla necessità che sia individuato un solido quadro giuridico e normativo per la tutela della *privacy*, della sicurezza e dell'integrità dei dati.

Merita, infine, richiamare, il documento "I sistemi di intelligenza artificiale come strumento di supporto alla diagnostica", redatto dal Consiglio superiore di sanità, sull'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale nell'ambito della sanità digitale¹⁰⁹.

Secondo il Consiglio superiore di sanità, uno sviluppo incontrollato delle tecnologie di IA potrebbe comportare numerosi rischi (l'uso di sistemi privi di una rigorosa validazione scientifica; mancanza di controllo sulle modalità di utilizzo dei dati, eventuali discriminazioni, di razza e/o di genere, introdotti dagli algoritmi).

106 Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472.

107 Il Decalogo è consultabile sul sito del Garante, doc. web n. 9938038. Cfr. E. Cur-reli, L. Liguori, E. Mandara, 1.4 in *Sanità: le linee guida di Garante privacy e OMS, in Agenda Digitale*, 21 dicembre 2023.

108 World Health Organization (WHO), *Regulatory considerations on artificial intelligence for health*, 2023, consultabili su: <https://iris.who.int/handle/10665/37342>.

109 Consiglio superiore di sanità, Sez. V, il 9 novembre 2021.

5.4 Il Regolamento europeo sull'IA: la centralità del concetto di "sorveglianza" umana

Il contesto normativo e regolatorio sopra descritto permette di comprendere le ragioni per le quali l'assistenza sanitaria si pone come un settore ad alto rischio impattante sulle condizioni di vulnerabilità degli interessati nel Regolamento europeo sull'AI approvato nel mese di marzo 2024 dal Parlamento europeo¹¹⁰.

In particolare, nell'allegato III al Regolamento sono classificati, ai sensi dell'art. 6, par. 2, ad "alto rischio": i sistemi di IA destinati a essere utilizzati dalle autorità pubbliche o per conto di autorità pubbliche per valutare l'ammissibilità delle persone fisiche alle prestazioni e ai servizi di assistenza pubblica essenziali, compresi i servizi di assistenza sanitaria, per concedere, ridurre, revocare o recuperare tali prestazioni e servizi (punto 5, lett. a) nonché i sistemi di IA di selezione dei pazienti per quanto concerne l'assistenza sanitaria di emergenza (punto 5, lett. d).

La tutela degli utenti del servizio sanitario assimilabili a soggetti vulnerabili in ragione dell'uso dei sistemi algoritmici o di IA presuppone la diffusione di un'intelligenza artificiale antropocentrica e affidabile che garantisca un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali.

Per l'addestramento dei modelli di IA ad alto rischio, il Regolamento europeo sull'IA prevede, come ipotesi eccezionale, l'uso delle categorie particolari di dati personali che devono essere soggetti a limitazioni tecniche relative al riutilizzo dei dati personali, nonché a misure più avanzate di sicurezza e di tutela della vita privata, compresa la pseudonimizzazione; deve, inoltre, essere garantita la validazione e la gestione dei sistemi di qualità, oltre che misure idonee ad assicurare la sicurezza, ivi compresi controlli sull'accesso, al fine di evitare abusi e garantire che solo le persone autorizzate sottostanti a opportuni obblighi di riservatezza abbiano accesso a tali dati personali.

¹¹⁰ La Commissione proponeva il primo quadro normativo dell'UE sull'IA nel mese di aprile 2021, rilevando che i sistemi di intelligenza artificiale utilizzabili in diverse applicazioni dovevano essere analizzati e classificati in base al rischio che rappresentano per gli utenti. Il 14 giugno 2023 il Parlamento UE adottava la sua posizione negoziale sul Regolamento sull'intelligenza artificiale (IA) attivando i negoziati con i Paesi dell'UE in Consiglio per la stesura finale del Regolamento. Raggiunto un accordo politico sull'IA Act tra il Parlamento, il Consiglio e la Commissione dell'Unione europea, Il Parlamento europeo, il 13 marzo 2024, approvava il Regolamento europeo sull'IA.

Inoltre, integra un'ipotesi di trattamento ad alto rischio dei dati sanitari ed appare riconducibile ad una condizione di vulnerabilità degli interessati, l'attività di profilazione dell'utente del servizio sanitario, in quanto idonea a determinare un trattamento automatizzato di dati personali volto ad analizzare e prevedere l'evoluzione della situazione sanitaria del singolo assistito e l'eventuale correlazione con altri elementi di rischio clinico; in ragione dell'indubbia situazione di vulnerabilità dell'utente interessato, la profilazione può essere effettuata solo nel rispetto di requisiti specifici previsti dal Regolamento e di garanzie adeguate per i diritti e le libertà degli interessati (cfr. art. 4, par. 1, n. 4, artt. 13, par. 1, lett. f), 14, par 2, lett. g), 15, par. 1, lett. h), art. 21, par. 1 e 35, par 3, lett. a) del Regolamento)¹¹¹.

Orbene, la stratificazione degli assistiti in base a classi di rischio sanitario comporta la profilazione degli stessi in relazione alle informazioni sullo stato di salute; in proposito, è consentito adottare decisioni sulla base della predetta profilazione soltanto se è espressamente previsto (Considerando 71 e art. 22 del Regolamento).

Sempre nell'ottica della tutela dei soggetti più fragili, per i dati personali appartenenti alle categorie particolari, il Regolamento richiama principi e regole specifiche, ad esempio, sulla preferenza circa l'uso dei dati sintetici o anonimi, sulle particolari limitazioni relative alla trasmissione, trasferimento o comunicazione delle informazioni, nonché sul tema della limitazione della conservazione dei dati.

5.5 I rischi di violazione dei dati personali e le misure idonee a prevenirli e mitigarli

I rischi per i diritti e le libertà fondamentali degli interessati derivanti dall'utilizzo dell'IA e le implicazioni per la protezione dei dati personali sono molto rilevanti: generare contenuti, fare previsioni o adottare decisioni in maniera *automatica*, *determina il superamento* delle modalità con cui queste stesse attività sono svolte dagli esseri umani attraverso il ragionamento creativo o teorico, nella piena consapevolezza della responsabilità delle relative conseguenze.

Per presidiare tali rischi l'EDPB, il Garante privacy nazionale ed il Garante europeo evidenziano l'assoluta rilevanza del concetto di sorveglianza (o supervisione) umana, rilevando che l'effettiva centralità degli esseri

111 Il Reg. UE 2016/679 per profilazione intende qualsiasi trattamento automatizzato di dati, consistente nell'utilizzo degli stessi per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare, per analizzare o prevedere aspetti riguardanti, tra gli altri, la salute dell'interessato; (art. 4, par. 2, n. 4).

umani dovrebbe fondarsi su una supervisione altamente qualificata e sulla liceità del trattamento, per assicurare il diritto a non essere assoggettati a una decisione basata esclusivamente su un trattamento automatizzato.

I rischi di discriminazione algoritmica, invero, impattando sull'equità e sull'inclusività alle cure, possono aumentare il divario e le disuguaglianze socio-sanitarie, in violazione di valori e principi costituzionali, pregiudicando i diritti e gli interessi dei soggetti più fragili.

In tal senso, il rispetto del principio di non discriminazione algoritmica impone che siano adottati sistemi di IA affidabili che riducano le opacità e gli errori dovuti a cause tecnologiche e/o umane e che ne venga verificata periodicamente l'efficacia in ragione della rapida evoluzione delle tecnologie impiegate, adottando misure tecniche e organizzative adeguate; infatti, la rettifica di fattori che comportano inesattezze dei dati e la minimizzazione del rischio di errori consentono di prevenire o mitigare effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base dello stato di salute o dell'orientamento sessuale¹¹².

Considerate la qualità dei dati, condizionata anche dalle caratteristiche socio-economiche della popolazione di riferimento, gli effetti discriminatori derivanti dall'uso di un sistema di IA possono avere un significativo impatto etico¹¹³; l'immissione sul mercato e l'uso di determinati sistemi di IA, potendo distorcere il comportamento umano, possono causare danni significativi o effetti negativi sulla salute fisica, psicologica o sugli interessi finanziari, che dovrebbero, pertanto, essere vietati¹¹⁴.

Considerati la vulnerabilità degli interessati (pazienti) e la natura dei dati trattati dai sistemi di IA, i titolari del trattamento dovrebbero informare gli utenti se il trattamento sia effettuato nella fase di apprendimento dell'algoritmo (sperimentazione e validazione) ovvero nella successiva fase di applicazione dello stesso, se sussistono eventuali obblighi e responsabilità

112 Considerando 71 del Regolamento. I rischi di discriminazione rispetto alle persone più vulnerabili, derivanti da una selezione impropria ed incompleta dei dati utilizzati dai sistemi di IA si sono palesati nell'uso di un sistema di IA recentemente utilizzato negli Stati Uniti; il sistema, per stimare il rischio sanitario di circa 200 milioni di americani, assegnava un livello di rischio inferiore ai pazienti afroamericani a parità di condizioni di salute, negandogli l'accesso a cure adeguate. La causa dell'errore era riconducibile alla metrica utilizzata per stimare il rischio, basata sulla spesa sanitaria media individuale, molto più bassa nella popolazione afro-americana.

113 Punto 9 del Decalogo; Considerando 47 e 67 del Regolamento sull'IA secondo il quale i sistemi diagnostici e di sostegno delle decisioni dell'uomo, sempre più sofisticati, devono essere affidabili e accurati.

114 Considerando 29 e 46 Regolamento sull'IA.

dei professionisti sanitari ad utilizzare servizi sanitari basati sull'IA e quali siano i vantaggi, diagnostici e terapeutici, collegati all'utilizzo delle nuove tecnologie algoritmiche.

Inoltre, nella descrizione dei trattamenti, occorre indicare le logiche algoritmiche utilizzate al fine di "generare" i dati e i servizi attraverso i sistemi di IA, le misure correttive eventualmente adottate e le misure idonee a verificare le operazioni eseguite da ciascun soggetto autorizzato; ciò al fine di rispettare il principio di trasparenza proprio della disciplina sulla protezione dei dati personali connesso a quello di conoscibilità della IA (l'interessato ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali basati su trattamenti automatizzati e a ricevere e comprendere informazioni significative sulla logica utilizzata)¹¹⁵

Seguendo questa prospettiva. l'approccio *privacy by design*, strumento elettivo per la realizzazione di sistemi di intelligenza artificiale in ambito sanitario, impone l'adozione di misure tecniche e organizzative adeguate ad attuare i principi di protezione dei dati (art. 5 del Regolamento) e integrare nel trattamento le necessarie garanzie per tutelare i diritti e le libertà degli interessati (art. 25 Reg. UE 2016/679) e, d'altro canto, la valutazione d'impatto sulla protezione dei dati (artt. 35 e 36 del Regolamento) è da ritenersi obbligatoria, in ragione del trattamento sistematico, su larga scala, di particolari categorie di dati personali (art. 9 del Regolamento) di soggetti vulnerabili, attraverso l'uso di nuove tecnologie che presentano un rischio elevato.

La valutazione d'impatto dovrebbe tener conto dei rischi tipici del trattamento: la perdita dei requisiti di qualità dei dati (mancato o errato allineamento e aggiornamento), la revoca del consenso, ove lo stesso costituisca la base giuridica del trattamento originario, la re-identificazione dell'interessato¹¹⁶.

In ordine alla realizzazione di sistemi nazionali di IA in ambito sanitario, i requisiti di esattezza, correttezza e aggiornamento del dato appaiono di particolare rilievo considerati i rischi di elaborazione di dati raccolti per finalità di cura che potrebbero essere stati, dopo la raccolta, modificati, rettificati o integrati dal personale sanitario che nel tempo interviene nel percorso di cura dell'interessato.

115 Cass. 11/10/2023, n. 28385, che richiama la protezione dei dati come elemento progettuale fondamentale del processo (artt. 5, par. 2, 24 e 25, par. 1, del Regolamento).

116 L. Bolognini – S. Zipponi, *Privacy e diritto dei dati sanitari*, 171 – Giuffrè, Francis Le Febvre Spa, Milano – 2024.

6. Conclusioni

Il presente lavoro – dedicato al rapporto tra vulnerabilità e trattamento dei dati relativi alla salute in ambito sanitario (con specifico riferimento all’attività clinica, alla sanità digitale ed all’uso delle nuove tecnologie in ambito sanitario) e nel settore delle sperimentazioni cliniche (connotato dalla condizione di aggravata vulnerabilità di pazienti, spesso oncologici, reclutati negli studi sperimentali) – è stato svolto tenendo conto del necessario bilanciamento tra il diritto alla protezione dei dati personali relativi a persone straordinariamente fragili e gli altri diritti fondamentali riconosciuti nella normativa nazionale e comunitaria.

Esaminata, seppur sinteticamente, la disciplina normativa italiana, prima e dopo il Reg. UE 2016/679 ed il D.Lgs. n. 101/18 ed approfondito il tema delle vulnerabilità connesse alle innovazioni tecnologiche nel settore della sanità digitale, con specifico riferimento ai dati sanitari elettronici e alle sperimentazioni cliniche, emerge, alla fine dell’indagine, la possibilità di individuare, sotto il profilo della protezione dei dati personali, una distinzione tra situazioni di vulnerabilità “tipiche”, la cui definizione è rinvenibile nella disciplina di settore nazionale ed unionale, e situazioni di vulnerabilità “atipiche”, qualificate tali in seguito all’accertamento della vulnerabilità effettuato in base ad indizi rivelatori delle singole situazioni di fragilità.

In conclusione, può affermarsi che la nuova dimensione del trattamento dei dati personali ed i nuovi temi etico-giuridici correlati ad una visione nazionale ed unionale dei trattamenti, dei diritti e delle tutele, impongono la necessità di trovare una sintesi tra i diversi valori che ispirano la disciplina normativa in ragione delle esigenze di tutela dei diritti fondamentali connessi all’uso dei dati personali: centralità dell’individuo, e della sua dignità, trasparenza, correttezza e non discriminazione, qualità ed esattezza dei dati, gestione del rischio, efficienza del sistema sanitario, appropriatezza ed efficacia delle scelte di prevenzione, diagnosi e cura.



ROSARIO FRANCO
DIRITTO E *NEURO-IMAGING*:
DAL “SUPER-UOMO” ALL’UOMO
“AUMENTATO”

SOMMARIO: 1. Le neuroscienze. – 2. Il diritto nella scienza e la scienza nel diritto. Il cd. neuro-diritto – 3. Dall’uomo razionale all’uomo neuronale: la psicologia della scelta e la *calcolabilità* delle emozioni. – 4. Dalla libertà di scelta al determinismo. Critica. – 5. Il cervello e la coscienza. – 6. Le incertezze delle neuroscienze e la necessità del controllo etico. – 7. La visualizzazione cerebrale e la (pretesa) spiegazione del cervello: la decodificazione del “pensiero”. – 8. L’uomo “aumentato” e la medicina cd. potenziativa. – 9. Dal superuomo nicciano all’uomo aumentato: la sfida è già in atto. – 10. La medicina potenziativa: il fermo presidio etico-assiologico. – 11. Il ruolo costitutivo (ancora una volta) del diritto.

1. Il tentativo che si vuole compiere in queste riflessioni è quello di mettere a cimento la dimensione della “legge” con quella (ampia, complessa ed in corso di continua ridefinizione) delle scienze cognitive o neuroscienze¹, provando a svolgere un’analisi biunivoca.

1 Per scienze cognitive o neuroscienze si vuole indicare quella complessiva vasta area di discipline, a fondamento medico-biologico, che si occupano di studiare la morfologia e il funzionamento del cervello umano e dell’intero sistema nervoso in relazione agli atteggiamenti umani (comportamenti, azioni, modalità di elaborazioni del pensiero, risposte in termini emotivi, ecc.), dei centri neuronali della memoria, del linguaggio e dell’apprendimento, dei centri deputati alla reazioni emozionali, alla formazione dei processi decisionali, al controllo degli impulsi inconsci e istintivi. L’ambito delle neuroscienze si è ampliato per includere diversi approcci utilizzati per studiare gli aspetti molecolari, cellulari dello sviluppo, strutturali, funzionali, evoluzionistici, cognitivi, patologici del sistema nervoso. Si sono ampliate enormemente anche le tecniche utilizzate dai neuroscienziati, che sono attualmente in grado di studiare dagli aspetti molecolari delle singole cellule nervose, fino al funzionamento complessivo dei fenomeni emergenti del cervello tramite l’utilizzo di tecniche di *neuroimaging* funzionale, il tutto mediante la collaborazione di modellizzazioni teoriche, simulazioni computazionali ed approcci sperimentali.

Nel senso, cioè, di verificare, per un verso, in quale modo le risultanze delle seconde – per come, di tempo in tempo, saranno ricercate, individuate, studiate e messe a profitto, di là da ogni abuso terminologico² – finiscono per incidere sulla formazione e, quindi, sull'individuazione delle *regole* che devono disciplinare i conflitti generati dagli innumerevoli accadimenti della vita, finendo per minare, inevitabilmente, quel solipsismo che da sempre (*melius*: almeno dalla formazione dello Stato assoluto moderno³) la legge rivendica soltanto a se stessa; per l'altro, come queste (*id est*: le regole) possano evolversi e modificarsi, in forza del proficuo sviluppo sovveniente dall'interpretazione, per adeguarsi – e, dunque, per essere applicate⁴ – alle nuove istanze di disciplina degli interessi (tra problema, regolazione, tutela, divieti e sanzioni) che le scoperte delle scienze cognitive impongono di prendere in seria considerazione⁵ (sebbene non anche in necessaria condivisione⁶). Si da evitare sia impostazioni riduzionistiche di quelle che queste esaltino

Cfr., P. Sommaggio, *Neurociviltà*, in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, 2014, p. 130 ss.; Id., *Neurociviltà o libertà cognitiva?*, in *Neurodiritto. Prospettive epistemologiche, antropologiche e biogiuridiche*, a cura di S. Fuselli, Milano, 2016, p. 135 ss., il quale riporta la definizione formulata da *Committee on Opportunities*, in *Neuroscience for Future Army Applications*, (Board on Army Science and Technology – Division on Engineering and Physical Sciences), National Research Council of the National Academies, 2009, *Opportunities in Neuroscience for Future Army Applications*, The National Academies Press, Washington, D.C., p. 12: “*Neuroscience refers to the multiple disciplines that carry out scientific research on the nervous system to understand the biological basis for behavior. Modern studies of the nervous system have been ongoing since the middle of the nineteenth century. The term ‘neuroscience’ was introduced in the mid-1960s, signaling the start of an era when these disciplines would work together cooperatively, sharing a common language, common concepts, and a common goal: to understand the structure and function of the normal and abnormal brain*”.

Per tutti A. Oliverio, *Prima lezione di neuroscienze*, Roma-Bari, 2008, *passim*.

- 2 Lo segnala, puntualmente, P. Sommaggio, *Neurociviltà*, cit., p. 131.
- 3 Come interverrebbe a correggere Paolo Grossi.
- 4 G. Romano, *Diritto, neuroscienze e neuroimaging: proiezioni di un percorso interdisciplinare*, in *Diritto e neuroimaging. Prove aperte di un dialogo*, a cura di G. Romano e U. Sabatini, Napoli, 2021, p. 15 ss., spec., p. 20 ss.
- 5 Si tratta della duplice impostazione che propone di indagare le “neuroscienze del diritto” ed il “diritto delle neuroscienze”. Cfr., AA.VV., *Il diritto nelle neuroscienze. Non “siamo” i nostri cervelli*, a cura di L. Palazzani e R. Zannotti, Torino, 2013, *passim*, spec., p. 105 ss.
- 6 Ed infatti, ad es., S. Fuselli, *Ripensare l'uomo: ripensare il diritto? Sui supposti fondamenti neurobiologici del diritto*, in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, 2014, 2, p. 101 ss., spec., p. 104 ss.

eccessivamente, sia atteggiamenti di retroguardia o di netta (o pre-giudiziale) chiusura⁷ (originanti da quella precomprensione già magistralmente problematizzata⁸). In una alle insopprimibili questioni etiche (se si crede che quello della *possibilità* o della *potenza*⁹ non debba ergersi a unico criterio scriminante della scelta¹⁰) ed alle incertezze scientifiche, le quali, in un più vasto orizzonte discorsivo, non potrebbero non essere chiamate a restituire le ragionevoli coordinate entro le quali svolgere ogni dibattito, al punto da revocare in dubbio sia “l’affermazione postumanista di un [preteso ed acquisito] diritto incondizionato al ricorso a tutto ciò che la tecnoscienza mette a disposizione”¹¹, sia le annunciate verità di un esasperato scientismo che troppo spesso dimentica l’illuminata impostazione della fallibilità epistemologica.

E ciò – lo si dica senza mezzi termini – per la stessa tenuta complessiva della riflessione che in proposito deve svolgersi. Compito della neuroetica¹² è, infatti, quello di studiare sia le relazioni che si creano tra

7 È bene ricordare che se la Costituzione salvaguardia il diritto fondamentale alla salute (art. 32), promuove e sollecita, altresì, lo sviluppo scientifico e tecnologico (art. 9).

8 J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, con Introduzione di Pietro Rescigno, Napoli, 1972, *passim*.

9 E. Severino, in E. Boncinelli e E. Severino, *Dialogo su Etica e Scienza*, Milano, 2008, *passim*.

10 J. Ratzinger, *La vera Europa. Identità e missione*, Siena, 2021, p. 214, secondo il quale parrebbe diffondersi sempre più – alla stregua del giudizio che vuole coincidenti liceità e fattibilità – l’idea secondo cui la “possibilità come tale diviene criterio per sé sufficiente”.

11 Così – ma in termini seriamente critici – S. Rodotà, *L’uso umano degli esseri umani*, in *Micromega*, 2015, p. 121 ss., il quale richiama direttamente, nel titolo, il volume di N. Wiener, *Introduzione alla cibernetica. L’uso umano degli esseri umani* (1950), Milano, 2012, *passim*; Id., *Così l’umano può difendersi dal postumano*, in *La Repubblica*, 28 aprile 2015.

12 Comunemente si discute di neuro-etica in almeno da due approcci differenti: quello che studia le reazioni, in termini comportamentali, di un soggetto che è sottoposto ad alcune sollecitazioni cerebrali, con riferimento alle ricadute sociali ed etiche nello svolgimento della vita concreta (etica delle neuroscienze) e quello che approfondisce lo studio del cervello (e delle sue reazioni) al cospetto dei tradizionali principi e regole imposte dall’etica e dalla morale (neuroscienze dell’etica). La presa di coscienza di queste due distinte impostazioni che mettono in relazione etica e neuroscienze si deve a A.L. Roskies, *Neuroethics for the new millenium*, in *Neuron*, vol. XXXV, 2002, n. 1, p. 21 ss.

Questa la definizione che si ritrova in *Neuroethics: mapping the field. Conference proceedings*, 13-14 maggio 2002, San Francisco, California, New York, 2002, p. III: “Gli organizzatori della conferenza definiscono la “neuroetica”

(funzionamento dell')encefalo e comportamento del soggetto e, quindi, come si formano le nostre scelte o i nostri orientamenti, con tutte le conseguenze che tali relazioni sono idonee a produrre, in specifico riferimento al profilo etico e sociale (*neuroscienze dell'etica*); sia l'approccio complessivo – assiologico e valoriale – che deve porsi sullo sfondo allo scopo di individuare le coordinate generali entro le quali le neuroscienze dovranno orientarsi, individuando e riflettendo sui potenziali aspetti problematici o controversi sollevati dalle nuove scoperte (*etica delle neuroscienze*).

Il confronto tra diritto e scienza, peraltro, non è nuovo¹³; né sono nuove le delicate questioni sulle quali esso impone di meditare, al punto da far discutere ora di *troubled marriage*¹⁴, tanti e tali sarebbero le incompatibilità tra i principi ed i valori fondanti che informano i due distinti ambiti di conoscenza; ora, al contrario, di benèfici servigi¹⁵ che le neuroscienze (in una alla genetica molecolare) sarebbero idonee a provocare nella società e sulle regole organizzative sulle quali si fonda¹⁶, con un notevole effetto di miglioramento della convivenza sociale; ora, infine, di un “indispensabile dialogo”¹⁷, senza “enfattizzazioni indebite

come lo studio delle questioni etiche, giuridiche e sociali che sorgono quando le scoperte scientifiche sul cervello sono portate nella pratica medica, nelle interpretazioni dei giuristi e nelle politiche sanitarie e sociali. Questi risultati si stanno verificando in campi come la genetica, il *brain imaging*, la diagnosi e la predizione delle malattie. La neuroetica si prefigge di verificare come medici, giudici e avvocati, assicuratori e politici, così come il pubblico si avvicinano a questi temi”.

- 13 S. Amato, *A chi appartengono i miei pensieri? Neuroscienze e diritto di proprietà*, in *Il diritto nelle neuroscienze*, cit., p. 29 ss., spec., p. 37 s.: “la connessione tra psichiatria e diritto è molto più antica delle neuroscienze”.
- 14 S. Haack, *Irreconcilable Differences? The Troubled Marriage of Science and Law*, 72 *Law and Contemporary Problems*, 1-24 (Winter 2009), in <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol72/is1/2>.
- 15 Cfr. l'elenco delle Fondazioni statunitensi che sostengono con forza e ingenti finanziamenti al fine di stimolare e diffondere sempre più dibattiti in merito alla relazione tra diritto e neuroscienze, in P. Sommaggio, *Neurociviltà*, cit., p. 137 ss. ed *ivi* nota 31.
- 16 Osserva S. Fuselli, *Ripensare l'uomo: ripensare il diritto?*, cit., p. 101: “L'incontro fra neuroscienze e diritto non è perciò un evento accidentale, né sono da trascurarsi le sue potenziali conseguenze”.
- 17 L. Palazzani e R. Zannotti, *Introduzione*, in *Il diritto delle neuroscienze*, cit., p. 4.

[e] pericolose sottovalutazioni”¹⁸. D'altra parte, in scia a O.D. Jones¹⁹, l'interrogativo circa un “diritto connaturato al nostro cervello”²⁰ non è poi così peregrino, poiché “[s]e il diritto ha di mira il comportamento, e se il comportamento *sorge* principalmente dal cervello, allora imparare di più circa l'architettura e il funzionamento del cervello *dovrebbe* aiutare il giurista, soprattutto laddove questi si interroga sul modo migliore per regolare i comportamenti dei consociati affinché risultino per lo più soddisfacenti”²¹.

Ed allora quello che le neuro-scienze sollecitano di ingaggiare, nel loro tumultuoso svolgersi²², è un confronto al quale il giurista “responsabile” non può sottrarsi e che può ingaggiare facendo ricorso a “tutte le potenzialità di quell'arma [...] che è l'interpretazione”²³, all'un tempo avvertendosi della consapevolezza che i tradizionali riferimenti concettuali dovranno essere sottoposti nientemeno che ad una rivoluzione metodologica e semantico-semiologica²⁴ (si come *romanianamente* intesa²⁵) in una al ritracciamento dei confini del diritto in sé²⁶, se vorrà

18 A. Lavazza-V.A. Sironi, *Che cosa è la neuroetica*, in *Neuroetica. Interpretare e orientare la rivoluzione delle neuroscienze*, a cura di A. Lavazza e V. A. Sironi, Roma, 2022, p. 20.

19 O.D. Jones, *Law, evolution and the brain: applications and open questions*, in *Law and the brain*, 2004, p. 1697 ss.

20 S. Fuselli, *Ripensare l'uomo: ripensare il diritto?*, cit., p. 102 anche per il successivo virgolettato (corsivo originale).

21 O.D. Jones, *Law, evolution and the brain: applications and open questions*, in *Law and the brain*, a cura di S. Zeki O. Goodenough, Oxford, 2004, p. 1697 ss.

22 S. Fuselli, *Ripensare l'uomo: ripensare il diritto?*, cit., p. 11; nonché il volume AA.VV., *Il diritto nelle neuroscienze. Non “siamo” i nostri cervelli*, cit., *passim*; usa parimenti l'aggettivo “tumultuoso”, F.G. Pizzetti, *Neurodiritto*, in *Neuroetica*, cit., p. 105 ss.

