

CULTURA E DIRITTI

2/3

2021

CULTURA E DIRITTI

PER UNA FORMAZIONE GIURIDICA

SCUOLA SUPERIORE DELL'AVVOCATURA
FONDAZIONE DEL CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

rivista quadrimestrale • anno X • numero 2/3 • maggio-dicembre 2021

Cultura e diritti : per una formazione giuridica / Scuola superiore dell'avvocatura, Fondazione del Consiglio nazionale forense, - Anno 1, n. 1 (gennaio-marzo 2012)-. - Pisa : Pisa university press, 2012-. - Quadrimestrale

340.05 (22.)

I. Scuola superiore dell'avvocatura 1. Diritto - Periodici

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa

Scuola Superiore dell'Avvocatura

Fondazione del Consiglio Nazionale Forense

Piazza dell'Orologio, 7 - 00186 Roma

Tel. +39 06 6872866 - Fax +39 06 6873013

Sito web: www.scuolasuperioreavvocatura.it

Condirettori

Andrea Mascherin e Salvatore Sica

Direttore responsabile

Salvatore Sica

Comitato scientifico

Fabio Addis, Gabriella Elvira Autorino, Francesco Cardarelli, Paolo Carbone, Renato Clarizia, Rosanna De Nictolis, Gianluca Maria Esposito, Andrea Federico, Marzia Ferraioli, Giuseppe Franco Ferrari, Alberto Gambino, Luigi Kalb, Marcello Maggiolo, Daniele Marrama, Emanuela Navaretta, Paolo Pisa, Maria Alessandra Sandulli, Mario Sanino, Salvatore Sica, Giuseppe Spoto, Vincenzo Zeno Zencovich, Attilio Zimatore

Comitato dei revisori

Piero Guido Alpa, Stathis Banakas, Adolfo Di Majo, Bénédicte Fauvareu-Cosson, Alfonso Moreno Hernandez, Jay P. Kesan, Fiona Macmillan, Salvatore Mazzamuto, Sergio Perongini, Pietro Rescigno, Salvatore Sica, Francesca Sorbi, Giorgio Spangher, Giuseppe Spoto, Pasquale Stanzone

Coordinamento editoriale

Giuseppe Spoto

Numero chiuso in redazione il 30 novembre 2021

Hanno collaborato a questo numero: Mara Giuseppina Bottone, Stefano Di Matteo, Silvia Fanari, Antonella Forgiione, Chiara Fusi, Maria Veronica Gaffuri, Dario Manna, Gabriella Matalone, Maria Grazia Passerini, Michele Salazar, Maria Rita Salvatore, Franco Scarpelli, Salvatore Sica

Abbonamento Annuo: € 90,00

Numeri singoli: € 25,00

La richiesta va indirizzata alla segreteria della casa editrice Pisa University Press

(Tel: 050 2212056 - Indirizzo: Lungarno Pacinotti, 43 - 56126 Pisa)

La direzione della rivista esaminerà per la eventuale pubblicazione gli elaborati ricevuti all'indirizzo e-mail: redazione@scuolasuperioreavvocatura.it

Gli autori devono allegare un breve *abstract* in inglese al contributo inviato alla redazione

Gli scritti si dovranno uniformare alle indicazioni riportate nei "Criteri redazionali" reperibili sul sito della Scuola Superiore dell'Avvocatura (www.scuolasuperioreavvocatura.it) e in calce al presente volume

ISSN 2280-6334

ISBN 978-88-3318-109-7

Registrazione presso il Tribunale di Pisa numero 15 del 24 maggio 2012.

Indice

- 7 Editoriale
Salvatore Sica

Orientamenti

- 11 Bioetica e diritto
Dario Manna
- 35 Il diritto alla salute: il problema dell'accesso al vaccino anti COVID-19
Silvia Fanari
- 51 L'impatto della pandemia sui Diritti Umani: focus sui diritti fondamentali dei "vulnerabili", con particolare attenzione ai migranti, richiedenti asilo e rifugiati
Antonella Forgione
- 71 Manifestazione del consenso al trattamento sanitario del vaccino anti Covid-19 per i soggetti incapaci ricoverati presso strutture sanitarie assistite
Maria Grazia Passerini
- 87 Diritto allo studio e Covid-19
Stefano Di Matteo
- 109 Could Covid-19 vaccines be considered compulsory? A case study
Veronica Gaffuri
- 117 Italia: restrizioni Covid-19 e diritto al "cambiamento di sesso"
Mara Giuseppina Bottone

Formazione forense

- 131 I percorsi di formazione per il conseguimento del titolo di avvocato specialista: le norme, i fatti e qualche opinione (anche sul "conflitto" tra accademia e avvocatura)
Franco Scarpelli

Diritto europeo e comparato

- 157 Responsabilità medica e Covid-19: una riflessione comparata Italia-Uruguay
Chiara Fusi
- 171 Spunti di riflessione in materia bioetica sui "nuovi diritti" tra Corte costituzionale italiana e Corte europea dei diritti dell'uomo
Maria Rita Salvatore

- 181 Libertà fondamentali e restrizioni Covid: il caso spagnolo
Gabriella Matalone

Professioni, cultura e società

- 195 Ulisse
Michele Salazar

Biblioteca

- 201 Recensione a *Dona Flor e i suoi due mariti*, di Jorge Amado
Michele Salazar
- 203 Recensione a *La signora di Ellis Island*, di Mimmo Gangemi
Michele Salazar

Editoriale

Salvatore Sica

Questo numero di Cultura e diritti raccoglie alcuni elaborati del corso di bioetica organizzato dal Consiglio Nazionale Forense e dalla Scuola Superiore dell'Avvocatura nell'ambito di un progetto europeo coordinato da Giovanni Pansini. Il quadro di riferimento dei contributi ospitati nel volume affronta il delicato tema del rapporto dei diritti fondamentali ed il bilanciamento tra opposti interessi, guardando al dibattito attuale e alle difficoltà di interpretazione sorte a seguito dell'approvazione dei recenti dispositivi normativi di tipo emergenziale per fronteggiare i problemi causati dalla diffusione della pandemia.

È l'ultimo numero del 2021 ed è un "doppio volume", non tanto in termini di pagine, quanto in termini di progettazione degli argomenti selezionati, perché sono il risultato di una precisa scelta editoriale diretta a raccogliere in un unico fascicolo, sia il materiale di ricerca sopra richiamato, in tema di difesa di diritti fondamentali declinati alla luce della legislazione emergenziale, sia argomenti di carattere più generale che potremmo definire "tradizionali", perché relativi a questioni che la rivista affronta abitualmente per offrire alla classe forense un arricchimento culturale, perseguendo l'ambizioso obiettivo di superare i rigidi confini degli studi giuridici.

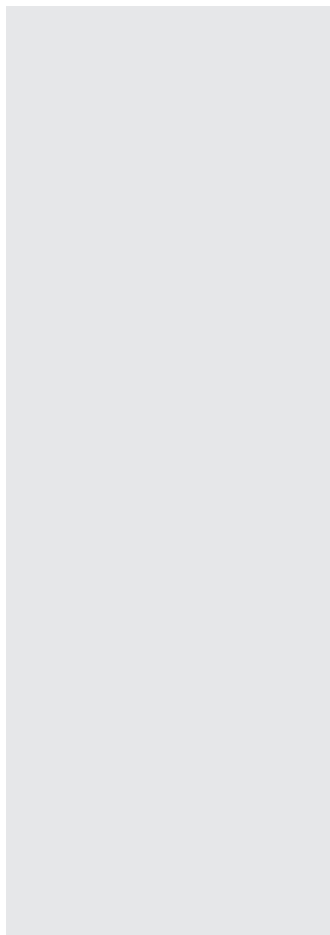
Nella prima parte possiamo leggere le riflessioni di apertura di Dario Manna sul rapporto tra Diritto, Etica e Scienza, mentre Silvia Fanari affronta il delicato problema dell'accesso al vaccino anti Covid-19 come strumento indispensabile per tutelare la salute dei cittadini, che devono esercitare le proprie scelte non solo come singoli, ma come membri di una collettività che va protetta. Seguono le considerazioni di Antonella Forgione sugli effetti della pandemia nei confronti dei migranti e dei rifugiati ed il contributo di Maria Grazia Passerini che esamina i problemi di manifestazione del consenso per la somministrazione del vaccino a beneficio di soggetti incapaci ricoverati presso strutture assistite. Come è noto proprio tali strutture sono state tra i luoghi più colpiti dalla propagazione del virus nelle fasi più acute della malattia. La lettura procede con l'articolo di Stefano Di Matteo sul diritto allo studio, a seguito degli stravolgimenti che hanno condizionato a ripensare nuove forme di insegnamento e apprendimento nel periodo della pandemia, mentre Veronica Gaffuri offre un interessante spunto di riflessione sul tema dell'obbligo vaccinale in lingua inglese. L'articolo conclusivo della rubrica è affidato alla penna di Mara Giuseppina Bottone che ha esaminato le restrizioni imposte per fronteggiare la diffusione del virus e l'esercizio di diritti fondamentali con particolare attenzione al diritto al cambiamento di sesso.

Lo spazio che la rivista offre alla formazione è curato da Franco Scarpelli che dedica un'approfondita riflessione al percorso per il conseguimento del titolo di avvocato specialista, tracciando un quadro completo delle norme e dei contrasti che hanno accompagnato il travagliato dibattito in materia.

Nella parte dedicata al diritto europeo e comparato tornano le riflessioni sull'impatto del diritto emergenziale durante la pandemia e sono da segnalare: lo studio di Chiara Fusi sulle differenze tra la disciplina in materia di responsabilità medica in Italia ed in Uruguay, il contributo di Maria Rita Salvatore che esamina il ruolo della Corte costituzionale italiana e della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di bioetica, nonché l'approfondimento di Gabriella Matalone sull'approccio della giurisprudenza spagnola rispetto alle restrizioni della legislazione anti Covid.

A proposito di approfondimenti culturali, non dobbiamo dimenticare che nel 2021 si sono svolte le celebrazioni per i settecento anni dalla morte di Dante Alighieri ed in questo contesto certamente non poteva mancare un prezioso riferimento al sommo poeta. Nella rubrica intitolata: Professioni, cultura e società, Michele Salazar ci invita a rileggere il mito di Ulisse con gli occhi di Dante. In chiusura, la rubrica dedicata alle recensioni ospita due consigli di lettura che annotiamo piacevolmente e che arricchiscono l'elenco dei libri da sfogliare e meditare durante il tempo libero.

ORIENTAMENTI



Bioetica e diritto

Dario Manna

1. Progresso scientifico, turbamenti sociali

1.1 Dal “caso” alla “scelta”: la scomposizione del corpo umano

L'accelerazione del progresso scientifico e tecnologico di questi ultimi anni, unita al crescere del pluralismo nelle società contemporanee, ha reso più pressanti alcune vecchie questioni concernenti l'inizio e la fine della vita e ne ha poste di nuove. La sempre più rapida evoluzione della scienza medica ha modificato e sta modificando le visioni e le percezioni della vita e della morte. Le nuove tecnologie hanno realizzato un moltiplicarsi delle possibilità di scelta, creando un passaggio dal “caso” alla “necessità”: dove esistevano esclusivamente necessità, oggi sono possibili scelte. I dati naturali non sono più immutabili, i fenomeni biologici che apparivano indivisibili, affidati al caso e di esclusivo interesse privato, sono divenuti conoscitivamente e praticamente scomponibili, assoggettabili al controllo e alla scelta dell'uomo: è aumentato il controllo umano sui processi vitali, si è ridotta la soggezione all'evento naturale, si sono rotti antichi vincoli di necessità.

La volontà individuale, pertanto, è investita di nuove responsabilità e questo aumento di “autodeterminazione” da parte dell'uomo rende tali decisioni meno private e di maggiore interesse pubblico: sono coinvolti non solo i diretti interessati, ma la collettività tutta. Ciò che appariva continuo e indivisibile è stato frammentato, nel tempo e nello spazio. Le tecniche di raccolta delle informazioni hanno avviato una scomposizione del corpo che le diverse tecniche chirurgiche e genetiche hanno successivamente messo in clamorosa evidenza, consentendo trapianti, cessioni di cellule, di gameti, di tessuti: in tal modo le tecnologie hanno investito la sfera privata nella sua fisicità e nella sua dimensione immateriale (le informazioni che contribuiscono a costruirla). Si è separata la sessualità dalla riproduzione con l'avvento degli anticoncezionali prima, e con le tecniche di inseminazione artificiale poi. Sempre in ambito riproduttivo, si è dissociata la fecondazione dal concepimento con le tecniche di fecondazione in vitro.

Il corpo umano è dunque parcellizzato: al “corpo”, nozione filosofica e giuridica unitaria inseparabile dalla persona, si sostituisce la nozione biomedica di “organismo”, che può essere scomposto in organi, tessuti, cellule, cromosomi, geni, con rischi di strumentalizzazione, reificazione e conseguente

mercificazione dell'uomo¹. Si ha una realtà fenomenica nuova e non chiaramente definita, è venuta meno la saldezza dei riferimenti naturali, si è avuto un «processo di erosione che sottrae al diritto i parametri naturalistici posti da secoli a sostegno degli scarni riferimenti normativi» che ha portato una forte differenziazione del corpo².

Fino a non molto tempo fa, le norme sugli usi del corpo erano poche, poiché il suo “uso” dipendeva solo da leggi naturali. Le innovazioni tecnologiche hanno modificato la percezione stessa del corpo, che oggi è oggetto di interventi legislativi sempre più penetranti e differenziati, tali da poter compiere una classificazione analitica del “corpo giuridificato”: il corpo dell'uomo e quello della donna; il corpo vivo e il corpo morto; il corpo malato e il corpo sano, il corpo prima e dopo la nascita; il corpo “terminale” e quello “recuperabile”, il corpo degli organi singoli o doppi; delle cellule somatiche o germinali³. Pertanto non è più possibile considerare in maniera unitaria il corpo umano e tale scomposizione comporta il rischio che si consideri il corpo unicamente come un insieme di parti separabili. È dunque necessaria una considerazione unitaria da parte del diritto, non esistendo più un'unità derivante dalla “legge naturale”. Tale unità può esser costruita attraverso i principi fondamentali di ogni ordinamento giuridico, ricavabili dall'analisi complessiva del sistema: si pensi alla dignità umana, alla riservatezza, alla non commerciabilità del corpo, delle sue parti e dei suoi prodotti, al diritto alla salute, alla solidarietà (da contrapporre al principio alternativo del mercato).