23 P. Grossi, *Società diritto Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2006, p. 53.

24 Come rileva S. Nannini, *Naturalismo cognitivo. Per una teoria materialistica della mente*, Macerata, 2007, p. 79, occorre che “[p]iù in generale la psicologia e la filosofia devono rivedere il loro linguaggio ed i loro concetti alla luce delle neuroscienze, se vogliono avere con esse un rapporto di coevoluzione”.

25 Santi Romano, *Rivoluzione e diritto*, in Id., *Frammenti di un dizionario*, Milano, 1951, p. 220 ss.

26 Si da rinnovare – sia pure in un contesto completamente diverso ed al cospetto di nuovi problemi etici – l'antico dibattito, nato negli anni '60 del secolo scorso, sui confini del diritto civile. Cfr., L. Sammiceli-G. Sartori, *Neuroscienze giuridiche: i diversi livelli di interazione tra diritto e neuroscienze*, in AA.Vv., *Manuale di neuroscienze forensi*, a cura di A. Bianchi-G. Gullotta-G. Sartori, Milano, 2009, pp. 15-36, i quali invocano una rinnovata concettualizzazione della soggettività con attenzione alla “totalità ontologica” della persona; poiché “le moderne neuroscienze cognitive rappresentano

continuare ad utilizzare quelle categorie del pensiero²⁷ (e segnatamente quelle giuridiche²⁸) che da sempre, nonostante attacchi più o meno frontali, si rivelano indispensabili per la stessa idea della *pensabilità* e per l'organizzazione di ogni ragionamento logico²⁹, sì come magistralmente ci rammenta, dalle sue algide e dense pagine, Giovanni Gentile.

2. Le neuro-scienze, in fatti, con la pervasività trans-disciplinare che le connota, propongono di lasciar scorrere il ruvido confronto dalle problematiche poste dall'antica questione del *diritto nella scienza* a quella – contemporanea o post-moderna – della *scienza nel diritto*. Il che significa lasciare sullo sfondo l'analisi, dotta e serrata, svoltasi in margine al carattere della *scientificità* che può assistere il diritto³⁰ e la

l'espressione di una visione complessiva della natura umana che, in quanto tale, è destinata ad investire fin dalle fondamenta l'architettura concettuale del sapere giuridico, costringendolo ad un profondo ripensamento": A. Bianchi, G. Gulotta, G. Sartori, *Introduzione*, in AA.Vv., *Manuale di neuroscienze forensi*, cit., p. XIII.

- 27 G. Gentile, *Sistema di logica come teoria del conoscere*⁵, vol. II, cap. II, § 2, Firenze, 2012: "Questo il destino del pensato, di non poter dire di aver escluso assolutamente da sé il pensare, se non quando è diventato esso stesso pensare; di non potersi mai sequestrare nella sua solitudine infinita, se non quando abbia assorbito in se stesso il suo nemico, di cui vuole disfarsi, il pensante".
- 28 Sul punto, G. Romano, *Diritto, neuroscienze e neuroimaging*, cit., p. 15 ss.
- 29 Così si è concluso un recente scritto a margine del negozio giuridico (R. Franco, *Il negozio giuridico: categoria ordinante e schema di pensiero. A proposito di un libro recente*, in *Riv. dir. priv.*, 2023, p. 41 ss., spec., 440): "In conclusione, piace ricordare l'aneddoto che raccontava Mario Rotondi, devoto allievo, in margine a quella notte camerte in cui Vittorio Scialoja, riunitosi con altri studiosi ad esaminare alcuni frammenti del Digesto, accortisi 'che l'ora era passata', si dirige verso l'uscita dell'Università e ritrova 'un alto e bel cancello di ferro battut', che però era anche ben serrato! Il Maestro non trovò altra soluzione che scavalcarlo. Ecco – si continua – nel riportarne le parole, 'questo ... abbiamo fatto poi maestri e discepoli per tutta la vita: abbiamo scavalcato vecchi cancelli'. Ebbene, nella vita come nel diritto, ci sono cancelli vecchi che vanno scavalcati; devono, anzi, essere scavalcati! Ma i concetti e le categorie, no! Non possono essere scavalcati: aggiornati ed adeguati, ricomposti e ripensati, ma non scavalcati (in quanto costituenti l'essenza stessa del pensare); a meno di non voler accollarsi il grave rischio di non esercitare più neppure l'abilità dell'arte dello scavalcare".
- 30 G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1962, *passim*; N. Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1950, *passim*.

giurisprudenza³¹; ovvero il problema relativo alla riconducibilità del diritto in sé (complessivamente ed unitariamente inteso) alla scienza, non senza passare attraverso una necessaria riformulazione di senso degli stessi termini che compongono l'evocata relazione. Invero, nel respingersi ogni prospettiva che ponga come *opposti* tra essi diritto e scienza³², ci si dovrà incamminare nel discorso che propone di individuare i criteri generali per consentire di accertare le implicazioni, le interrelazioni e le dinamiche che suscita la penetrazione della scienza (*melius*: delle neuro-scienze) nel diritto, salvaguardando la libertà della ricerca³³ ed all'un tempo le istanze di controllo e bilanciamento (al massimo livello costituzionale) degli interessi della persona nella sua dignità e totalità di vita. O, meglio, da un lato, le incidenze che le risultanze che esse consentono di acquisire sono potenzialmente idonee a provocare sull'azione e sul comportamento del soggetto e, quindi, sulla regola generale ed astratta della legge e del diritto privato³⁴, in quanto ontologicamente votate all'esaltazione delle specialità (cerebrali) della personae e così ricacciando ogni pretesa veritativa³⁵. E, viceversa, le esigenze di regolazione che da più parti si avvertono affinché le scoperte neuroscientifiche ricevano un'adeguata sistemazione collocandole (*positivamente*) nell'intera e complessa dimensione del "giuridico" (senza astratti e precostituiti schematismi ideologici), dall'approccio concettuale-etico a quello applicativo-concreto, recependo, altresì, a protezione degli interessi del singolo e dell'intera collettività globale, concrete istanze di tutela, di promozione e di sanzioni³⁶.

31 S. Pugliatti, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in Id., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, p. 103 ss.

32 Con lucidità, C. Casonato, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Riv. aic*, 2016, 2, p. 1 ss., spec., p. 3 ss.

33 R. Bin, *La libertà della ricerca scientifica in campo genetico*, in *Alle frontiere del diritto. Scritti in onore di Valerio Onida*, a cura di M. D'Amico-B. Randazzo, Milano, 2011, p. 215 ss.

34 L. Palazzani e R. Zannotti, *Introduzione*, cit., p. 1 ss., discutono di "neuroscienze del diritto" (e cioè lo studio dei fondamenti neurologici della sfera giuridica) e di "diritto delle neuroscienze" (e cioè la ricerca di un'ampia e adeguata disciplina per regolamentare le scoperte, gli esperimenti e le applicazioni concrete delle neuroscienze).

35 M. Farisco e C. Petrini, *On the stand. Another episode of Neuroscience and Law. Discussion from Italy*, in *Neuroethics*, 2013, pp. 243 ss.

36 Tra i tanti, sul punto, E. Picozza, *Neurodiritto. Ipotesi di voce per un'enciclopedia o dizionario giuridico*, in *Il diritto nelle neuroscienze*, cit., p. 105 ss.; Id. (a cura di), *Neurodiritto. Una introduzione*, Torino, 2011, *passim*; F.G. Pizzetti, *Neurodiritto*, cit., p. 105 ss.; S. Fuselli, *Neurodiritto. Per una*

Il *neuro-diritto* si prefigurerebbe non già come un *neo-diritto*, una nuova forma di diritto, bensì come *neo-categoria* ermeneutica idonea ad esaltare l'importante e delicata (quanto antica) funzione di mediazione assiologico-valutativa tra il piano del *fatto* (le neuroscienze che schiudono ad ogni *possibilità*) e quello della norma-*valore* (che pone al centro della "scena" del mondo la *persona*) nell'ambito promozionale della più pervasiva e generale azione giuridica. Evitando di correre il pericolo di revocare in dubbio non soltanto il fondamento del diritto, che pone ogni regola come *ius positum*, e, quindi, in termini di vigenza *ratione imperii* (sia pure a diffusione sociale ed a vocazione assiologica), bensì lo stesso assunto ideologico che ne costituisce lo sfondo³⁷, vale a dire l'*unicità* del soggetto e dell'agente razionale, evolutosi da (mero) individuo a persona umana³⁸ con la sua dignità (e la conseguente costituzionalizzazione valoriale, nazionale ed europea³⁹).

introduzione, in *Neurodiritto. Prospettive epistemologiche, antropologiche e biogiuridiche*, cit., p. 7 ss.

37 Non senza finire, tuttavia, per reagire sulla stessa capacità di persuasione di una data disposizione normativa e, quindi, sul grado di diffusione del suo esser avvertita come *effettiva*.

38 M. Benasayag, *Il cervello aumentato, l'uomo diminuito* (2014), Trento, 2022, p. 17: "[I]o studio del cervello mette in discussione le basi medesime di quello che culturalmente si considera il soggetto umano"

39 In argomento si rinvia alle pagine classiche di A. Falzea, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, *passim*; V. Frosini, *Il soggetto del diritto come situazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, p. 227 ss.; Id, *Soggetto del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1970, p. 813 ss.; F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, 9^a ed., Padova, 1983, p. 23 ss.; F. Alcaro, *Riflessioni critiche intorno alla soggettività giuridica. Significato di una evoluzione*, Milano, 1976; P. Barcellona, *I soggetti e le norme*, Milano, 1984, *passim*; S. Rodotà, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007, *passim*.

Nel senso che la persona diviene punto di confluenza di una pluralità di culture, che riconoscono in essa il proprio riferimento di valore, P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 433 ss. Sul riconoscimento della persona quale valore normativo posto al vertice della gerarchia dei valori costituzionali, ancora Id., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, spec. pp. 12, 175 e 189 s.; Id, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, in *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, pp. 3 ss., 12 ss. e 137 ss.; P. Stanzione, voce *Persona fisica I) Diritto civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1991, p. 1 ss. Per una ricostruzione della ascesa della "persona" rispetto al "soggetto", v. G. Oppo, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in *Riv. dir. civ.* 2002, I, p. 829 ss., ove si riconosce nella persona una realtà umana che preesiste, anche giuridicamente, al diritto positivo. Sul tema, cfr., altresì, P. Stanzione, *Dal soggetto alle persone*, in *Scienza e insegnamento*

Unicità che aveva rappresentato, nelle preparazioni filosofiche della rivoluzione francese (i cui esiti sarebbero ricaduti nella codificazione napoleonica), l'ambizioso traguardo che avrebbe consentito di vincere, più di due secoli fa, la *lotta contro i censi ed i privilegi*, e lasciar conseguire a ciascun uomo lo *status* di cittadino. Se non fosse che l'unicità del soggetto, del cittadino, dell'uomo, come agente nel mondo della dinamicità dei valori e delle azioni (giuridicamente rilevanti), da conquista di libertà e di uguaglianza si sarebbe trasformata, con il progredire dei tempi e delle scienze, in ipostasi ideologica⁴⁰ di un modello regolatorio che se già da tempo non riusciva più a nascondere le sue crepe assiologiche, con l'avvento delle neuroscienze rischia seriamente di mostrare la corda, anche in termini più propriamente tecnici, di efficienza ed effettività di quelle *pre-scelte* modalità di valutazione (in quanto tali già implicanti una precipua opzione politica e di valore).

3. Sullo sfondo di un annunciato (e poi per vero non verificato⁴¹) stravolgimento⁴² della stessa autonomia privata⁴³, si ritroverà non più l'*homo aeconomicus*, che assume (nella sua indipendenza, libertà e consapevolezza) decisioni (tendenzialmente) razionali e razionalizzanti il substrato (talvolta caotico) del contesto pre-decisionale e che, in quanto tale, è assunto a presupposto di ogni branca del sapere; segnatamente, dell'economia e del diritto (*id est*: il mercato), quale ipostatizzato modello di razionalità e di *normalizzazione* (nel senso letterale di *normare l'azione*), bensì un soggetto che agisce e si muove, si sviluppa e si relaziona con gli altri in forza di una *razionalità limitata* e di emozioni, sensazioni emotive, istinti e ricezioni sensoriali contestualizzate, abitudini e supposizioni (*Heuristic*)

del diritto civile in Italia, cit., p. 385 ss.; A. Gorassini, *Il concetto di persona rispetto al concetto di soggetto: necessità di limiti o universi paralleli?*, in AA.VV., *Il diritto civile oggi*, Napoli, 2006, p. 265 ss.; S. Rodotà, *Dal soggetto alla persona*, cit., *passim*.

40 A. Zoppini, *Le domande che ci propone l'economia comportamentale ovvero il crepuscolo del "buon padre di famiglia"*, in *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, a cura di G. Rojas Elgueta e N. Vandi, Roma, 2014, p. 13.

41 Almeno ad intenderlo nelle annunciate dimensioni.

42 Puntuali le osservazioni di A. Gentili, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, in *Oltre il soggetto razionale*, cit., p. 75 ss.

43 Ne dà eloquente evidenza, P. Sommaggio, *Neurociviltà*, cit., p. 130 ss. Cfr., altresì, da altra prospettiva, R. Caterina, *Modelli di razionalità e incompletezza del regolamento contrattuale*, in *Oltre il soggetto razionale*, cit., p. 47 ss.

e che incappa in errori cognitivi e di valutazione (*Bias*) in esito ad una preesistente *propensione psicologica* della scelta⁴⁴. Vieppiù in un mercato in cui l'asimmetria informativa⁴⁵ e il controllo sulle modalità di comunicazione delle informazioni⁴⁶ (e sulle rappresentazioni che di esse ricevono i destinatari⁴⁷) vengono messe a sistema nella prospettazione che sostituisce all'obiettivo dell'equilibrio ottimale la più realistica propensione all'equilibrio sub-ottimale (*id est*: soddisfacente). Si deve prendere contezza che si è in presenza di un soggetto *debole* che – in una più ampia dimensione politico-assiologica di paternalismo libertario⁴⁸ – dovrà essere stimolato (anche in forza di obblighi informativi⁴⁹) ad esprimere, nella dimensione procedurale, un *consenso informato* (nel senso di *dover ricevere*⁵⁰, dalla controparte⁵¹, e dover assumere, di per sé⁵², *informazioni*) al fine di adottare

44 N. Guéguen, *Psicologia del consumatore*, Bologna, 2016, *passim*, di “architettura della scelta” discute icasticamente R. Caterina, *Architettura delle scelte e tutela del consumatore*, in *Cons. Dir. Merc.*, 2021, n. 2, p. 73 ss.

45 L'intero originario apparato del Codice del Consumo.

46 Le *pratiche commerciali scorrette* (introdotte successivamente) nel Codice del Consumo e di cui agli artt. 18 ss.

In merito al stimolante pagina di F. Addis, *Le pratiche commerciali sleali e le risorse di fiducia delle imprese: aspetti positivi e questioni irrisolte*, in E. Minervini e L. Rossi Carleo (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali*, Milano, 2007, p. 57 ss.

47 Alcune accreditate ricerche scientifiche dimostrano che è possibile influenzare le scelte dei consumatori (o di alcune categorie di consumatori) manipolando il modo in cui le informazioni sono rappresentate e presentate ovvero il contesto in cui i consumatori adottano la loro decisione finale di acquisto. E di ciò gran parte delle imprese sono pienamente consapevoli.

48 L'apparente ossimoro è di R. Caterina, *Architettura delle scelte e tutela del consumatore*, cit., p. 73; Id., *Pratiche commerciali scorrette e psicologia del consumatore*, in *Studi in Onore di A. Frignani. Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, Napoli, 2011, p. 123 ss., spec. p. 124.

49 Di “governo legale delle debolezze cognitive (intendere) e valutative (volere)” discute plasticamente A. Gentili, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, cit., p. 99.

50 Artt. 6 e 8 della Direttiva 2005/29/CE.

51 La quale è conseguentemente tenuta ad adempiere a tutti gli obblighi informativi sia imposti dalla legge, sia ad essa riconducibili alla stregua del concreto contesto situazionale in cui si svolge la relazione giuridica; con informazioni che dovranno essere offerte con modalità adeguate alle tecniche di comunicazioni prescelte e tali da essere comprensibili anche a soggetti con capacità cognitive non illimitate.

52 Si tratta del criterio assunto dal Considerando n. 18 della predetta Direttiva europea, col quale si “prende come parametro il consumatore medio che è normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto” senza, tuttavia, raggiungere quell'*ottimo* informativo che, di contro, è posto a base della teoria economica classica con il modello dell'*homo oeconomicus*.

decisioni ponderate e consapevoli, strumentali ad accrescere una più efficiente, efficace e effettiva modulazione contrattuale dei propri interessi; il più possibile scevri da “indebiti condizionamenti”. Un soggetto che, in altri termini, si pone quale innovativo modello di riferimento e quale *incipit* di una rinnovata “prospettiva dichiaratamente neosistematica”⁵³.

Non più l'uomo razionale⁵⁴, bensì l'uomo neuronale⁵⁵; non più il musulaino⁵⁶ “uomo senza qualità”, ideale ed astratto, normalizzante il *proprium* di ogni azione svolta, bensì l'uomo razio(emozio)nale, “la persona umana concreta, colta nel divenire storico anzitutto con la propria singolarità neuronale la quale, pur costituendo l'irripetibile unicità della persona umana il frutto di un'alchimia tra la componente genetica e altri fattori, ne determina *in primis* l'individualità comportamentale”⁵⁷. Non più, daccapo, l'uomo che, alla stregua di una razionalità oggettivata e oggettivizzante (il contesto situazionale nel quale è concretamente, fisicamente e psichicamente coinvolto), consente la riconduzione della “scelta” ad un criterio univoco di giudizio, bensì un uomo che si emoziona, nella molteplicità delle espressioni che l'emozione è capace di creare. Ragione ed emozione, d'altra parte, come i loro diretti riferi-

53 A. Zoppini, *Le domande che ci propone l'economia comportamentale*, cit., p. 11.

54 Ipostasi soggettiva ben nota all'economia ed al diritto classicamente intesi. In verità, che l'agente economico sia sempre stato concepito come soggetto razionale è, invero, più la conseguenza di una semplificante assunzione preliminare e pregiudiziale degli studi giuridici ed economici tradizionali, a sua volta esito di una determinata impostazione assiologico-ideologico del legislatore del diritto privato, anche al fine di una più agevole formulazione delle regole di organizzazione socio-economica della società e dell'azione dei soggetti, che non il risultato di analisi approfondite e scientificamente fondate, in ragione del soltanto recente progresso e sviluppo degli studi sul cervello e sull'economia comportamentale. In altri termini, che il soggetto – ogni soggetto – fosse non soltanto l'*homo aeconomicus*, che assume sempre scelte razionali e razionalizzanti il contesto in cui queste vengono adottate, è ed era osservazione di agevole condivisione nella comunità scientifica e decidente. È anche vero però che tale ultima osservazione, che faceva dell'agente giuridico-economico un soggetto complesso, non soltanto razionale, ha potuto ricevere solide conferme scientifiche in seguito al progresso che ha caratterizzato, soltanto negli ultimi vent'anni, la neuro-biologia, la neuro-medicina, le nano-tecnologie, ecc.

55 È la fortunata formula di J.P. Changeux, *L'uomo neuronale* (1976), Milano, 1983, *passim*; la quale costituisce una vera e propria “bomba epistemologica” per M. Benasayag, *Il cervello aumentato, l'uomo diminuito*, cit., p. 48.

56 R. Musil, *L'uomo senza qualità*, Torino, 1932 (trad it. 2014), *passim*.

57 L. Tafaro, *Cosa ci dice il cervello? Neuroimaging e diritto civile. Per una tutela sempre più effettiva della persona umana (dalla culla alla toma)*, in *Diritto e neuroimaging. Prove aperte di un dialogo*, cit., p. 110.

menti etimologici *rationem* ed *emotionem*, rimandano storicamente⁵⁸ a sfere del soggetto completamente diverse tra esse e che ora si possono individuare, comprendere e tradurre in formule matematico-biologiche. La prima rinvia al “calcolo”, alla “misura”, alla “regola” e, dunque, all’“intelletto” che li svolge; la seconda, al contrario, rimanda letteralmente all’*e-movère*, cioè al muovere fuori, al trasportare fuori da sé, e, quindi, fuori anche dall’intelletto per poi, metaforicamente, assumere il significato di sollecitare lo spirito, tradizionalmente collocato non nel luogo della ragione, bensì in quello del cuore.

La svolta epocale non sarebbe stata rappresentata dall’acquisizione della consapevolezza della profilata evidenza – *id est*: ogni scelta e/o decisione, non solo di carattere economico, viene adottata *anche* alla stregua di fattori che prescindono dall’*esclusivo* riferimento alla dimensione razionale – e che i più accreditati studi medico-filosofici avevano consentito di prefigurare già da tempo, bensì dagli assai più sorprendenti risultati conseguiti in forza delle innovative conquiste delle neuroscienze e dalla continua diffusione e perfezionamento delle tecniche complessive di *neuro-imaging* e di *brain-stimulation*, con sofisticate ed approfondite mappature morfologica, funzionale e metabolico-molecolare delle singole aree del cervello, per finire con il poterne scrivere persino la *geografia*⁵⁹. Tali tecniche consentono ora – con sempre

58 Ed almeno fino a quando la scienza mediche più avanzate non riuscissero a dimostrare il contrario.

59 La sigla fMRI sta per “risonanza magnetica funzionale” (“*functional Magnetic Resonance Imaging*”) e si tratta di una tecnica di visualizzazione (indiretta) dell’attività cerebrale mediante l’osservazione delle variazioni dell’ossigeno presente nel sangue (cd. BOLD: “*Blood Oxygenation Level Dependant*”) in ragione delle diverse zone del cervello appositamente attivate in seguito allo svolgimento di alcune attività e/o comportamenti, utilizzando una particolare caratteristica dei protoni (intesi come nuclei di idrogeno) mercé il cd. accoppiamento neurovascolare, con risultati in termini di radiofrequenza di un determinato campo magnetico indotto dall’apparecchiatura (così, criticamente, si esprime J.H.R. Law, *Cherry-peacking Memories: Fmri-based Lie Detection in U.S. Courts*, paper online, 17: è come se, al fine di monitorare l’aumento o la diminuzione del traffico in una determinata area urbana, quale reazione ad una diversa mobilità, non si calcoli il numero di autoveicoli che percorrono le strade, ma si rilevi il tasso di inquinamento prodotto dai gas di scarico degli stessi). Anche in ragione della relativa economicità e dell’assenza di rischi reali, la fMRI si rivela, allo stato attuale di evoluzione delle neuro-tecnologie, come l’esame che, insieme all’elettroencefalografia, è più adoperato nelle ricerche di *neuro-imaging*. Vieppiù, se si unisce la stessa alla tecnica chirurgica della “visualizzazione cerebrale ottica” che fa ricorso al modo di riflettersi della luce alla stregua della differente ossigenazione ematica.

maggior precisione e specificità – di “misurare” e *mettere in numeri*

La sigla TAC sta per “tomografia assiale computerizzata” ed è una procedura diagnostica di radiologia, che sfrutta le radiazioni ionizzanti (raggi X), per creare immagini tridimensionali estremamente dettagliate di specifiche aree anatomiche dell'intero organismo evidenziando, per quanto riguarda il cervello, le condizioni morfologiche ed il suo sviluppo anatomico. Talvolta, può prevedere l'impiego di un mezzo di contrasto (TAC con contrasto), solitamente a base di iodio, al fine di provocare una più chiara evidenza delle immagini che risulteranno estremamente dettagliate.

La sigla PET sta per “tomografia ad emissione di positroni” (“*Positron Emission Tomography*”) e la sigla SPECT per “tomografia ad emissione di singolo fotone” (“*Single Photon Emission Computed Tomography*”). Entrambe le tecniche sfruttano appositi “marcatori” costituiti da isotopi di determinati elementi chimici in grado di legarsi alle molecole coinvolte nei processi metabolici del cervello. Sono intrinsecamente instabili e nel decadere producono delle particelle che, in contrasto con quelle dell'organismo, generano delle radiazioni, a loro volta intercettate dalle apparecchiature di rilevazione. Anche con tale esame si mira ad individuare le aree del cervello che, al momento dello svolgimento dell'operazione, mettono in moto un più dispendioso processo metabolico in seguito all'attivazione necessaria a procedere allo svolgimento di una determinata azione. Entrambe sono a basso grado di invasività, ma di maggior rischio (almeno potenziale) in quanto necessitano dell'iniezione nel cervello di sostanze radioattive.

La sigla EEG sta per “elettroencefalografia” ed è un esame strumentale non invasivo che permette di indagare la funzionalità del cervello mediante l'analisi e la registrazione della sua attività elettrica (ci sono varie modalità: “standard”, “in privazione di sonno”, “dinamico”, “telemetria-video”), nota come “potenziale correlato ad un evento” (*event-related potential*: ERP): quest'ultimo costituisce una risposta cerebrale misurabile e che si origina direttamente come risultato di un pensiero oppure di una percezione. Si effettua ponendo degli elettrodi sulla testa in corrispondenza di determinate aree cerebrali e facendo normalmente indossare un casco al paziente. Gli elettrodi rilevano gli impulsi elettrici e li trasmettono a una macchina in grado di tradurli in un tracciato, che viene poi stampato su carta o trasferito su un supporto elettronico. Normalmente l'attività elettrica del cervello produce onde elettriche con una frequenza di 8-13 cicli al secondo.

La sigla MEC sta per “magnetoencefalografia” ed è un esame diagnostico utilizzato per analizzare l'attività cerebrale misurando i campi magnetici prodotti dalle correnti elettriche nel cervello. In una definizione più formale, è qualsiasi risposta elettrofisiologica (in un campo magnetico generato dal flusso di corrente elettrica lungo le strutture neuronali) a uno stimolo interno oppure esterno. Si tratta probabilmente del metodo più avanzato per la registrazione e l'analisi del cervello in funzione ed offre dei vantaggi rispetto a tecniche complementari simili. È in grado di misurare l'attività cerebrale in millisecondi, cosa che la rende vantaggiosa rispetto alle scansioni di risonanza magnetica funzionale (FRM) ed è in grado di stabilire dove nel cervello l'attività sia presente con maggiore precisione di un EEG (elettroencefalogramma).

(sia pure con operazioni complesse) emozioni, sensazioni emotive e l'inconscio che il cervello umano attiva se funzionalmente sollecitato a svolgere un'attività di qualsivoglia natura (anche di carattere soltanto mentale o morale), al compimento di una data scelta ovvero se sottoposto a reazioni esterne appositamente provocate (nell'inviare impulsi elettro-fisiologici ad alcune "parti" del cervello e del corpo⁶⁰) e di tra-

Essa prevede l'utilizzo di attrezzature speciali per misurare i piccoli campi magnetici generati dai neuroni che inviano segnali nel cervello. La scansione utilizza un dispositivo superconduttore a interferenza quantistica ("*Superconducting Quantum Interference Device*": SQUID) e un computer per misurare tale attività neuromagnetica e per sovrapporre i risultati su un'immagine anatomica del cervello.

La sigla TMS sta per "stimolazione magnetica transcranica" ("*Transcranial Magnetic Stimulation*") ed è una procedura non invasiva utilizzata per la sollecitazione esterna, attraverso l'applicazione di elettrodi sul cranio (o mediante un casco), di alcune aree del cervello in corrispondenza a specifici gruppi di neuroni da stimolare con impulsi elettromagnetici.

La sigla DBS sta per "stimolazione cerebrale profonda" ("*Deep Brain Stimulation*") ed è una procedura maggiormente invasiva di quella appena descritta in quanto prevede che la sollecitazione effettuata tramite gli impulsi elettrici avvenga con microelettrodi impiantati chirurgicamente sotto la corteccia cerebrale e attivato dall'esterno.

Entrambe (TMS e DBS) sono tecniche adoperate per comprendere il funzionamento delle vie neuronali che conducono dalla corteccia cerebrale ai muscoli periferici.