Tali principi possono esser tacciati di vaghezza, ma non per questo sono inattuabili, anzi, la loro vaghezza li rende maggiormente adattabili ai diversi possibili contesti: la vaghezza diventa elasticità, caratteristica fondamentale per ogni intervento in campi così mutevoli come quelli delle nuove tecnologie. Ricordando Kant, si può affermare che, con una certa generalizzazione, ogni ordinamento giuridico si fonda sul postulato etico e filosofico della distinzione tra persone e cose, le prime indisponibili, le seconde oggetto di proprietà. Tale postulato può, dunque, esser messo pericolosamente in discussione: fatto che rende evidente come nel campo delle nuove tecnologie si giochino i diritti del futuro.

Così come Alexis de Tocqueville prevede nella metà del secolo passato che “il grande campo di battaglia sarà la proprietà”, oggi si può affermare che una “grande battaglia si svolgerà sul terreno della bioetica”. In essa, infatti, sono presenti i medesimi radicali conflitti, le stesse distanze culturali tra le posizioni in campo che si avevano riguardo alla proprietà⁴.

¹ G. BERLINGUER - V. GARRAFA, *La merce finale: saggio sulla compravendita di parti del corpo umano*, Baldini & Castoldi, Milano 1996.

² S. AMATO, *Diritto e corpo: il soggetto “incarnato”*, in *Democrazia e diritto*, 1988, 4/5, p. 66.

³ S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, il Mulino, Bologna 1995, p. 191.

⁴ S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 125.

1.2 Tecnologia e cultura. Il problema del porre limiti alla scienza

La medicalizzazione della gravidanza, le diagnosi prenatali, le macchine che prolungano la vita, i trapianti, pongono dilemmi con al centro il ruolo del medico, mutando comportamenti e valutazioni degli individui coinvolti⁵.

Con l'aumento delle possibilità tecniche si è potenzialmente incrinato l'idillio, spesso acritico, tra medico e società: la medicina, da tecnica "intrinsecamente benefica", è divenuta fonte di dilemmi morali. Gli sviluppi delle scienze della vita e le moderne pratiche mediche sono ritenuti responsabili, in campo sociale, di sconvolgimenti profondi, causati dal differenziale crescente tra la velocità delle scienze biologiche e i tempi di assorbimento sociale e culturale dei loro effetti, dalla difficoltà della società di metabolizzare le innovazioni: il progresso tecnologico risulta più rapido del progresso culturale, politico e giuridico.

Di fronte a queste innovazioni tecnologiche esiste una tendenza a ritenere tutto ciò che è tecnicamente possibile moralmente lecito, giuridicamente legittimo, in base alla convinzione che "niente è meno totalitario della scienza"⁶. Tale argomentazione "filosofica" è stata definita *bioetica giustificativa*, il cui motto potrebbe essere ricavato aggiungendo un terzo elemento ad una nota proposizione hegeliana: "tutto ciò che è reale, non solo è razionale, ma anche morale"⁷. Tale equazione tra possibilità morale e possibilità scientifica è, tuttavia, assolutamente deprecabile; basti solo pensare al rischio che il corpo e la dignità umana siano interamente sottomessi al potere della scienza e della tecnica.

A tale visione della scienza si contrappone l'idea di una natura come orizzonte immodificabile, limite di ogni agire umano. Ma l'idea di una "natura normativa" è altrettanto perdente. Il teologo Edward Shillebeeckx ricorda che⁸, a partire dalla metà del 1500, per oltre 200 anni, ad una apposita Commissione di teologi, costituita al tempo di Filippo I di Spagna, era stato riservato di decidere se specifici progetti potessero essere realizzati oppure se dovessero essere vietati perché contrastavano l'imperscrutabile disegno di Dio. Così la Commissione ha vietato, tra gli altri, un progetto di derivazione delle acque del fiume Tago che avrebbe permesso di irrigare ampie zone dell'arida Castiglia. Centinaia di migliaia di persone sono state così condannate a una vita di stenti e di fame⁹. Che cosa avrebbe deciso la Commissione di fronte ad un progetto

⁵ Sul tema, si veda, C.A. VIANO, *La bioetica difensiva e i fatti della bioetica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1994, 1, 265.

⁶ R.A. RICCI, *Prospettive etiche della scienza contemporanea*, in M. CALLARI GALLI (a cura di), *Itinerari bioetici*, La Nuova Italia, Firenze 1994, p. 40.

⁷ G. BERLINGUER, *La bioetica fra Nord e Sud del mondo: il caso del mercato degli organi*, in M. CALLARI GALLI (a cura di), *Itinerari bioetici*, La Nuova Italia, Firenze 1994, p. 271.

⁸ E. SHILLEBEECKX, *Il mondo e la chiesa*, Edizioni Paoline, Roma 1969, pp. 215-6.

⁹ S. NESPOR in R. BRAIDOTTI *et al.*, *Questioni di vita o di morte*, a cura di A. GUADAGNI, Donzelli, Milano 1995, p. 17.

di trapiantare organi umani da cadavere ad un essere vivente, o di utilizzare un'incubatrice per salvare un neonato che l'imperscrutabile disegno di Dio aveva condannato a morte?

Oggi il "sentir comune", di fronte agli abusi che vengono compiuti in ambito scientifico, e in vista delle difficoltà a prevedere e quindi a controllare le conseguenze delle ricerche che scavano nel profondo i fenomeni della vita, sente l'esigenza di porre limiti alla libertà della scienza. La questione centrale è capire "quali" limiti, in che modo sceglierli e come applicarli. La tesi di Lord Devlin¹⁰ secondo la quale ove la morale comune rappresentata dal "passeggero sull'omnibus per Clapham", fosse contraria a una certa pratica la legge dovrebbe intervenire con un divieto ("poiché affinché una società possa esistere, è necessario un accordo su valori morali necessari"), non è accettabile. La morale comune è un mito¹¹, e gli unici valori condivisi devono essere quelli della libertà e della diversità.

Se è sicuramente lecito ed opportuno porre critiche all'idea di usare il comune sentire come criterio sulla base del quale misurare la liceità di determinate scelte, plasmato come è da secoli di religioni di stato, da storture ideologiche e dalla cattiva informazione fornita dai mass media (che in campo bioetico ha un taglio prettamente scandalistico), esso è sicuramente sintomo di un malessere da prendere in considerazione. Da tener presente è il rischio che, per dar risposta alle preoccupazioni e ai turbamenti dell'opinione pubblica, nascano norme che potrebbero pregiudicare gravemente la possibilità di ricerca.

In biologia c'è un rapporto molto stretto tra scienza e tecnica, pertanto alla richiesta di porre limiti alla scienza è più auspicabile rispondere con limiti alle tecniche¹². Non può esistere, infatti, scienza senza libertà, la quale deve esser accompagnata dal dovere degli scienziati di rendere trasparenti le ricerche. Si ripropone, dunque, il vecchio problema del rapporto tra libertà della ricerca scientifica e interventi tesi a evitare la pericolosità delle applicazioni di tale ricerca, ma oggi vi sono implicazioni molto diverse per la maggiore invasività della scienza.

L'introduzione di una regolamentazione giuridica non deve porre indebiti e pervasivi ostacoli alla libertà di ricerca, ma deve limitarsi a regolamentare metodi e applicazioni della scienza e della tecnica. Infatti gli effetti negativi della ricerca dipendono principalmente proprio dall'impiego delle sue applicazioni. La logica del divieto può paralizzare la scienza provocando in tal modo effetti negativi: per "sapere" si deve poter "fare", pertanto non è opportuno limitare la scienza, intesa come sapere che necessita di un fare. Pericoli possono derivare da un "sapere" di pochi: non si ha, infatti, libertà della scienza senza la comuni-

¹⁰ P. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, Oxford 1965.

¹¹ M. WARNOCK, *Introduzione di "A question of life"*, in G. FERRANTI - S. MAFFETTONE, *Introduzione alla bioetica*, Liguori, Napoli 1992, p. 297.

¹² G. BERLINGUER, in ID. et al., *Lezioni di bioetica*, Ediesse, Roma 1997, pp. 25-30.

cazione dei risultati scientifici. Esempio famoso è quello dell'amianto, che provoca un tipo di tumore specifico: tale pericolo era noto sin dagli anni '30, quando una fabbrica statunitense commissionò uno studio, ma una delle clausole del protocollo di ricerca, condizione perché fosse finanziata, era il divieto di diffusione dei risultati, che ha causato migliaia di vittime che potevano essere evitate. Primo vincolo alla ricerca deve essere, pertanto, l'obbligo di comunicazione.

Altri limiti possibili alla libertà di ricerca, senza intaccare la libertà della scienza, possono riferirsi ai mezzi che si usano per la ricerca stessa: se si ritiene opportuno studiare la clonazione, si possono usare cellule non umane, allora diviene giustificato un divieto di clonazione umana¹³. Oppure si possono limitare le applicazioni di una determinata tecnica: restando al caso della clonazione, può essere considerata lecita una ricerca che tende a fini diversi dalla creazione di individui umani geneticamente identici, ossia finalizzata alla conoscenza del processo scientifico.

Il legislatore ha il dovere di intervenire per prevenire i pericoli di una ricerca senza regole, per la salvaguardia dell'integrità fisica e della dignità dei pazienti, in balia di possibili abusi perpetrati ai loro danni da scienziati privi di qualsiasi remora. La legge, quindi, lungi dall'introdurre divieti particolarmente gravosi che rischierebbero di ostacolare e disincentivare l'attività di ricerca o di provocare la clandestinità, dovrebbe introdurre una disciplina tollerante e minimale che, ponendo dei limiti invalicabili, avrebbe l'effetto di mettere i soggetti interessati al riparo da possibili abusi e violazioni¹⁴. Si pone, dunque, in maniera pressante il problema etico del "dove fermarsi", con l'ulteriore novità dovuta al fatto che tale decisione etica non può essere limitata all'esperienza del singolo, circoscritta nello spazio e nel tempo, vista la "globalizzazione", che rende necessaria una consultazione mondiale su tali temi, e la rapidità del progresso scientifico e dei mutamenti sociali.

È, ad esempio, cambiata negli ultimi anni la percezione dei concetti di malattia e di salute, che, secondo la nota definizione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, non è assenza di malattia ma benessere psicofisico¹⁵. È mutato il concetto di famiglia, si sono trasformati i ruoli del medico e del paziente, con la crescente medicalizzazione da una parte, e il maggiore rilievo attribuito alla volontà del paziente dall'altra: si pensi, ad esempio, alla nascita del c.d. consenso

¹³ Tale divieto è stato sancito con il primo protocollo aggiuntivo alla Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e la biomedicina, approvato dal Comitato dei Ministri il 15 gennaio 1998 a Parigi. Il testo della convenzione, in lingua francese e italiana, è disponibile in *Medicina e Morale*, 1997, 1, pp. 128 ss.

¹⁴ L. CHIEFFI, in AA.VV., *FORUM: Bioetica e costituzione*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, p. 315.

¹⁵ Per un'analisi accurata sul diritto alla salute, si veda A. SANTOSUOSSO, *Dalla salute pubblica all'autodeterminazione: il percorso del diritto alla salute*, in M. BARNI - A. SANTOSUOSSO, *Medicina e diritto*, Giuffrè, Milano 1995, pp. 75-100.

informato¹⁶. Cambia il rapporto del soggetto con la vita (con la trasformazione del potere di generare della donna determinato dalle tecnologie della riproduzione), e con la morte (nascita del diritto di morire con dignità).

Inoltre sono aumentati i soggetti che affermano di aver titolo di partecipare alle decisioni pubbliche: c'è, infatti, una richiesta sempre maggiore di cittadinanza giuridica. Vi è chi parla di una "cittadinanza bioetica"¹⁷, di un sistema di tutele che devono essere garantite ai singoli cittadini in rapporto alle nuove opportunità della biomedicina.

Si pongono questioni intorno alla definizione della vita umana, circa il suo inizio e la sua fine. Un'altra questione fondamentale, a proposito dell'estensione della cittadinanza bioetica, riguarda la considerazione morale e quindi la protezione giuridica delle "generazioni future"¹⁸, degli animali, dell'ambiente.

Nel dibattito in corso relativo all'opportunità di fissare dei limiti oltre i quali la scienza non può andare, prevalgono, generalmente, prospettazioni di scenari futuri a tinte fosche, considerazioni di carattere moralistico e opzioni di ispirazione fondamentalista, come se si trattasse di scegliere tra "umanesimo e barbarie", anziché di pronunciarsi su alcune questioni concrete, che andrebbero affrontate con rigore e sobrietà, senza coinvolgimenti emotivi o impegni ideologici. L'intrinseca ed ineliminabile duplicità degli effetti connessi con lo sviluppo tecnico-scientifico non è affatto un portato della modernità, né la scoperta del potenziale distruttivo o antiumano del progresso può essere attribuita a qualche filone del pensiero moderno¹⁹. Pertanto è sicuramente da criticare l'interpretazione satanica della scienza e della tecnica contemporanea. Tuttavia bisogna tener presente che oggi esiste una maggiore potenzialità negativa della scienza. I problemi dell'uomo con la tecnica sono antichi. Analizzando il rapporto tra tecnologia e cultura, lo sviluppo della tecnica è stato sempre visto in rapporto al dominio dell'uomo sulla natura. Tradizionalmente si considerava la tecnica come strumento al servizio dell'uomo, che ne possedeva il controllo, e la natura segnava il limite dell'agire umano, della "ambizione prometeica", del desiderio di onnipotenza, caratteristiche dell'uomo occidentale.

Oggi l'uomo non domina più la tecnica anzi ne è sottomesso: la tecnica tanto più "funziona" quanto più l'uomo si sottomette.

¹⁶ Sul tema: Comitato nazionale di bioetica, *Il consenso informato*, Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, 1992; A. SANTOSUOSSO, *Il consenso informato*, Cortina, Milano 1995.

¹⁷ P. MARTELLI, *Bioetica, pluralismo morale e futuro della cittadinanza*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari 1993, pp. 5-17.

¹⁸ Sul tema vedi D. PARFIT, *Le generazioni future*, in G. FERRANTI - S. MAFFETTONE (a cura di), *Introduzione alla bioetica*, Liguori, Napoli 1992.

¹⁹ Marx vedeva una strutturale contraddittorietà del progresso, il quale non può essere strumento di emancipazione senza essere insieme anche tramite per l'imposizione di nuove condizioni di oppressione.

Le nuove tecnologie portano invasioni incredibili nella sfera privata. La tecnologia si applica direttamente sulle specie viventi, che pertanto diventano oggetto della tecnologia stessa, profilando nuovi orizzonti in cui si confondono speranze e inquietudini. Le prospettive che le nuove tecnologie aprono, infatti, mettendo in gioco l'idea del corpo umano e della natura, sono al tempo stesso promettenti ed inquietanti. Ad esempio, le concrete possibilità di intervenire sul DNA da un lato suscitano la speranza di poter eliminare i "condizionamenti negativi dell'eredità cromosomica", dall'altro danno corpo all'incubo fantascientifico di una umanità programmata, come profetizzato da Aldous Huxley ne *Il mondo nuovo*.

Il progresso tecnologico si presenta dunque con un volto duplice, facendo rivivere i miti del passato: il contrasto tra il mito di Igea, secondo il quale la natura rappresenta una realtà benevola e inviolabile, e il mito di Asclepio, la divinità medica, in cui gli uomini sono tesi a modificare la natura correggendone i "difetti", le malattie appunto; il mito di Gaia, la Terra materna, e il mito di Prometeo, l'eroe che strappa alla natura i suoi segreti, per favorire gli uomini²⁰.

Si pongono, dunque, problemi di confine tra libertà e controllo.

La scienza fino a Galileo era subordinata al "diritto": lo scienziato fu infatti costretto ad abiurare. Successivamente si era giunti ad una separazione e indipendenza che portò ad una estrema fiducia nelle "magnifiche sorti e progressive"²¹ dell'umanità: tutto ciò che era possibile era lecito. Ci si risvegliò da questo idillio con gli orrori del nazismo e ci si rese conto che la scienza necessitava di un controllo sociale. Tuttavia la scienza andò avanti, con l'energia nucleare, la distruzione dell'ambiente, le nuove tecnologie dell'informazione, le biotecnologie, spesso senza alcun controllo, ed oggi i progressi della tecnologia medica portano l'umanità di fronte ad interrogativi che in precedenza non aveva mai avuto ragione di porsi. Fino a quando si era nell'impossibilità di fare alcunché per preservare la vita di un feto nell'utero di una donna in stato di morte cerebrale, non aveva alcun senso che ci si interrogasse sullo status di un feto la cui madre era morta mesi prima della sua nascita. Fino a quando il concepimento era un fitto mistero, nessuno ha compiuto lotte politiche per il riconoscimento della capacità giuridica dell'embrione. Fino a quando i bambini nati senza cervello non vivevano che pochi giorni e i trapianti d'organo erano sconosciuti, era piuttosto facile dire che tutti gli esseri umani hanno diritto alla vita. Non c'era alcun motivo per chiedersi se certe vite siano più apprezzabili di altre. Oggi questi interrogativi sono diventati inevitabili. «La tecnologia mette capo a un imperativo: "Se possiamo farlo, lo faremo". L'etica, al contrario, si chiede: "Possiamo farlo. Ma allora dobbiamo farlo?"»²².

²⁰ Vedi A. OLIVERIO, *Progressi, immagini e problemi della biologia contemporanea*, in G. BERLINGUER *et al.*, *Lezioni di bioetica*, Ediesse, Roma 1997, p. 84.

²¹ G. LEOPARDI, *La ginestra*.

²² P. SINGER, *Ripensare la vita. La vecchia morale non serve più*, Il Saggiatore, Milano 1996.

1.3 La riflessione bioetica

Per queste esigenze, e dal confluire di problemi e ambiti tematici vari, si è sviluppata la riflessione bioetica, con la sua necessaria interdisciplinarietà: la confluenza di diverse problematiche, infatti, è tale da richiedere l'utilizzo dei modelli di lavoro di ogni disciplina implicata. Si è resa, pertanto, necessaria una nuova riflessione per recuperare la crisi dei canoni tradizionali di ogni singola disciplina e arricchirsi dei loro differenti – e complementari – punti di vista: filosofi, antropologi, storici, sociologi, medici, biologi e giuristi, sono tutti necessari per capire, giudicare ed eventualmente regolare l'uso delle nuove tecniche. Infatti, senza i contributi delle conoscenze specifiche delle discipline scientifiche coinvolte, il discorso bioetico rischia di non potersi configurare o addirittura di istradarsi su percorsi fallaci, perché soltanto una conoscenza tecnicamente precisa dei vari aspetti e modalità di un certo fare, può consentire di cogliere i momenti rilevanti di esso.

La bioetica è un “campo di problemi”, in cui vi è un “politeismo di valori”²³: è necessaria una continua attività di confronto e raccordo tra le varie conoscenze implicate. I mutamenti avvenuti nei campi della ricerca medica e biologica condizionano direttamente e necessariamente l'analisi giuridica: la bioetica ha travolto non solo antiche categorie fondative, ma ha costretto i giuristi a ripensare integralmente le modalità stesse dell'intervento giuridico ed ha generato, inoltre, un'integrazione della dottrina privatistica con le altre scienze sociali, rendendo evidente che oggi non basta un semplice aggiornamento delle categorie giuridiche tradizionali a causa di un loro naturale invecchiamento, ma l'opportunità di fondarne di nuove, di creare categorie interpretative e ricostruttive adeguate alla nuova realtà.

Il nucleo essenziale della bioetica è composto dalle questioni etiche originate dai mutamenti che medicina e biologia hanno provocato negli ultimi decenni per quanto riguarda il nascere, il vivere, il curarsi e il morire. La bioetica è dunque l'insieme delle riflessioni con al centro tali problematiche²⁴.

La riflessione bioetica suscita interesse quando l'avanzamento tecnico-scientifico favorisce un cambiamento culturale tale da far emergere una “crisi” di valori²⁵: vengono messi in discussione alcuni valori invalsi e si diffonde il “pluralismo etico”, per cui emerge con forza l'esigenza di un ripensamento della tavola dei valori diffusi nella società. Il solo avanzamento tecnico, senza il cambiamento culturale che sostiene il pluralismo etico, non produce quel tipo di riflessione bioetica che si è sviluppata a livello mondiale nell'ultimo quarto

²³ S. RODOTÀ in AA.VV., *FORUM: Bioetica e costituzione*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, p. 300 (l'espressione “politeismo di valori” è di Max Weber).

²⁴ E. LECALDANO, *Bioetica e filosofia: il caso della sperimentazione sugli embrioni e l'ingegneria genetica*, in G. BERLINGUER et al., *Lezioni di bioetica*, Ediesse, Roma 1997, p. 57.

²⁵ J. RIFKIN, *Il secolo biotech. Il commercio genetico e l'inizio di una nuova era*, Baldini&Castoldi, Milano 1998.

di secolo: la nuova e maggiore percezione del pluralismo culturale nelle società contemporanee avutasi nella prima metà degli anni Sessanta, ha portato un aumento dei conflitti morali e un cambiamento di alcune intuizioni diffuse nella morale di senso comune. È, ad esempio, cambiata l'intuizione relativa al divieto di contraccezione e, consequenzialmente, il modo di vivere la propria sessualità, si sono affermate le idee di autodeterminazione e di libertà di scelta della persona²⁶.

L'aumento dei conflitti e l'affermazione di nuove intuizioni della morale di senso comune costituiscono il punto di avvio di un forte cambiamento di clima culturale. Si alimentano i dubbi circa la validità delle intuizioni ricevute, e in queste circostanze nasce la spinta a ricercare le ragioni sottese alle varie intuizioni: questi dubbi costituiscono l'*humus* che consente la nascita della bioetica. Questo spiega come mai in Italia, a differenza di altri paesi, fino a qualche anno fa la riflessione bioetica sia stata di scarso interesse: per le note ragioni storico-culturali, in Italia il pluralismo etico ha una tradizione poco solida, quindi, è mancato l'*humus* culturale che costituisce la base di tale riflessione, mentre il recente interesse è determinato appunto da un tale cambiamento.

La riflessione morale sugli argomenti di cui si occupa la bioetica è vecchia come la nostra storia, ma le questioni specifiche sono del tutto nuove: di fronte alle nuove azioni possibili dovute ai progressi della medicina e della biologia, si pongono questioni etiche che portano a valutare criticamente il "patrimonio etico" che ci è stato trasmesso.

In campo filosofico, sono presenti due tendenze. Una è tesa a ricondurre le nuove questioni della bioetica alle alternative morali tradizionali, ritenendo che le novità delle alternative etiche non comporta l'abbandono dei principi etici "storici". L'altra ritiene tramontata la "vecchia morale". Su tale strada si è incamminato il filosofo australiano Peter Singer, secondo il quale si debbono ritenere inutilizzabili tutti i principi etici tradizionali: la vecchia morale incentrata sul principio della sacralità della vita ormai è vetusta: «l'etica all'interno della quale noi cerchiamo di rispondere ai nuovi interrogativi poggia su fondamenti traballanti, che pochi di noi oggi accettano e che mettono capo a giudizi confusi e contraddittori». I nuovi modi di nascere, vivere, curarsi e morire, hanno dato una spinta decisa verso una rivoluzione copernicana in morale, che ha fatto nascere tutta una serie di nuovi "comandamenti"²⁷.

Le novità generate dall'innovazione tecnologica hanno generato una discussione simile anche nel diritto: i giuristi hanno dovuto mettere alla prova le categorie generali del diritto per trovare risposte adeguate alle esigenze di

²⁶ Cfr. M. MORI, *La bioetica: che cos'è, quando è nata e perché*, in *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, 1993, 1, 115-143, in particolare pp. 129 ss.; S. NESPOR - A. SANTOSUOSSO - R. SATOLLI, *Vita morte e miracoli. Medicina, genetica e diritto: conflitti e prospettive*, Feltrinelli, Milano 1992, pp. 13 ss.

²⁷ P. SINGER, *op. cit.*

riconoscimento e codificazione delle nuove situazioni del nascere, del curarsi e del morire. Si è posto il problema di adoperare i mezzi giuridici classici per risolvere situazioni giuridiche nuove ed imprevedute e, allo stesso tempo, sono nati strumenti, categorie, concetti²⁸. Le tecnologie, unite all'acquisizione culturale dell'autodeterminazione individuale²⁹, diventano il tramite per la proclamazione di nuovi diritti, delineandosi in tal modo un nuovo "statuto giuridico del corpo umano".

Ci si rende conto dell'invecchiamento di talune categorie, del tutto naturale nel momento in cui si riconosce la loro storicità: molte categorie dell'etica e del diritto non sono più idonee a capire il mondo contemporaneo. Le innovazioni tecnologiche, infatti, hanno posto problemi di fronte ai quali appaiono improporzionabili i vecchi criteri, hanno scisso concetti che sembravano indissolubilmente legati: procreazione e sessualità, parto e maternità, morte del corpo e morte degli organi. Sono cambiati essenziali referenti non giuridici: confini e modalità della vita e della morte, rappresentazione culturale del corpo e della persona, sistema antropologico della famiglia e della parentela. Si fanno più mobili le frontiere della vita e della morte. Si sono modificate ed allargate le possibilità e le modalità d'uso del proprio corpo.

Pertanto, la realtà non può essere compresa con le vecchie categorie e, essendo essa estremamente mutevole e ricca, è impossibile imporre regole definitive, schematizzare il tutto in una legge.

2. Ruolo del diritto. Il rapporto con l'etica

2.1 *Pluralismo culturale, bioetica laica e bioetica religiosa*

È importante tener sempre presente che la bioetica non è una disciplina normativa, ma piuttosto è un campo di confronto di diverse discipline con pari dignità, un luogo di incontro dove analizzare e capire i problemi. Compito della bioetica non è quello di fornire verità vincolanti, ma chiarire le implicazioni filosofiche, psicologiche, sociologiche, mediche, biologiche e giuridiche delle varie opzioni per stimolare lo spirito critico, rifiutando pertanto ogni forma di paternalismo e di autoritarismo.

Per la discussione bioetica è necessario un confronto internazionale, senza

²⁸ Esempio è il "consenso informato".

²⁹ Si pensi alla presa di coscienza della libera disponibilità del proprio corpo da parte delle donne, a sua volta generata dalla diffusione delle tecniche contraccettive e da quelle che hanno reso meno rischioso l'aborto; alla nozione di genitorialità responsabile, evidente nell'adozione, dove i legami "sociali", affettivi prevalgono sul legame di sangue: tutto ciò ha portato all'abbandono della cultura del divieto di contraccezione, di aborto, di divorzio e, con a mano a mano, lo Stato ha rinunciato ad imporre un unico modello etico-culturale di famiglia, alimentando un sistema che si fonda sulla coppia libertà/responsabilità.

inutili barriere, non dimenticando però, le differenze sociali, culturali e giuridiche dei vari Stati, che comportano distinzioni nella percezione della stessa bioetica. Ad esempio si può notare che la caratteristica fondamentale della bioetica americana è quella di essere segnata dai grandi casi giudiziari. Ciò non vuol dire che il dibattito sia stato esclusivamente giuridico, ma che gli interventi dei vari commentatori si concentrano sui problemi bioetici così come sono assunti davanti alle corti: pertanto, per l'ampiezza della casistica giudiziaria, per la configurazione del diritto che negli Stati Uniti si forma attraverso i casi giudiziari, e per la forza del concetto di autonomia che trova nel sistema giuridico il massimo di realizzazione sociale, si ha una centralità del diritto nella riflessione bioetica³⁰. Nella bioetica italiana, invece, fino al secolo scorso ad avere prevalenza è stato spesso il discorso etico-filosofico e teologico-morale, per il peso che hanno in Italia le posizioni cattoliche e per la conseguente risposta di una bioetica laica nel campo etico-filosofico, per contrastare appunto quelle posizioni dominanti: pertanto si è avuta una limitata influenza dell'apporto giuridico, sintetizzata dalla scarsità di casistica giudiziaria, dal ritardo legislativo, in alcuni settori clamoroso.

In Italia, inoltre, manca un "sentire bioetico condiviso", a differenza degli Stati Uniti dove i quattro principi di Beauchamp e Childress (di autonomia, beneficenza, non maleficenza e giustizia), sono stati interpretati in maniera differente, ma universalmente accettati come vincolanti³¹; tale mancanza è appalesata dal forte contrasto tra una bioetica di ispirazione cattolica ed una bioetica laica, tanto acuto da indurre qualcuno a parlare di "bioetiche al plurale"³², piuttosto che di "bioetica al singolare" con all'interno vari orientamenti. Ciò comporta una mancanza di scambio, una difficoltà di adottare politiche pubbliche e di fare scelte legislative che siano sentite da tutti come vincolanti, anche se con diversi livelli di adesione morale a particolari contenuti³³. Tuttavia, se è presente una situazione di insostenibile estraneità tra bioetica laica e religiosa, una rottura netta sui temi dell'aborto, della procreazione medicalmente assistita e un contrasto grave sull'eutanasia, vi sono altri temi bioetici, come quelli

³⁰ A. SANTOSUOSSO, *Bioetica e diritto: limiti e possibilità*, in *Questione giustizia*, 1995, 3, 643.