Per la spiegazione delle funzionalità di alcune tecniche di neuro-imaging cfr. U. Sabatini-A Cerasa, *Come il neuroimaging parla al diritto. Basi di un linguaggio condiviso*, in *Diritto e neuroimaging. Prove aperte di un dialogo*, cit., p. 51 ss.

- 60 Si fa riferimento alla sensazionale scoperta – annunciata ai media nel 2018 – con la quale l'Università americana di Louisville e l'Istituto di Fisiologia Pavol di San Pietroburgo sono riusciti, attraverso il ricorso ad appositi sollecitatori elettrico-nervosi, a bypassare le funzioni essenziali del midollo spinale, danneggiato o gravemente lesionato in seguito ad alcune malattie. Gli scienziati hanno affermato che tramite un elettro-stimolatore epidurale erano riusciti a recuperare l'uso ed il movimento volontario degli arti inferiori, sia pure in maniera ancora non del tutto coordinata e definitiva. Come rammenta M. Consoli, *È iniziata l'era dell'uomo aumentato*, dalle colonne de *Il Sole 24 Ore*, in <https://st.ilsole24ore.com/art/tecnologie/2014-05-30/e-iniziata-era-uomo-aumentato-121726.shtml?uuid=ABxFiPMB>: "L'impianto permette di riattivare l'attività elettrica del midollo, che così è di nuovo in grado di recepire il comando di movimento del cervello e di trasmetterlo alle gambe. Tutto viene attivato con un telecomando dal paziente, e modulando il voltaggio per ogni persona e ogni movimento differente, si possono elaborare algoritmi in grado di ottimizzare il segnale elettrico ideale per le diverse attività. Lo studio ha dimostrato che i pazienti hanno avuto bisogno di stimolazioni sempre minori per riattivare alcuni movimenti, facendo pensare che in futuro la tecnologia potrebbe essere utilizza-

durle in *dati e informazioni* neuro-sinaptiche aventi una diffusione tendenzialmente infinita, fino al recente annuncio⁶¹ per cui il cervello, ove appositamente stimolato, aiuta a guarire altre parti del corpo⁶².

Orbene, se le “emozioni”, la personale impostazione del senso “morale”, la libertà di scelta e le “percezioni emotive” in genere diventano scientificamente “calcolabili”; se cioè attraverso la *visualizzazione* del cervello si riesce a decodificare (e ad individuare⁶³ le sfere cerebrali che si attivano nella sollecitazione del)lo stato *mentale* dell’uomo; se, ancora, in certe prospettive⁶⁴, il cervello sarebbe idoneo a determinare la mente e (finanche ad

ta anche temporaneamente, per fare imparare al midollo a funzionare con quelle parti rimaste sane. L’era dell’essere umano aumentato è appena cominciata”.

- 61 G. Remuzzi, *È proprio vero: il cervello aiuta a guarire*, in *La Lettura*, Supplemento al Corriere della Sera, 26 marzo 2023, p. 18 ove si dà conto dei risultati sperimentali conseguiti all’*Israel Institute of Technology* di Haifa, in seguito all’esperimento condotto su due gruppi di topi ai quali era stato provocato l’infarto. Si è scoperto che il gruppo dei topi che, dopo l’attacco di cuore indotto, aveva ricevuto anche una specifica sollecitazione nervosa della parte del cervello nota come area tegmentale ventrale – individuata per essere il centro d’azione della gratificazione, delle emozioni positive e della soddisfazione – il cuore era guarito dalle lesioni provocate dall’infarto. E ciò poiché il sistema immune del corpo si era attivato per “riparare” il cuore; nel senso che quell’area del cervello, specificamente provocata, “inibisce certe cellule del sangue che in condizioni normali limitano la capacità del sistema immune” di combattere il cancro o il cuore post-infarto.
- 62 È quanto sottolinea anche C. Sarra, *Questioni pregiudiziali: una prospettiva epistemologica sui rapporti tra neuroscienze e diritto*, in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, 2014, p. 64 ss., spec., p. 85 (ora, in versione ridotta, anche in *Neurodiritto. Prospettive epistemologiche, antropologiche e biogiuridiche*, cit., p. 77).
- 63 Forti perplessità in P. Legrenzi-C. Umiltà, *Neuro-mania. Il cervello non spiega chi siamo*, Bologna, 2009, *passim*, ma spec. pp. 28 ss., 35 ss.: “L’idea di poter “vedere” direttamente il cervello al lavoro, che tanto entusiasmo i non esperti, è fuorviante: ciò che si vede è il risultato di un artificio grafico che trasforma probabilità casuali in colori sovrapposti a una riproduzione schematica del cervello. Probabilità diverse sono rappresentate da colori diversi. È bene tenere presente che i colori al posto di livelli di probabilità casuale sono usati anche quando il metodo di indagine è diverso dalla sottrazione cognitiva”.
- 64 M. Gazzaniga, *La mente etica*, Torino, 2006, *passim*; B. Libet, *Mind Time. Il fattore temporale nella coscienza*, Milano, 2007, *passim*. Ma si rammenti che Giacomo Leopardi nello Zibaldone (Firenze 18 settembre 1827) p. 4288 scriveva: “Che la materia pensi, è un fatto. Un fatto, perché noi pensiamo; e noi non sappiamo, non conosciamo di essere, non possiamo conoscere, concepire, altro che materia. Un fatto, perché noi veggiamo che le modificazioni del pensiero dipendono totalmente dalle sensazioni, dallo stato del nostro fisico; che l’animo nostro corrisponde in tutto alle varietà ed alle variazioni del nostro corpo. *Un fatto, perché noi sentiamo corporalmente il pensiero: ciascun di noi sente che il pensiero non è nel suo braccio, nella sua gamba; sente*

anticipare) la coscienza (cd. “potenziale di preparazione”), allora vien da

che egli pensa con una parte materiale di se, cioè *col suo cervello*, come egli sente di vedere co' suoi occhi, di toccare colle sue mani. Se la questione dunque si riguardasse, come si dovrebbe, da questo lato; cioè che chi nega il pensiero alla materia nega un fatto, contrasta all'evidenza, sostiene per lo meno uno stravagante paradosso; che chi crede la materia pensante, non solo non avanza nulla di strano, di ricercato, di recondito, ma avanza una cosa ovvia, avanza quello che è dettato dalla natura, la proposizione più naturale e più ovvia che possa esservi in questa materia” (enfasi aggiunta). Un vero e proprio manifesto poetico del determinismo e del naturalismo. In senso contrario, M. Benasayag, *Il cervello aumentato, l'uomo diminuito*, cit., p. 45 ss., il quale rileva la decisa distinzione tra *atto e movimento*.

Noto, inoltre, è l'esperimento del movimento delle dita compiuto nel 1977 da Benjamin Libet e l'infinito dibattito che, in diverse discipline, ha provocato. Egli, ricorrendo ad elettroencefalografo (EEG), un elettromiografo (EMG) e un osciloscopio appositamente modificato, osservò, sorprendentemente, che il potenziale d'azione del dito (cioè tutta la predisposizione neuro-sinaptica per mettere in azione il dito) antecedeva non solo il movimento stesso, bensì anche prima (circa 206 millisecondi) che i soggetti stessi si dichiaravano consapevoli dell'intenzione di aver voluto muovere il dito. Si affermò, così – suscitando infinite polemiche e dibattiti – che l'intenzione cosciente di agire non era la causa dell'azione, bensì era il cervello a predisporre al movimento prima che egli stesso intendesse davvero compiere quel movimento. Nel 2010 l'esperimento, con diverse e più aggiornate tecnologie, è stato replicato (da Aaron Schurger) e ha dato conclusioni diverse: si è accertato che la consapevolezza di intraprendere un'azione coincide con (e non più segue) il momento in cui il cervello si attiva per compierla. E tuttavia i recenti studi neurofisiologici condotti da Fried parrebbero nuovamente confermare i risultati di Libet ed individuare nell'area motoria supplementare (SMA) la regione dove si formerebbe l'intenzione di compiere un movimento volontario prima di acquisire la coscienza di farlo. Il neuro scienziato sarebbe in grado di usare le registrazioni dell'attività neuronale per predire il momento esatto in cui il soggetto diverrà cosciente della sua decisione e, nel caso in cui ai soggetti sia lasciata la libertà di scegliere se muovere la mano destra o quella sinistra, quale mano verrà mossa (I. Fried, R. Mukamel e G. Kreiman, *Internally generated preactivation of single neurons in human medial frontal cortex predicts volition*, in *Neuron*, 2011, 69, pp. 548-562). Con risultati che i più recenti studi sui c.dd. “neuroni specchio” parrebbero confermare, là dove si è accertato che le cellule neuronali che si attivano al compimento di un'azione da parte del soggetto, si attivano parimenti anche allorché il medesimo soggetto osservi la medesima azione svolta da qualcun altro. I neuroni, in altri termini, riflettono il comportamento del modello osservato.

Sia pure da altra prospettiva, cfr., A.R. Damasio, *Alla ricerca di Spinoza. Emozioni, sentimenti e cervello*, Milano, 2003, *passim*; Id., *L'errore di Cartesio. Emozione, ragione e cervello umano*, Milano, 1995, *passim*, il quale – sia detto con l'arbitrarietà della sintesi – se, per un verso, critica la netta separazione cartesiana tra mente (*res cogitans*) e corpo (*res extensa*), alla cui stregua l'una potrebbe esistere, pensare, emozionarsi e soffrire anche senza l'ausilio del corpo che, invece, sarebbe entità finita e determinata, materiale e misurabile, ed al contrario afferma che l'uomo è unità indivisibile di mente e corpo; per l'altro, sottolinea che la neurobiologia e la biologia assu-

sé che anche la mera prospettazione della possibilità di utilizzare per infiniti scopi le relative risultanze bio-matematiche-algoritmiche non potrebbe non essere analizzata nell'ambito di un serrato dibattito che richiede la partecipazione non solo della comunità scientifica di riferimento (come si propone da parte di alcuni ambienti neuro-riduzionisti, noti come *Reductive Neurolaw*⁶⁵), bensì dell'intera umanità, dal filosofo al cittadino comune.

E ciò assumendo (almeno nelle attuali fasi dell'evoluzione scientifica) un atteggiamento problematico e connotato, nel ricordo della *fallibilità popperiana*, da una maggiore circospezione verso quel processo di *naturalizzazione*⁶⁶ che propone di studiare l'essere umano *dal di fuori*, considerandolo, cioè, come oggetto di conoscenza⁶⁷ (al pari di come da

mono entrambe ruoli determinanti per la spiegazioni delle decisioni dell'uomo, si che ogni azione o determinazione assunta con la mente sarà più precisa se svolta o adottata anche in considerazione dei segnali provenienti dal corpo (e che Damasio indica come "marcatori somatici"). Ma in senso contrario, S. Fuselli, *Ripensare l'uomo: ripensare il diritto?*, cit., p. 108, richiamandosi, in nota 35, al pensiero di F. Chiereghin, *L'eco della caverna. Ricerche di filosofia della logica e della mente*, Padova, 2004, p. 201. Nota, tra le altre, l'affermazione di R. Descartes, *Discorso sul metodo*, Roma, 1996: "E notando che questa verità: io penso dunque sono, era così solida e sicura che tutte le più stravaganti supposizioni degli scettici non erano capaci di scuoterla, giudicai di poterla accogliere senza scrupolo come il primo principio della filosofia che cercavo. Pervenni in tal modo a conoscere che io ero una sostanza, la cui intera essenza o natura consiste nel pensare, e che per esistere non ha bisogno di alcun luogo né dipende da alcuna cosa materiale. Di guisa che questo io, cioè l'anima, per opera della quale io sono quel che sono, è interamente distinta dal corpo, ed è anzi più facile a conoscere di questo; e anche se questo non fosse affatto, essa non cesserebbe di essere tutto quello che è".

- 65 Per un'analisi problematica, P. Sommaggio, *Neurociviltà o libertà cognitiva?*, cit., p. 142 ss.
- 66 D. Parisi, *La naturalizzazione della cultura*, in *www.cnr.it*; F. Laudisa, *Naturalismo. Filosofia, scienza, mitologia*, Roma-Bari, 2014, *passim*; C. Rovelli, Non possiamo non dirci naturalisti, in *Il Sole 24 Ore* (domenica), 14 dicembre 2014, p. 27. Al contrario, induce a riflettere sulla circostanza che "non si potrà eludere la centralità della ragione, valutante e decidente, nella traduzione del pensiero in azione": A. Abignente, Riconoscimento, garanzia, certezza: tempi della scienza giuridica nel confronto interdisciplinare, in *Convergenze dei saperi e prospettive dell'umano*, a cura di L. De Giovanni e C. Donisi, Napoli, 2015, p. 183 ss., spec., p. 195.
- Per un'approfondita ricostruzione, A.M. Nunziante, *La naturalizzazione del pensiero come tesi metafisica. Alla radice della relazione epistemica tra filosofia e neuroscienze*, in *Neurodiritto. Prospettive epistemologiche, antropologiche, biogiuridiche*, cit., p. 17 ss.
- 67 Per un'analisi critica, S. Fuselli, *Diritto Neuroscienze Filosofia*, Milano, 2014, p. 16 ss.; Id., *Ripensare l'uomo: ripensare il diritto?*, cit., p. 101 ss.; A. Bianchi, G. Gulotta, G. Sartori, *Introduzione*, cit., p. XI ss.; ma cfr., anche, la bella pagina di M. Benasayag, *Il cervello aumentato, l'uomo diminuito*, cit., p. 55 ss., con il

sempre l'uomo ha considerato la natura e le cose) ed esito *esclusivo* di determinazioni bio-meccanicistiche. Con tutto quello che ne consegue in margine alla relativizzazione (se non alla totale svalutazione) del profilo etico-assiologico, all'antico dibattito filosofico⁶⁸ sul cd. *free-will* (o sul più recente, suo opposto, "libero veto", e cioè la possibilità della mente di intervenire sull'azione per impedirne la realizzazione concreta⁶⁹) e al binomio imputabilità-responsabilità (specifico non soltanto dell'area penalisti-

-
- realismo ingenuo ed il recupero della complessa funzione della coscienza nella determinazione del *conoscibile* che, delle cose del mondo, riusciamo a conoscere.
- 68 Una complessa discussione che comprende trasversalmente da Sant'Agostino ("nessuna altra cosa può rendere la mente compagna del desiderio disordinato se non la propria volontà e il libero arbitrio", in *Il libero arbitrio*, a cura di R. Melillo, Roma, 2011) a San Tommaso (il quale, nel prendere le distanze da Aristotele – "è libero chi è causa di se stesso" – afferma che "Il libero arbitrio è causa del suo operare; perché l'uomo muove se stesso all'azione per mezzo del libero arbitrio. Tuttavia la libertà non esige necessariamente che l'essere libero sia la prima causa di sé stesso; come per ammettere che uno è causa di un altro, non si richiede che ne sia la causa prima. Dio, pertanto, è la causa prima, che muove le cause naturali e quelle volontarie. E come col muovere le cause naturali non toglie che i loro atti siano naturali, così muovendo le cause volontarie non toglie alle loro azioni di essere volontarie, che anzi è proprio lui che le fa esser tali: infatti egli opera in tutte le cose conforme alle proprietà di ciascuna", in *Summa Theologiae*, II-I, q. 5, a. 8), da Cartesio (il quale mostra come nell'atto di assumere una decisione intervengano due facoltà: la volontà e l'intelletto. La prima è definita "*la potenza di deliberare*" ovvero di determinarsi su qualcosa. È il potere di decidere se accettare o rifiutare. Essa è intesa da Cartesio come libero arbitrio. La volontà è quindi ben distinta dalle inclinazioni personali verso qualcosa. Le inclinazioni sono un fatto, mentre la volontà è un potere d'azione, e le due cose agiscono separatamente l'una dall'altra. Sulle inclinazioni agisce, invece, l'intelletto che incide, tramite la conoscenza, su ciò che ha determinato la nostra volontà. La conoscenza delle cose ci aiuta a prendere delle decisioni accurate: vedendo ciò che è bene e ciò che invece è dannoso, ci comportiamo di conseguenza. Egli così afferma: "se conoscessi sempre ciò che è vero e ciò che è buono non sarei mai nella difficoltà di decidere [...], e sarei interamente libero, senza mai essere indifferente", *Meditazioni metafisiche, Quarta meditazione "Del vero e del falso"*, Roma-Bari, 2016) a Leibniz (il quale osservava che "quando si discute intorno alla libertà del volere o del libero arbitrio, non si domanda se l'uomo possa far ciò che vuole, bensì se nella sua volontà vi sia sufficiente indipendenza", e così che il libero arbitrio non è indifferenza ma "determinazione secondo quanto la ragione considera il meglio" (*Nuovi saggi sull'intelletto umano*, Milano, 2011, II, 21) fino a Schopenhauer del quale è noto l'aforisma: "È certo che un uomo può fare ciò che vuole, ma non può volere ciò che vuole", ripreso finanche da A. Einstein, *Come io vedo il mondo* (1934), Milano, 1966, p. 33.
- In tema, S. Bonicalzi-M. De Caro, *Il libero arbitrio*, in *Neuroetica*, cit., p. 73 ss.
- 69 Ma in termini critici, M. De Caro, *Libero arbitrio e neuroscienze*, in *Neuroetica*, a cura di A. Lavazza-G. Sartori, Bologna, 2011, p. 69 ss.

ca), coinvolgendo l'intera sfera emozionale del soggetto⁷⁰. Si minerebbero le fondamenta stesse del diritto se è vero che "la distinzione tra uomo e natura o fra l'ordine dell'*agire* e l'ordine dell'*accadere* è stata tradizionalmente concepita come la condizione stessa per il darsi del diritto"⁷¹. Si da giungere ad immaginare l'inimmaginabile, almeno da un profilo etico; vale a dire la configurazione di un diritto di proprietà che assuma a proprio oggetto la stessa attività del pensare o, in una parola, il "pensiero" (si come neurologicamente calcolato e tradotto in termini meccanicistici, algoritmici, sequenze alfa-numeriche con i futuri scenari delle pratiche del *brain uploading* o del *brain backup*, ecc.) e che si eserciterebbe in quello che s'è definito il "mercato della mente" o il "mercato dell'io"⁷², con l'arresa definitiva all'"egemonia epistemologica del paradigma biologico"⁷³.

70 O. Di Giovine, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2009, *passim*, ove, in scia all'insegnamento del neuroscienziato lusitano Antonio Damasio, si propone una decisa positiva rivalutazione dell'intero apparato del cervello deputato alla formazione dell'assetto emozionale complessivo dell'uomo, attribuendo alla sfera emotiva un ruolo centrale (ma non per ciò stesso esclusivo, bensì concomitante con quella razionale) incidente sulla sfera della conoscenza, per la "buona cognizione e la buona decisione" (p. 138) e per il più generale ripensamento dell'impostazione tradizionale sulla quale si fonda la concettualizzazione del diritto penale, con l'auspicio che alla rigidità della fattispecie si sostituisca un approccio caso per caso; alla conoscenza del dettato legislativo succeda la conoscenza specifica delle coordinate del fatto (p. 147), con un controllo da effettuarsi *ex post*, sia pure senza alcuna concessione al soggettivismo (p. 79). Ne riprende problematicamente il pensiero, S. Fuselli, *Le emozioni nell'esperienza giuridica: l'impatto delle neuroscienze*, in *Il diritto nelle neuroscienze*, cit., p. 53 ss., spec., p. 57 ss.,

71 S. Fuselli, *Dalla neurobiologia al diritto: natura facit salus*, in *Neurodiritto. Prospettive epistemologiche, antropologiche, biogiuridiche*, cit., p. 106.

72 In termini fortemente critici al riguardo, S. Amato, *A chi appartengono i miei pensieri? Neuroscienze e diritto di proprietà*, cit., p. 39 ss., il quale rileva come sia stato "il corpo a subire gli effetti di una sottile e costante scomposizione e riduzione a oggetto di proprietà" e provocatoriamente pone l'interrogativo "su chi sia il padrone del nostro cervello". Sarà possibile che "[e]mozioni, immagini, ricordi, nozioni potrebbero essere isolate e rese disponibili, entrando a costituire i nuovi beni di un mercato dell'io", con l'ulteriore possibilità di creare banche di conservazione di tutti i dati appresi dal cervello tramite copia del medesimo (o di una sua parte) provocando così la distinzione tra il cervello (il Soggetto) e i dati che da questo, in un preciso momento storico, sono estrapolati (oggetto di una qualche forma di appropriazione e/o appartenenza ad un titolare che non sia il Soggetto). E qui l'ulteriore interrogativo in merito alla "riqualificazione giuridica dello stesso io" di fronte "a un inestricabile groviglio tra soggetto e oggetto" (p. 45).

73 P. Barcellona, *Elogio del discorso inutile. La parola gratuita*, Bari, 2010, p. 26.

4. Si tratta, allora, di auspicare un più cauto approccio⁷⁴ etico-scientifico a quelle proposte (soprattutto di matrice statunitense⁷⁵) che, sulla scorta dell'idea di un universo deterministico⁷⁶, ritengono che ogni scelta comportamentale e qualsivoglia attività umana (e persino il pensiero, l'impostazione etica e la coscienza) costituiscano l'esito non già di un atteggiamento consapevole⁷⁷ e volontario dell'uomo, bensì di una pre-determinata impostazione della struttura neuro-biologica⁷⁸, con ciò che

74 S. Moccia, *I nipotini di Lombroso: neuroscienze e genetica nel diritto penale*, in *Convergenze dei saperi e prospettive dell'umano*, cit., p. 275 ss.

75 Per tutti, M. Farah, *Emerging ethical issues in neuroscience*, in *Nature Neuroscience*, 2004, p. 1123 ss.; M.S. Gazzaniga, *Free will in the Twenty-first Century*, in *Neuroscience and the Law: Brain, Mind and Scales of Justice*, New York, 2004. Sulle tendenze d'oltreoceano – dividendo i neuroscienziati in “entusiasti” (o massimalisti)” e “tiepidi (o riformisti)” – si rinvia alla sintesi di P. Sommaggio, *Neurociviltà*, cit., p. 141 ss.

76 Che il mondo sia deterministico e l'uomo non possieda un reale libero arbitrio è uno dei principi fondamentali dei padri del protestantesimo, e cioè Calvino.

77 I termini *coscienza* e *consapevolezza* sono qui adoperati non in totale sovrapposizione tra essi; non cioè come sinonimi. Invero, se il primo origina direttamente da *scire* (e si riferisce espressamente al comprendere, al venire a conoscenza, al “capire” con l'intelletto), il secondo discende direttamente da *sapere* (ed è inerente alla percezione fisica di qualcosa, al raggiungimento della conoscenza di qualcosa di esterno al soggetto, aver imparato, ecc.). La prima è termine proprio della filosofia, psicologia, religione, diritto, medicina ed indica propriamente “stati e processi interiori e individuali” e, quindi, si riferisce alla percezione che l'Io ha di sé; la seconda, invece, si riferisce alla cognizione della realtà esterna a sé stessi, nella ricezione di ciò che essa produce per lo stato mentale dell'uomo e per scrutinare la successiva azione concreta.

Sul punto si deve rimandare a R. Setti, *Coscienza e consapevolezza, sinonimi ma non del tutto*, in <https://accademiadellacrusca.it/it/consulenza/coscienza-e-consapevolezza-sinonimi-ma-non-del-tutto/22214>; M. Sanna, *Coscienza, consapevolezza, senso. Semiotica e neuroscienze*, in *Riv. int. fil. psicolog.*, 2018, p. 178 ss.

78 Non può non sovvenire alla mente come i più entusiastici sostenitori nella neurociviltà si avvicinano – concettualmente s'intende e *mutatis mutandis* – all'intero (e contestatissimo) percorso scientifico compiuto da Cesare Lombroso, il quale, sia pure nell'assenza di strumenti adeguati, in base a studi relativi alla fisiognomica (e cioè di quella pseudo-scienza che, in accordo alla sua etimologia, *physis* (natura) e *gnosis* (conoscenza), intende svolgere analisi approfondite con le quali dall'aspetto fisico di una persona si pretenda di individuare i caratteri morali e psicologici di quella persona) e alla frenologia (e cioè quell'ulteriore pseudo-scienza che, anche in accordo alla sua etimologia *phrên* (mente) e *lógos* (studio), ritiene di poter argomentare che le singole funzioni psichiche dipendano da determinate zone o regioni del cervello, così che dalla valutazione di particolari aspetti morfologici del cranio di una persona, come linee, depressioni e bozze, potrebbe risultare la determinazione delle qualità psichiche dell'individuo e della

ne consegue nel superamento del tradizionale modello di responsabilità giuridica, e di quella penale in particolare (con la necessità di modificare la struttura retributiva della sanzione con un approccio giuridico di predizione e prevenzione), ed il connesso interrogativo sullo stesso significato che l'essere "responsabile" potrà assumere nell'ambito delle neuroscienze. Dovrà sollecitarsi un profondo ripensamento dell'approccio antropocentrico con una necessaria rifondazione degli stessi costituenti della giustizia⁷⁹ e delle categorie giuridiche e del linguaggio⁸⁰ in concomitanza al "mutamento dell'orizzonte concettuale e teorico relativo all'essere umano: la trasformazione della conoscenza dell'umano in conoscenza delle sue basi fisiologiche"⁸¹ (cd. biologizzazione della conoscenza), con la proposta di sostituire ai fondamenti etico-sociali del diritto gli *standards* valutativi suggeriti dalle nuove attestazioni scientifiche⁸². Ovvero, in alternativa, un più morbido atteggiamento, secondo cui le evidenze delle neuroscienze comporterebbero una trasformazione, ma non un sovvertimento degli elementi costitutivi dell'universo giuridico, con la persistente presenza di un uomo consapevole e libero in ogni sua scelta e, quindi, responsabile.

Sullo sfondo del dibattito si colloca il cd. processo di *neurociviltà*⁸³ della cultura dell'uomo ovvero un ancor più grave "nuovo scientismo [...] di

sua personalità), riteneva di poter giungere a conclusioni sulla natura dell'uomo e delle sue più gravi azioni alla stregua dell'analisi delle caratteristiche anatomiche del cranio del soggetto criminale.

In tema S. Moccia, *I nipotini di Lombroso*, cit., p. 275 ss.

79 Lo sottolinea L. Palazzani, *Enhancement e bioetica*, in *La medicina potenziativa: intersezioni e questioni*, Roma, 2017, p. 71 ss.

80 Ma nel senso che le neuroscienze non comporteranno, almeno nel breve periodo, alcuna rivoluzione giuridica, cfr., S.J. Morse, *Lost in translation? An Essay on Law and Neuroscience*, in *Freeman*, 2010, pp. 529-562; Id., *New Neuroscience Old Problems*, in *Neuroscience and the Law. Brain, Mind and the Scale of Justice*, New York, 2004, pp. 157-198. In tema, S. Fuselli, *Ripensare l'uomo: ripensare il diritto?*, cit., p. 104; nonché i contributi vari contenuti in AA.VV., *Neuroetica*, cit., *passim*.

81 Così, sia pure in termini sostanzialmente critici, P. Sommaggio, *Neurociviltà*, cit., p. 132.

82 In merito suggestiva è la ricostruzione di S. Faselli, *Ripensare l'uomo: ripensare il diritto? Sui supposti fondamenti neurobiologici del diritto*, in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, 2014, p. 101 ss.