³¹ T.L. BEAUCHAMP - J.F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, New York-Oxford 1977; si veda anche: E. SOETJE, *La responsabilità della vita. Introduzione alla bioetica*, Paravia, Torino 1997, pp. 46-8, in cui è tradotto l'articolo di T.L. BEAUCHAMP, *The "four-principles" approach*, in R. GILLON, *Principles of Health Care Ethics*, Wiley & Sons, Chichester 1994, pp. 3-4.

³² A. BOMPIANI, *Bioetica in Italia*, EDB, Bologna 1992, p. 381.

³³ Si veda H.T. ENGELHARDT, *Bioetica: i limiti della legislazione*, in *Biblioteca della libertà*, 1994, 2, 125, pp. 85-107, in particolare p. 91 dove si afferma che un problema generale della bioetica e delle società attuali è «l'incapacità della ragione di imporre a questa società il riconoscimento di un qualsivoglia canone morale vocato a risolvere tutte le difficoltà, in forza della sola capacità a convincere nello stesso modo tutti gli esseri dotati di coscienza e ragione».

collegati alla genetica, nei quali la divisione tra le posizioni laiche e religiose è molto meno netta e nei quali quindi l'esistenza di un quadro unitario di riferimento può consentire scelte all'altezza dei problemi.

In bioetica non è praticabile la strada indicata da coloro i quali ritengono che il diritto debba imporre per via coercitiva una determinata visione della vita morale le cui norme sono considerate oggettivamente giuste. Tale modo di pensare il diritto non riesce a fare i conti con il pluralismo etico della società contemporanea. La sfera di autonomia decisionale e di azione di un individuo può esser limitata dall'intervento coercitivo del diritto solo per evitare danni ad altri. Inoltre, il diritto deve intervenire con norme il più possibile flessibili e rispettose di tutte le istanze presenti nella società. La regolamentazione giuridica deve essere capace di risolvere le situazioni critiche, realizzando contemporaneamente un equilibrio socialmente accettabile tra gli interessi confliggenti, senza incorrere nel difetto di un'eccessiva rigidità. Si devono evitare, ad esempio, in materia di medicina riproduttiva, interventi legislativi volti ad ostacolare l'accesso alle pratiche di procreazione assistita e, quindi, ad imporre modelli di etica sessuale, procreativa e familiare. Una regolamentazione, pertanto, minima, che riservi ampio spazio alle scelte morali degli individui, e garantisca i diritti fondamentali di tutti i soggetti coinvolti.

È necessaria una capacità di orientare il diritto verso soluzioni delle questioni bioetiche non bloccate dall'aprioristica adesione ad inverificabili assunti metafisici, bensì continuamente aperte al confronto con l'esperienza, nel rispetto di alcuni principi fondamentali come quelli di libertà e uguaglianza.

In tale interpretazione del ruolo del diritto vi sono il rifiuto di ogni dogmatismo religioso e l'esaltazione di un'etica laica, che non ha una tradizione da interpretare, né principi assoluti da proporre e da far valere; piuttosto il suo atteggiamento è quello di cercare soluzioni praticabili dei problemi. L'etica laica non esalta così come non condanna il divorzio: ritiene che le scelte concernenti la sfera sessuale e la vita famigliare debbano essere affidate alla responsabilità degli interessati; analogamente, non esalta l'aborto, ma ritiene che la decisione di procreare debba esser presa responsabilmente, in relazione alle condizioni di salute della madre, ai progetti di vita suoi e del partner, al futuro del nascituro³⁴.

Certamente un'etica laica, priva com'è di "assoluti", presenta problematicità superiori rispetto ad un'etica religiosa, ma è l'unica possibile in una società pluralista³⁵. Lo Stato deve rispettare le scelte dei singoli, non può esigere da tutti lo stesso livello di moralità: non spetta alla legge la scelta tra le diverse opinioni morali e l'imposizione di una di esse. Alla radice di queste posizioni

³⁴ Si veda U. SCARPELLI, *La bioetica. Alla ricerca dei principi*, in *Biblioteca della libertà*, n. 99, 1987, pp. 7-32, con la definizione di "laico" come «chi ragiona *etsi deus non daretur*, cioè fuori dall'ipotesi di Dio».

³⁵ Vedi P. ROSSI, *Etica laica e pluralismo morale*, in *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, 1994, 1, pp. 144-150.

c'è la cultura democratica, per la quale l'ordinamento giuridico deve limitarsi a garantire la convivenza sociale, separando l'ambito della coscienza privata da quello del comportamento pubblico.

La bioetica religiosa, o meglio la bioetica cattolica, tenta invece di imporre il proprio punto di vista morale. Nella *Evangelium vitae*, ad esempio, viene ribadita la necessaria conformità della legge civile con la legge morale³⁶. Il carattere pluralista delle organizzazioni sociali contemporanee è un forte ostacolo a qualsiasi "monolitismo etico", mettendo in crisi anche le tradizionali forme di sintesi operate dal diritto. Sia perché è sempre più arduo ricorrere al diritto in maniera autoritaria, imponendo valori non più condivisi, sia perché vi è una spinta a degiuridificare alcune materie, affidandole a sistemi diversi di regolazione: l'etica, l'autodisciplina professionale, diversi strumenti di controllo sociale. Inoltre, ove vi sia invece necessità di regole giuridiche, «bisogna individuare metodi e tecniche di tale disciplina, che non possono essere quelli che hanno caratterizzato sistemi organizzati intorno a valori condivisi, dei quali il diritto esprimeva e sanzionava il nucleo essenziale, non a caso parlando del diritto come del "minimo etico" accettato all'interno di una società»³⁷. È necessario trovare compatibilità tra punti di vista diversi, evitando di far acuire i conflitti.

La mancanza di valori condivisi e la conseguente necessità di non imporre "un'etica dei più" imposta con lo strumento legislativo, che ha un carattere se non di immodificabilità per lo meno di difficile reversibilità, rendono evidenti che devono essere adottate procedure diverse da quella maggioritaria, che possono assicurare una visibilità a tutte le posizioni etiche: il parere di una maggioranza non può essere l'unica base sulla quale legiferare su temi di interesse etico.

Oggi nelle moderne democrazie sono compresenti diverse comunità etiche, ognuna delle quali reclama una diversa estensione della cittadinanza bioetica: la Lega Anti Vivisezione include gli animali; gli ambientalisti la natura tutta; la Chiesa cattolica include gli ovuli umani fertilizzati; il diritto corrente i neonati anencefalici³⁸; gli utilitaristi le generazioni future. Si pone dunque il problema di come una comunità politica di questo tipo possa prendere decisioni in campo bioetico. È necessario trovare strategie di convivenza per le comunità bioetiche, diverse e di uguale considerazione. È, in fondo, l'idea di Tristram Engelhardt della ricerca di un terreno comune di intesa tra "stranieri morali"³⁹. Il filosofo americano vede nel mercato uno strumento efficace per far confrontare opinioni diverse. Ma contro questa onnipresenza del mercato, valore sicuramente positivo ma non da assolutizzare, altra tecnica di confronto tra

³⁶ GIOVANNI PAOLO II, *Evangelium vitae*. Lettera enciclica sul valore e l'inviolabilità della vita umana, 25 marzo 1995, Edizioni Dehoniane, Bologna 1995, pp. 68 ss.

³⁷ S. RODOTÀ (a cura di), *Introduzione*, in *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari 1993.

³⁸ *contra* P. SINGER, *op. cit.*

³⁹ H.T. ENGELHARDT JR, *Manuale di bioetica*, Il Saggiatore, Milano 1991.

opinioni morali differenti, sicuramente più paritaria rispetto al mercato dove più facilmente ci possono essere situazioni di potere, è quello del confronto democratico, dando quindi dignità a tutte le comunità etiche.

Vi è, pertanto, una rinnovata esigenza teorica di chiarire i rapporti tra etica e diritto, anche in vista delle sempre più pressanti richieste di leggi in ambito bioetico, che rispondono senza dubbio ad una esigenza di esorcizzare le paure originate dai possibili impieghi delle nuove tecnologie. Ma il passaggio dall'etica al diritto non è obbligato ed in taluni casi può essere addirittura pericoloso.

2.2 Bioetica e diritto

2.2.1 Il legislatore in bioetica

L'innovazione scientifica, avendo messo in discussione le certezze naturalistiche che avevano fondato la categoria della persona fisica e definito le sue relazioni con gli altri e con l'ambiente in cui vive, ha dunque richiesto al diritto una riflessione intensa⁴⁰. In primo luogo, ci si è dovuti chiedere quale posizione assumere rispetto ai problemi bioetici.

Essendo, evidentemente, improponibile risuscitare l'ideale hegeliano di uno Stato etico depositario di valori morali e sanzionatorio di ciò che è bene e di ciò che è male, in cui non vi è appello alla coscienza individuale ma solo un richiamo al rispetto di un bene aprioristicamente e astrattamente definito, esso va sostituito con il rispetto e la valorizzazione dell'apporto libero e pluralistico di risposte diversificate, dei diritti individuali, del pluralismo di idee, del rispetto della dignità dei singoli.

Certamente è più facile "ragionare" all'interno di una logica dello Stato etico, ma l'intervento dello Stato attraverso strumenti legislativi rigidi e intrisi di divieti, svela vocazioni paternalistiche e autoritarie improponibili, vista la varietà di istanze e di valori culturali presenti nella società contemporanea: pertanto l'autonomia individuale e la libertà di scelta devono essere i valori supremi ed impongono di considerare i dilemmi della bioetica alla luce di un forte rispetto per il multiculturalismo e la democrazia⁴¹.

Si usa in genere il termine "tolleranza", ma esso, definito dalla Warnock come la «virtù di astenersi dall'esercitare il proprio potere nei confronti delle opinioni altrui anche se sono diverse dalle proprie o se le si disapprova dal punto di vista morale», esprime comunque l'idea di detenere una ragione morale superiore. Non si tratta di tollerare il diritto di avere ideali morali contrari ai

⁴⁰ Rodotà, chiosando Steve Toulmin il quale disse che la filosofia è stata salvata dall'etica, afferma "ironicamente" che il diritto privato è stato salvato dalla tecnologia; si veda *Lo specchio di Stendhal. Riflessioni sulle riflessioni dei privatisti*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1997, 1, p. 5.

⁴¹ Si veda: M. CHARLESWORTH, *L'etica della vita. I dilemmi della bioetica in una società liberale*, Donzelli editore, Roma 1996.

propri, ma di rispettarli, di concedere loro la stessa dignità: è allora preferibile il termine “rispetto”, “empatia”⁴².

Altro interrogativo è se sia opportuno l'uso dello strumento giuridico in un panorama così variabile come quello di cui si occupa la bioetica. Si ripropone con la bioetica l'antica tensione tra una concezione dell'esperienza come “dover essere” che il diritto deve sanzionare ovvero come “vissuto” che il diritto deve rispettare.

Il rapporto tra valori, consenso sociale e norma giuridica, ha in campo bioetico due linee di tendenza, che Lord Kennet ha battezzato *British way* e *French way*⁴³. “British way” è quell'approccio che privilegia la formazione del consenso sull'intervento legislativo: la legge segue, sia nel tempo che nei contenuti, il consenso sociale e deve limitarsi a correggere i margini del dissenso. La “French way” assegna al legislatore, sulla base di consultazione e consenso dei comportamenti sociali, il compito di garantire uno schema di preservazione di valori, senza il quale la prassi scientifica e lo stesso costume prenderebbero vie senza ritorno.

In Italia vige un *Italian way*: non si legifera perché non si riesce e perché non si vuole. L'esperienza italiana della normativa in ambito bioetico è legata a cause politiche contingenti: si è avuta, spesso, una prassi legislativa sciatta e casuale, dominata dalla strenua negoziazione, e si concepisce il diritto come uno strumento di proclamazione di valori, piuttosto che di soluzione pragmatica di conflitti. Accade così che si preferisca il vuoto legislativo alla regola che, in quanto disciplina e limita, necessariamente legittima.

Oggi nel campo della bioetica, non è più pensabile l'inerzia, considerando il pericolo che un paese senza una regolamentazione diventi rifugio per pratiche mediche e biologiche in altri luoghi vietate⁴⁴. Le nuove tecnologie non hanno capacità autoregolatrici e la reazione del giurista è quella di adoperare le regole esistenti, adattandole ai nuovi eventi, non solo per un'attitudine conservatrice, ma per la generalità e il distacco delle norme esistenti dalle situazioni di origine, che rende possibile considerare i casi nuovi come riassorbibili nella tradizionale disciplina. Anche quando le nuove situazioni sono portatrici di una logica divergente da quella della disciplina vigente, il “desiderio di continuità” può prevalere e allora nasce la spinta al divieto. Lecito, ove il modello imposto con tale tecnica è condiviso dalla società. Ma in una società complessa il diritto non deve essere strumento di imposizione di un modello, di una rappresenta-

⁴² R. BOERI, *Bioetica, pluralismo e principio di tolleranza*, in *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, 1993, n. 1, 111.

⁴³ Si veda la relazione di S. FLUSS, *From bioethics to biolaw: an international overview of developments in certain areas*, tenuta al convegno di Siena, *Una norma giuridica per la bioetica*, 9-11 giugno 1994.

⁴⁴ P. ZATTI, *Verso un diritto per la bioetica: risorse e limiti del discorso giuridico*, in *Rivista di diritto civile*, 1995, I, 43-57.

zione della realtà smentita dai fatti, ma deve essere strumento di coesistenza. Anzi, il richiamo ad una forte logica proibizionista sembra nascondere una tentazione di ricorrere al diritto per sostituire un'etica comune che non esiste più: funzione del diritto è anche quella di imporre modelli, ma non laddove tale imposizione mina il pluralismo, perché altra funzione del diritto è quella di risolvere i conflitti emergenti, evitando di crearne di nuovi.

Lo sviluppo della biologia e della medicina ha trovato impreparato il giurista. Ma accanto a questo diritto pensoso, vi è un altro diritto, meno ufficiale, che deve misurarsi quotidianamente con i problemi dei cittadini e non cessa di operare in questi nuovi campi⁴⁵; è ad esempio il diritto dell'avvocato autore del contratto di sostituzione di maternità di Baby M.

2.2.2 La morale e il diritto

Il rapporto tra bioetica e diritto pone i classici problemi dei limiti dell'intervento del diritto nell'ambito della sfera di autonomia decisionale dell'individuo: è la tradizionale questione della determinazione dei confini tra diritto e morale⁴⁶.

Il rapporto tra morale e diritto è concepito in vari modi. Nella tradizione giusnaturalista presente nel magistero cattolico, il diritto positivo è dipendente dal sistema della morale, dal "diritto naturale". Ma questa idea è impraticabile nelle nostre società pluraliste, dove non esiste una morale naturale valida per tutti. Altri filosofi vedono nel diritto naturale la fonte dei limiti all'intervento normativo. È la così detta teoria dei diritti, secondo la quale i cittadini godono di diritti individuali nei confronti dello Stato perché non interferisca con l'autonomia individuale (sono i c.d. diritti positivi) e perché si impegni a creare le condizioni che permettano ai cittadini di godere dei diritti stessi (diritti negativi). All'interno di tale filone, esistono grandi differenze di pensiero, dovute al principio supremo cui ci si richiama per giustificare i limiti al diritto e al suo intervento coercitivo. Ad esempio, per Robert Nozick tale valore è la libertà⁴⁷, per Ronald Dworkin⁴⁸ l'uguaglianza.

Anche tale teoria, che presume di fissare limiti all'attività legislativa in base

⁴⁵ L. VIOLANTE, *Bio-jus. I problemi di una normativa giuridica nel campo della biologia umana*, in A. DI MEO - C. MANCINA, (a cura di), *Bioetica*, Laterza, Roma-Bari 1989, pp. 259 ss.

⁴⁶ Sulla distinzione tra regole morali e regole giuridiche in base alle loro differenti condizioni di applicazione si veda: C. PERELMAN, *Morale, diritto e filosofia*, Guida, Napoli 1975, pp. 293-310: mentre le prime non sono codificate, l'osservanza delle seconde è imposta, pena sanzioni, a tutti coloro che si trovano sul territorio dello Stato; in morale tutti possono approvare o disapprovare, in diritto solo il giudice è qualificato per applicare la legge e pronunciare la sentenza; la regola morale viene fatta valere anche in presenza di dubbi, sospetti e sfumature, mentre la regola giuridica richiede certezza e precisione.

⁴⁷ R. NOZICK, *Anarchia, stato e utopia*, Le Monnier, Firenze 1981, recentemente ripubblicato da: Il Saggiatore, Milano 2000.

⁴⁸ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna 1982.

a diritti naturali, incorre, tuttavia, nelle obiezioni logiche dovute al richiamarsi a un diritto naturale, nozione vaga e soprattutto variabile in senso diacronico (ogni momento storico ha i determinati diritti) e sincronico (molti diritti invocati dai cittadini delle nostre società sono tra loro antinomici). È inoltre impossibile trovare un criterio chiaro cui richiamarsi per includere o escludere un diritto tra quelli da salvaguardare. Vi è oggi, infatti, un proliferare di diritti divergenti tra loro: il diritto della donna alla procreazione, il diritto del nascituro a conoscere la propria origine genetica e alla doppia figura genitoriale, ne sono solo un esempio. «Il linguaggio dei diritti ha finito con l'inglobare tutto e il contrario di tutto»⁴⁹.

All'interno dell'etica utilitarista il problema del rapporto tra morale e diritto è stato affrontato considerando entrambi come forme di controllo sociale con la "funzione di assicurare il benessere del cittadino", con modi differenti: con coazioni fisiche (le sanzioni giuridiche) o morali (approvazione o disapprovazione morale). Ma fino a che punto è meglio affidarsi ad un sistema di principi morali (con maggiore flessibilità, adattabilità) e dove è invece necessaria una regolamentazione giuridica (con maggiore stabilità, efficacia)? Gli utilitaristi rispondono che l'unico scopo che può giustificare un limite alla libertà d'azione è evitare un danno ad altri, giammai si può costringere un individuo a fare qualcosa per il suo bene. Ci sono, pertanto, limiti alla libertà che devono rimanere puramente morali e non divenire limiti giuridici stabiliti dalla legge. Si prenda il caso dell'aborto: si può facilmente comprendere la condanna morale, ma l'unico "foro competente" a decidere è il foro interno della madre. La costruzione della propria vita privata si compie attraverso scelte libere e responsabili; è necessario, dunque, un ordinamento meno invadente, una netta separazione tra la sfera della morale personale e l'intervento dello Stato.

Alla conclusione che alcuni comportamenti possono essere sentiti come immorali, ma lo Stato può proibirli solo se comportano danni ad altri, arrivò il comitato inglese Wolfeden, a riguardo della prostituzione («moralmente indesiderabile, ma di per sé non ci sono ragioni per proibirla legalmente») e dei comportamenti omosessuali tra adulti consenzienti («non è compito della legge intervenire nella vita privata dei cittadini, o cercare di imporre un qualsiasi modello di comportamento, deve sussistere una sfera privata di moralità e immoralità che non sia affare della legge»). Pertanto depenalizzando la prostituzione, l'omosessualità o l'aborto, lo Stato non li approva implicitamente, ma dichiara che tali comportamenti cadono nella sfera morale privata, quindi al di fuori di un qualsiasi intervento statale⁵⁰. Pertanto nessun membro della società può invocare una legge che imponga una particolare opinione morale. Le norme

⁴⁹ E. LECALDANO, *La bioetica e i limiti del diritto*, in *Democrazia e diritto*, 1988, 4/5, p. 25.

⁵⁰ *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution* (The Wolfeden Committee), HM Stationery Office, London 1957.

giuridiche non sempre possono coincidere con i criteri morali.

Si deve fare, quindi, una distinzione. Vi è, in bioetica, un nucleo di questioni che va rimesso a regole morali, non sanzionate giuridicamente, e un altro in cui le questioni devono esser sanzionate più rigidamente, e dunque codificate. La legge non si deve preoccupare della morale privata, né deve imporre una morale⁵¹. Le nostre società sono caratterizzate da un pluralismo etico, per cui nessuna legge deve difendere o promuovere una qualche morale pubblica. Soprattutto i bioeticisti cattolici ritengono, invece, che il diritto debba imporre la morale cristiana su divorzio, aborto, contraccezione, procreazione assistita, suicidio⁵². Ma la morale cristiana è solo una delle tante posizioni etiche che caratterizzano la nostra società.

Il diritto deve prendere atto della presenza di diversi modelli culturali in uno stesso ambito sociale⁵³. Tuttavia, ove tali modelli culturali confliggano con diritti universali posti a tutela di ogni individuo, è necessario porre un limite. Ad esempio, la pratica dell'infibulazione, che causa una mutilazione del corpo femminile e garantisce un controllo della sessualità, è inaccettabile nel mondo occidentale. A ciò si obietta il fatto che i diritti fondamentali cui ci si richiama sono, in realtà, valori esclusivamente occidentali e, pertanto, sarebbe sintomo di autoritarismo imporli a chi non li sente come propri. Ma la presa di coscienza delle storture e dell'invasione dell'eurocentrismo non deve, però, minimizzare la forza liberatrice di alcuni valori e principi. Altra obiezione al divieto di poter "esportare" la pratica dell'infibulazione è la medesima che si richiamò in Italia per l'aborto, ossia il fatto che con un divieto si mette in pericolo la salute della donna, in quanto non si elimina il problema: le donne si rivolgeranno a "praticoni" e il problema sarà solo accantonato. Ma anche tale obiezione appare contestabile. È sicuramente auspicabile un "passo indietro" del diritto in molte scelte bioetiche, ma è eccessiva una totale "ritirata". La compresenza di modelli culturali differenti è necessaria e auspicabile, laddove essa consente un "arricchimento" per la società, arricchimento non presente nel caso della infibulazione, dove, anzi, si ha un "impoverimento" della persona nella sfera sessuale.

Dando rilevanza ai diversi modelli culturali, non si ha, pertanto, una totale relativizzazione dei valori: pluralismo culturale non vuol dire relativismo etico,

⁵¹ *Contra*, si veda A. LISERRE, *Il problema della regola in ingegneria genetica*, in *Rivista di diritto civile*, 1992, I, pp. 182 ss., il quale ironizza su questa "rassegnazione impotente del giurista paralizzato dal sospetto di indebite ingerenze normative", e ad esso contrappone il "senso pedagogico della legge", che deve orientare e non rincorrere la prassi.

⁵² Tuttavia esiste una lunga tradizione di pensiero teologico cristiano volta a sottolineare la supremazia della coscienza individuale; si veda, ad esempio, N. FORD, *Quando comincio io?*, Baldini & Castoldi, Milano 1997.

⁵³ S. Rodotà propone un "ritorno" all'antica regola della personalizzazione della regola giuridica (*cuius regio, ejus religio*), per permettere ad esempio alle donne musulmane di portare il *chador* a scuola, nonostante la necessaria "laicità", della scuola pubblica: in *Tecnologie e diritti*, op. cit., p. 136.

ossia che nessuna posizione morale può essere giudicata migliore di un'altra. È necessario, infatti, porsi il problema della compatibilità di modelli diversi, ma non è auspicabile una accettazione di ogni modello⁵⁴.

L'essenza del pluralismo etico sta nel considerare gli individui liberi di poter scegliere ciò che desiderano, senza che lo Stato imponga un credo morale, in quanto deve considerare tutti i punti di vista sullo stesso piano, intervenendo solo laddove tali punti di vista possano danneggiare l'altrui autonomia individuale: ci si richiama, dunque, al problema generale dei limiti della libertà, tradizionalmente impostato, nelle correnti liberali, secondo l'insegnamento kantiano con la ricerca di una regola fondamentale, atta a consentire la coesistenza della libertà di ciascuno con la libertà di ciascun altro: ognuno sia libero sin dove l'esercizio della sua libertà non provochi un danno ad altri, contraddicendo così la loro libertà⁵⁵.

Ma oggi alla regola kantiana si legano due questioni. Chi va considerato "un altro"? anche il nascituro, le generazioni future? Che cos'è un danno rilevante ai fini d'una limitazione della libertà?

Oggi c'è una tendenza esasperata alla giuridicizzazione dovuta ai turbamenti sociali causati dal progresso scientifico. Questo eccesso di domanda normativa, questo "assillante bisogno di leggi" è effetto anche del positivismo giuridico che deve disciplinare in modo dettagliato ogni fenomeno, per mantenere la propria autolegittimazione⁵⁶. Ma "l'eccesso di giuridicismo sottintende spesso intolleranza e denuncia una scarsa fiducia nella libertà"⁵⁷.

2.2.3 Quali norme in bioetica?

Fondamentale è che la legge abbia meno interferenze nei ruoli sociali. Inoltre la discussione bioetica deve rimanere aperta, pertanto con una legge non si può chiudere per sempre la regolamentazione di una materia in costante evoluzione.

Contro la perennità delle leggi, visto che viviamo in una società non più

⁵⁴ Questa è l'accusa, infondata, che viene spesso rivolta ai bioeticisti laici, che contrapporrebbero ad una bioetica di "sicuri" e "validi" principi, una bioetica "del nulla", affidata alla totale disponibilità dell'uomo. Ma si veda il saggio di SCARPELLI, *La bioetica. Alla ricerca dei principi*, op. cit., per confutare tale tesi.

⁵⁵ È questa la base della società liberaldemocratica descritta da M. CHARLESWORTH nel suo lavoro: *L'etica della vita. I dilemmi della bioetica in una società liberale*, Donzelli, Roma 1996. Il filosofo australiano, infatti, pone alla base del suo modello ideale di società liberale, l'autonomia individuale e quindi il pluralismo sul piano etico, e la netta distinzione tra la sfera della legge e la sfera della morale.

⁵⁶ A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere*, Einaudi, Torino 1957, volume II, p. 757, scrive: «attraverso il diritto lo Stato rende omogeneo il gruppo dominante e tende a creare un conformismo sociale che sia utile alla linea di sviluppo del gruppo dirigente» in F. COSENTINO, *Gramsci, il diritto e l'economia*, in *Politica del diritto*, 1993, 4, p. 692.

⁵⁷ U. SCARPELLI, *Etica della libertà*, in *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, 1993, n. 1, p. 23.

omogenea ma multiculturale, dove inoltre cambiano velocemente i valori e dove sicuramente è necessaria ancora una discussione sociale su molti temi bioetici, si è parlato, così, di leggi a termine, che contengono in sé il dispositivo di revisione. Vi è, infatti, una proposta tedesca di far sì che tutte le leggi siano a termine, mentre negli Stati Uniti ci sono già molte “*sunset rules*”.

Sulla stessa linea oggi si ha, in talune materie, una necessità di una legge di inquadramento che ponga fine al “*far west*”, che non dia, quindi, risposte specifiche o imponga divieti e barriere etiche.

È una questione complicata, dunque, formulare regole giuridiche nel campo della bioetica. Punto fermo di ogni regolamentazione deve essere, comunque, l'autonomia individuale, ossia il diritto di scegliersi il proprio modo di vivere, di essere, nei limiti del possibile, “legislatore di sé stesso”. Appare, in primo luogo, opportuna la creazione di istituzioni incaricate di valutarne a monte l'accettabilità etica: commissioni di etica locali, nazionali e sovranazionali. Il ruolo di tali istanze è insostituibile nella definizione di una legge, che può allora limitarsi a porre regole generali e abbandonare ogni pretesa di regolamentare tutto nel dettaglio. Fondamentale è che tali “comitati etici” siano strutture indipendenti e autonome dai poteri politici e dalle lobby scientifiche, che siano costituiti da esperti delle varie discipline interessate, e che assolvano il compito principale di verificare che vengano salvaguardati la sicurezza e l'integrità dei soggetti, fornendo in questo modo una pubblica garanzia, un controllo sociale dell'azione scientifica⁵⁸. È necessario, inoltre, promuovere la coscienza sociale con dibattiti pubblici, come quelli organizzati dal comitato etico francese, che ha l'obbligo di fare una specie di bilancio pubblico del suo lavoro, in occasione delle “Giornate nazionali di etica” appositamente organizzate: una crescita della coscienza comune renderebbe meno necessarie alcune leggi.

Nei conflitti “tragici” devono essere riconosciute le “ragioni degli altri”⁵⁹, anche per non determinare un elemento ulteriore di conflittualità, assumendo un atteggiamento molto più laico, che prenda atto dell'esistenza di interessi diversi e che, quindi, si preoccupi di un loro bilanciamento, senza imporre scelte di valori. Problema, che si pone per qualsiasi regolamentazione, è la scelta del modello di regolazione giuridica tra un “formante legislativo”, che dà soluzioni derivate dal metodo scientifico e dalla sua cultura, e un “formante

⁵⁸ Sulla nascita dei comitati di bioetica si veda: C. FLAMIGNI, *Una trappola clericale*, in *Micromega*, 1997, n. 2, pp. 79 ss.: l'autore cita Jean Bernard, presidente del Comitato nazionale francese, il quale sostiene che i comitati di bioetica sono organismi di riflessione e confronto, non di decisione, e devono essere orientati al pluralismo etico: proprio per questo il comitato organizza le “Giornate pubbliche di studio”. Flamigni contrappone questo modello di comitato-laboratorio al modello di comitato-tribunale proprio del nostro Comitato nazionale per la bioetica, istituito in Italia nel 1993, e che ha per il professor Flamigni natura assolutamente confessionale.