83 Il termine è di P. Sommaggio, *Neurociviltà*, cit., p. 130 ss., il quale afferma di averlo tratto dalla lettura di J.M.R. Delgado, *Physical control of the mind: toward a psychocivilized society*, New York, 1969, il quale per primo coniò l'espressione *psychocivilized society*.

stampo deterministico”⁸⁴, o, ancora, il superamento della distinzione tra *Sein* e *Sollen*⁸⁵: quest’ultimo postula essenzialmente una libertà di scelta, quale ineliminabile *condizione di possibilità* del darsi e del porsi del diritto, alla quale, invece, la neuro-biologia propone di sostituire le risultanze sovvenienti dal *determinismo neuronale* o dall’insuperabile determinismo biologico. Tra essi la più che millenaria divisata distinzione, oggetto di indimenticate pagine del più affascinante pensiero filosofico, sarebbe sostituita da una crasi scientificamente dimostrata, con un *Sollen* definitivamente appiatto sul *Sein*. Si tratta, invero, di linee di tendenza che, già da tempo intuite, dagli anni duemila in avanti si stanno rapidamente diffondendo in forza di suggestioni scoperte neuro-scientifiche (con le varie tecniche di visualizzazione cerebrale⁸⁶), secondo le quali, assumendo una diretta connessione tra strutture/funzioni cerebrali

84 A. Manna, *Diritto penale e neuroscienze: un'introduzione*, in AA.VV., *Diritto penale e neuroetica*. Atti del convegno 21-22 maggio 2012, a cura di O. Di Giovine, Padova, 2013, p. 3 ss., spec., p. 10.

85 M.E. Miranowicz, *Gehirn und Recht. Wie neurowissenschaftliche Erkenntnisse das Dilemma zwischen Naturrecht und Positivismus überwinden können*, Berlino, 2009, p. 50 s.; ma, in termini densamente critici, S. Fuselli, *Ripensare l'uomo: ripensare il diritto?*, cit., p. 106 ss.; Id., *Dalla neurobiologia al diritto: natura facit saltus*, cit., p. 109 ss., spec., p. 132: i risultati del complesso delle ricerche neurobiologiche “non è quello di un superamento della distinzione fra *Sein* e *Sollen* grazie alla individuazione di *contenuti determinati*, ugualmente e universalmente distribuiti – anche solo come principi generali capaci di suscitare una certa tendenza o un certo sentimento – fra tutti gli uomini. Piuttosto, il guadagno sta nel suggerire che costitutivo del *Sein*, dell’essere dell’uomo, è la sua capacità del *Sollen*: l’uomo ne è capace anzitutto perché è in se stesso tale da originare l’alternativa agli automatismi biologici di cui è dotato, è in se stesso capace di trasformare in *possibilità* ciò che gli si dà come *effettività*”.

86 In realtà tali tecniche si fondano sul calcolo della variabilità dell’afflusso di sangue alle (o della verifica del metabolismo delle) varie cellule cerebrali generato dal loro stato di “maggiore” o “minore” attivazione: si misura la risposta cd. *emodinamica* legata alla variazione del flusso sanguigno ovvero l’effettivo consumo in termini metabolici. Pertanto, la visualizzazione è indiretta e conseguenza del cd. “accoppiamento neuro-vascolare”, in quanto la fMRI non misura l’attività dei neuroni. In altri termini – con tutti i limiti di una spiegazione resa da un “non-tecnico” – quando un gruppo di neuroni si attiva, i vasi sanguigni di quel distretto si allargano e trasportano più sangue a quella regione. Questo riflesso serve per apportare più risorse ai neuroni, la cui attività è estremamente dispendiosa e richiede, quindi, grandi quantità di ossigeno e nutrienti. L’fMRI è, pertanto, in grado di misurare la quantità di sangue che arriva in ogni zona del cervello; o meglio, in ogni *voxel*: l’unità elementare dell’fMRI. Ma sui risultati di tale procedimento, le perplessità di P. Legrenzi-C. Umiltà, *Neuro-mania*, cit., p. 30; e le precisazioni di M. Cerri, *Esplorare e modificare il cervello*, in *Neuroetica*, cit., p. 37 ss., spec., 42 s.

e comportamento umano, potrebbe e dovrebbe accedersi ad una prospettiva giuridica che introduca diverse modalità di controllo diretto dei comportamenti umani a-normali e a-sociali⁸⁷ mercé le più svariate tecniche, più o meno invasive, di derivazione dal *neuro-imaging* e dal *brian stimulation*.

Si trascorrerebbe da un diritto che tradizionalmente si propone lo scopo di *orientare* i comportamenti che l'uomo potrà liberamente assumere, richiedendo (*id est*: imponendo) che i soggetti si conformino alle regole di condotta ed ai corrispondenti divieti predisposti dallo Stato, rivendicando a sé l'individuazione delle direttive fondamentali dell'assetto assiologico dell'ordinamento giuridico (sia pure storicamente determinato⁸⁸) e delle sue fonti costitutive, ad un diritto che finisce per costituire un'appendice dei risultati conseguiti dalla *neuro-law* e servente rispetto a quest'ultima. La quale declama, senza mezzi termini, l'ambizione ad organizzare la società attraverso i propri *standards* neuroscientifici, costituenti le nuove fonti del diritto e formulati alla stregua dell'analisi cerebrale dei consociati, mercé una fisiologia neuro-cerebrale precostituita (non meglio giustificata, individuata e condivisa) e il ricorso ad un (incerto⁸⁹) criterio

87 Resta qui sullo sfondo la delicata e complessa problematica di cosa siano le (o di cosa debba intendersi), per le neuroscienze, la *normalità* (del soggetto) ed il corrispondente concetto di *devianza*, alla cui stregua poter poi scriminare il soggetto "patologico" e meritevole di un trattamento cerebrale al fine di prevenire ulteriori comportamenti devianti rispetto a quella normalità, una volta scartati, perché non convincenti, sia il modello statistico, sia quello socio-biologico: in tema, cfr., P. Sommaggio, *Neurociviltàzione*, cit., p. 148 ss. Il quale pure afferma: "ritengo che l'approfondimento teorico circa la nozione di normalità (e di tipicità) non abbia ancora raggiunto un livello soddisfacente, ma che si inseguano comunque soluzioni puntuali, soluzioni non supportate da adeguata riflessione, con il rischio di esiti liberticidi" (p. 150). Medesime perplessità ricadono sulla nozione di *devianza* (rispetto all'ipotizzata normalità), e quindi sul criterio di individuazione dei soggetti da sottoporre ad analisi neuro-scientifica, allo scopo di proporre una o più terapie idonee alla loro *neuro-normalizzazione* ed al miglioramento complessivo della società (per conseguire quella regolarità comportamentale e quella amenità sociale rispetto alle quali potrebbe ben dirsi che il diritto ha fallito): in ciò consisterebbe la neurociviltàzione, approfondita da P. Sommaggio, *Neurociviltàzione*, cit., p. 151; Id., *Neurociviltàzione o libertà cognitiva?*, cit. pp. 144 ss., 146 s.

88 E per come filtrato attraverso i principi costituzionali che, in proposito, A. Falzea, *Etica e diritto* (2003), in Id., *Ricerche di teoria del diritto e di dogmatica giuridica*, III, *Scritti d'occasione*, Milano, 2010, p. 329 ss., spec., p. 339 ss., individua come "etica costituzionale", al quale consente il raccordo della norma ordinaria con "il principio etico generale" (341).

89 Così il Consiglio nazionale di Bioetica nel parere "Diritti umani, etica medica e tecnologie di potenziamento (Enhancement) in ambito militare", cit., p. 11: "il punto bioeticamente complesso è costituito dalla possibilità di individuare pa-

di *normalità*, dal quale dedurre le patologie (*melius*: le devianze) e le conseguenti riabilitazioni (in luogo delle sanzioni⁹⁰). Con quella che – almeno per il momento – appare un'eccessiva fiducia⁹¹ nell'esaltazione esclusiva del secondo ramo della separazione heideggeriana tra pensiero riflettente (o meditante) e pensiero calcolante e la promozione della cal-

rametri plausibili su cui fondare la differenza tra “miglioramento e/o ottimizzazione” e “potenziamento e/o cambiamento”. Si propone di considerare forme di “potenziamento e/o cambiamento” tutti quegli interventi che spingono le capacità biofisiche oltre il livello tipico della specie e oltre il margine statisticamente normale di funzionalità per i singoli individui, tenendo tuttavia presenti le riserve di alcuni bioeticisti che hanno messo in discussione non solo la possibilità di tracciare una convincente distinzione tra i due concetti, ma anche il valore di questa distinzione per la formulazione di giudizi sulla liceità/illiceità delle diverse pratiche. Va osservato che l'ambito principale in cui si pongono queste riserve bioetiche è quello delle neuroscienze, in cui la definizione di normalità ha margini di controversia, mentre in un ambito di efficienza fisica il criterio sopra indicato viene accettato più largamente anche se non concordemente”.

- 90 Così si esprime, tra gli altri, sul fondamento di una discutibile assimilazione dei criminali ai soggetti affetti da epilessia, depressione e schizofrenia, e così ricorrendo ad in una assai preoccupante equiparazione tra “malattia” e “disordine mentale”, M. Eagleman e S.I. Flores, “*Defining A Neurocompatibility Index for Criminal Justice Systems: A Framework to Align Social Policy with Modern Brain Science*”, in S. Muller, S. Zouridis, M. Frishman and L. Kistemaker (editors), *The Law of the Future and the Future of Law*, v. II, 2012, consultabile in <https://www.legal-tools.org/doc/bq7dg7/pdf>, p. 165: “*A neurocompatible criminal justice system translates biological understanding into customized rehabilitation, viewing some aspects of criminal behaviour the way we understand conditions such as epilepsy, schizophrenia and depression*”. Un sistema di giustizia penale neurocompatibile traduce la comprensione biologica in riabilitazione personalizzata, visualizzando alcuni aspetti del comportamento criminale nel modo in cui comprendiamo condizioni come l'epilessia, la schizofrenia e la depressione.

In senso decisamente critico, P. Sommaggio, *Neurociviltà*, cit., p. 162: “Lo stato di infermità e quello di pericolosità sociale sono dunque equiparati nel medesimo concetto di ‘disordine mentale’, ovvero di quei comportamenti che non possono trovare asilo in una società neurociviltà poiché sintomi evidenti di inciviltà neuronale”. Si badi “Disordine, e non malattia. Disordine che occorre eliminare. Ecco la parola che meglio definisce la neurodevianza, ovvero la parola che accomuna la sofferenza psichiatrica ed i comportamenti indesiderati per la società”.

È noto il caso della donna indiana che è stata condannata per omicidio, nello stato del Maharashtra (India), mercé l'utilizzo processuale di un sistema di *mind reading* (E. Dusi, *Le abbiamo letto il pensiero: condannata*, in *La Repubblica*, 20 settembre 2008).

- 91 Lo sottolineano in maniera assai critica, P. Legrenzi-C. Umiltà, *Neuro-mania*, cit., *passim*; spec., p. 53 ss.; lo ribadisce, con forza, P. Barcellona, *Elogio del discorso inutile*, cit., p. 21 ss.,

colabilità e della riproducibilità delle sintesi neuro-sinaptiche. Ovvero dell'assoluta centralità del cervello rispetto al *tutto* (*id est*: il *variabile* e l'*imprevedibile*) dell'uomo⁹². Invero, l'impostazione ideologica che ne costituisce il fondamento se declama apertamente di prendere le distanze dall'imperativo kantiano e dall'idealismo gentiliano non pare, però, parimenti rendersi avvertita⁹³ del rischio di incorrere nella classica censura della *fallacia mereologica*⁹⁴.

Una censura che Martin Heidegger indicava come una delle innumerevoli trappole logiche nelle quali rischiano di incappare alcuni scienziati allorché dimenticano che "il risultato dell'indagine positiva può soltanto confermare l'impostazione di fondo in cui essa si muove, ma non può fondare né questa stessa impostazione, né il suo particolare modo di tematizzare il suo oggetto di studio"⁹⁵ e che, sia pure da altra prospettiva, troverebbe conferma nelle più caute convinzioni che rile-

92 Densè le parole di E. Severino, *Cervello, mente, anima*, Lavis, 2021, p. 47: "corpo e coscienza [...] non sono da intendere, come invece accade nel sapere scientifico, come dimensioni separate, ma nella loro unione [...] in quanto [questa] ha come contenuto quell'eternità di ogni essente che, appunto, implica la relazione necessaria tra ogni essente e ogni altro essente".

93 Come prontamente rilevato da M. Ronco, *Sulla "prova" neuroscientifica*, in *Arch. Pen.*, 2011, p. 855 ss.; S. Fuselli, *Ripensare l'uomo: ripensare il diritto?*, cit., p. 108 ed *ivi* nota 37.

94 La mereologia è la logica delle relazioni tra il tutto e le parti (*mereos* = parte). Allorché da alcuni si muove ad altri l'accusa di essere caduti nella fallacia mereologica si intende criticare quelle impostazioni epistemologiche ovvero (più assertive) affermazioni secondo le quali il cervello "pensa", "vede", ecc.: è qui si incorrerebbe nell'errore di riferire attributi psicologici inerenti all'individuo (esemplare non ripetibile e non divisibile senza alterazione), nella sua interezza, ad una sua specifica sua parte (il cervello). Si potrebbe in proposito sottolineare, in scia a Wittgenstein, come soltanto con riferimento all'individuo, al soggetto, alla persona nella sua totalità si può dire che abbia sensazioni, che veda, ecc.; al contrario, allorché tali *attributi psicologici* vengono riferiti al *solo* cervello (o, a dirittura, a parti specifiche di esso) si commette, appunto, l'errore mereologico ovvero si cade in trappola logica. In tema, cfr., M.R. Bennett e P.M.S. Hacker, *Philosophical Foundations of Neuroscience*, Hoboken, (Stati Uniti d'America), 2003, *passim*. In conseguenza, a chi sostenesse che il comportamento umano sarebbe completamente spiegabile alla luce dei soli criteri epistemici della neurofisiologia si potrebbe replicare che egli "esce fuori dal cauto linguaggio della scienza per collocarsi sul terreno assai più infido di un discorso che è implicitamente speculativo, e che sostiene una metafisica materialista, in cui il termine materia viene caricato di altri significati, rispetto ai puri dati scientifici" (D. Jervolino, *Ricoeur: la fenomenologia della memoria*, in M. Cappuccio (a cura di), Milano, 2006, p. 404).

95 M. Heidegger, *I problemi fondamentali della fenomenologia* (1975), Genova, 1999, p. 47; Id., *L'abbandono*, (1955), Genova, 1983, *passim*.

vano come la connessione biunivoca tra mente e cervello è tutt'altro che chiara e spiegabile in termini bio-algoritmici o finanche *visualizzabile* su un monitor. *Ad adiuvandum*, non si sarebbe mancato di rilevare, nell'elogio del *discorso inutile*, che "l'*episteme* scientifica [...] pur svolgendo una grande suggestione sugli esseri umani, non ha alcun privilegio da esibire sulle proposizioni che i "non esperti", i "non scienziati" pronunciano in relazione ai fatti dell'esistenza umana"⁹⁶ e che essa "si fonda sulla premessa metafisica dell'esistenza di un'empiria e di una realtà accessibili senza alcuna mediazione culturale" (o interpretazione, potrebbe aggiungersi).

5. Sì che il desiderio⁹⁷ di scoprire l'allocazione topografica della coscienza da qualche parte o in un luogo *fisico* (cervello); di trovare i circuiti emo-elettrici della mente, la sua "*residenza*"⁹⁸ o i "correlati neuronali della coscienza"⁹⁹ (c.dd. *neural correlates of consciousness*: NCC) o, ancora, di *ridurre* tutto il pensiero ad un *brunch of neurones*¹⁰⁰ sarebbe stato destinato a rimanere deluso per l'errore metodologico che avvince la stessa impostazione iniziale della ricerca¹⁰¹, alla cui stregua "la mente e la cultura umana sono prodotti da cause naturali. La biologia evolutiva ci dà mente e coscienza, l'evoluzione della cultura umana dà il resto. Le nostre specifiche

96 P. Barcellona, *Elogio del discorso inutile*, cit., p. 22 s., anche per il successivo virgolettato.

97 La vera "questione centrale nella ricerca neurobiologica" per S. Fuselli, *Dalla neurobiologia al diritto*: natura facit salus, cit., p. 105 ss.

98 *Contra*, A Noč, *Perché non siamo il nostro cervello. Una teoria radicale della coscienza*, Milano, 2010, p. XV, ove si osserva che il "luogo" della coscienza è l'intera vita dinamica e multiversa dell'individuo nella sua totalità di essere e di azione sì come immerso nel proprio mutevole ambiente.

99 F. Varela, La coscienza nelle neuroscienze, in <https://www.psychomedia.it/pm/science/psybyo/varela.htm>, p. 4, anche per il successivo virgolettato; R. Manzotti, *La coscienza*, in *Neuroetica*, cit., p. 64.

100 Si cfr., almeno F. Crick, *La scienza e l'anima. Un'ipotesi sulla coscienza*, Rizzoli, Milano 1994; E.O. Wilson, *Armonia meravigliosa. Dalla biologia alla religione, la nuova unità della conoscenza*, Milano 1999. Penetrante la critica di P. Barcellona, *Elogio del discorso inutile*, cit., p. 25 che richiama la doverosa attenzione in margine al "rischio sempre più concreto di ridurre l'essere umano a un mero ricettore e trasmettitore di impulsi elettrici e chimici"; e di L. Scopola, voce *Il rapporto tra mente e cervello*, in *Enc. giur. Treccani online*, 2010: "le associazioni neuronali non creano la coscienza ma sono solo un indice dei gradi di coscienza".

101 P. Barcellona, *Elogio del discorso inutile*, cit., p. 21 ss.

creazioni umane sono tutte fenomeni naturali”¹⁰². Si deve, infatti, prendere atto che la coscienza “non è un segmento di circuiti cerebrali, ma appartiene a un organismo incessantemente coinvolto nei differenti cicli [con il corpo, con il mondo, con gli altri] e quindi è un fenomeno eminentemente distribuito, che non risiede soltanto nella testa”¹⁰³ ovvero “un modo per riferirci alla nostra esistenza all’interno dell’esistente”. Il cervello, insomma, “funziona sempre in modo situato. Vale a dire che è situato in un corpo che esiste in uno spazio [e nel tempo], contrariamente a una Mdt [Macchina di Touring, quale paradigma di ogni computer che riesce ad elaborare una serie infinita di dati ed informazioni] che funziona in modo autoreferenziale e senza un interscambio dinamico aperto con il mondo”¹⁰⁴.

In altri termini, non è vero che la mente è “ciò che il cervello fa”¹⁰⁵, giacché l’identificazione o la risoluzione (*id est*: la *totale* riduzione) della coscienza/mente al cervello¹⁰⁶ (con il concomitante riduzionismo fisicalista¹⁰⁷) si espone alla decisiva critica¹⁰⁸ che rende evidente l’er-

102 J.R. Searle, *La coscienza fa parte della natura: dialogo con John Searle*, in *la Repubblica*, 3 aprile 2019.

103 R. Manzotti, *La coscienza*, cit., p. 72 ss., anche per il successivo virgolettato.

104 M. Benasayag, *Il cervello aumentato, l’uomo diminuito*, cit., p. 72.

105 Così, invece, vorrebbe D. Denton, *Le emozioni primordiali. Gli albori della coscienza*, Torino, 2009, *passim*.

106 Per tutti, J.R. Searle, *La mente*, Milano, 2005, *passim*; Id., *La coscienza fa parte della natura: dialogo con John Searle*, cit.: “[l]a corretta concezione è vedere la mente e la coscienza come processi che avvengono nel cervello. L’intera vita cosciente e mentale si produce nei cervelli umani e animali. I processi sono causati da meccanismi neurobiologici e sono realizzati in strutture neurobiologiche. Non c’è nulla come l’anima e quando il cervello viene distrutto, la mente viene distrutta con esso”.

107 M. Benasayag, *Il cervello aumentato, l’uomo diminuito*, cit., p. 15; ma per la posizione filosofica cd. *fisicalista* A. Seth, *Come il cervello crea la nostra coscienza*, Milano 2003, p. 28, *passim*.

108 E. Severino, *Cervello, mente, anima*, cit., p. 5 ss. il quale discute di “inadeguatezza del riduzionismo”; L. Palazzani, *Enhancement e bioetica*, cit., p. 59 ss.: “L’uomo non è riducibile a somma di funzioni; la sua dignità; prescinde dalla considerazione della presenza/assenza e del grado di manifestazione di qualità. Anzi, il potenziamento può portare a discriminazioni, sentimenti di superiorità o sudditanza e mettere in discussione la stessa unità ed identità umane” (p. 69); P. Pietrini, *Farmaci: cancellazione selettiva della memoria, potenziamento cognitivo e potenziamento dell’umore*, in *La medicina potenziale: intersezioni e questioni*, cit., p. 81, il quale, pur in una prospettiva di apertura agli interventi (in qualsivoglia modalità) di potenziamento, osserva significativamente che “la mente si esprime attraverso una catena di eventi molecolari, ma non sarà mai *just a metter of molecules*” (p. 87); P. Legrenzi-C. Umiltà, *Neuro-mania*, cit., p. 53 ss.

rore logico e l'auto-contraddittorietà¹⁰⁹ sottesa alla pretesa riduzionistica. Invero, dapprima si pone *in incipit* del discorso la distinzione tra mente e cervello, così individuando la mente come un'entità dotata di novità *costitutiva* (rispetto al cervello), ma poi si propone di ridurla *totalmente* al secondo, eliminando, con ciò stesso, quella novità, nel concedere di identificarla *interamente* nel cervello. Al contrario, se si conviene che *ridurre* non significa altro che *ri-condurre*; condurre da un *logos* ad un altro; cioè riportare totalmente un'entità ad un'altra che l'assorbe interamente, appunto perché a sé la riduce, vuol dire pure che *ridurre* la mente al cervello significa riportare *tutte* le funzioni della mente al cervello (*melius*: che tutte le funzioni della mente sono determinate dal cervello). Cioè, daccapo, che tutto ciò che c'è nella mente c'è interamente *già* nel cervello e viceversa (e che, quindi, il cervello si esaurisce tutto nella mente). Se con ciò però si convenisse si dovrebbe pure prendere contezza dell'osservazione che rilevasse come la postulata distinzione tra mente e cervello finirebbe per risolversi in una tautologia linguistica e concettuale. Altro è dire che le evidenze restituite dal *neuroimaging*, leggi statistiche e probabilistiche (anche ad elevata significatività) permettono di affermare che *alcune* funzioni della sfera cognitivo-emotiva siano prodotte dalle interconnessioni neuronali che avvengono nel (*scilicet*: in alcune zone del) cervello, altro che la coscienza sta (e si risolve) *tutta* nel cervello¹¹⁰. Si tratterebbe, a non ribadire tale differenza, di fare i conti con il rilievo secondo cui le probabilità (anche elevatissime) offerte da leggi statistiche riescono sì a fornire una prova, ma non quella della *totale* coincidenza della prima con il secondo e che, al contrario, il filone riduzionista non solo si prefigge di rappresentare, ma crede pure di essere riuscito a dimostrare.

È stato scritto che “il cervello non spiega chi siamo”¹¹¹.

Ebbene, anche a ammettersi – senza qui concederlo – che la mente è la conseguenza della dinamica del moto neuronale dell'apparato sinaptico ovvero che “il cervello crea la nostra coscienza”¹¹², resterebbe, in ogni

109 M. Heidegger, *I problemi fondamentali della fenomenologia*, cit., p. 47: “il risultato dell'indagine positiva può soltanto confermare l'impostazione di fondo in cui essa si muove, ma non può fondare né questa impostazione stessa né il suo particolare modo di tematizzare il suo oggetto di studio”.

110 E. Severino, *Cervello, mente, anima*, cit. p., 15; P. Legrenzi-C. Umiltà, *Neuromania*, cit., *passim*, spec., p. 59 ss.; ne conviene, L. Palazzani, *Il potenziamento cognitivo e morale: riflessioni bioetiche*, in *Forum*, 2020, pp. 20, 28 s.; L. Palazzani e R. Zannotti, *Introduzione*, cit., p. 3.

111 P. Legrenzi-C. Umiltà, *Neuro-mania*, cit. (nel titolo).

112 A. Seth, *Come il cervello crea la nostra coscienza*, Milano, 2023, *passim*.

caso, insuperato il rilievo secondo cui le neuroscienze non riescono a fornire dati e oggetti verificabili, idonei a spiegare il *funzionamento* della coscienza. La stessa etimologia del termine co-scienza e, quindi, *cum-scientia*, parrebbe doversi revocare in dubbio nel confronto con i recenti risultati della fisica odierna, poiché la *coscienza* proprio dalla *scienza* non riesce ad essere spiegata, né aderendo alla fisica classica del determinismo, né a quella rivoluzionaria dell'indeterminismo. La coscienza, insomma, non si spiegherebbe soltanto con la (neuro)scienza, rimanendo, invece, “un enigma inspiegabile per la scienza contemporanea”¹¹³ sì da ribadire la forza dell'antico aforisma di Francois Rebalais: la “scienza senza coscienza non è che una rovina dell'anima”¹¹⁴.

I divisi *correlati neurali*¹¹⁵ evocano, appunto, una *correlazione* che (e rimane) ben distinta – ça va sans dire – dalla necessità causalistica del determinismo¹¹⁶, giacché, come s'è lucidamente rilevato, la correlazione “non è, di per sé, un paradigma esplicativo, al massimo è un programma esplorativo”¹¹⁷. Ed allora, memori della stizzita reazione hegeliana secondo cui *l'essere dello spirito non è un osso*¹¹⁸, delle due l'una: o la mente si distingue dal cervello, ed allora ogni

113 R. Manzotti, *La coscienza*, cit., p. 61, ove si aggiunge che la coscienza “è problematica perché esula dalla descrizione scientifica standard, causale e funzionale”.

114 F. Rebalais, *Gargantua e Pantagruel*, libro II, cap. VIII.

115 Si stima che nel cervello – una struttura dal peso medio di circa 1.500 gr – ci siano circa 86 miliardi di neuroni e terminazioni assonali per circa 1.600 km.

116 L. D'Avack, *Neuroscienze ed esperimenti sull'uomo: a partire dall'analisi del parere del comitato nazionale per la bioetica*, in *Il diritto nelle neuroscienze*, cit., p. 15, il quale non soltanto distingue la duplice accezione di correlazione tra quella intesa come “causazione esclusivamente deterministica” e quella come “causazione multifattoriale”, ma afferma esplicitamente che “La correlazione non è causazione”, con tutto quello che ne consegue in margine agli ambiziosi risultati di predizione e previsioni annunciati da alcuni settori della scienza; R. Manzotti, *La coscienza*, cit., p. 64 s.; F.G. Pizzetti, *Neurodiritto*, cit., p. 112 s., il quale invita a non “sopravvalutare quella che, al momento, è pur sempre solo una “correlazione” fra determinati stati anatomico-funzionali del cervello (o sequenze nel DNA dell'individuo) e comportamenti criminali, sino al punto di farla assurgere ad una sorta di “presunzione di pericolosità sociale” fondata su marcatori biologici o neurologici.

117 R. Manzotti, *La coscienza*, cit., p. 65; lo riconosce anche A. Seth, *Come il cervello crea la nostra coscienza*, cit., p. 39: “le correlazioni non sono spiegazioni [...] semplici correlazioni non stabiliscono alcuna relazione causale [si che] la correlazione non basta per la spiegazione” (corsivi originali).

118 G.W.F. Hegel, *Fenomenologia dello spirito*, Milano, 1995, p. 474 s., il quale, per la verità, com'è noto, prosegue nella sua critica feroce (pp. 449 ss., 475 ss., 459 ss., 463 ss.) con un linguaggio crudo e violento, a tratti poco urbano.

operazione riduzionistica si rivela aporetica, giacché non potrà mai *totalmente* ridursi all'altro ciò che dall'altro, in tesi, è marcatamente distinto: la mente *per esserci*, e proprio per esserci, non è riconducibile interamente al cervello, lasciando tra essi un "residuo irriducibile"¹¹⁹; ovvero, al contrario, la mente è totalmente riducibile al cervello, ed allora essa non dovrebbe costituirsi, né essere istituita come entità esistente e distinta dal cervello¹²⁰. L'affermazione, infatti, sarebbe idonea a negare se stessa, nel senso di "nega[re] quella mente [...] che essa riconosce esistent[e] e pone come distinta] proprio per [quella] volontà di ridurl[a]"¹²¹ a sé. Si può allora condividere il pensiero sia di chi ha sottolineato come "le conoscenze neurologiche [...] non permett[an]o e non permetteranno mai di scoprire il 'corrispettivo cerebrale' della verità, della libertà e della responsabilità, perché tali caratteri sono propri delle 'persone' e non dei 'cervelli'"¹²², sia di chi, con fortunato vigore, afferma che la persona non si esaurisce nella (e va oltre la) sua "nuda vita"¹²³. In altri – e definitivi – termini, può ben rivendicarsi che ci sarà sempre "una permanente eccedenza della persona rispetto all'insieme dei dati fisici e virtuali che la compongono"¹²⁴.