⁵⁹ G. CALABRESI - P. BOPPIT, *Scelte tragiche*, Giuffrè, Milano 1996.

giurisprudenziale”⁶⁰, che fa derivare le risposte giuridiche dall’esperienza.

Sicuramente il tribunale, attraverso il principio del contraddittorio e la necessità di motivare i giudizi, ha una funzione “pedagogica”⁶¹. Ma il processo può instaurarsi solo una volta che i fatti si siano verificati e, in molti campi della medicina, il controllo sociale del diritto deve intervenire prima. Certo, la decisione giudiziaria garantisce una maggiore aderenza alla situazione concreta, evitando di cristallizzare la regola e consentendo un’adattabilità ad una realtà in continua trasformazione, come è quella sulla quale incide l’innovazione tecnologica e scientifica. Inoltre l’intervento del giudice è legato ad un caso specifico ed è quindi reversibile, sempre passibile di modifica nel medesimo o in un successivo caso giudiziario: l’interesse sacrificato nella decisione giudiziaria potrà prevalere in un successivo caso analogo, pertanto la soccombenza nel caso specifico non porta ad una delegittimazione totale della posizione “perdente”. Così non avviene, invece, nel caso di un intervento legislativo che compie una scelta definitiva tra le opzioni in campo, tra i valori in conflitto, con il rischio che il conflitto di valori si riapra con maggior acutezza.

Anche l’intervento giudiziario può, comunque, acutizzare i conflitti: ad esempio Guido Calabresi sostiene che una delle origini degli aspri conflitti che si hanno negli USA in tema di aborto (con veri e propri attentati del movimento per la “vita” nelle cliniche dove si attua l’aborto), si individua nelle motivazioni della decisione *Roe v. Wade*, che hanno delegittimato la posizione dei cattolici con una argomentazione in relazione alla vita, non necessaria per risolvere quel problema. La Corte Suprema degli Stati Uniti, infatti, deliberando sulla liceità dell’aborto in base al diritto della donna alla privacy, affermò anche che, nei primi mesi di gravidanza il feto non può essere considerato persona, indebolendo in tal modo l’accettazione sociale della decisione.

Oltre alla tecnica giurisprudenziale, è possibile anche ricorrere ad una tecnica legislativa che sia costruita come “regola di compatibilità” tra diversi valori e non di “supremazia”⁶²; una legislazione che non determini la prevalenza assoluta di uno dei valori in campo, che sia dunque “aperta elastica e leggera”, che si basi su clausole generali che non disciplinano in maniera analitica una situazione, ma stabiliscono nozioni che variano nel tempo per cui, una volta stabilita una regolamentazione, la questione non rimane irrigidita da scelte definitive. Una legge che si basi su principi forti sui quali si raccoglie un consenso ampio, come quello di impedire che il corpo umano diventi merce, quello di escludere qualsiasi forma di commercializzazione di organi, tessuti e gameti, nell’insegnamento kantiano di concepire sempre l’uomo come fine e mai come

⁶⁰ R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, UTET, Torino.

⁶¹ C. LABROUSSE-RIOU, *Destino biologico e finalità del diritto*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari 1993, pp. 382 ss.

⁶² G. CALABRESI, *Il dono dello spirito maligno*, Giuffrè, Milano 1996.

mezzo⁶³. La norma giuridica dovrà riconoscere le istanze etiche e tutelarle, con l'eventuale riconoscimento dell'obiezione di coscienza, per aumentare l'accettazione legale di ogni regolamentazione⁶⁴.

Il diritto è stato sempre pensato come risolutore definitivo dei conflitti (dalle XII tavole: legge scritta, da tutti conoscibile). Ma, oggi più che mai, il diritto è sfidato dalla variabilità delle condizioni storiche e dei contesti culturali. Pertanto si ha una relatività, una non perennità dei concetti giuridici, rispetto al tempo, per effetto della tecnologia, e, rispetto allo spazio, per i contesti culturali diversi compresenti in una stessa società.

Le clausole generali come e i concetti elastici non necessitano di una legge di adattamento, anzi ciò che li caratterizza è proprio la capacità di autoadattamento: sono “finestre aperte dell'ordinamento sulla società”, con la capacità di seguire la realtà non appena cambia la percezione del fenomeno.

Tuttavia i problemi posti dalla tecnologia non sono sempre risolvibili con tale tecnica legislativa, sia per la velocità del progresso con cui è difficile tenere il passo anche con strumenti elastici, sia per il rischio di interpretazioni errate e diversificate da parte dei giudici, a scapito della certezza del diritto. Pertanto, risulta più in alcuni campi opportuna la transitorietà delle norme che si occupano del “caso bioetico”, ed è necessaria una verifica delle norme dopo un certo numero di anni: si ha, dunque, un problema diacronico, che si aggiunge a quello sincronico dovuto alla multiculturalità, al pluralismo delle nostre società: oggi non ci sono più gruppi sociali egemoni che possono imporre regole valide per tutti, non c'è più un'omogeneità di valori e questo è un ulteriore problema per il giurista.

Il legislatore e i giudici si trovano in una situazione complessa, poiché il rapido sviluppo delle scienze della vita rende, da una parte, difficile la distanza necessaria per ogni giudizio di valore, dall'altra, assoggetta ogni decisione presa a forti limiti temporali.

Altra difficoltà sta nel fatto che gli interessi posti in campo dal caso bioetico superano le frontiere degli stati, assumendo una dimensione internazionale e universale. Inoltre, un buon sistema giuridico non deve proclamare valori che non può realizzare, prescrizioni che inducono comportamenti di fuga, clandestinità, delegittimazione e cancellazione di fatto della regola enunciata. Il giurista deve, dunque, guardare anche agli effetti di una regola sulla condot-

⁶³ «Agisci in modo da considerare l'umanità, sia nella tua persona, sia nella persona di ogni altro, sempre anche al tempo stesso come uno scopo e mai come un semplice mezzo», in *Fondamenti della metafisica di costumi* [1785], Rusconi, Milano 1982.

⁶⁴ Come ad esempio l'articolo 9 della legge italiana sulla interruzione volontaria di gravidanza, che ha avuto il compito di attenuare il contrasto sulla questione dell'aborto. Tuttavia, M. MORI, in *Aborto e obiezione di coscienza*, in *Micromega*, 1997, 2, pp. 76 ss.; contesta la presenza di tale articolo di legge, definendo tale disposizione una vera e propria “facoltà di scelta” che limita un diritto.

ta sociale, per ottenere un adempimento spontaneo da parte di cittadini con convinzioni morali differenti, o una facile sanzione dell'inadempimento: deve aspirare, dunque, ad un *diritto* "possibile"⁶⁵, un diritto, ossia, che ha elevate chances di obbedienza spontanea e che può essere applicato coattivamente ai casi di disobbedienza.

Una norma incoercibile è inutile e dannosa: ad esempio, in materia di fecondazione assistita una severa disciplina dell'accesso è facilmente eludibile e crea solamente "turismo procreativo" verso paesi più liberali, delegittimando così la legge nazionale; è oltretutto velleitario restringere la libertà del concepimento assistito, mentre si diffondono sul mercato kit per la fecondazione domestica, fatto che mette in evidenza come la procreazione assistita, nelle sue forme più semplici, sia da riportare nell'ambito della privacy come lo è la procreazione naturale.

Molte norme che pongono divieti e barriere etiche, affermando severi principi, hanno come unico effetto di scaricare sui paesi vicini più liberali l'onere di servire da rifugio: si pensi alla legge irlandese sull'aborto. Una norma non coercibile non è di per sé inutile, se ha un valore sistematico significativo. Ad esempio, la norma che, nella legge italiana sull'interruzione di gravidanza, limita la liceità dell'aborto nei primi novanta giorni al caso di serio pericolo per la salute della madre, essendo priva di un complemento pratico della certificazione medica, è facilmente aggirabile. Ma con essa si vuole negare che la vita del nascituro sia sacrificabile a valori soggettivamente prescelti dalla madre come meritevoli di questo sacrificio, dunque per evitare motivazioni inconsistenti per abortire⁶⁶. Pertanto, tale norma attribuisce valore alla vita del nascituro; valore che cede soltanto alla salute della madre, per opzione della madre stessa.

Alla luce di quanto detto si può, dunque, affermare, che la formazione di un diritto per la bioetica non ha un traguardo conclusivo, è probabilmente un viaggio senza approdo: la dialettica tra bioetica e diritto si prospetta come una costante della scienza giuridica e della politica legislativa del nostro futuro.

⁶⁵ P. ZATTI, *Dal consenso alla regola: il giurista in bioetica*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1994, 4, 523-38.

⁶⁶ L'esistenza delle quali è stata messa alla luce dall'invito di alcuni anni fa alle donne inglesi di considerare l'intervento chirurgico prenatale come alternativa all'aborto deciso per evitare la nascita di figli con il labbro leporino, cioè con una piccola e rimediabile imperfezione.

Il diritto alla salute: il problema dell'accesso al vaccino anti COVID-19

Silvia Fanari

Premessa

La pandemia di COVID-19 ha avuto tra le sue conseguenze quella di mettere in luce con chiarezza alcune delle maggiori criticità che ancora affliggono il panorama mondiale: le conflittualità esistenti tra i vari Stati, le contraddizioni di un mondo globalizzato ma per diversi aspetti ancora profondamente fondato sull'individualismo e su una visione parziale della realtà e, soprattutto, le diseguaglianze tra la popolazione. Diseguaglianze sia all'interno di singoli contesti statali sia, ancor di più, a livello mondiale tra Paesi sviluppati e Paesi in via di sviluppo.

Si pensi alle possibilità di accesso alle cure nella prima fase della pandemia e, allo stato attuale, al problema dell'approvvigionamento di vaccini.

A metà marzo 2021 il divario esistente nel mondo con riferimento alla distribuzione dei vaccini è davvero impressionante¹.

Nei Paesi in via di sviluppo la percentuale di persone vaccinate in rapporto alla popolazione si attesta per la maggior parte sotto – se non ampiamente sotto – l'1%, contro una percentuale dal 10% in su nei Paesi sviluppati.

Secondo l'Organizzazione Mondiale della Sanità, a febbraio 2021, centotrenta nazioni non avevano ricevuto alcuna dose di vaccino: a fronte della mobilitazione di COVAX, il programma internazionale che ha come obiettivo l'accesso equo ai vaccini anti COVID-19, di queste ne sono state raggiunte meno di quaranta. La situazione ha evidenti ripercussioni anche per i Paesi sviluppati atteso che, è chiaro, per poter davvero sconfiggere il virus sarà necessario immunizzare il più possibile l'intera popolazione globale.

A fronte di tale situazione, vi è la proposta di India e Sudafrica di sospendere i brevetti su cure e vaccini fino alla sconfitta della pandemia, secondo quanto previsto dall'Accordo di Marrakech del 1994, istitutivo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, che consente deroghe al cosiddetto accordo TRIPs sulla proprietà intellettuale in circostanze di particolare gravità. Tale proposta non ha però sino ad ora trovato accoglimento, essenzialmente per la contrarietà dei Paesi ricchi.

Paesi ricchi che, per contro, non appaiono in grado di fornire soluzioni nep-

¹ Per i dati aggiornati, si rinvia a <https://ourworldindata.org/covid-vaccinations>.

pure a livello meramente teorico, più preoccupati per il proprio approvvigionamento interno che per una reale soluzione globale della situazione. Ed anche a livello di approvvigionamento interno non mancano, evidentemente, le difficoltà: ponendo l'attenzione ai Paesi dell'Unione Europea, la gestione centralizzata dell'emergenza ha comportato un rallentamento che contrasta profondamente con la necessità di fornire risposte il più tempestive possibile per superare la crisi attuale. Risulta chiaro, infatti, che la contrattazione gestita da un singolo Stato sia molto diversa rispetto a quella gestita da un'Organizzazione che conta ben ventisette Paesi, dovendo peraltro contemperare gli interessi e le sensibilità di ciascuno di essi.

Come meglio si vedrà nel prosieguo, la decisione di procedere a livello centrale, oltre che poco performante, appare anche contrastante con quello che è uno dei principi fondamentali dell'Unione, vale a dire il principio di sussidiarietà. Peraltro, uscendo da una logica prettamente statocentrica, è chiaro che qualora un singolo Stato membro fosse riuscito a trovare accordi vantaggiosi per l'approvvigionamento ai vaccini, di ciò avrebbero potuto giovare anche gli altri Stati, in un'ottica mutualistica e solidaristica e non, come sembra si temesse, egoistica.

Il diritto alla salute nell'ambito dei diritti umani

Il problema dell'accesso alle cure e ai vaccini ha come riferimento il fondamentale principio di tutela del diritto alla salute, diritto che va senza dubbio alcuno annoverato tra i diritti umani fondamentali e che oggi sembra essere posto più che mai in pericolo.

Ai fini di meglio comprendere la questione, appare opportuno soffermarsi sul concetto stesso di diritti umani, tanto in ambito internazionale e sovranazionale quanto in ambito interno.

Prescindendo dalle varie definizioni che sono state fornite di diritti umani, ciò che è incontrovertibile è che essi siano *universali, inviolabili e fondamentali*².

Universali nel senso che ad esserne titolari sono tutti gli esseri umani, e che quindi valgono in ogni territorio e possono essere fatti valere nei confronti di tutti i soggetti, pubblici e privati. Come ha rilevato Luigi Ferrajoli, «sono diritti fondamentali tutti quei diritti che spettano universalmente a tutti gli esseri umani in quanto dotati dello status di persone, cittadini o persone capaci d'agire»³.

Per quanto concerne l'attributo dell'invulnerabilità, esso nella dottrina giuridica comporta che tali diritti devono essere rispettati da tutti, compreso il legislatore, e che ad essi lo Stato è vincolato a dare attuazione e giustiziabilità,

² Per un maggiore approfondimento si veda A. FACCHI, *Breve storia dei diritti umani*, il Mulino, Bologna 2007.

³ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali: un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari 2002, p. 5.

di modo che essi non possono essere sottoposti a valutazioni o valori, avendo essi la precedenza.

I diritti umani, infine, sono definiti come fondamentali, ciò in due sensi: innanzitutto facendo riferimento a quei diritti che sono enunciati in testi fondamentali sia sul piano nazionale che sovranazionale o che sono dichiarati fondamentali da Corti costituzionali. Nel secondo senso, si intendono come fondamentali quei diritti che esprimono valori fondamentali e che quindi tutelano beni considerati significativi per un dato ordine sociale o per l'umanità⁴.

Per la verità, la nozione di diritti minimi connessi alla sola qualità di essere umano, i cosiddetti diritti naturali, è molto antica: tra i primi ad aver affrontato questo tema, vi sono, infatti, i filosofi greci, in particolare Aristotele e gli stoici, che affermarono l'esistenza di un diritto naturale, cioè di un insieme di norme di comportamento la cui essenza l'uomo ricava dallo studio delle leggi naturali.

Questa corrente di pensiero – detta giusnaturalismo – continuò a svilupparsi nei secoli successivi: si possono ricordare quali esponenti di epoche diverse San Tommaso d'Aquino, nel XIII secolo – che li definì «insieme di primi principi etici, generalissimi» che condizionano il legislatore nel diritto positivo, in quanto sigillo di Dio nella creazione delle cose – e Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau, John Locke, Immanuel Kant, tra il XVII e XVIII secolo – che postularono l'esistenza di uno stato di natura anteriore alla società civile e conseguentemente l'esistenza di alcuni diritti naturali quali il diritto alla vita, alla proprietà ecc., diritti inalienabili che non possono essere modificati dalle leggi. Questi diritti naturali sono tali perché razionalmente giusti (con riferimento a questi autori si parla infatti di giusnaturalismo razionalistico), ma non sono istituiti per diritto divino; anzi, Dio li riconosce come diritti proprio in quanto corrispondenti alla ragione.

Da un punto di vista storico il riconoscimento di questi diritti è il risultato di un lungo processo: già nel VI secolo a.C. Ciro il Grande dichiarò i cittadini dell'Impero persiano liberi di manifestare il loro credo religioso ed abolì la schiavitù permettendo il ritorno dei popoli deportati nelle terre d'origine. In tempi più recenti, si possono ricordare la *Magna Charta Libertatum*, emanata in Inghilterra nel 1215, che rappresenta il primo documento fondamentale per la concessione di diritti ai cittadini in quanto impone al re il rispetto di alcune procedure, limitando la sua volontà sovrana per legge, e l'*Habeas Corpus*, un *writ* che si diffonderà sin dal 1305 imponendo la conduzione di un suddito

⁴ Opportuno ricordare la riflessione sul punto di Antonio D'Aloia, il quale ha osservato come «un diritto, anche se nella fase iniziale del suo radicamento non è accompagnato da strumenti di tutela giurisdizionale (singola o collettiva), può comunque essere fondamentale, nella capacità di raccordarsi a valori basilari e diffusi di un ordinamento, e di stimolare una forte pressione culturale e politica, che finisce poi col rimodulare la sua qualità formale e sostanziale» (A. D'ALOIA, *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Giuffrè, Milano 2003, p. XXVI).

imprigionato di fronte ad un tribunale per un giusto processo, o, in alternativa, la scarcerazione.

La prima dichiarazione dei diritti dell'uomo dell'epoca moderna è quella dello Stato della Virginia, adottata nel 1776. Questa fu largamente copiata da Thomas Jefferson per la dichiarazione dei diritti dell'uomo contenuta nella Dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti d'America (4 luglio 1776), secondo la quale «tutti gli uomini sono creati uguali tra loro, [...] essi sono dotati dal loro creatore di alcuni inalienabili diritti tra cui la vita, la libertà e la ricerca della felicità». A questa seguirà, nel 1789, la prima e vera propria carta formale dei diritti dell'uomo, la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, nata dalla Rivoluzione francese.

La maggiore affermazione dei diritti umani giungerà però nel 1948, quando l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite adottò la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

Da quanto sin qui esposto, può riscontrarsi un collegamento tra diritti e Stato moderno, soprattutto se si raffronta l'effettiva portata della tutela dei diritti fondamentali nell'ambito delle diverse forme di Stato che si sono succedute nel tempo, nonché la concezione stessa di diritti fondamentali riscontrabile in queste differenti esperienze.

Ciò che realmente ha costituito uno spartiacque nella storia dei diritti umani è stata però, senza dubbio, la Seconda guerra mondiale: è in seguito ad essa, infatti, che viene avvertita l'esigenza di ancorare il diritto positivo e l'opera dei governi a vincoli non soltanto di forma (com'è tipico della teoria giuspositivistica), ma anche, e soprattutto, di contenuto, cioè a valutazioni di giustizia e a principi morali⁵. I diritti umani tornano così ad essere una categoria cui affidare la funzione fondamentale di proteggere la libertà degli individui, anche di quelli che non si rispecchiano nella maggioranza, creando dei limiti e degli impegni precisi per i governi.

La tutela dei diritti umani viene allora affidata a nuovi importanti strumenti, sul piano interno e internazionale: le Costituzioni, le Dichiarazioni dei Diritti e le Convenzioni fra più Stati.

Che nella comunità internazionale i diritti umani, a seguito della Seconda guerra mondiale, fossero oramai divenuti un punto di riferimento fondamentale emerge già dall'analisi dell'art. 1 della Carta di San Francisco, ove si afferma con forza che uno degli scopi della neonata Organizzazione è appunto «promuovere ed incoraggiare il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti senza distinzioni di razza, di sesso, di lingua o di religione».

È però la Dichiarazione Universale del 1948 a segnare l'inizio di una nuova

⁵ Come rileva Alessandra Facchi, «il processo di Norimberga si colloca al di fuori del diritto nazionale vigente: i criminali nazisti sono condannati in base a valori e norme morali universali e a principi di diritto internazionale» (A. FACCHI, *Breve storia dei diritti umani*, cit., p. 131).

epoca in cui soggetti di diritto internazionale divengono gli individui e non più solo gli Stati, ed in cui i diritti degli individui e dei popoli assumono un carattere prioritario anche rispetto alla sovranità e agli interessi degli Stati⁶.

I diritti fondamentali vengono ora riconosciuti alle persone in quanto esseri umani e non più in quanto cittadini: questo dato segna un'importante svolta, essendo la prima volta che gli Stati riconoscono, in uno strumento giuridico a portata universale, non soltanto che i diritti dell'individuo sono inerenti alla persona umana, ma che a tutti gli individui⁷, cittadini o meno, senza discriminazione alcuna, a prescindere dallo status giuridico del Paese o del territorio cui appartengono, spetta il riconoscimento e la tutela della serie di diritti che vengono espressamente enunciati.

Si tratta di diritti (individuali) civili e politici, sociali, economici e culturali:

- diritti civili e politici, di ordine personale (come il diritto alla vita, il divieto di schiavitù, il diritto di accedere a mezzi di tutela giudiziaria contro eventuali abusi, nonché il diritto a un equo processo), nei rapporti con il gruppo di appartenenza (come il diritto a non essere sottoposti a interferenze arbitrarie nella propria vita privata e familiare), diritti politici in senso stretto (come la libertà di pensiero, coscienza e religione);
- diritti economici (come il diritto di proprietà);
- diritti sociali (come il diritto al lavoro);
- diritti culturali (come il diritto all'istruzione e la tutela della produzione scientifica e artistica).

⁶ Benedetto Conforti pone in evidenza come i limiti più importanti alla libertà dello Stato di comportarsi come crede nell'ambito del suo territorio siano oggi costituiti dalle norme internazionali, ed in particolare da quelle che perseguono valori di giustizia, cooperazione e solidarietà tra i popoli, le norme attraverso cui si manifesta la tendenza del diritto internazionale ad ingerirsi nei rapporti interni alle singole comunità statali. Come conseguenza dell'affermazione di questi limiti, si è andato progressivamente erodendo il cosiddetto *dominio riservato* dello Stato, al punto che la nozione stessa di *domestic jurisdiction* avrebbe perso il suo significato con riguardo al diritto pattizio, visto il gran numero di convenzioni che legano lo Stato. In particolare, Conforti presta attenzione al tema dei diritti umani, sottolineando come l'obbligo degli Stati di rispettarli si sostanzi in un obbligo negativo o di astensione, in quanto gli Stati devono astenersi dal ledere tali diritti e dal compiere atti qualificabili come *gross violation* e in un obbligo positivo o di protezione, nel senso che lo Stato deve controllare che violazioni dei diritti umani non siano commesse sul proprio territorio. (B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, [1976], VI ed., Editoriale Scientifica, Napoli 2002, pp. 206-210).

⁷ Come evidenziato da Laura Pineschi: «i diritti della persona umana sono diritti inalienabili che appartengono all'individuo in quanto tale e gli Stati non possono subordinarne la tutela al principio di reciprocità [...] ogni singolo individuo non è soltanto il beneficiario, ma anche il garante di tali diritti e, di conseguenza, è tenuto a rispettarli, a non ostacolare in alcun modo la loro attuazione e a vigilare sulla loro effettiva osservanza da parte degli altri individui e di qualsiasi autorità di governo». L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Giuffrè, Milano 2006, p. 76.

Va del resto evidenziato come, nell'architettura della Dichiarazione, il riconoscimento dei diritti economici, sociali e culturali venga inteso come corollario dei diritti civili e politici, essendo strumento indispensabile per lo sviluppo e il rispetto della personalità e della dignità umana.

Per quanto concerne il rispetto dei principi enunciati va rilevato come, anche se nella Dichiarazione non sono previsti specifici mezzi di controllo internazionale, sin dal momento della sua adozione risultò chiaro come gli Stati membri dell'ONU che avessero tenuto comportamenti contrastanti con essa sarebbero venuti meno all'obbligo di cooperazione con l'Organizzazione sancito all'art. 56 della Carta, di modo che i tribunali nazionali avrebbero dovuto vigilare sull'effettivo rispetto di tale obbligo.

I diritti umani sono, come peraltro già precedentemente affermato, al centro dello spirito e dell'azione dell'ONU: l'implementazione dei diritti umani appare infatti una missione centrale nel sistema dell'Organizzazione, nella convinzione che il rispetto di standard basilari dei diritti umani sia una condizione necessaria per la diffusione della democrazia, della pace e della crescita economica.

Di conseguenza, il movimento di promozione dei diritti umani non si è certo arrestato con la Dichiarazione Universale: si possono individuare⁸ in particolare tre cicli di produzione di trattati aventi questo tema:

- agli inizi dell'Organizzazione i trattati adottati ebbero ad oggetto la prevenzione del crimine di genocidio⁹ nonché la condizione giuridica dei rifugiati, come reazione alla guerra appena conclusa e per affrontare il problema pratico di dare uno status alle masse di popolazione profughe dopo la guerra;
- dopo una lunga stasi, con l'emergere come maggioranza nell'Assemblea Generale dei Paesi del Sud del mondo, grande attenzione fu prestata alle problematiche legate alla discriminazione¹⁰;
- dalla metà degli anni Ottanta è iniziata una nuova stagione in cui sotto la spinta delle organizzazioni non governative e grazie alla caduta di ten-

⁸ Si veda l'analisi in tal senso di A. Polst, *Storia dell'ONU*, Laterza, Roma-Bari 2000, pp. 166-168.

⁹ Ad esempio la Convenzione sulla prevenzione e punizione del crimine di genocidio del 1948.

¹⁰ Come la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 1965, nonché, nel 1966, la Convenzione internazionale sui diritti economici, sociali e culturali e la Convenzione internazionale sui diritti civili e politici. I due Patti del 1966, in particolare, si incentrano sull'idea di dignità dell'essere umano da cui sono fatti discendere i diritti, sulla connessione tra le diverse classi di diritti come necessaria alla realizzazione dell'ideale dell'essere umano libero, e sulla necessità di creare le condizioni per il loro godimento. I due patti prevedono un nuovo, fondamentale diritto, cioè quello all'autodeterminazione dei popoli: esso sancisce, da parte della comunità internazionale, la chiusura delle esperienze coloniali e la loro futura illegittimità. Tale diritto e quello di disporre e godere delle proprie ricchezze naturali e culturali sono diritti riconosciuti internazionalmente non ad un individuo, ma ad una collettività.

sione fra i due blocchi, sono state approvate nuove convenzioni e alcuni protocolli addizionali di trattati esistenti. Le convenzioni di ultima generazione hanno introdotto nuovi strumenti di difesa dei diritti, come la possibilità di indirizzare reclami individuali per violazione dei diritti agli organi delle Nazioni Unite preposti all'implementazione dei trattati¹¹.

Il processo di specificazione, incremento e garanzia dei diritti enunciati nella Dichiarazione del 1948 proseguì anche per mezzo dell'adozione di documenti da parte di gruppi limitati di nazioni, nell'intento di predisporre misure di attuazione più rispondenti ai contesti specifici: in Europa, nell'ambito del Consiglio d'Europa (istituito nel 1949), iniziarono nel 1950 i negoziati che portarono all'adozione, alla fine dello stesso anno, della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che ha predisposto un originale sistema di tutela internazionale dei diritti dell'uomo, offrendo ai singoli soggetti la facoltà di invocare il controllo giudiziario sul rispetto dei loro diritti.

La CEDU prevede anche l'istituzione di organismi sovranazionali per la tutela di tali diritti: si pensi alla Corte europea dei diritti dell'uomo e alla portata fondamentale delle sue decisioni¹².

Circa i rapporti tra Convenzione Europea e Dichiarazione Universale, è evidente come i redattori della prima abbiano tratto diretta ispirazione dalla Dichiarazione, sviluppando e specificando una parte dei lavori di quest'ultima, vale a dire prevalentemente diritti civili e politici, anche se alcuni di essi hanno implicazioni economiche e sociali (talora evidenziate da una giurisprudenza creativa della Corte Europea).

Il problema fondamentale dell'internazionalizzazione dei diritti umani resta però quello dell'effettività dei diritti proclamati nelle Carte internazionali: ancor oggi, a oltre settant'anni dalla Dichiarazione Universale, i diritti in essa enunciati sono in gran parte ineffettivi e la loro attuazione affidata ampiamente alle istituzioni nazionali¹³.

In effetti le Costituzioni moderne nascono proprio in funzione di garanzia dei diritti, al fine di dare risposte concrete ad istanze di libertà, con la conseguenza che, per certi aspetti, il valore fondamentale dei diritti finisce con il

¹¹ Importantissima, nel 1998, l'approvazione dello Statuto della Corte penale internazionale (entrato in vigore il 1° luglio 2002): per la prima volta un tribunale internazionale permanente esercita una giurisdizione in tutti gli Stati aderenti per i casi di grave violazione dei diritti umani, con la facoltà di giudicare e punire gli autori di tali crimini.

¹² Questa tutela giurisdizionale, come sottolineato da Alessandra Facchi, «qualifica il sistema europeo come quello dotato di maggior controllo sovranazionale sull'attuazione dei diritti umani e può rendere [...] l'individuo vero soggetto di diritto internazionale» (A. FACCHI, *Breve storia dei diritti umani*, cit., p. 140).