6. In proposito, allo stato attuale dell'evoluzione epistemologica, nel vasto ambito delle neuroscienze, non parrebbero rinvenirsi – né con riguardo ai sopra evocati *standards* neuroscientifici, né in riferimento al richiamato criterio di *normalità* – soluzioni sufficientemente oggettivate e supportate¹²⁵ da "leggi scientifiche di copertura", necessarie verifiche spe-

119 E. Severino, *Cervello, mente, anima*, cit., p. 28; in termini fortemente critici contro ogni impostazione riduzionistica, S. Amato, *A chi appartengono i miei pensieri? Neuroscienze e diritto di proprietà*, cit., p. 29 ss.

120 E. Severino, *Cervello, mente, anima*, cit., p. 17: "Che a certe funzioni cerebrali corrispondano certi eventi psichici è pertanto una regolarità empirica che non autorizza ad affermare che il cervello sia la causa della mente".

121 E. Severino, *Cervello, mente, anima*, cit., p. 29.

122 L. D'Avack, *Neuroscienze ed esperimenti sull'uomo: a partire dall'analisi del parere del comitato nazionale per la bioetica*, cit., p. 26.

123 G. Agamben, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino 1995, *passim*; M. Haar, *Heiddeger et l'essence de l'homme*, Grenoble, 1990, p. 235: "l'essere-umano è qualcosa di più e di diverso dalla mera 'vita'"; in senso adesivo, P. Barcellona, *Elogio del discorso inutile*, cit., p. 21 ss., 35 ss., secondo il quale tutte le espressioni di situazioni soggettive psichiche, psicologiche ed emozionali sono "irriducibili alla mera neurobiologia [e non si risolvono] in descrizioni di funzioni cerebrali".

124 S. Rodotà, *Dal soggetto alla persona*, cit., p. 53.

125 Corte di Assise di Appello di Trieste, 2 luglio 2012, inedita.

rimentali¹²⁶ dei risultati e quelle evidenze che esse, invece, pretenderebbero di accreditare in termini di pacifico riscontro teorico ed applicativo. Pare riscontrarsi, invero, una persistente problematicità relativa già all'interpretazione degli stessi risultati emergenti dalle analisi delle c.dd. correlazioni neurali¹²⁷ (tramite le diverse tecniche di *neuroimaging*) ed in margine ad una chiara restituzione documentale dei potenziali rischi per la salute che quelle tecniche, più o meno invasive, potrebbero provocare. Anche in ragione di un'ancora equivoca semiotica adottata nell'approccio alle risultanze del *neuroimaging*¹²⁸.

Né, altresì, le evidenze applicative appaiono dotate di una diffusa condivisione tra gli interpreti-teorici e gli operatori-pratici dei diversi ambiti di incidenza delle neuroscienze ed in genere della comunità scientifica internazionale, con la conseguenza del profilarsi (già nell'attualità) di un non remoto rischio: *i)* di una incidente *soggettivizzazione* nella formulazione di giudizi e nelle valutazioni concrete¹²⁹; *ii)* di un verosimile (ma conte-

126 Tribunale Venezia (GUP), 24 gennaio 2013, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 1905 ss. In merito, il Comitato Nazionale di Bioetica, "*Neuroscienze e potenziamento cognitivo farmacologico: profili bioetici*", cit., pp. 14, 17, rileva la "scarsità di dati empirici e di risultanze statistiche"; sulla sperimentazione insiste, L. Palazzani, *Il potenziamento cognitivo e morale*, cit., p. 17 ss.: "tali studi si limitano a ipotizzare correlazioni, su basi empiriche, ove la correlazione indica una possibilità o probabilità statistica più o meno elevata di rapporto tra elementi, non una determinazione causale tra l'inserimento di una sostanza o la stimolazione di un'area cerebrale o la presenza di certi geni la specifica percezione o comportamento morale"; Id., *Enhancement e bioetica*, cit., p. 75 ss.; L. D'Avack, *Neuroscienze ed esperimenti sull'uomo: a partire dall'analisi del parere del comitato nazionale per la bioetica*, cit., p. 9 ss., il quale, con riguardo alle tante sperimentazioni neuro-scientifiche, invoca "una ulteriore maturazione scientifica" (p. 14), al momento non ancora conseguita.

127 Lo sottolineano con vigore P. Legrenzi-C. Umiltà, *Neuro-mania*, cit., p. 30, affermando che altro è la visione *strutturale* del cervello che le avanzate tecnologie consentono di vedere, altro è l'evidenza *funzionale* del cervello poiché "per arrivare [ad una] semplice e chiara rappresentazione di una zona attiva del cervello sono necessari molti passaggi e [...] ciascuno passaggio si basa su assunzioni con sempre solidissime", p. 35 ss. i quali poi aggiungono come "non si possono riferire i risultati di una ricerca di neuroimmagini senza fornire [...] due informazioni essenziali: se sia stata usata la sottrazione cognitiva e, se sì, quale fosse il compito di controllo"; L. D'Avack, *Neuroscienze ed esperimenti sull'uomo: a partire dall'analisi del parere del comitato nazionale per la bioetica*, cit., p. 15.

128 U. Sabatini-A Cerasa, *Come il neuroimaging parla al diritto. Basi di un linguaggio condiviso*, cit., p. 51 ss.

129 È una delicata questione che non sfugge a P. Sommaggio, *Neurociviltà*, cit., p. 163: "occorre cercare di approfondire il tema della normalità e tenere desta

stato¹³⁰) accreditamento delle risultanze delle ricerche neuroscientifiche come verità (quasi) assolute e indiscutibili¹³¹ (*episteme e aletheia*); iii) di un (conseguente e) serio offuscamento della tutela dei diritti umani fondamentali in ragione di un'illusione decostruttivista.

In soccorso sovviene la fulgida pagina di Ettore Majorana, il quale, già nel 1942 – in una più generale critica alla *regolarità* delle leggi della fisica classica (dedotte, per vero, da regolarità empiriche¹³² e statistico-probabilistiche e, quindi, prive di assoluta incontrovertibilità) – rilevava come la teorica dell'indeterminismo di Heisenberg e la fisica quantistica¹³³ affidano

l'attenzione sulle definizioni che potranno giungere al dibattito"; A. Manna... p. 277: "l'affidabilità dell'acquisizione [neuroscientifica] deve essere adeguata alla significatività degli esiti della sua applicazione. In particolare, se la misura della significatività degli esiti è data dalla tutela dei diritti fondamentali, l'attenzione dev'essere massima".

130 P. Barcellona, *Elogio del discorso inutile*, cit., p. 21 ss.

131 L'invito alla cautela nell'applicazione di tecniche neuroscientifiche a casi legali, in particolare sottolineando la necessità di sottoporre a valutazioni ed interpretazioni le stesse risultanze tecniche si ritrova in M. Farisco e C. Petrini, *On the stand*, cit.: "the instrumental finding is neither self-evident nor self explanatory data"; E. Picozza, *Neurodiritto. Ipotesi di voce per un'enciclopedia o dizionario giuridico*, cit., p. 110 ss.; M. Cerri, *Esplorare e modificare il cervello*, cit., p. 43: "occorre [...] una sofisticata analisi statistica per interpretare i risultati" di una fMRI.

Tra le non cospicue sentenze intervenute, cfr., Corte di Assise d'Appello di Trieste, 1° ottobre 2009, in *Riv. pen.*, 2010, p. 74 ss.; Trib. Como (GUP), 20 maggio 2011, in *www.altalex.com* e in *Riv. it. med. Leg.*, 2012, p. 246 ss. (sulla quale le riflessioni di D. Terracina, *Diritto penale e neuroscienze*, in *Il diritto nelle neuroscienze*, cit., p. 165 ss.); Corte di Assise di Appello di Trieste, 2 luglio 2012, inedita. Se le prime due pronunce mostrano di attribuire alle ricerche neuroscientifiche un'innovativa e fondamentale posizione nel processo, non soltanto di carattere penale, la terza, al contrario, definisce il ricorso dell'organo giudicante alle risultanze delle indagini genetiche e neuroscientifiche come un'"operazione suggestiva", ma priva di ogni fondato riferimento scientifico.

132 Uno dei principali esponenti di tale impostazione è R. Carnap, *La costruzione logica del mondo* (1928), Milano, 1961, *passim*; sul quale il lungo saggio di E. Severino, *Note sul problema dell'intersoggettività nella "costruzione del mondo" di R. Carnap*, in Id., *Legge e caso*, Milano, 1980, p. 65 ss.

133 Unitamente ai noti studi dei c.dd. teoremi dell'incompletezza di Gödel; ai "risultati negativi" di Poincaré, con l'esempio dell'impossibilità di predeterminare il movimento di tre corpi (di cui i primi due in reciproca attrazione gravitazionale ed il terzo privo di tale forza) e, quindi, gli sviluppi futuri del relativo sistema dato un punto inizio determinato (cd. margine del caos); alla teoria dell'invarianza *te*-*le*-*o*-*n*-*o*-*m*-*i*-*c*-*a* di J. Monod, *Il caso e la necessità. Saggio sulla filosofia della biologia contemporanea* (1970), Milano, 1971, *passim*.

al *caos* dell'accadere (cd. sovrapposizione di stati¹³⁴) tutti gli eventi del mondo fisico, poiché tra essi non c'è nessuna connessione causale¹³⁵ (cd. *entanglement* quantistico o intreccio quantistico in contrapposizione alla legge della causalità). Ed infatti il noto fisico rilevava che “[l]a concezione deterministica della natura racchiude in sé una reale causa di debolezza nell'irrimediabile contraddizione che essa incontra con i dati più certi della nostra coscienza [...] D'altra parte l'analogia formale tra le leggi statistiche della fisica e quelle delle scienze sociali accreditò l'opinione che anche i fatti umani sottostassero ad un rigido determinismo. È importante, quindi, che i principi della fisica quantistica abbiano portato a riconoscere (oltre ad una certa assenza di oggettività nella descrizione dei fenomeni) il carattere statistico delle leggi ultime dei processi elementari. Questa conclusione ha reso sostanziale l'analogia tra fisica e scienze sociali, tra le quali è risultata un'identità di valore e di metodo”¹³⁶.

In proposito, allora, non potrà non avvertirsi come insuperabile l'istanza della proposizione di un necessario e rigoroso controllo etico¹³⁷

134 Il fenomeno fu fortemente dibattuto a cavallo degli anni '20 e '30 del secoloorso, con la proposizione del paradosso EPR (A. Einstein-B. Podolsky e N. Rosen) poi ripreso con il celebre esperimento del gatto di E. Schrödinger in risposta alla cd. ipotesi quantistica (o Interpretazione) di Copenhagen (elaborata da N. Bohr e W.K. Heisenberg).

135 Il primo grande pensatore a revocare in dubbio il principio di causalità è senz'altro identificabile in David Hume; ne dà contezza E. Severino, *Cervello, mente, anima*, cit., p. 16 s.; Id., *Legge e caso*, cit., pp. 13-64: “Nella scienza moderna la trasformazione delle leggi causali in leggi probabilistiche è una trasformazione in leggi che esprimono appunto la frequenza degli eventi che confermano casualmente una certa previsione” (p. 34), il quale poi aggiunge: “Il principio di indeterminazione conduce [...] non solo alla negazione della conoscibilità [delle leggi causali del mondo, imputandola alla “imperfezione provvisoria degli strumenti”], ma alla negazione dell'esistenza dell'ordinamento deterministico” (p. 54); Id., *Dialogo su Etica e Scienza*, cit., p. 40 ss.; M. Benasayag, *Il cervello aumentato, l'uomo diminuito*, cit., p. 71: “[n]el linguaggio informatico il caso sarebbe semplicemente un'imperfezione mentre nel mondo biologico il caso è, con la sua variabilità permanente, una costante dell'organismo” (enfasi aggiunte); pertanto “l'intelligenza umana [non è] puramente “logico-computazionale” o, detto in un altro modo, [è priva di] una relazione di dipendenza rispetto ai corpi e ai contesti [...] Questa tesi tralascia quel che è la nostra presenza: siamo corpi dentro al mondo, formiamo parte di questa unità di esseri pensanti perché siamo esseri viventi”.

136 E. Majorana, *Il valore delle leggi statistiche nella fisica e nelle scienze sociali*, in *Scientia*, vol. LXXI, N. CCCLVIII-IX-2-3, 1942, pp. 58-66.

137 Con il persistente *caveat* di cui sopra che contesta alla radice l'elezione del criterio della *sola* possibilità scientifico-tecnologica a selezionante l'ammissibilità etica di una qualsivoglia attività.

(e, quindi, meta-legale) e di una verifica concreta di liceità-meritevolezza (e, quindi, giuridica, alla stregua dei principi emergenti dall'ordinamento, costituzionalmente, unitariamente ed evolutivamente interpretato) di ogni approccio teorico-applicativo predicato dalle neuroscienze, all'un tempo promuovendo la funzione particolare di "umanizzazione delle tecniche"¹³⁸ che compete al diritto. Per così mettere a cimento le annunciate dirompenti acquisizioni delle neuroscienze con la scriminante del principio assoluto e costitutivo di ogni civiltà giuridica: la protezione e la promozione della dignità dell'uomo e della persona umana¹³⁹, intesa ora quale irripetibile complessità (e senza ulteriori predicazioni aggettivali), ora quale non astratta e storicamente determinata "totalità ontologica"¹⁴⁰. La cui negazione, come insegnava magistralmente Martin Heidegger, condurrebbe inevitabilmente al *ni-ente*, e, dunque, al non-ente; dunque, alla negazione della totalità dell'essente.

Da ciò muove i primi passi, tra le altre, anche la *Behavioral Law and Economics* (BLE) che si prefigge l'innovativo scopo di studiare le complesse e non più (soltanto) razionali dinamiche della neuroeconomia¹⁴¹ e della (più risalente) economia *comportamentale*, espressioni delle nuove frontiere applicative di tutte le scienze coinvolte. La neuroeconomia della decisione costituisce una recente branca della più ampia ricerca neuroscientifica che, attraverso l'*imaging* del cervello, studia il funzionamento

138 A. Supiot, *Homo Juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Milano, 2006, p. 158.

139 S. Rodotà, *La vita e le regole*, Milano, 2009, p. 24: "La costruzione della personalità è iscritta nello spazio giuridico [...] come spazio giuridico riconosciuto alla soggettività [...] Si giunge così alle radici dell'esistenza"; J. Habermas, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Torino, 2002, *passim*; L. Palazzani, *Potenziamento neuro-cognitivo: aspetti bioetici e biogiuridici*, in *Forum*, 2020, p. 217: "[l]a logica del potenziamento minaccia la dignità umana".

140 L. Sammiceli e G. Sartori, *Neuroscienze giuridiche: i diversi livelli di interazione tra diritto e neuroscienze*, cit., pp. 15-36.

141 Sull'utilizzo del termine, così come di tutti gli altri che fanno precedere il suffisso *neuro*-cfr. le forti riserve critiche di P. Legrenzi-C. Umiltà, *Neuro-mania, passim*, spec., p. 64 ss., nonché p. 85 ss. In proposito riportano i risultati dell'esperimento compiuto da tre studiosi di Yale sul grado di percezione (in termini di credibilità), da parte del grande pubblico, di una data affermazione se questa viene o meno *arricchita* con il ricorso al suffisso "neuro-". E così essi rilevano: "In altre parole, la spiegazione sbagliata diventa credibile grazie all'arricchimento "neuro" che ha, per così dire, un potere salvifico. Le persone tendono a fraintendere il senso di tale arricchimento, che trasforma in spiegazione soddisfacente quella che, in sua assenza, non lo è. In altre parole l'informazione "neuro" è un valore aggiunto che rende credibile qualcosa di fasullo".

della mente umana in relazione ai processi decisionali nella soluzione di compiti e nello svolgimento in genere di attività economiche (e non solo). È una materia con evidente carattere interdisciplinare, la cui diffusione e sviluppo sono imputabili primariamente alla incessante scoperta di sempre più progrediti strumenti di rappresentazione visiva delle funzioni cerebrali (*brain imaging*). Lo scopo è quello di incrociare il *corpus* di conoscenze della sfera economica con quelle provenienti da ambiti psicologici e scientifici per comprendere come si comporta, quali forme assume, quali complessi neuronali si attivano, quali relazioni sinaptiche il cervello mette in funzione negli svolgimenti dei processi inerenti all'ampia e complessa sfera della *decision making*. Il presupposto da cui si parte è quello secondo cui – a differenza di quanto affermato dall'economia tradizionale – *l'uomo non è (sempre e soltanto) un essere razionale*, ma agisce sotto l'impulso di processi neuronali automatici e molto spesso inconsci ed istintivi, guidati da emozioni che, per loro essenza, risultano indipendenti dalla volontà che, invece, fa rima, non solo lessicale, con razionalità. Ciò fa sì che il comportamento economico umano sia l'esito di un sempre rinnovato conflitto neuronale tra razionalità ed emotività, automatismo e consapevolezza.

7. La *visualizzazione cerebrale* – mercé le tecniche della *neuro-imaging*, morfologica e funzionale – consente di tradurre in lettere e numeri e, segnatamente, in importantissime informazioni, quegli infiniti scambi neuro-elettrici che il cervello produce ove opportunamente sollecitato da fattori auto-prodotti (*id est*: il pensiero, il ricordo, ecc.) ed etero-prodotti (eventi della vita reale). Una *visualizzazione* che professa di sé stessa come idonea a restituire non soltanto evidenze documentali delle caratteristiche strutturali ed anatomiche del cervello, bensì – e soprattutto – delle sue modalità di funzionamento nello svolgimento di attività psichiche e motorie con l'individuazione delle singole aree che per tali attività si mettono in azione mediante il correlato flusso emo-dinamico. Con le sovvenienti scoperte della biologia molecolare e della genetica che annunciano di poter individuare fattori correzionali essenziali tra alterazioni della sequenza nucleotidica e comportamenti e/o tipologie di personalità¹⁴² e di intervenire (*modificandolo*) sui geni che compongono il DNA, con la cd. tecnica di *editing* genetico.

142 C. Papagno, *Aspetti biologici del comportamento criminale*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1960 ss.; L.S. Colzato-S. Fagioli, *Potenziamento cognitivo*, in *Neuroetica*, cit., p. 156 s.

Non v'è chi non percepisca che lo scenario si preannunci come rivoluzionario! Una "rivoluzione antropologica"¹⁴³.

Invero, se si può sostenere che le neuroscienze, attraverso le varie EEG (e i relativi EP e ERP, con le concomitanti tecniche radiologiche di TAC e RM), MEG (magnetoencefalografia) o ulteriori metodi radiologici (PET e fMRI) riescono a comprendere il meccanismo di funzionamento del cervello nell'elaborazione della capacità cognitiva, nell'espressione dei meccanismi della libertà creativa ed emozionale della persona e nell'intercettare i segnali bioelettrici di natura sinaptica per inviarli ad elaborati e sofisticati macchinari idonei a decodificarli e trasformarli, tramite complesse interfacce (BCI: *Brian Computer Interfaces*), in azioni, comandi, svolgimenti muscolari e comunicazioni verbali, anche in assenza del compimento di alcun atto motorio (fosse anche soltanto il movimento degli occhi). Se cioè le neuroscienze riescono a raggiungere tali rivoluzionari risultati, allora significa che esse potranno affermare di aver capito come funziona il pensiero umano e la mente. Nella sua interezza, dunque: nelle componenti razionali ed in quelle emozionali, offrendole all'osservatore quale conseguenza dell'"accadere dei processi delle sinapsi nelle attività cerebrali [e] nelle connessioni tra i neuroni che si combinano"¹⁴⁴. Il tutto mediante la decodificazione di segnali provenienti da più parti del cervello e percepiti tramite una (poca invasiva) *fMRI* (quindi, senza interventi chirurgici) con la successiva decodificazione mercé gli algoritmi utilizzati dalle interfacce artificiali (cd. decodificatore semantico), idonei a tradurli, secondo recentissimi studi condotti da due ricercatori dell'Università del Texas¹⁴⁵, in segni e parole. Fino alla realizzazione (al momento

143 M. Benasayag, *Il cervello aumentato, l'uomo diminuito* (2014), Trento, 2022, p. 13.

144 B. Romano, *Le tesi*, in Id., *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico. Postumanesimo "noia" globalizzazione*, Torino, 2004, p. 10.

145 Ne danno notizia anche i principali quotidiani (ad es. *Il Sole 24 Ore* del 3 maggio 2023; il *Corriere della Sera* del 2 maggio 2023) e anche siti di divulgazione scientifica <https://www.focus.it/scienza/scienze/ia-meta-che-legge-pensiero>. Lo studio completo risulta pubblicato al seguente indirizzo: https://www.nature.com/articles/s41593-023-01304-9.epdf?sharing_token=ns2CpURD5IZJDx7XeB4DvRg_N0jAjWel9jnR3Z_oTv0NG_3whxCLvPExlNSoYRnDSfJO_gKVXuQpItpQTLvwbh56spl8GFCYkaj4SrHbp4YAgZCZLWOUhAi-MGdzQn69pTuh8JVDKczuXTBfka5U4lwG_z0BQDfJGSjBkoaj_EwW4R5MWrz1MFTTclfdvNCrquE8VfDBSiJiCz1fgagP-x7UtxvIk_MEWsVdHXPY6X8r4IXYxtO7UHadqwjzGkb0AfrH1bsAq3ErZBHqLuqrkVJOsompVoPPui_ZXJrGNyb3DBukVvQfHoL1p7WPOFDhTs_G8gYXCoHGzUulx7VB6EJ5Mx6e5ySnEqrMvovkZolhhoVWkd5v28zntzW0YmW2uJ&tracking_referrer=www.corriere.it.

ancora in una fase embrionale) di processori biologici che schiudono alla recentissima frontiera della intelligenza organoide¹⁴⁶ (*OI*) e dei cd. mini-cervelli computazionali¹⁴⁷, grazie allo sviluppo delle ricerche nell'ambito delle multi-culture tridimensionali¹⁴⁸ dei tessuti nervosi¹⁴⁹, con la creazione di bio-computer. E che hanno già suscitato numerose questioni etiche, poste a fondamento della redazione della “Dichiarazione di Baltimora”, tra le quali quelle derivanti dal rischio di un'intelligenza organoide che possa rendersi capace di produrre autocoscienza e sensibilità al dolore.

Gli sviluppi che si possono prevedere all'orizzonte sono, dunque, ampi e innumerevoli: si prospettano soluzioni fino a qualche tempo fa inimmaginabili, idonee al deciso miglioramento della vita complessiva delle persone, contribuendo a sopperire ai numerosi *deficit* psichici e fisici mediante complessi strumenti elettronici che funzionalizzano al meglio i segnali neurali prodotti dal cervello. Sia sfruttando il mero movimento dei muscoli facciali, sia adoperando solo sistemi di puntamento facciale, sia, infine, nei più recenti sviluppi, intercettando i soli segnali elettrico-biometrici, si da bypassare il medio del ricorso all'azione muscolare ed il coinvolgimento di processi motori, anche minimi¹⁵⁰.

146 Si deve ricordare che gli *organoidi* risultano di estrema utilità nella realizzazione di esami molto complessi del tessuto umano e della sua fisiologia, per studiare malattie infettive che colpiscono organi specifici, malattie genetiche, tumori, ecc.

147 Giusto per dare un'idea, si tratta di micro entità che, ad oggi, risultano composte da circa 50mila cellule contro gli 85-100 miliardi di quelle presenti nel cervello umano, calcolando solo i neuroni e non altri tipi di cellule.

148 In luogo di quelle tradizionalmente bidimensionali, tali innovative modalità consentono ai tessuti di auto-organizzarsi, stratificandosi e assumendo diverse caratteristiche degli organi di provenienza.

149 Si tratta di cellule prelevate dalla cute di alcuni pazienti e tramite manipolazione genetica le si fa regredire allo stato di cellule staminali pluripotenti così inducendo queste ultime a trasformarsi in cellule nervose capaci di riprodurre l'attivazione genica del paziente ed il suo funzionamento neuronale.

150 È di fine gennaio 2024 la notizia – sia pure da accogliere e valutare con le dovute cautela e prudenza – dell'installazione di un chip (realizzato dalla *Neuralink* di Elon Musk) nel cervello di un uomo (*id est*: si tratterà, per i primi esperimenti, di soggetti tetraplegici o malati di Sla e che non devono avere nel corpo altri strumenti attivi, quali ad esempio *peacemaker* o piani per scansioni di risonanza magnetica) al fine di captare e decodificare gli impulsi provenienti dal cervello e, attraverso l'interfaccia di elevata complessità, inviare i segnali *nervosi* agli arti ed a tutti i muscoli del corpo, sì da riattivarne funzionalità e materialità. Si tratta, tecnicamente, di un sofisticato dispositivo che funziona e si ricarica in *wireless*. In realtà la prima installazione di una Bci in un cervello umano risale al 1991 e, successivamente, nel 2022 sono stati inseriti, senza intervento chirurgico “a

Insomma, la sola idea di compiere un'azione e, quindi, la possibilità cerebrale di pensarla – sia pure senza avere la capacità fisica di compierla efficacemente in presenza di una degenerazione neuro-muscolare – provoca un impulso elettrofisiologico che attraverso le svariate tecniche del *neuro-imaging* e le interfacce di *Brain Computer Interfree* (BCI) viene dapprima colto ed isolato (dagli altri innumerevoli correlati neuronali), poi amplificato e sviluppato e, infine, decodificato attraverso strumentazioni ad elevatissime prestazioni e tradotto in quella specifica, singola azione. Qui, invero – e in ciò la sorprendente conquista –, la comunicazione si fonda unicamente sull'attività neuronale, giacché la volontà viene manifestata attraverso un dispositivo di comunicazione BCI che utilizza esclusivamente un *input* biometrico cerebrale prodotto dal soggetto, volontariamente e consapevolmente.

Tutte le azioni pensate possono essere fisicamente attuate (e viceversa) mettendo in collegamento gli *input* elettrofisiologici captati mediante sensori ad *output* tecnologici, i quali, con l'ausilio di un'interfaccia grafica (GUI: *grafichal user interface*) o altre tipologie di interfaccia, consentono di mettere in connessione diretta il computer con l'utente e a consentire a quest'ultimo di inviare i più disparati segnali bioelettrici cerebrali. Questi, come accennato, opportunamente decodificati mediante *software* specifici (che li raccolgono, li processano, li rielaborano), consentono di emettere suoni e parole, di scrivere testi, di muovere vari oggetti (solo a titolo esemplificativo: sedie a rotelle elettroniche, eso-scheletri, protesi neuronali in genere¹⁵¹), fino all'ultimo progetto che ha portato l'esercito australiano a sperimentare concretamente l'utilizzo del cane "robot", movimentato con la sola forza del pensiero¹⁵² del suo "padrone" (ossia, il militare conducente). Si potrà convenire, in termini che superano finanche gli *slogan*, che i *sensori* (e la *sensienza*) riescono (e riusciranno) a dare (sempre più) efficacia al *senso*, al pensiero umano. Tramite un'interfaccia uomo-computer, che nel tempo saranno sempre più evolute e sofisticate, il solo pensiero riuscirà ad essere veicolato al di fuori del cervello che l'ha prodotto e muo-

cervello aperto", bensì utilizzando il sistema endovascolare, nel cervello umano elettrodi cerebrali (*Stentrode*, questo il nome del *device*), con modalità simili a quelle di inserimenti di altri *stent*.

151 Si cfr., L. Zollo, *Le protesi neuronali*, in *La medicina potenziativa: intersezioni e questioni*, cit., p. 89 ss.

152 È quanto, in una fase avanzata di sperimentazione, sta di recente testando l'Esercito australiano con un progetto ideato da ricercatori dell'Università di Tecnologia di Sydney in collaborazione con il dipartimento di Difesa. I militari indossano caschi e visori per guidare i cani-robot, comandati telepaticamente dalle onde cerebrali della corteccia visiva di una persona con una precisione del 94%.

vere ogni tipo di oggetto esterno al pensante, in esito alla decodificazione di impulsi neuronali e sinaptici, rielaborati da complessi algoritmi.

8. Il discorso giunge inevitabilmente all'ulteriore problematica frontiera che le nuove figure dell'uomo "potenziato" o uomo "aumentato" e la tecnica del cd. *human enhancement*, nelle versioni del potenziamento cognitivo e potenziamento morale¹⁵³, impongono necessariamente analizzare. E cioè la questione della possibilità di accesso, anche da parte dei soggetti medicalmente "normali", privi di malattie¹⁵⁴ e di disturbi alla salute (accedendo all'esaustiva definizione offerta dal preambolo alla Costituzione dell'OMS¹⁵⁵), e cioè, in ultima istanza, di soggetti *sani*, alle innovative tecniche del *neuro-imaging* e del *brain stimulation*. Al fine, per un verso, di conseguire un potenziamento tecnologico-cognitivo¹⁵⁶ ed

153 Per questa forma, ancor più delicata e, se possibile, generatrice di interrogativi viepiù gravosi, probabilmente allo stato meno indagata, cfr., P. Pietrini, *Farmaci: cancellazione selettiva della memoria, potenziamento cognitivo e potenziamento dell'umore*, in *La medicina potenziativa: intersezioni e questioni*, cit., p. 81 ss.; e per una densa pagina, anche per ulteriori riferimenti, F.P. Adorno, *Una pillola per diventare più buoni? Il dibattito sul "moral enhancement"* in *Medicina e Morale*, 2, 2016, p. 131 ss.; M. Reichlin, *Potenziamento morale*, in *Neuroetica*, cit., p. 159 ss.; Id., *Etica e neuroscienze. Stati vegetativi, coscienza di sé e identità personale*, Milano, 2012, *passim*; L. Palazzani, *Il potenziamento cognitivo e morale: riflessioni bioetiche*, cit., p. 17 ss.; M. Galletti, *La pillola per diventare buoni*, Roma 2022, *passim*.

154 In proposito Cass., sez. un., 8 marzo 2005, n. 9163 perviene una definizione ampia di malattia, ricomprendendo in questa anche il cd. disturbo della personalità, quale evento e/o fattore idoneo ad incidere sulla capacità di intendere e di volere, anche a prescindere dalla presenza di un'analisi strettamente medico-clinica.

155 Nel preambolo si legge "La sanità è uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, e non consiste solo in una assenza di malattia o d'infermità. Il possesso del migliore stato di sanità possibile costituisce un diritto fondamentale di ogni essere umano, senza distinzione di razza, di religione, d'opinioni politiche, di condizione economica o sociale", in *www.who.int*; cfr., altresì, P. Perlingieri, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in Id., *La persona e i suoi diritti*, cit., p. 103 ss., spec., p. 105: la salute "è nozione esprimibile non soltanto dal punto di vista strettamente sanitario, ma anche da quello comportamentale, sociale ed ambientale"; V. Durante, *Dimensioni della salute: dalla definizione dell'OMS al diritto attuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, p. 132 ss., anche per la riflessione problematica sulla divisata definizione di "salute".

156 Consiglio Nazionale di Biotetica, *"Diritti umani, etica medica e tecnologie di potenziamento (Enhancement) in ambito militare"*, cit., p. 11: "Nell'analisi dei nuovi sistemi è utile – pur nella consapevolezza della problematicità delle definizioni in questo ambito – distinguere tra 'ottimizzazione' della performance

un più generale perfezionamento delle complessive caratteristiche neuro-fisiche e, per l'altro, di indurre *dall'esterno e artificialmente* un decisivo accrescimento del proprio *status* personale complessivo¹⁵⁷. Ci si predisporrebbe, così, ad affrontare la vita con un sistema cerebrale-nervoso, con i sensi e l'apparato muscolare messi in esponente rispetto alla naturale e comune condizione umana.

Al riguardo, allora, si fa urgente e improcrastinabile un'approfondita riflessione che rimetta al centro del dibattito il diritto fondamentale alla salute, per proporre sia una feconda rifondazione neuro-scientifica della sua essenza semantico-giuridica (di là da una riformulazione delle disposizioni costituzionali e legislative¹⁵⁸), sia una costante evoluzione alla stregua dei soggiungenti e continui progressi scientifici¹⁵⁹. Si acquisirebbe la consapevolezza che se dovrà essere "la scienza – [...] intesa [...] come letteratura scientifica condivisa [dalla più ampia comunità epistemica] – a definire ciò che favorisce o che nuoce al nostro benessere, riempiendo di contenuto concreto [...] la formula dell'art. 32 Cost."¹⁶⁰, dovrà pure avvertirsi della necessità di svolgere costantemente idonee ed appropriate attività di controllo (etico-assiologico) e di bilanciamento (di tutti gli interessi coinvolti) da parte della Politica, con la discrezionalità propria che le compete, dai Comitati per la bioetica e dagli Organismi ed Istituzioni mediche nazionali

umana (*Human Performance Optimization*, HPO) che si riferisce a 'strategie per sostenere la performance davanti a fattori di stress che la mettono a rischio, ad es. selezione, addestramento, nutrizione, riposo, equipaggiamento, comando' e 'potenziamento' (*enhancement*) della performance umana (*Human Performance Enhancement*, HPE) e cioè: 'strategie per creare capacità umane che vanno oltre la normale variabilità biologica, attraverso modificazioni della funzione umana (ad es. chirurgia, modifiche genetiche, farmacologia, stimolazione neuronale)''', corsivi aggiunti.

157 A. D'Aloia, *Oltre la malattia: metamorfosi del diritto alla salute*, in *Biola Journal – Rivista di Biodiritto*, 2014, p. 91 ss., il quale osserva che "parlare di salute fare riferimento ad un'idea che tiene insieme fisicità e psiche, e che perciò si correla strettamente con la dimensione interiore (e morale) di ciascuna persona [e] supera gli stili di vita per mirare al benessere".

158 È il cuore del problema colto da C. Casonato, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, cit., p. 2, il quale discute del "cruciale problema di ridefinire e precisare i confini entro cui riconoscere il fondamentale diritto alla salute (ex art. 32 Cost)".

159 C. Casonato, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, cit., p. 6 ss.

160 C. Casonato, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, cit., p. 8, il quale propone di individuare nella scienza il "parametro interposto di costituzionalità" delle leggi o di singole attività di ricerca in riferimento alla tutela del diritto fondamentale alla salute, sia pure con i doverosi *caveat* posti a p. 8 ss.

ed internazionali, alla stregua della ricezione dei valori storicamente e socialmente diffusi per l'umanità.

Invero, il diritto costituzionale alla salute, in seguito ai fecondi sviluppi ricevuti mercé la rivalutazione assiologica della persona, nella totalità dell'essere e della garanzia del suo pieno sviluppo (artt. 2, 3 e 13 Cost.), oltre che nella sua indissolubile unitarietà psico-fisica¹⁶¹ e nell'irripetibilità della sua concretezza, sarebbe stato destinato ad essere nuovamente coinvolto in delicate tensioni per effetto delle recenti conquiste delle neuroscienze (dopo quelle provocate dalle non ancora risolte problematiche sollevate dall'eutanasia e dalla morte cerebrale, nonché delle cellule staminali embrionali, dalle manipolazioni genetiche fino alla clonazione e all'*editing* genetico).

Le neuro-scienze e le neuro-tecnologie, infatti, offrono la possibilità concreta di sottoporre la persona a trattamenti che si basano su attività di stimolazione cerebrale¹⁶² (in senso ampio), idonee a riproporre, con modalità diverse, quella dualità tra soggetto ed oggetto, tra uomo (inteso nella sua essenza) e corpo (come comprensivo anche della sfera cerebrale) che il miglior pensiero aveva convincentemente – e da tempo – respinto, nel proporre, al contrario, la persona come entità complessa nell'unitarietà delle sfere cognitiva ed emotiva e nella reciproca implicazione tra mente e corpo, ribadendo l'impossibilità di “distinguere l'aspetto fisico da quello psichico [...] il corpo dalla persona”¹⁶³. Le sempre più convincenti linee di promozione della *costituzionalizzazione* e della *depatrimonializzazione*¹⁶⁴ del diritto (e del diritto civile in particolare) e la salute “come profilo essenziale”¹⁶⁵ si sarebbero incaricate di collocare al centro di ogni indagine giuridica e di ogni attività scientifica *la persona umana* nell'espressione massima della sua

161 P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, in Id., *La persona e i suoi diritti*, cit., p. 23; Id., *Prefazione*, ivi, p. IX ss.; Id., *Il diritto alla salute*, cit., p. 104.

162 V.A. Sironi, *Neuromodulazione e neurostimolazione*, in *Neuroetica*, cit., p. 138 ss.

163 P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 314; sia pure da altra impostazione, S. Fuselli, *Ripensare l'uomo: ripensare il diritto?*, cit., p. 108.

164 Per tutti, C. Donisi, *Verso la “depatrimonializzazione” del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 644 ss.; A. De Cupis, *Sulla “depatrimonializzazione” del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, p. 482 ss.; P. Perlingieri, *“Depatrimonializzazione” e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1 ss., ora in Id., *Suole tendenze e metodi di Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 175 ss.; Id., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, p. 11 ss.; Id., *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, pp. 167 ss. e 179 ss.

165 P. Perlingieri, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, cit., p. 103 ss.

personalità¹⁶⁶; e, pertanto, il diritto alla salute nella sua più ampia e completa declinazione, senza alcun “indebolimento concettuale”¹⁶⁷.

Da intendersi – come indicato dall’art. 32 Cost. – sia in termini positivi, e cioè come pretesa, giuridicamente tutelata, a ricevere qualsiasi trattamento o cura possibile per conseguire il massimo benessere personale (inteso nell’ampia accezione cui ricorre l’OMS e prescindente da ogni limitante riferimento all’assenza di malattie o di patologie psico-fisiche); sia in termini negativi, in difesa assoluta del *consenso consapevole* e del rispetto della persona umana in quanto tale¹⁶⁸. L’uomo, dunque, nella sua unità complessiva e quale limite *indecidibile*¹⁶⁹ e non negoziabile (sia per sé stessi, sia per ogni altro essere umano) “a cui nessuno può rinunciare”¹⁷⁰; nucleo duro dell’esistenza, sì come, in

166 P. Perlingieri, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, cit., 108.

167 A. Nicolussi, *Il codice deontologico e il ruolo del comitato etico*, in *La medicina potenziativa intersezioni e questioni*, cit., p. 106.

168 Interrogativi densi e profondi in C. Donisi, *Tecnoscienze, human enhancement e scopi della medicina*, in *Convergenze dei saperi e prospettive dell’umano*, cit., p. 245 ss., con l’adesione di F.G. Pizzetti, *Potenziamento umano e principio lavorista. Spunti di riflessione*, in *Riv. fil. dir.*, 2018, p. 261 ss., spec., p. 267 ove si ribadisce la necessità “non solo alla piena consapevolezza del consenso informato, quando si tratta di valutare rischi e limiti del potenziamento [...], ma anche alla rigorosa salvaguardia di diritti fondamentali dell’individuo sino al punto da arrivare a precludere del tutto il soddisfacimento di richieste di potenziamento che risultino sproporzionate, eccessivamente invasive, inefficaci, dannose o prive di pregio scientifico”; L. Palazzani, *Potenziamento neuro-cognitivo: aspetti bioetici e biogiuridici*, in *Il diritto nelle neuroscienze*, cit., p. 205 ss., spec., p. 216, la quale conferma che “[i]l medico non può essere un mero esecutore passivo della volontà del paziente, quale essa sia. Il medico deve aiutare il paziente a comprendere le ragioni della accettabilità o inaccettabilità della sua richiesta e comunque rifiutarsi di intervenire sul corpo a fronte di richieste eccessive o sproporzionate, avendo nei suoi confronti una responsabilità terapeutica. Il medico ha anche il compito di comprendere se la richiesta di potenziamento non nasca da una insoddisfazione a rapportarsi a sé e agli altri, da un senso di insicurezza: in tal caso anche interventi di perfezionamento non riuscirebbero a raggiungere gli obiettivi desiderati, rendendo il soggetto ancora più frustrato e insicuro, nella misura in cui l’intervento meramente esteriore non si accompagna ad una crescita e maturazione interiore” e che all’attività informativa del medico si aggiunga “una adeguata consulenza che sostenga il paziente nell’affrontare gli aspetti psicologici del rifiuto o del ridimensionamento delle sue pretese da parte del medico, aiutandolo a comprendere le ragioni di una inammissibilità della richiesta, o dei limiti entro cui può essere accettata”.

169 S. Rodotà, *Dal soggetto alla persona*, cit., p. 33.

170 F.D. Busnelli, *Verso un nuovo concetto di salute?*, in *Medicina potenziativa: intersezioni e questioni*, in *La medicina potenziativa intersezioni e questioni*, cit., p. 55.

termini fondamentali, proclama la Costituzione: “[l]a legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana” (art. 32, co. 2), sia pure respingendosi ogni replica che si provasse a sovrapporre la dignità e l’autodeterminazione con un poco condivisibile richiamo all’*hard paternalism*¹⁷¹.

In proposito il Comitato nazionale di Bioetica ha dichiarato che il consenso non potrà mai essere reso in esito alla mera erogazione di acritiche informazioni relative a dati oggettivi e scarsamente comprensibili per le persone comuni, ma che occorrerà accompagnare queste ultime con un’adeguata consulenza da rendersi in ragione delle specificità concrete del singolo caso, tenendo in adeguata considerazione le eventuali difficoltà psicofisiche del soggetto, le misure di intervento da lui richieste e le modalità di svolgimento dell’azione potenziativa che dovrà essere la più funzionale, nella situazione concreta, nella prospettiva di massima riduzione dei rischi per la sicurezza della persona e per la società in genere. Tali informazioni dovranno, per una verso, rivelarsi funzionali (anche, e soprattutto, *ex post*) al conseguimento del risultato della formazione di un consenso pienamente consapevole e, per l’altro, evitare di risolversi in una dimensione di mero esonero da responsabilità per chi deve fornirle.

E se del diritto alla salute (in una al concreto rapporto tra medico e paziente) si assume una definizione “in chiave relazionale e intersoggettiva, e ad un tempo fondata non sull’arbitrio o sul capriccio ma su un oggettivo benessere della persona che asseconi le sue esigenze biologiche, psicologiche ed affettive: mutamento del sesso, inseminazione artificiale [...] e manipolazione genetica, trapianti di organo, ecc.”¹⁷²,

171 Vibranti le parole di F.D. Busnelli, *Verso un nuovo concetto di salute?*, cit., p. 55 ss.; S. Canestrari, *Il potenziamento cognitivo farmacologico: quale ruolo del giurista penalista nella discussione pubblica?*, in *Riv. it. Med. Leg. e dir. in campo sanitario*, 2013, p. 681 ss., spec., 684, proponendo, nelle argomentazioni a supporto, una (se non ci s’inganna) sovrapposizione tra la ribadita (e senz’altro condivisibile) rivendicazione della persistente laicità di un ordinamento giuridico secolarizzato e i principi di dignità della persona, dell’autodeterminazione consapevole e della tutela della salute scambiando una posizione forte a favore di questi con il preteso necessario ridimensionamento di quel carattere; si adegua all’A. citato R. Fattibene, *Il potenziamento cognitivo tra autodeterminazione e salute: tutele costituzionali tradizionali per possibilità scientifiche nuove*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2017, n. 3, p. 47 ss., spec., p. 60.

In termini generali la densa lettura di F. Fukuyama, *On posthuman future. Consequences of the Biotechnology Revolution*, New York, 2002, *passim*.

172 P. Perlingieri, *Prefazione*, cit., p. XI; A. Nicolussi, *Il codice deontologico e il ruolo del comitato etico*, cit., p. 112 auspica la formazione di una “cultura sanitaria che non si privi della capacità di distinguere tra prestazioni appropriate e

viene agevole oggi interrogarsi¹⁷³ se la tutela ed libero esercizio del diritto alla salute e la prerogativa di ogni soggetto alla propria autodecisione personale (quale autonoma situazione elaborata ai sensi degli artt. 2, 13 e 21 Cost.) non possa estendersi a consentire ad ognuno di ambire a diventare (in termini incredibilmente realistici) un uomo “aumentato”.

Né la questione appaia retorica qualunque poi fosse la risposta, in quanto il dibattito è affollato di voci tra loro diversissime, e che nel panorama italiano (non senza decise critiche) parrebbero curiosamente unificarsi, nella nettezza delle distinte soluzioni, nel comune richiamo al principio del pieno sviluppo ed effettivo esercizio del diritto alla salute. E, dunque, anche per il diritto a servirsi della cd. medicina potenziativa, auspicando e suggerendo, in ogni caso, cautela ed attenzione. È sufficiente rammentare la diversa posizione assunta dal(l'ultima versione del) Codice deontologico della Federazione degli Ordini dei Medici, dei Chirurghi e degli Odontoiatri (FNOMCeO) del 2014 rispetto ai due pareri¹⁷⁴ resi (entrambi il 22 febbraio 2013) dal Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB) per rendersi

prestazioni a semplice richiesta” (enfasi aggiunta); L. Palazzani, *Enhancement e bioetica*, cit., p. 67 s.; Id., *Potenziamento neuro-cognitivo: aspetti bioetici e biogiuridici*, cit., p. 215, ove si formula l'invito a rifiutare (da parte dei medici) quegli “interventi in cui si evidenzia la non congruità tra desiderio soggettivo e condizione oggettiva: interventi eccessivamente rischiosi rispetto ai benefici ottenibili e interventi irreversibili e prevedibilmente non risolutivi, non dovranno essere eseguiti, in quanto bioeticamente – oltre che deontologicamente e giuridicamente – non giustificabili”.

173 Come fa anche S. Rodotà, *L'uso umano degli esseri umani*, cit., p. 121, il quale scrive: “Autodeterminazione della persona e limitazione dei poteri esterni segnano [...] la via da seguire perché l'umano possa essere rispettato in quanto tale, sottratto alle pulsioni che vogliono cancellarlo. Sono criteri ancor oggi adeguati o hanno bisogno d'essere ulteriormente articolati e approfonditi per poter fronteggiare le nuove sfide continuamente poste dalle dinamiche della tecnoscienza?”; discute di “metamorfosi del concetto di salute” F.D. Busnelli, *Verso un nuovo concetto di salute?*, cit., p. 50 ed osserva che la medicina potenziativa “va oltre il concetto di salute e mette in discussione il ruolo della medicina” (p. 55); L. Palazzani, *Enhancement e bioetica*, cit., p. 69, al quale discute di “desideri e scelte soggettive arbitrarie”.

174 Il primo dal titolo “Diritti umani, etica medica e tecnologie di potenziamento (Enhancement) in ambito militare”, in <https://bioetica.governo.it/it/pareri/pareri-e-risposte/diritti-umani-etica-medica-e-tecnologie-di-potenziamento-enhancement-in-ambito-militare/> ed il secondo “Neuroscienze e potenziamento cognitivo farmacologico: profili bioetici”, in <https://bioetica.governo.it/it/pareri/pareri-e-risposte/neuroscienze-e-potenziamento-cognitivo-farmacologico-profil-bioetici/>

conto che la questione è “estremamente attuale e bisognos[a] di un urgente e indifferibile approfondimento”¹⁷⁵. Nel primo, dopo aspri contrasti e la conferma del fondamentale giuramento¹⁷⁶, non senza sottili contraddizioni, per un verso, si ribadisce che il medico deve sempre improntare la sua attività a “perseguire la difesa della vita” e “la tutela della salute fisica e psichica”, sì che anche “il trattamento del dolore e il sollievo dalla sofferenza” devono avvenire “nel rispetto della dignità e libertà della persona [...] senza discriminazione alcuna, promuovendo l’eliminazione di ogni forma di diseguaglianza” e con il rifiuto di “*procedure diagnostiche e interventi terapeutici [...] eticamente non proporzionati*”, nel rispetto dei “principi morali di umanità e solidarietà [...] quelli civili di rispetto dell’autonomia della persona”; per l’altro, con il nuovo art. 76 cod. deont., unico nel panorama europeo, si rende legittima, sia pure con i doverosi caveat di “rispetto e a salvaguardia della dignità *della persona, la pratica della medicina strumentale al potenziamento “delle fisiologiche capacità fisiche e cognitive dell’individuo”*¹⁷⁷. Nei secondi, al contrario, con particolare riferimento¹⁷⁸ alle tecniche di stimolazione cerebrale, esterna e mediante impianti bio-medicali interni, installati per il tramite di un intervento chirurgico (cd. “mente neuro-tecnologicamente estesa”¹⁷⁹), si ribadisce una decisa – sia pur non definitiva – posizione critica, manifestandosi in margine alle “tecnologie di potenziamento [segnatamente per quelle che potrebbero produrre effetti irreversibili] un giudizio di disvalore etico”¹⁸⁰, individuandole

175 C. Donisi, *Tecnoscienze, human enhancement e scopi della medicina*, cit., p. 248.

176 Cfr., C. Donisi, *Tecnoscienze, human enhancement e scopi della medicina*, cit., p. 249.

177 Art. 76 del Codice deontologico: “Medicina potenziativa – Il medico, sia in attività di ricerca, sia quando gli siano richieste prestazioni non terapeutiche ma finalizzate al potenziamento delle fisiologiche capacità fisiche e cognitive dell’individuo, opera nel rispetto e a salvaguardia della dignità dello stesso in ogni suo riflesso individuale e sociale, dell’identità e dell’integrità della persona e delle sue peculiarità genetiche nonché dei principi di proporzionalità e di precauzione. Il medico acquisisce il consenso informato in forma scritta avendo cura di verificare, in particolare, la comprensione dei rischi del trattamento. Il medico ha il dovere di rifiutare eventuali richieste ritenute sproporzionate e di alto rischio anche a causa della invasività e potenziale irreversibilità del trattamento a fronte di benefici non terapeutici ma potenziativi”.

178 L’impostazione è meno critica nei confronti delle tecniche con esclusiva somministrazione farmacologica.

179 L. Palazzani, *Il potenziamento umano. Tecnoscienza, etica e diritto*, Torino, 2015, p. 110.

180 Comitato Nazionale di Biotetica, parere “Diritti umani, etica medica e tecnologie di potenziamento (Enhancement) in ambito militare”, p. 18 s., anche per i successivi virgolettati.

come lesive del principio di dignità e di integrità dell'uomo e del principio di uguaglianza. Le conseguenze sono state, tra le altre, sia quella di vietare "tutte quelle tecnologie che potrebbero modificare in maniera protratta nel tempo o permanente l'integrità psico-fisica ed etica" dell'uomo, sia quella "per cui [è] illegittimo operare discriminazioni nell'esercizio dei diritti".

Dibattito che si ritrova alimentato anche in dottrina, in assenza di arresti giurisprudenziali specifici. E così, come accennato, nel comune (quanto curioso) rinvio al medesimo quadro costituzionale ed assiologico di riferimento (e cioè agli artt. 2, 3, 13 e 32), a coloro¹⁸¹ che avallano la libera accessibilità alle moderne forme di medicina potenziativa, in un'allargata, aggiornata ed adeguata interpretazione evolutiva sia del diritto alla salute (unitamente a quello alla sicurezza), sia di quello all'autodeterminazione personale come valore costitutivo dell'uomo, si oppongono coloro¹⁸² che, nel pari rinvio a tale ultima libertà ed al valore fondativo della dignità umana¹⁸³, profilano non pochi rischi e serie preoccupazioni nell'aderire ad una prospettiva assolutamente libertaria che rimetta al solo rapporto soggetto/medico la scriminante

181 G. Marini, *Il consenso*, in *Il governo del corpo*, I, a cura di S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà e P. Zatti, in *Trattato di biodiritto*, I, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, p. 384; P. Zatti, *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009 p. 231; R. Fattibene, *Il potenziamento cognitivo tra autodeterminazione e salute*, cit., p. 47 ss., Id., *Il potenziamento umano in ambito militare tra diritti e doveri costituzionali*, in *Riv. aic.*, 2019, p. 288 ss.

182 L. Palazzani, *Il potenziamento cognitivo e morale: riflessioni bioetiche*, cit., p. 7 ss.; Id., *Enhancement e bioetica*, cit., p. 59 ss.; L. Tafaro, *Cosa ci dice il cervello? Neuroimaging e diritto civile*, cit., 133.

C. Donisi, *Tecnoscienze, human enhancement e scopi della medicina*, cit., 245 ss.; C. Casella, *Il potenziamento cognitivo tra etica, deontologia e diritti*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2020, 151 ss.

In termini generali, J. Habermas, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Torino, 2002, *passim*; J. Sandel, *Contro l'etica della perfezione. L'etica nell'età dell'ingegneria genetica*, Milano, 2008, *passim*.

183 Così come recepito nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (nel preambolo e nell'art. 1) e nel Trattato di Lisbona (art. 1-bis), poi confluito nell'attuale Trattato dell'Unione Europea (art. 2).

In proposito, F.G. Pizzetti, *Neuroscienze forensi e diritti fondamentali: spunti costituzionali*, Torino, 2012, p. 59 ss.: "un uso riduzionistico e assiomaico degli esiti della prova neuroscientifica ai fini della decisione giudiziale [...] non è compatibile con la dignità della persona"; pertanto "[è] bello (e dà molta sicurezza) sapere che è ancora la nostra Costituzione [...] nella sua sintesi armonica ed equilibrata del principio del giusto processo regolato dalla legge da una parte, e del principio della centralità della persona umana e della sua dignità dall'altra [...] a rivelarsi anche rispetto all'inesorabile espansione neurotecnica del nostro tempo calle sue possibili ricadute fuori dai laboratori [...] un faro sicuro per illuminare il percorso".

dell'ammissibilità dell'accesso alle novelle tecniche che schiudono all'uomo "aumentato" (con il primo che solo latamente si potrà ancora identificare con la figura del paziente¹⁸⁴ ed il secondo chiamato all'autoriflessione etica¹⁸⁵, in una relazione che deve conformarsi ai principi indicati dalla Costituzione e dall'art. 76 del Codice deontologico dei medici). D'altra parte, anche in presenza di tale ultima disposizione autorizzatoria, non è che si riescano a compiere così tanti passi in avanti nella delicata problematica che ci occupa, anche per l'evidente *larghezza concettuale*¹⁸⁶ evocata dai principi di precauzione, di proporzionalità e di autodeterminazione, la cui concretizzazione "suppone una elaborazione di criteri specifici che la medicina non sembra ancora avere elaborato; sicché più che una vera e propria indicazione il criterio di proporzione contiene una sfida"¹⁸⁷. Invero, di là dalla tormentata¹⁸⁸ vicenda relativa alla sua approvazione nel 2014¹⁸⁹, alla soggiunta modifica del 2017¹⁹⁰ e dai *caveat* posti anche da chi¹⁹¹ si è fatto promotore della sua approvazione, si deve sottolineare che se è vero che, nella giurisprudenza più recente, si è affermato l'idea per cui quelle deontologiche sono "vere e proprie *regole giuridiche* vincolanti nell'ambito dell'ordinamento di

184 Se è vero che colui che si sottopone all'ampio e complesso trattamento di potenziamento neuro-psichico è persona *sana*! Insiste sul punto, A. Nicolussi, *Il codice deontologico e il ruolo del comitato etico*, cit., p. 109 ss.

185 A. Nicolussi, *Il codice deontologico e il ruolo del comitato etico*, cit., p. 107.

186 In questo senso anche F.D. Busnelli, *Verso un nuovo concetto di salute?*, cit., p. 56 s.

187 A. Nicolussi, *Il codice deontologico e il ruolo del comitato etico*, cit., p. 118; al "principio di precauzione e prudenza" si riferisce anche L. Palazzani, *Potenzimento neuro-cognitivo: aspetti bioetici e biogiuridici*, cit., p. 219.

188 Della quale vi è eco sia in C. Donisi, *Tecnoscienze, human enhancement e scopi della medicina*, cit., p. 249 s., sia in C. Casella, *Il potenziamento cognitivo tra etica, deontologia e diritti*, cit., pp. 157 ss., 163 ss., sia in A. Nicolussi, *Il codice deontologico e il ruolo del comitato etico*, cit., p. 114 ss.

189 Ove all'art. 76 si disciplinavano insieme la Medicina potenziativa e quella estetica.

190 Con la modifica si è provveduto a separare la regola inerente alla medicina potenziativa (art. 76) da quella relativa alla medicina estetica (art. 76-bis).

191 Il riferimento è all'intervento di M. Benato, *Forum su Il nuovo codice di deontologia medica*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2015, p. 44, secondo il quale le scoperte nel campo della medicina potenziativa e le relative applicazioni "rendono molto labile il confine tra la medicina e la manipolazione bio-logica e [...] comportano una voragine nella riflessione etica con tante, tantissime domande. Mi limito ad alcune: in quale direzione incanalare il miglioramento? in modo collettivo o lasciando al singolo la propria autonomia? si deve perseguire l'ideale statico di natura umana o come dimostra la nostra storia evolutiva un ideale di perfezione continua".

categoria”¹⁹², è altresì vero che un “Codice Deontologico non può non risultare in sintonia con l’ordinamento giuridico in cui è destinato ad operare, [si che] il suo testuale *favor* manifestato nei riguardi della “medicina potenziativa” non preclude in alcun modo”¹⁹³ la sottoposizione della *regola* al vaglio di meritevolezza costituzionale ai sensi del combinato disposto degli artt. 2, 3 e 32, per così proporre un’interpretazione abrogativa dell’art. 76 del predetto Codice¹⁹⁴.

Ebbene, nella persistente assenza di un (invece necessario e) chiaro indirizzo giuridico, che dovrebbe costituire il riferimento assiologico dell’azione di ogni protagonista delle nuove sfide poste dalle neuroscienze, si auspica un rapido e attento intervento degli organi politici e legislativi (statali, europei e internazionali) per l’individuazione di limiti precisi all’ammissibilità del ricorso alle tecniche del potenziamento neuro-cognitivo, distinguendo, ad es., gli interventi estremi da quelli più moderati; quelli con effetti irreversibili da quelli con conseguenze temporanee; quelli con elevata invasività da quelli con scarsa invasività. Prescrizioni che devono trovare, nella loro più puntuale indicazione, da un lato l’insuperabile *condicio sine qua non* costituita dalla necessità di prestare un consenso informato da parte del soggetto che a tali tecniche decide di sottoporsi (soprattutto per l’assenza di evidenze certe in margine a tutte le conseguenze che potrebbero originare dalla sottoposizione

192 Cass., sez. un., 6 giugno 2002, n. 8225. Ma cfr., altresì, Cass. pen., 6 luglio 2005, n. 36592, con conferma da Cass., 18 dicembre 2018, n. 2437 e già Cass., 30 luglio 2001, n. 10389.

193 C. Donisi, *Tecnoscienze, human enhancement e scopi della medicina*, cit., p. 256 s.; in senso adesivo, C. Casella, *Il potenziamento cognitivo tra etica, deontologia e diritti*, cit., p. 160 ss. Cfr., altresì, A. Nicolussi, *Il codice deontologico e il ruolo del comitato etico*, cit., p. 105 ss.

194 C. Donisi, *Tecnoscienze, human enhancement e scopi della medicina*, cit., p. 257; F.D. Busnelli, *Verso un nuovo concetto di salute?*, cit., p. 53 ss., discute di una norma che “quanto meno ci appare abbastanza confusa se con contraddittoria”; C. Casella, *Il potenziamento cognitivo tra etica, deontologia e diritti*, p. 57 ss. Perplexità circa la soluzione di inserire la disciplina nel codice deontologico esprime F. Giglio, *L’introduzione della medicina potenziativa nel nuovo codice di deontologia medica*, in *Medicina e morale*, 2015, 1, p. 76 ss.; suggerisce un approccio metodologico che rifiuti la “condanna categorica”, L. Palazzani, *Enhancement e bioetica*, cit., p. 73 ss.

Sottolinea, invece, “l’autonomia del codice deontologico rispetto alle leggi dello stato”, A. Nicolussi, *Il codice deontologico e il ruolo del comitato etico*, cit., p. 109 e ritiene, pertanto, positivo che il codice medico abbia stabilito di disciplinare la medicina potenziativa, sebbene poi affermi come sia “ragionevole interpretare in via restrittiva l’art. 76”; così anche R. Fattibene, *Il potenziamento cognitivo tra autodeterminazione e salute*, cit., p. 61.

a tali trattamenti, vieppiù ove si prenda atto che esse potrebbero strutturalmente mimare l'isteresi con la concreta peculiarità della lungolatenza dannosa¹⁹⁵) e, dall'altro, la certezza che “non siano prevedibili effetti così radicali e irreversibili da pregiudicare il ritorno alla normalità della vita sociale”¹⁹⁶, ove il medesimo, *melius re perpensa*, decidesse di ritornare sulla decisione presa al fine della massima tutela della dignità e della sicurezza della persona¹⁹⁷.

9. Alla luce di tutto ciò pare divenire evidente che all'orizzonte ne uscirà sbiadirà la figura del superuomo¹⁹⁸ nicciano¹⁹⁹, sì come ripudiante ogni tentazione metafisica con l'annuncio della “morte di Dio” e con la rinvigorita pretesa di collocarsi al di sopra del bene e del male; per porsi, cioè, al di là di ogni imposizione etico-religiosa ed abiurare ogni prospettiva valoriale, allo scopo di affermare perennemente, nella visione circolare del tempo, la sua volontà di potenza (*Wille zur Macht*), capace di determinare sé stesso e dominare tutte le cose del mondo. Bensì, nelle trame della postmodernità neuronale, l'uomo “aumentato” o “potenziato”; “una simbiosi macchina/uomo influente sulla stessa evoluzione della specie”²⁰⁰ che, con le acquisizioni confermate dalla prospettiva del “transumanesimo”²⁰¹, propone l'assidua promozione dell'uomo

195 L. Palazzani, *Enhancement e bioetica*, cit., p. 75 s.: ove si rileva come la circostanza che “spesso i rischi non siano immediati ma futuri, non esime dal tenerli in adeguata considerazione, sia da parte dei ricercatori che da parte dei soggetti che entrano nella sperimentazione” (p. 76), sì che “prima ancora di pianificare la sperimentazione [di ogni forma di medicina potenziativa] su soggetti sani”, occorrerebbe promuovere “nuove ricerche volte ad individuare in modo più preciso l'efficacia e gli effetti collaterali di farmaci e dispositivi su individui malati, al fine di meglio verificare se il possibile uso a fini potenziativi per una determinata funzione non comporti il possibile declino o impoverimento temporaneo o irreversibile di altre funzioni” (p. 75).

196 Comitato Nazionale di Biotetica, parere “Diritti umani, etica medica e tecnologie di potenziamento (Enhancement) in ambito militare”, p. 16.

197 L. Palazzani, *Enhancement e bioetica*, cit., p. 73 ss.

198 Espressione che costituisce la traduzione più comune del termine tedesco *Übermensch*, ma che Gianni Vattimo ha poi proposto con fortuna di tradurre, più fedelmente – anche al fine di evitare assimilazioni a regimi totalitari del pensiero di Nietzsche –, con “oltreuomo”.

199 F. Nietzsche, *Così parlò Zarathustra. Un libro per tutti e per nessuno, passim*.

200 S. Rodotà, *L'uso umano degli esseri umani*, cit., p. 121 ss.

201 O “transumanismo” sono termini comunemente ricondotti a Julien Huxley ed alla sua opera del 1927, il quale (per come ne riferisce S. Rodotà, *L'uso umano degli esseri umani*, cit., p. 121 ss.) rifletteva su come “forse il transumanismo servirà:

“postumano”²⁰², quale obiettivo reale e concreto. Un uomo che vuole ottimizzare le sue prestazioni attraverso un vero e proprio *overtaking*²⁰³, con una tecnologia che permette di superare i limiti della forma umana attraverso un’innovativa medicina potenziativa²⁰⁴, quale insieme di “strategie per creare capacità umane che vanno oltre la normale variabilità biologica, attraverso modificazioni della funzione umana, tra cui interventi chirurgici, modificazioni genetiche, stimolazione neuronale, farmaci potenzianti”²⁰⁵. E ciò sia mediante già note terapie farmacologiche²⁰⁶, sia per mezzo di *enhancement* neuro-cognitivi realizzati con le tecniche della *Transcranial Magnetic Stimulation* (TMS) e della *Deep Brain Stimulation* (DBS) in una dimensione che, tuttavia, fatica (non poco) a superare l’originario dubbio: l’umanità è pronta all’“uomo aumentato o spossessato di quei tratti dai quali riteniamo che l’umanità non possa essere separata?”²⁰⁷.

Dovrà ribadirsi, al contrario, l’unitarietà indissolubile della persona umana tra salute “intesa come equilibrio psichico, mentale e quindi fisico”²⁰⁸ e libero sviluppo della personalità, va pienamente condiviso il pensiero sia di chi, da oltre quarant’anni, pone la salute quale parametro

l’uomo rimarrà tale, trascendendo però se stesso e realizzando così nuove possibilità per la sua propria natura”.

- 202 N. Bostrom, R. Roache, *Ethical Issues in Human Enhancement*, in *New Waves in Applied Ethics*, a cura di J. Ryberg, T. Petersen e C. Wolf, Palgrave, 2007, *passim*; P. Singer, J. Harris, J. Sandel, A. Sandberg, J. Savulescu, N. Bostrom, *Human Enhancement*, a cura di J. Savulescu e N. Bostrom, Oxford, 2009, *passim*; S. Young, *Designer Evolution: a transhumanist manifesto*, New York, 2006, *passim*.

In argomento, B. Romano, *Le tesi*, cit., p. 18; figura che S. Rodotà, *L’uso umano degli esseri umani*, cit., p. 121 ss., propone di ricollocare idealmente addirittura alla filosofia baconiana, con la previsione dei risultati cui sarebbero giunte.

- 203 A. Amodio, *Sui potenziamenti cognitivi: fra trattamento terapeutico ed effetto dopante. Interrogativi etici e scientifici*, in *Neuroscienze e persone: interrogativi e percorsi etici*, a cura di L. Renna, Bologna, 2010, p. 271 ss.
- 204 C. Donisi, *Tecnoscienze, human enhancement e scopi della medicina*, cit., p. 245 ss.
- 205 Parere Comitato Bioetico, “Diritti umani, etica medica e tecnologie di potenziamento (Enhancement) in ambito militare”, cit., p. 3.
- 206 In senso problematico, L. Palazzani, *La mente farmacologicamente potenziata: problemi bioetici e biogiuridici*, in *Neurodiritto. Prospettive epistemologiche, antropologiche e biogiuridiche*, cit., p. 155 ss.
- 207 R. Fattibene, *Il potenziamento cognitivo tra autodeterminazione e salute*, cit., p. 121 ss.
- 208 P. Perlingieri, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, cit., p. 106; M. Luciani, *Brevi note sul diritto alla salute nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine*

indiscutibile “della liceità e della illiceità dei comportamenti e della meritevolezza dell’attività in senso lato dell’uomo”²⁰⁹ e “come uno stato della persona inseparabile da essa [...] non configurabile in astratto ma come situazione ottimale relativa al soggetto concreto”²¹⁰; sia di chi sottolinea come sia necessario intenderla quale “comprende[nte] non solo l’incolumità fisica, ma anche il benessere psichico dell’individuo e in genere tutto ciò che vale a definire la qualità stessa della vita, intesa come piena e integrale realizzazione della persona umana nella totalità e globalità dei suoi valori”²¹¹; sia, infine, di chi – a prescindere dal consenso del singolo che se, per un verso, potrebbe subire condizionamenti esterni o divenire etero-condizionato²¹², per l’altro s’imporrebbe come “tirannia del principio di autodeterminazione”²¹³ – evoca i valori della dignità della persona e dell’uguaglianza²¹⁴, i quali rischiano seriamente di essere messi a repentaglio

etico, giuridico ed economico, a cura di L. Chieffi, Torino, 2003, p. 63 ss.; Id., voce *Diritto alla salute*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXXII, Roma, 1991, p. 1 ss.

- 209 P. Perlingieri, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, cit., p. 105; cui adde “C. Mortati, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. infort. mal. prof.*, 1961, pp. 1-10; ora in Id., *Problemi di diritto pubblico nell’attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, p. 435 s.”
- 210 P. Perlingieri, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, cit., p. 129.
- 211 V. Scalisi, *Immissioni di rumore e tutela della salute*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 159.
- 212 R. Fattibene, *Il potenziamento cognitivo tra autodeterminazione e salute*, cit., p. 63.
- 213 A. Nicolussi, *Il codice deontologico e il ruolo del comitato etico*, cit., p. 107, il quale a p. 108 fa riferimento al corrispondente *depotenziamento* etico del (contestato, ma finora rimasto immutato) art. 22 del Codice Deontologico dei Medici che prescrive: “Il medico può rifiutare la propria opera professionale quando vengano richieste prestazioni in contrasto con la propria coscienza o con i propri convincimenti tecnico-scientifici, a meno che il rifiuto non sia di grave e immediato nocumento per la salute della persona, fornendo comunque ogni utile informazione e chiarimento per consentire la fruizione della prestazione”, o, finanche, come osserva, decisamente in senso critico, F.D. Busnelli, *Verso un nuovo concetto di salute?*, cit., p. 55 finendo per vedere nella “dignità un valore individuale assorbito dalla autodeterminazione”.
- 214 S. Rodotà, *L’uso umano degli esseri umani*, cit., p. 121 ss., anche per il successivo virgolettato; ma cfr., anche Comitato Bioetico, “Diritti umani, etica medica e tecnologie di potenziamento (Enhancement) in ambito militare”, cit., p. 4, ove si sottolinea la necessità del doveroso rispetto del “principio di dignità e di integrità fisica, psichica ed etica [...] il principio di autonomia, il principio di uguaglianza”; L. Palazzani, *Enhancement e bioetica*, cit., 71: “[g]li alti costi di accesso alle tecnologie di potenziamento (oltretutto, proprio in quanto “oltre” la terapia non sostenuti dal servizio sanitario nazionale) lo rendono accessibile solo a chi se lo può permettere finanziariamente. Ciò solleva problemi di uguaglianza, introducendo inevitabilmente una differenziazione che aumenta le disparità e la

da rinnovate “situazioni di iniquità e di disuguaglianza”²¹⁵ e da una poco sorvegliata diffusione delle dinamiche del “post-umanesimo”.

Non scevre, nella sottesa impostazione cultural-scientista, da una certa arroganza tipica del manifestarsi del potere²¹⁶ ed annunciante l'avvento

discriminazione tra i ricchi e i poveri, aumentando e trasformando il divario tra gli avvantaggiati sempre più avvantaggiati (ricchi-potenziati) e gli svantaggiati sempre più svantaggiati (poveri-depotenziati), dividendo gerarchicamente i cittadini in classi superiori ed inferiori”, ove si mostra serie preoccupazione per “le disparità e la discriminazione tra i ricchi e i poveri, aumentando o trasformando il divario tra gli avvantaggiati sempre più avvantaggiati (ricchi-potenziati) e gli svantaggiati sempre più svantaggiati (poveri-depotenziati) dividendo gerarchicamente i cittadini in classi superiori ed inferiori”; F.G. Pizzetti, *Potenziamento umano e principio lavorista. Spunti di riflessione*, cit., p. 265: “[s]e, perciò, non tutti potranno accedere alla medicina potenziativa, ma solo coloro che se la potranno permettere in ragione delle disponibilità economiche, gli altri cittadini, che dovranno continuare a basarsi sullo sforzo e sulla fatica (ovverossia sul “lavoro”) come strumenti per l’acquisizione delle posizioni sociali, potrebbero contestare la legittimità dei risultati ottenuti da coloro che, invece, si sono potenziati [...] e comunque potrebbero sentirsi collocati, rispetto a questi ultimi, su un piano di grave disparità con evidenti (e forse anche drammatiche) ripercussioni, oltretché sul rispetto del valore (costituzionalmente fondamentale) dell’eguaglianza e pari dignità dei cittadini, anche sulla “tenuta” stessa della coesione sociale, complessivamente considerata, che potrebbe essere sottoposta a formidabili tensioni”.

- 215 C. Donisi, *Tecnoscienze, human enhancement e scopi della medicina*, cit., p. 253; L. Palazzani, *Enhancement e bioetica*, cit., p. 77 ss.: “In questo senso la regolamentazione delle tecnologie di potenziamento non va creata dal nulla, ma deve semmai integrare e precisare, sul piano dei contenuti, i principi biogiuridici generali già espressi in documenti internazionali: il primato dell’uomo sul progresso scientifico e tecnologico, il rispetto dell’integrità fisica, la non commerciabilità e manipolabilità arbitraria del corpo umano e delle sue parti, la libertà informata e responsabile, la giustizia. La normazione integrativa dovrebbe elaborare in modo particolare i significati di tali principi, con riferimento particolare alle tecnologie di potenziamento. La tutela della dignità umana e dell’integrità psico-fisica va esplicitata con riferimento alla difesa dell’identità umana nel corpo e nella personalità dall’invasività della tecnica. La difesa della libertà e autonomia va tematizzata con riferimento alla necessità di un’informazione adeguata e dell’accertamento dell’autenticità delle scelte non indotte da indebite pressioni esterne (in particolare commerciali). La protezione della giustizia va declinata con riferimento alla compatibilità tra il diritto – estensibile di principio a tutti – all’accesso al potenziamento (nella misura in cui fosse dimostrata la sicurezza, l’efficacia, l’informazione) e il diritto al non potenziamento, come scelta consapevole di astensione dall’uso delle tecnologie migliorative, senza che ciò causi discriminazioni, svantaggi, emarginazioni”.
- 216 Discute del “tentativo di costruire fonti di legittimazione del potere esplicativo sottratte alla competenza dei comuni mortali”, P. Barcellona, *Elogio del discorso inutile*, cit., p. 26.

di una super-tecnica di dominio della mente, che però si profila (fin da subito) come a beneficio di pochi e ricchissimi eletti²¹⁷; incapace di simulare “un’anima antica [manifestante] inquietanti continuità con la logica di un incontrollato mercato concorrenziale”²¹⁸ ed una paradossale azione in “senso antietico”²¹⁹, non distante da quelle convergenti strategie di “biopotere” e “biopolitica” che Michel Foucault profeticamente annunciava sul finire degli anni sessanta del secolo scorso²²⁰.

Al contrario, va ribadito che la persona, nella sua concettualizzazione, “non è mera soggettività, semplice essere ontologico, ma è anche struttura di valore, un essere assiologico [...] nella totalità dei suoi elementi costitutivi”²²¹.

10. Assai preoccupata, invero, è la testimonianza di chi intravede una scarsa compatibilità assiologica tra il giuramento di ogni medico e l’esercizio (deontologicamente consentito) della cd. medicina potenziativa, sottolineando come “quest’ultima, disancorata per la sua indole dai doveri e, per ciò stesso, dagli scopi della cura della salute e del sollievo dalla sofferenza, finirebbe per collocarsi in un vistoso dissidio con quella che [...] è la inclu-

217 Comitato Nazione di Bioetica, “Neuroscienze e potenziamento cognitivo farmacologico: profili bioetici”, cit., p. 16 “desta preoccupazione la possibilità che, lasciando la regolazione della distribuzione al libero mercato, solo persone facoltose possano, invece, permettersi l’accesso a FPC efficaci e verosimilmente molto costosi, col risultato di rendere ancor più gravose le disuguaglianze ‘natural’ e sociali già esistenti”; S. Rodotà, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in *Trattato di biodiritto. Ambiente e fonti del biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2010, p. 217, il quale rileva come si debba ad ogni costo scongiurare che le nuove tecniche di neuroimaging provochino un rinnovato “scenario di una società castale” in cui i soggetti non sarebbero divisi dalle diverse condizioni di vita, bensì dalle diverse condizioni dell’essere; C. Donisi, *Tecnoscienze, human enhancement e scopi della medicina*, cit., p. 253 s’interroga su una possibile costituzione della “nuova élite sociale dei ‘superdotati’”.

218 Rodotà, *L’uso umano degli esseri umani*, cit., p. 121 ss.; invita “a sottrarre la materia dal far west mercantile”, A. Nicolussi, *Enhancement e salute nel rapporto medico paziente*, in *Verso la salute perfetta. Enhancement tra bioetica e biodiritto*, a cura di L. Palazzani, Roma, 2014, p. 91.

219 C. Donisi, *Tecnoscienze, human enhancement e scopi della medicina*, cit., p. 253.

220 M. Foucault, *Nascita della clinica. Una archeologia dello sguardo medico* (1969), Milano, 1988, *passim*.

221 L. Mengoni, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell’uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 1117 ss., spec., 1135 s.

dibile ‘vocazione etica della medicina’²²² o per degradare “a mera tecnica esecutiva esposta a qualunque richiesta e quindi a qualunque finalità”²²³. In adesione, per tale via, alla chiara indicazione sovveniente dal Comitato Nazionale per la Bioetica, secondo cui “[l]’evoluzione medica [...] non concerne solo i mezzi ma anche e in primo luogo gli scopi della medicina, che devono essere sottoposti ad un processo di definizione e ridefinizione continua in ragione dei beni e dei valori umani implicati. Va in ogni caso ribadito che tale evoluzione non può modificare la vocazione etica della medicina alla cura della salute e al sollievo della sofferenza, se non a rischio di rendere tale sapere un insieme di conoscenze e di tecniche dal valore solo strumentale”²²⁴. Ed unitamente all’appello²²⁵ congiunto lanciato da un autorevole gruppo di scienziati, biologi e umanisti dalle colonne della prestigiosa rivista *Nature*, ove, con linguaggio altrettanto esplicito, Luigi Naldini²²⁶ osserva: “Un conto è [adoperare la medicina] per curare la distrofia muscolare in un paziente, un altro per migliorare la performance di un aspirante atleta pur consenziente e un altro ancora farlo su un embrione per pianificare la nascita di un ‘superman’. Per non parlare poi della possibilità di conferire all’uomo delle nuove capacità che non avrebbe naturalmente, come vedere la luce infrarossa o resistere a certe tossine batteriche o a un veleno. Per usare un gergo a effetto, dove sta il confine tra

222 C. Donisi, *Tecnoscienze, human enhancement e scopi della medicina*, cit., p. 253 il quale riporta il virgolettato di Parere Comitato Nazionale di Bioetica del 14 dicembre 2011; si richiamo “agli scopi essenziali della medicina”, anche, A. Nicolussi, *Il codice deontologico e il ruolo del comitato etico*, cit., p. 107.

223 A. Nicolussi, *Il codice deontologico e il ruolo del comitato etico*, cit., p. 108, il quale poi dichiara un atteggiamento nei confronti della medicina potenziativa che non è di chiusura pregiudiziale; essa, inverò, “non è in sé né un male da combattere né un bene da imporre, ma un’altra frontiera dell’avventura tecnologica in cui l’umanità è coinvolta”. Con la conseguenza che si aprono “spazi per forme di potenziamento verso le quali il medico sarà comunque chiamato a tutelare la sicurezza delle persone. Naturalmente si dovrà pur trattare di forme di enhancement che non alterino quella dimensione di dignità umana giuridicamente indisponibile e che risulta storicamente costituzionalizzata e quindi istituzionalizzata nel diritto. All’interno di questo ambito, pur quando il trattamento trascende il concetto di terapia, il medico rimane chiamato a svolgere compiti di tutela della salute come condizione psico-fisica di relativo benessere della persona che, pur nella variabilità delle condizioni personali e nel tempo, è diversa dalla malattia”.

224 Comitato Nazionale per la Bioetica, *Scopi, limiti e rischi della medicina*, 14 dicembre 2001, in https://bioetica.governo.it/media/1874/p53_2001_scopi-rischi-medicina_it.pdf, p. 59 (corsivo originale).

225 In https://www.quotidianosanita.it/stampa_articolo.php?articolo_id=71920.

226 Luigi Naldini è Professore Ordinario di Istologia e Direttore dell’Istituto San Raffaele Telethon per la Terapia Genica (SR-Tiget) di Milano.

curare una persona e creare improbabili ‘super-uomini’? Chi e come decidere fin dove è lecito spingersi? Il fatto che si possa fare o che in un futuro prossimo questo diventi tecnicamente possibile non implica automaticamente che sia lecito farlo: secondo me e gli altri firmatari la decisione non devono prenderla gli scienziati da soli”.

11. Il diritto, allora, non si mostri reticente o, ancor più gravemente, supino rispetto ai risultati conseguiti dalle (e che in futuro continueranno a conseguire le) neuroscienze e dalla medicina potenziativa, bensì esprima, con fermezza e condivisione dei valori fondativi e condivisi dell’umanità²²⁷, la rivendicazione a sé della prerogativa di ambire alla regolazione delle azioni dell’uomo²²⁸ e dell’organizzazione della società (con i valori che questa storicamente esprime²²⁹) in guisa ad un’interpretazione (dei risultati, via via conseguiti dalle tecno-scienze) che sia sempre svolta in base ai primari criteri della ragionevolezza, meritevolezza ed eticità (sociale e giuridica, per come storicamente determinate). L’universo del diritto dovrà farsi portatore della contemporaneità di un *neo-umanesimo* che esalti pienamente i principi di *autodeterminazione*, *dignità* e *relazionalità* dell’uomo e dell’intera umanità, dovendosi convenire – nell’epoca dell’incertezza, anche epistemologica – che: “il determinismo, che non lascia alcun posto alla libertà umana e obbliga a considerare come illusori, nel loro apparente finalismo, tutti i fenomeni della vita, racchiude una reale causa di debolezza: la contraddizione immediata e irrimediabile con i dati più certi della nostra coscienza”²³⁰. Si alimenti, allora, l’“elogio del diritto”²³¹, il “ritorno al diritto”²³² o, meglio, una rinnovata “fede nel diritto”²³³; si

227 In ciò consiste l’“etica” che, in greco, indica principalmente “consuetudine”, la quale “è insieme l’ambiente in cui ci si può mantenere per difendersi” (p. 9), e cioè “come l’insieme di comportamenti del gruppo umano rispetto ai quali l’individuo si sente vincolato. Il gruppo stabilisce la regola” (p. 17): E. Severino, in *Dialogo su Etica e Scienza*, cit., pp. 9, 17. Allo snello, ma denso, libricino si rinvia, per un serrato e avvincente dibattito tra i due AA. su etica e scienza.

228 N. Irti, *Il diritto nell’età della tecnica*, Napoli, 2007, p. 45: “Il diritto non può starsene come un curioso spettatore, né delegare ad altre potenze la guida degli uomini. I tempi esigono una presa di posizione”.

229 L. Palazzani, *Enhacement e bioetica*, cit., p. 79 s.

230 E. Majorana, *Il valore delle leggi statistiche nella fisica e nelle scienze sociali*, cit.,

231 M. Cacciari-N. Irti, *Elogio del diritto*, Milano, 2019.

232 P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015.

233 P. Calamandrei, *Fede nel diritto*, a cura di S. Calamandrei, con saggi di Guido Alpa, Pietro Rescigno e Gustavo Zagrebelsky, Roma-Bari, 2008.

dissolvano i dubbi di un “diritto senza verità”²³⁴ e quelli sottesi posizioni “contro l’etica della verità”²³⁵, allorché si tratta di affermare la *verità dell’Uomo* e si respingano, con decisione, le cassandre che ora annunciano la “fine del diritto”²³⁶ o “le ceneri del diritto”²³⁷, ora preconizzano la “crisi del diritto”²³⁸.

L’universo giuridico, da sempre, è *selezione* di valori tra valori; è scelta tra diverse *possibilità* o *scopi* (che si offrono all’umanità), nel far ricorso al linguaggio filosofico della tecnica. Di fronte alle nuove sfide – poste dalle suggestionanti prospettive offerte dalle neuroscienze, con la pretesa acquisizione della conoscenza del cervello e delle sue connessioni cognitive e bio-elettrico-sinaptiche – il diritto non deve arretrare, bensì, con maggior vigore, confermarsi caposaldo assiologico per la questione somma posta dall’evoluzione scientifico-tecnologica. Vale a dire: se riporre o no nella mera *possibilità* l’unico criterio selezionante le scoperte neuroscientifiche, prescindendo totalmente dal precostituito (ma non immutabile) quadro valoriale di riferimento e, ancor prima, dalla persona umana, nella sua totalità e storicità, correndo il rischio, assai pericoloso, di lasciare la “cura della persona [...] nella sfera [del] giuridicamente irrilevante”²³⁹.

Il diritto, senza smettere d’interrogarsi sui concetti fondativi²⁴⁰, rammenti la sua essenziale prerogativa costitutiva ed etica riposta nei valori sociali²⁴¹, in ragione della quale il *regolare* implica (necessariamente) il *delimitare*; cioè la selezione del giuridicamente ammissibile: il *regolato* (lecito, meritevole di interesse, ecc.). Dovrà così sempre *storicamente* (e quindi continuativamente) distinguersi ciò che è *nel* diritto da ciò che sta (e deve rimanere) *fuori* dal diritto, in quanto vietato, e ribadire che il *vietato* è tale proprio perché, prima ed in assenza di quella scelta, sarebbe anch’esso (tecnicamente) possibile. L’impossibilità, infatti, non darebbe spazio all’esistere del diritto; costituirebbe una sua condizione ... di impossibilità. Nella dimensione dell’impossibile, infatti, non si sceglie nul-

234 N. Irti, *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011.

235 G. Zagrebelsky, *Contro l’etica della verità*, Roma-Bari, 2008.

236 AA.VV., *Fine del diritto?*, a cura di P. Rossi, Bologna, 2009.

237 M.L. Ghezzi, *Le ceneri del diritto. La dissoluzione dello Stato democratico in Italia*, Milano, 2007.

238 G. Ballardore Pallieri-P. Calamandrei-G. Capograssi-F. Carnelutti-G. Delitala-A.C. Jemolo-A. Ravà-G. Ripert, *La crisi del diritto*, Padova, 1953.

239 L. Mengoni, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell’uomo*, cit., p. 1119.

240 M. Heidegger amava ripetere: “Si è ormai stanchi d’interrogarsi sui concetti fondamentali, si vuole la quiete”.

241 A. Falzea, *Etica e diritto*, cit., p. 329 ss.

la; nessun *discrimen* è consentito. Al contrario, il diritto – e, dunque, la scelta – per esistere, anche solo logicamente, deve postulare la *possibilità* e l'*oltrepassamento del limite*, che esso, per l'appunto, deve incaricarsi, nella sua essenza fondativa, di orientare, promuovere, regolare, organizzare, ricalibrare e definire alla stregua della sua assiologia, intrinsecamente costitutiva e storicamente adeguata²⁴². Vieppiù in un ambito in cui l'assenza di disposizioni specifiche sollecita l'inevitabile necessità di volgere lo sguardo all'etica diffusa dell'umanità, quale "fonte immanente primaria del diritto positivo"²⁴³. Consci che "[l]'etica dei valori sociali [...] costituisce il fondamento di tutti i sistemi culturali che [...] compongono la cultura generale di ogni società [nelle diverse manifestazioni] dei molteplici rami del sapere"²⁴⁴ e, quindi, "[s]intesi deontologica dei valori sociali nei quali si sostanzia il tipo di vita della società e modello delle sue aspirazioni ad uno stile di vita più altro e più degno". L'uomo non rinunci a "chiedersi in che modo l'uomo è stato separato dal non-uomo" poiché "quando la differenza si cancella e i due termini collassano l'uno sull'altro – come sembra avvenire oggi – anche la differenza fra l'essere e il nulla, il lecito e l'illecito, il divino e il demonico viene meno"²⁴⁵.

Il diritto è, daccapo, *il e nel* mondo delle possibilità. Con esso costantemente sta e con esso inevitabilmente si confronta: è, allora, necessariamente *Politica*! La quale, già etimologicamente, è legata alla tecnica. Anzi, è essa stessa essenzialmente tecnica, e cioè tecnica dell'organizzazione sociale, tecnica di governo, nell'eleggere il diritto a propria *tecnica* più intensa, a performance della propria azione. La sfida con le nuove potenze, che ambiscono anch'esse a regolare il tutto, a dominare il mondo, ergendosi a sfidanti assolute del diritto, con ciascuno dei contendenti che non è disposto ad accettare di sottomettersi all'altro (perché, daccapo, ciascuno vuole imporre la propria volontà di potenza sull'altra e così *orientare* il mondo²⁴⁶), è già in corso²⁴⁷. Una sfida tra

242 È anche il pensiero autorevole di A. Falzea, *I fatti giuridici della vita materiale* (1982), in Id., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, Milano, 1997 p. 393 ss., spec., 429 ss.

243 A. Falzea, *Etica e diritto*, cit., p. 341.

244 A. Falzea, *Etica e diritto*, cit., p. 333, anche per il successivo virgolettato.

245 G. Agamben, *L'aperto. L'uomo e l'animale*, Torino, 2002, p. 35, ove emerge evidente il richiamo a M. Heidegger, *Concetti fondamentali della metafisica. Mondo-finitezza-solitudine, Lezioni del 1929-1930*.

246 N. Irti, *Il diritto nell'età della tecnica*, cit., p. 11 ss.: "Diritto è una *potenza del dirigere*, del segnare il cammino all'altrui volontà" (p. 12, corsivo originale).

247 Discute di contrapposizione di culture ("la cultura della nostra Costituzione" e la "cultura della tecnica"), F.D. Busnelli, *Verso un nuovo concetto di salute?*, cit., p. 55.

inconciliabili *valori* e tra opposte potenze che pretendono ciascuna di imporre il proprio *volere* in termini di *valore*, finendo, in ultima istanza, per coincidere proprio nello scopo finale: *imporre il dominio sulla volontà altrui*²⁴⁸. Ma il diritto ha, in questo senso, un'antica esperienza, poiché da sempre – ed essenzialmente – è tecnica, la tecnica più incidente: non si accontenta, infatti, dello scopo di dominare il mondo e le cose, bensì *vuole* lo scopo di dominare la volontà dell'uomo con l'imposizione delle proprie regole.

L'essere umano che ha da sempre cercato di comprendere sé stesso, trascendendosi nel pensiero metafisico, ora ha di fronte, sul terreno concreto dei fatti (nei quali le mere congetture del passato si sono trasformate), il post-umano, che pure però costituisce (con l'alleanza della tecnica) un suo prodotto. Questa volta, tuttavia, la sfida è davvero incerta! La tecnica, infatti, che, nella sua *pretesa* (ma qui sconfessata) neutralità, ha come unico scopo quello di produrre ulteriori e nuovi scopi; di imporre il *possibile* quale unica regola (e, quindi, di nuovo, il raggiungimento di nuovi scopi), parrebbe auto-sottrarsi o finanche superare l'alternativa fondativa del diritto tra “lecito” e “illecito”. Alternativa che si pone alla stregua dell'assiologia del diritto e che, in quanto tale, è eteronoma rispetto a ciò che la tecnica si prefigge di regolare²⁴⁹, proponendo l'oltrepassamento del concetto stesso di regola *pre-posta*, per farsi “essa stessa, *normativa*, e determinare il contenuto del diritto”²⁵⁰. In altri termini, la scienza (o, meglio, ogni sua recente o futura scoperta) e la tecnica devono necessariamente rinvenire al di fuori di sé stesse il criterio assiologico (e storicamente determinato) per la loro costante e necessaria legittimazione, se è vero che esse, per loro stessa indole, riescono sì a descrivere, comprendere e spiegare perfettamente i meccanismi di funzionamento del loro oggetto, ma non sono anche in grado di individuare l'ambito o, meglio, i confini di quell'oggetto, all'interno dei quali soltanto esse saranno *severinamente* “destinate” a svolgersi²⁵¹.

248 N. Irti, *Il diritto nell'età della tecnica*, cit., p. 14: “la consapevole volontà di dominare cose e uomini, natura e storia”.

249 C. Casonato, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, cit., p. 4: si deve “confermare la necessità di una disciplina, di origine eteronoma, che ponga limiti (ragionevoli) all'interno dei quali ricondurre le logiche e la concreta realizzazione della ricerca clinica”.

250 N. Irti, *Il diritto nell'età della tecnica*, cit., p. 18.

251 M. Heidegger, *L'abbandono*, cit., p. 38: “[g]li impianti, le apparecchiature, i macchinari che caratterizzano il mondo della tecnica risultano oggi, per tutti noi, per alcuni di più, per altri di meno, indispensabili. Sarebbe folle slanciarsi ciecamente

La speranza è quella che la storia del mondo possa costituirsi, ancora una volta, come Tribunale²⁵² sui tratti costitutivi di un futuro incipiente (che si annuncia non sereno e sempre più misterioso), promuovendo una proficua e reciproca collaborazione tra scienza e diritto, che, nel futuro, dovrà costituire la cifra di riferimento di ogni sviluppo dell'umanità. Che l'Uomo, allora, nella sua irripetibile identità psico-fisica (inteso qui come Umanità), continui ad essere *Soggetto*, e non trasformi se stesso in *oggetto* (nella vacua pretesa di migliorare proprio il soggetto); che, nella memoria della ruvida lezione gentiliana²⁵³, assuma coscienza che il *pro-dursi* della *totalità* della realtà è l'unità tra il pensiero pensante (l'Io) e il pensiero pensato (realtà delle cose) e che, ancora, rammenti, la magistrale pagina hegeliana dell'autocoscienza²⁵⁴ come forma dialettica della coscienza nella sintesi soggettivo-oggettiva²⁵⁵. Infine, con cauto ottimismo, s'interroghi, su Marc Augé, su "che fine ha fatto il futuro?"²⁵⁶, evitando la tentazione di un nuovo pelagianesimo che invochi la sostituzione della scienza a Dio.

Un interrogativo che fa il paio con quello del compianto Papa Benedetto XVI, il quale, nel suo celebre discorso al *Bundestag* del 22

contro il mondo della tecnica, sarebbe miope condannarlo in blocco come opera del diavolo. Ormai dipendiamo in tutto dai prodotti della tecnica ("*technische Gegenstände*"), siamo costretti senza tregua a perfezionarli sempre di più. Essi ci hanno, per così dire, forgiati a nostra insaputa e così saldamente che ne siamo ormai schiavi. Tuttavia possiamo anche comportarci altrimenti. Possiamo infatti far uso dei prodotti della tecnica e, nello stesso tempo, in qualsiasi utilizzo che ne facciamo, possiamo mantenercene liberi, così da potere in ogni momento farne a meno ("*loslassen*"). Possiamo far uso dei prodotti della tecnica, conformarci al loro modo d'impiego, ma possiamo allo stesso tempo abbandonarli a loro stessi ("*auf sich beruhen lassen*"), considerarli qualcosa che non ci tocca intimamente e autenticamente. Possiamo dir di sì all'uso inevitabile dei prodotti della tecnica e nello stesso tempo possiamo dire loro di no, impedire che prendano il sopravvento su di noi, che deformino, confondano, devastino il nostro essere". Cfr., P. Barcellona, *Elogio del discorso inutile*, cit., p. 26, il quale s'interroga, retoricamente, "se sia pensabile che le descrizioni dei fatti e degli eventi, che la ricerca scientifica si propone di spiegare, siano indifferenti al problema del senso, come condizione insopprimibile della storia del mondo e dell'essere umano".

252 G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello Stato* (1820), § 341, trad. it. a cura di V. Cicero, Milano, 1998², p. 563.

253 G. Gentile, *Sistema di logica come teoria del conoscere*, in Giovanni Gentile, *L'attualismo*, Milano, 2015, p. 329 ss.

254 E cioè la possibilità per la coscienza di pensare la coscienza; di pensare sé stessa.

255 G.W.F. Hegel, *Fenomenologia dello spirito*, cit., *passim*.

256 M. Augé, *Che fine ha fatto il futuro. Dai non luoghi al nontempo*, Trento, 2009, *passim*.

settembre 2011, così affermava: “In un momento storico in cui l’uomo ha acquistato un potere finora inimmaginabile, [il compito della Politica] diventa particolarmente urgente. L’uomo è in grado di distruggere il mondo. Può manipolare sé stesso. Può, per così dire, creare esseri umani ed escludere altri esseri umani dall’essere uomini. Come riconosciamo che cosa è giusto? Come possiamo distinguere tra il bene e il male, tra il vero diritto e il diritto solo apparente? La richiesta salomonica resta la questione decisiva davanti alla quale l’uomo politico e la politica si trovano anche oggi”.

Il Papa risponde: “In gran parte della materia da regolare giuridicamente, quello della maggioranza può essere un criterio sufficiente. Ma è evidente che nelle questioni fondamentali del diritto, nelle quali è in gioco la dignità dell’uomo e dell’umanità, il principio maggioritario non basta: nel processo di formazione del diritto, ogni persona che ha responsabilità deve cercare lei stessa i criteri del proprio orientamento” per farli comuni con l’intera Umanità, nella promozione dell’interrelazionalità del diritto, e così rivendicando la necessità di “resistere [...] alla tentazione integralista tecnofoba”²⁵⁷. L’uomo provi anche ad “aumentarsi” e a “potenziarsi”, ma senza mettersi in condizione di correre il pericolo di “diminuirsi”²⁵⁸ o di “semplificarsi”²⁵⁹ e si accetti, con coscienza, per la sua “incompiutezza”, “vulnerabilità”, “fragilità” e “finitezza epistemica”²⁶⁰. Soprattutto in un’epoca in cui “[l]’antico principio secondo il quale l’acquisizione del sapere è inscindibile dalla formazione (*Bildung*) dello spirito, e anche della personalità, [parrebbe] cade[re] sempre più in disuso”²⁶¹. Non si trasformi “il rapporto fra la conoscenza ed i suoi fornitori ed utenti tende e tenderà a rivestire la forma di quello che intercorre fra la merce ed i suoi produttori e consumatori, vale a dire la forma valore. Il sapere viene e verrà prodotto per essere venduto, e viene e verrà consumato per essere valorizzato in un nuovo tipo di produzione: in entrambi i casi, per essere scambiato. Cessa di essere fine a sé stesso, perde il proprio ‘valore d’uso’”.

Invero, rinnovando l’antico monito di Giuseppe Capograssi, si crede ancora di poter “dire senza paradosso, che il solo vero pieno solenne diretto

257 M. Benasayag, *Il cervello aumentato, l’uomo diminuito*, cit., p. 233.

258 Ancora, M. Benasayag, *Il cervello aumentato, l’uomo diminuito*, cit.

259 J.M. Besnier, *L’uomo semplificato*, Milano, 2013.

260 M. Benasayag, *Il cervello aumentato, l’uomo diminuito*, cit., p. 40.

261 J.F. Lyotard, *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere* (1979), Milano, 2006, p. 12 s., in scia a J. Habermas, *Conoscenza e interesse*, Bari, 1973, *passim*, anche per il successivo virgolettato.

riconoscimento che la vita fa della scienza si ha solo nel campo del diritto e per la scienza del diritto. Le altre scienze sono riconosciute dalla vita ma non come maestre di vita; piuttosto come tentativi di conoscenza, non di meno ma non certo di più; la scienza del diritto è riconosciuta dalla vita come avente autorità sulla vita [...] La vita riconosce che la scienza del diritto cammina con essa allo stesso fine”²⁶².

In conclusione, sia del lettore il giudizio ultimo su queste riflessioni. Sul loro svolgimento, sulla loro funzionalità, sulla possibile condivisibilità. Saprà egli dire se saranno state *utili* o *inutili*. E, nell’eventualità di questa seconda ipotesi, dire se l’*inutilità* andrà misurata con il criterio del senso del ‘non utilitarismo’, del “discorso [che] mira a liberare lo spazio mentale dai vincoli imposti dal conformismo sociale e dall’etica del successo”²⁶³ e della “ricostituzione di una relazione affettiva fra essere umano e mondo”. Ovvero, più crudamente – come impone la società contemporanea marchiata dall’insuperabile segno dell’utilità pratica e della risoluzione efficiente di ogni problema –, intendere quell’inutilità quale assenza di ogni interesse e considerarle non meritevoli di ulteriore attenzione.

262 G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, cit., p. 139.

263 P. Barcellona, *Elogio del discorso inutile*, cit., p. 7, anche per il successivo virgolettato (p. 11).



NOTIZIE SUGLI AUTORI

Teresa Alesci, Professoressa associata di Diritto processuale penale, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli.

Livia Aulino, Borsista post dottorato, Università degli Studi di Torino.

Rossella Bonito Oliva, Professoressa emerita di Filosofia morale, Università degli Studi di Napoli "L'Orientale".

Patrizia Calella, Ricercatrice TD in Igiene, Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

Ilaria Amelia Caggiano, Professoressa ordinaria di Diritto privato. Vicedirettrice del Centro di Ricerca in Diritto Privato Europeo (ReCEPL), Università degli Studi Suor Orsola Benincasa.

Francesca Carimini, Professoressa ordinaria di Diritto privato, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli.

Roberta Catalano, Professoressa associata di Diritto privato, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli.

Francesco Catapano, Primo Capitano Croce Rossa Italiana commissario (c.a.). Esperto di Diritto internazionale umanitario dei conflitti armati.

Marianna Ciullo, Dottoranda di ricerca in Diritto Privato, Università degli Studi del Sannio.

Emilia D'Antuono, Presidente *Etica Bioetica Cittadinanza* aps. Già Professoressa ordinaria di Filosofia morale Università degli Studi di Napoli Federico II.

Silvia Diaz Alabart, Catedrática emérita de Derecho Civil UCM - Universidad Complutense de Madrid.

Francesca Di Lella, Ricercatrice di Diritto privato, Università degli Studi di Napoli Federico II.

Maria Epifania, Ricercatrice TD di Diritto privato, Università degli Studi del Molise.

Giuseppe Fico, Professore associato di Ingegneria Biomedica, UPM - Universidad Politécnica de Madrid.

Maria Anna Filosa, Funzionario tributario presso l'Agenzia delle Entrate. Consigliere qualificato di Diritto internazionale umanitario presso la Croce Rossa Italiana.

Rosario Franco, Notaio. Abilitato ASN come Professore ordinario di Diritto privato.

Maria Cristina Gaeta, Ricercatrice TD di Diritto privato, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa.

Francesca Galgano, Professoressa ordinaria di Storia del diritto romano pubblico e privato, Università degli Studi di Napoli Federico II.

Francesca Gallè, Professoressa associata di Igiene, Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

Lucilla Gatt, Professoressa ordinaria di Diritto privato e Direttrice del Centro di Ricerca in Diritto Privato Europeo (ReCEPL), Università degli Studi Suor Orsola Benincasa.

Maria Gensabella Furnari, Presidente Istituto Italiano di Bioetica, Sez. Sicilia; già Professoressa ordinaria di Filosofia morale, Università degli Studi di Messina.

Stefania Giova, Professoressa ordinaria di Diritto privato, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli.

Paola Grimaldi, Ricercatrice TD di Diritto privato, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli.

Francesco Giuliani, Responsabile Innovazione e Ricerca, Fondazione Casa Sollievo della Sofferenza IRCCS.

Tiziana Liccardo, PhD e Psicologa e psicoterapeuta Centro SInAPSi, Università degli Studi di Napoli Federico II.

Fabrizio Liguori, Dottorando di ricerca in Studi Linguistici, Terminologici e Interculturali, Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

Letizia Lorusso, Specializzanda in Statistica Sanitaria e Biometria, Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

Alessia Maccaro, Ricercatrice Tenure Track in Filosofia Morale, Università degli Studi di Napoli Federico II.

Carmine Maiorano, Assegnista di ricerca in Diritto Privato, Università degli Studi del Sannio.

Gianluca Mignone, Avvocato.

Anna Anita Mollo, Assegnista di ricerca in Diritto Privato, Scuola Superiore Meridionale.

Ubaldo Nazzaro, Docente di Diritto penale alla Scuola di Specializzazione per le professioni legali, Dottore di ricerca in Sistema penale integrato e processo, Università degli Studi di Napoli Federico II.

Mario Nicodemi, Professore ordinario di Fisica teorica delle interazioni fondamentali, modelli, metodi matematici e applicazioni.

Andrea Patroni Griffi, Direttore del C.I.R.B. - Centro Interuniversitario di Ricerca Bioetica. Professore ordinario di Diritto costituzionale e pubblico, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli.

Leandro Pecchia, Professore ordinario in Ingegneria biomedica, Università Campus Bio-Medico di Roma.

Concetta Paola Pelullo, Professore associato di Igiene, Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

Daniela Pianezzi, Professoressa associata di Organizzazione aziendale, Università degli Studi di Verona.

Marianna Pignata, Professoressa associata di Storia del diritto medievale e moderno e Delegata di Ateneo alle pari opportunità, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli.

Francesco Ricciardi, Responsabile Innovazione e Ricerca, Fondazione Casa Sollievo della Sofferenza IRCCS.

Lucio Romano, Già componente del Comitato Nazionale per la Bioetica e già Senatore della Repubblica.

Valerio Rotondo, Professore associato di Diritto privato, Università degli Studi del Molise.

Massimo Rubino de Ritis, Professore ordinario di Diritto commerciale, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli.

Oswaldo Sacchi, Professore associato di Diritto romano e fondamenti del diritto europeo, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli.

Luigi Maria Sicca, Professore ordinario di Organizzazione aziendale, Università degli Studi di Napoli Federico II. Coordinatore dell'Area "Law and Organization Studies for the Promotion of Diversity and Inclusion", Scuola Superiore Meridionale.

Delio Salottolo, Ricercatore RTD-B di Filosofia morale, Università degli Studi di Napoli "L'Orientale".

Barbara Salvatore, Professoressa associata di Diritto privato, Università degli Studi di Napoli, Federico II.

Emilia Tagliatalata, Docente a contratto di Etica e Bioetica, Università degli Studi di Napoli Federico II.

Giuliana Valerio, Professoressa ordinaria di Pediatria, Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

Paolo Valerio, Professore onorario Psicologia Clinica e Presidente onorario Centro SInAPSi, Università degli Studi di Napoli Federico II.

Giovanni Villone, Professore associato di Storia della Medicina e Bioetica, Presidente del Comitato Bioetico di Ateneo e del Corso di Laurea in Medicina e Chirurgia, Università degli Studi del Molise.

Mariangela Ziccardi, Ricercatrice di Diritto privato dell'Università degli Studi del Molise.





QUADERNI DI BIOETICA

1. *Il bambino che viene dal freddo. Riflessioni bioetiche sulla fecondazione artificiale*, a cura di A. Nunziante Cesàro, Franco Angeli, Milano, 2000
2. *Etica della salute e "terapie non convenzionali"*, Atti del Convegno di Napoli (29/30 novembre e 1° dicembre 2000), a cura di L. Melillo, Quaderno n. 1, Giannini, Napoli, 2002
3. *Ricerche di bioetica*, a cura di M. Coltorti, Quaderno n. 2, Giannini, Napoli, 2004
4. *Medicina ed etica di fine vita*, Atti del Convegno di Napoli (22/24 aprile 2002), a cura di M. Coltorti, Quaderno n. 3, Giannini, Napoli, 2004
5. *Il multiculturalismo nel dibattito bioetico*, a cura di L. Chieffi, Quaderno n. 4, Giappichelli, Torino, 2005
6. *La cura delle donne*, Atti del Convegno di Napoli (27-29 ottobre 2004), a cura di R. Bonito Oliva, Quaderno n. 5, Meltemi, Roma, 2006
7. *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, a cura di L. Chieffi e P. Giustiniani, Quaderno n. 6, Giappichelli, Torino, 2010
8. Interuniversity Center for Bioethics Research, *Bioethical issues*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019

NUOVA SERIE

1. *Bioetica pratica e cause di esclusione sociale*, a cura di L. Chieffi, Quaderno n. 1, Mimesis, Milano, 2012
2. *Identità in dialogo. La liberté des mers*, a cura di R. Bonito Oliva, Quaderno n. 2, Mimesis, Milano, 2012
3. *Bioetica e cura. L'alleanza terapeutica oggi*, a cura di L. Chieffi e A. Postigliola, Quaderno n. 3, Mimesis, Milano, 2014
4. *Bioetica, ambiente e alimentazione*, a cura di F. Del Pizzo e P. Giustiniani, Quaderno n. 4, Mimesis, Milano, 2014
5. *Frontiere mobili. Implicazioni etiche della ricerca biotecnologica*, a cura di L. Chieffi, Quaderno n. 5, Mimesis, Milano, 2014
6. *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, a cura di L. Chieffi e J.R. Salcedo Hernández, Quaderno n. 6, Mimesis, Milano, 2015
7. *Pluralità identitarie tra bioetica e biodiritto*, a cura di L. Ferraro, F. Dicé, A. Postigliola, P. Valerio, Quaderno n. 7, Mimesis, Milano, 2016
8. *Biosfera, acqua, bellezza. Questioni di bioetica ambientale*, a cura di F. Del Pizzo e P. Giustiniani, Quaderno n. 8, Mimesis, Milano, 2017
9. *Terzo tempo, fair play*, a cura di G. Valerio, M. Clayssset, P. Valerio, Quaderno n. 9, Mimesis, Milano, 2017
10. *Dignità, libertà e ragione bioetica*, a cura di E. D'Antuono, Quaderno n. 10, Mimesis, Milano, 2018
11. *Tecniche procreative e nuovi modelli di genitorialità. Un dialogo italo-francese*, a cura di L. Chieffi, Quaderno n. 11, Mimesis, Milano, 2018
12. *Il biosistema tra tecnica ed etica. Nuove questioni di bioetica ambientale*, a cura di F. Del Pizzo e P. Giustiniani, Quaderno n. 12, Mimesis, Milano, 2018



13. Giovanni Chieffi, *Bioetica e complessità. Il punto di vista di un biologo*, Quaderno n. 13, Mimesis, Milano, 2020
14. Francesco Paolo Casavola, *De hominis dignitate. Scritti di bioetica*, a cura di Lorenzo Chieffi e Francesco Lucrezi, Quaderno n. 14, Mimesis, Milano, 2019
15. Pasquale Giustiniani, Lorella Parente (a cura di), *Diritti umani e diritti dell'ambiente. Verso nuovi confronti*, Quaderno n. 15, Mimesis, Milano, 2020
16. Raffaele Prodomo, *25 anni di bioetica a Napoli*, Quaderno n. 16, Mimesis, Milano, 2020
17. Gianluca Attademo, Carmela Bianco, Pasquale Giustiniani, Francesco Lucrezi (a cura di), *Sotto il segno della razza. Lo sterminio dei bambini. Giorno della Memoria 27 gennaio 2020*, Quaderno n. 17, Mimesis, Milano, 2021
18. Lorenzo Chieffi (a cura di), *L'emergenza pandemica da Covid-19 nel dibattito bioetico*, vol. 1, Quaderno n. 18, Mimesis, Milano, 2021
19. Lorenzo Chieffi (a cura di), *L'emergenza pandemica da Covid-19 nel dibattito bioetico*, vol. 2, Quaderno n. 19, Mimesis, Milano, 2021
20. Raffaele Prodomo e Alessia Maccaro (a cura di), *Le sfide del Covid-19 alla bioetica*, Quaderno n. 20, Mimesis, Milano, 2022
21. Andrea Patroni Griffi (a cura di), *Bioetica, Diritti e intelligenza artificiale*, Quaderno n. 21, Mimesis, Milano, 2023
22. Lorenzo Chieffi (a cura di), *Salute e dignità umana in carcere. Orientamenti bioetici*, Quaderno n. 22, Mimesis, Milano, 2023
23. Raffaele Prodomo, Franca Meola, Alessia Maccaro (a cura di), *Bioetica e biodiritto: il dibattito contemporaneo su autodeterminazione e sostenibilità*



*Finito di stampare
nel mese di febbraio 2025
Mediagraf Spa – Noventa Padovana (PD)*