¹³ E questo pone ancor più in rilievo la peculiarità della CEDU.

discendere proprio dal loro radicamento costituzionale¹⁴. Considerando tale funzione delle Costituzioni è allora agevole comprendere il motivo per cui oggi i fondamentali valori costituzionali tendano a rispecchiare le esigenze vitali comuni ai membri della comunità, ovvero i diritti umani: come rilevato da Giancarlo Rolla, «si può affermare che esiste un rapporto di strumentalità tra la struttura delle carte costituzionali e la finalità di assicurare la tutela dei diritti umani»¹⁵.

In quest'ottica, poi, il ruolo dello Stato viene definendosi non più come quello di un soggetto titolare di una somma di poteri *superiorem non recognoscens*, ma di un'entità la cui funzione fondamentale è quella di garanzia, di pieno sviluppo dei valori personalistici e comunitari dei cittadini e, più in generale, dell'intero consorzio umano.

Pensando alla Costituzione italiana, l'articolo fondamentale per quanto concerne la tutela dei diritti umani è l'art. 2, a norma del quale «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

Innanzitutto la formula ivi utilizzata, riconoscendo la centralità dei diritti dell'uomo nella concreta esperienza dell'ordinamento, segna il definitivo superamento della tesi statocentrica in virtù della quale veniva affermato il fondamento dei diritti individuali in un'autolimitazione dello Stato. In tal senso, al centro dell'ordinamento costituzionale è posto l'individuo cosicché, qualora gli interessi meramente individuali debbano essere sacrificati agli interessi collettivi generali, ciò accade in un contesto in cui fine ultimo dell'organizzazione sarà lo sviluppo delle persone¹⁶.

A proposito della centralità della persona nella Costituzione, appare utile rileggere i lavori preparatori della Carta: di particolare interesse è l'ordine del giorno che l'onorevole Giuseppe Dossetti sottopose all'attenzione dei colleghi della Prima Sottocommissione, nella parte in cui, analizzando le possibili impostazioni sistematiche di una dichiarazione dei diritti dell'uomo, elencò i caratteri irrinunciabili che essa avrebbe dovuto avere:

¹⁴ Cfr. A. D'ALOIA, *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, cit., pp. IX-X.

¹⁵ G. ROLLA, *La tutela costituzionale dei diritti*, Giuffrè, Milano 2003, p. 3.

¹⁶ Come rilevato da Fausto Cuocolo, la portata di questo articolo è tale che, con l'affermazione del principio personalista che esso comporta, «i diritti e le libertà fondamentali costituirebbero, nell'ambito della stessa Costituzione, un nucleo di disposizioni fornite di forza supercostituzionale, tali cioè da non poter essere modificate, nella loro essenza, neppure con il procedimento di revisione costituzionale. La loro revisione cioè, ancorché formalmente ipotizzabile, costituirebbe una rottura della Costituzione sostanziale per cui ne risulterebbe modificato il regime politico cui si ispira il nostro stato» (F. CUOCOLO, *Istituzioni di diritto pubblico*, [1977], XI ed., Giuffrè, Milano 2000, p. 636).

a) riconosca la precedenza sostanziale della persona umana (intesa nella completezza dei suoi valori e dei suoi bisogni non solo materiali ma anche spirituali) rispetto allo Stato e la destinazione di questo a servizio di quella; b) riconosca a un tempo la necessaria socialità di tutte le persone, le quali sono destinate a completarsi e a perfezionarsi a vicenda mediante una reciproca solidarietà economica e spirituale: anzitutto in varie comunità intermedie, disposte secondo una naturale gradualità (comunità familiari, territoriali, professionali, religiose, ecc.), e quindi, per tutto ciò in cui quelle comunità non bastino, nello Stato; c) che per ciò affermi l'esistenza sia dei diritti fondamentali delle persone, sia dei diritti delle comunità anteriormente ad ogni concessione da parte dello Stato¹⁷.

Porre al centro l'uomo¹⁸ significa porlo anteriormente a tutto ciò che lo circonda, considerarlo come sorgente da cui traggono origine tutte le strutture in cui è inserito.

Porre al centro l'uomo, poi, significa anche responsabilizzarlo:

la richiesta di riportare "il più vicino possibile" ai singoli la decisione istituzionale, politico-giuridica, non può non andare di pari passo con l'impegno di ciascuno di attuare la disposizione personale all'autodisciplina¹⁹, quella appunto per la quale, platonicamente ma concretamente, "quando la parte per natura migliore dell'anima ha il governo della peggiore, ecco che si usa l'espressione essere padrone di sé che suona lode: e quando, invece, per colpa di una cattiva educazione o di non buone

¹⁷ Questo ordine del giorno non fu poi votato: tuttavia resta un documento interessante, anche per il sostanziale consenso che registrò da parte di autorevoli costituenti. Sul punto, si veda F. GENTILE, *Intorno ai fondamenti dei diritti fondamentali*, in *L'ircocervo. Rivista elettronica italiana di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e dottrina dello stato*, n. 1/2006, <http://www.filosofiadeldiritto.it>.

¹⁸ Interessante ricordare quanto affermato da O. L. SCALFARO, *La Mia Costituzione. Dalla Costituente ai tentativi di riforma*, intervista a cura di G. DELL'AQUILA, Passigli Editore, Firenze 2005, p. 55 – «la prima entità che si presenta in questa Costituzione è la Persona, il centro è la persona». Del resto va sottolineato come l'impegno dell'Italia nella protezione dei diritti umani sia decisamente rilevante, come ha ricordato, tra gli altri, Fausto Pocar: «Numerose sono le attività intese alla promozione e alla protezione dei diritti umani nell'ambito delle Nazioni Unite che hanno visto l'Italia in prima fila [...] Tra queste spetta un posto di spicco all'intensa azione a favore dell'abolizione della pena di morte» (F. POCAR, *L'Italia e i diritti umani: l'azione per l'abolizione della pena di morte nel quadro delle Nazioni Unite*, in R. ALIBONI - F. BRUNI - A. COLOMBO - E. GRECO, *L'Italia e la politica internazionale*, il Mulino, Bologna 2000, p. 127).

¹⁹ Si veda a tal proposito quanto sostenuto da Paolo Duret, che afferma «la necessità di una "nuova antropologia" (ma è in fondo il recupero del concetto platonico dell'«essere padrone di sé», come attitudine dell'uomo ad autoregolarsi) su cui fa leva l'approccio sussidiario. Questa antropologia valorizza l'autonomia e la capacità dei singoli; una capacità non «ottriata, frutto cioè di una concessione del potere», ma che rampolla dallo spontaneo autoregolarsi della persona umana». P. DURET, *La sussidiarietà delle istituzioni*, in *L'ircocervo. Rivista elettronica italiana di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e dottrina dello stato*, n. 2/2006, <http://www.filosofiadeldiritto.it>.

compagnie, la parte migliore ma più debole è vinta dalla peggiore, più forte, ecco allora che si usa l'espressione essere schiavo di sé, che suona biasimo e rimprovero". Non si può, infatti, sostenere la funzione suppletiva ed ausiliaria, sussidiaria, dell'ente pubblico, della sua politica economica, del suo diritto, sancito mediante la legge espressione della volontà sovrana, se non si riconosce preventivamente che l'ordinamento economico e giuridico delle relazioni interpersonali comincia prima e indipendentemente dalla legislazione statale. E quindi, se non ci si affida per l'ordinamento economico e giuridico, prima che allo stato alle innumerevoli società naturali o, come sarebbe più corretto di dire, alle naturali forme della associazione interpersonale²⁰.

Fondamentale rilevare come l'articolo 2 della Costituzione italiana utilizzi il verbo "riconoscere": il legislatore quindi riconosce i diritti umani, non li crea e non li attribuisce, dal momento che essi ineriscono alla persona umana allo stesso modo dei bisogni che li sottendono e sono perciò innati, inviolabili e inalienabili. L'intervento della Repubblica ha quindi un significato ricognitivo – e di garanzia – ma non costitutivo.

L'idea di fondo è quindi che esistano dei diritti che appartengono per natura all'uomo e perciò precedono l'esistenza stessa dello Stato, che, dunque, non li crea, ma, appunto, li deve riconoscere e soprattutto garantire concretamente, specialmente attraverso le leggi ordinarie. Detto in altri termini il *diritto positivo*, ovvero l'insieme delle norme poste dallo Stato, deve conformarsi alle norme del *diritto naturale* che precedono qualsiasi legislazione positiva.

Da ciò discende poi che tali diritti, proprio in quanto costitutivi della natura umana, non sono legati ad una determinata cittadinanza, e non sono pertanto diritti del cittadino, ma diritti dell'uomo. In virtù del riconoscimento allora la Repubblica italiana è tenuta a garantire a tutti, anche a coloro che non siano cittadini italiani, questi diritti fondamentali.

Per un approccio sussidiario alla tutela dei diritti umani

Dal quadro tracciato emerge quindi come, quantomeno a livello teorico, la tutela dei diritti umani sia principio fondamentale. Nei fatti, però, si assiste a ben altro e ciò in diversi ambiti.

Con precipuo riferimento al diritto alla salute, la pandemia di COVID-19 ha messo in luce ancor di più le profonde disuguaglianze esistenti.

Come visto *Supra*, infatti, a fronte di Paesi in cui, pur con rallentamenti e difficoltà, le campagne vaccinali stanno procedendo con la maggior speditezza possibile, vi sono intere aree del pianeta dove la popolazione, oltre ad avere un difficile – se non assente – accesso alle cure, non può nemmeno accedere alle vaccinazioni.

²⁰ F. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Cedam, Padova 2001, pp. 91-92.

Ciò non potrà che comportare, oltre al gravissimo bilancio in termini di perdite di vite umane, un aggravamento delle profonde disuguaglianze esistenti tra Paesi sviluppati e Paesi poveri, rispetto al quale non sarà possibile rimanere indifferenti.

Occorrerebbe quindi uno sforzo non solo dei singoli Paesi sviluppati ma delle organizzazioni internazionali e dei loro organismi al fine di trovare una soluzione della questione. Per quanto si possa comprendere che i singoli Stati perseguano come primario obiettivo quello di garantire l'accesso ai vaccini per i propri cittadini, proprio ragionando in termini di diritti umani come diritti della persona a prescindere dal suo *status*, appare evidente che non ci si possa semplicemente *dimenticare* di una parte così rilevante della popolazione del pianeta.

Il ruolo delle organizzazioni internazionali e sovranazionali può quindi essere fondamentale: per esserlo, però, deve essere adeguato e non divenire un ostacolo. Si pensi ad esempio all'attuale situazione all'interno dell'Unione Europea in cui i contratti con le varie case farmaceutiche sono stati sottoscritti a livello comunitario senza possibilità di azione per i singoli Stati membri. Ciò ha finito con il provocare gravi rallentamenti con drammatiche conseguenze anche a livello economico.

Ragionando a livello globale, invece, l'azione delle organizzazioni internazionali – si pensi all'Organizzazione Mondiale della Sanità – non è riuscita sino ad ora a garantire la tutela della salute nei Paesi poveri.

Bilanciare questi due aspetti risulta evidentemente difficile ma potrebbe non essere impossibile laddove si decidesse di applicare all'ambito sanitario a livello globale per un verso il principio della *responsibility to protect* e, per altro verso e soprattutto, quello che è uno dei principi fondamentali dell'Unione Europea, sancito dal Trattato di Maastricht, vale a dire il principio di sussidiarietà.

Quanto al principio della *responsibility to protect*, esso è la diretta conseguenza del cambio di paradigma dalla sovranità statale (cui corollario è la non ingerenza nelle competenze governative di un altro Stato) alla centralità dell'essere umano, con la necessità di proteggerlo e tutelarlo. Il *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty* del 2001, che si è occupato del cosiddetto "diritto di intervento umanitario", propone di valutare la questione secondo un'evoluzione concettuale che dal diritto di intervento si concentra sulla responsabilità degli Stati di proteggere. Ciò implica anzitutto la responsabilità primaria dello Stato territoriale di proteggere i propri cittadini dagli effetti delle catastrofi umanitarie (quale risultato di una guerra interna, insurrezione, repressione o fallimento dello Stato)²¹; solo se tale paese non in-

²¹ A tale riguardo, A. MARCHESI osserva come «al di là delle considerazioni attorno alle possibili vie di rafforzamento dei diversi meccanismi di controllo internazionale, sembra tuttavia che il persistere in numerosi stati di violazioni gravi e sistematiche dei diritti dell'uomo sia da addebitarsi soprattutto alla assenza o al venire meno di talune condizioni minime – di

tenda o non sia in grado di far fronte al proprio dovere, allora diventa responsabilità della comunità internazionale intervenire.

Il principio che può davvero determinare un cambiamento nell'assetto internazionale, rendendolo davvero efficiente, è però quello di *sussidiarietà*. Secondo la previsione dell'art. 5 del Trattato di Maastricht,

la Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal presente trattato. Nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo il principio della sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario.

Si possono ricordare anche il Preambolo del Trattato, dove i sottoscrittori dichiarano formalmente di essere «decisi a portare avanti il processo di creazione di un'unione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano prese il più vicino possibile ai cittadini, conformemente al principio di sussidiarietà» e il paragrafo 7 del Protocollo di Amsterdam (Protocollo n. 30 del Trattato istitutivo della Comunità Europea), a norma del quale:

per quanto concerne natura ed estensione dell'azione comunitaria, le misure della Comunità dovrebbero essere tali da consentire tanto spazio alla decisione nazionale quanto sia possibile, in compatibilità con gli scopi della misura comunitaria in questione e con l'osservanza di quanto è stabilito nel trattato. Nel prestare osservanza al diritto comunitario, si dovrebbe riservare attenzione al rispetto delle situazioni organizzative che si sono consolidate a livello nazionale ed all'organizzazione e al funzionamento dei sistemi giuridici degli stati membri. Qualora siano appropriate e soggette alla necessità di un'adeguata esecuzione, le misure comunitarie dovrebbero fare in modo di assicurare agli stati membri l'opzione tra possibilità alternative volte al conseguimento degli obiettivi delle misure in questione.

Tale principio, dunque, comporta che le decisioni, e le rispettive azioni, vengano prese al livello più vicino ai cittadini, per cui ciò che non può essere deciso a livello locale e nazionale, deve poterlo essere a livello internazionale (regionale, continentale, mondiale).

A tal proposito, Antonio Papisca e Marco Mascia – i quali sostengono tra l'altro che tale principio vada assumendo sempre più rilievo con riferimento all'articolazione dei processi decisionali in ambito ONU – affermano che «un

volontà o di possibilità da parte delle autorità statali di rispettare i diritti dell'uomo, che costituiscono presupposti indispensabili perché la garanzia basata sul controllo possa funzionare in maniera adeguata» (A. MARCHESI, *I diritti dell'uomo e le Nazioni Unite: controllo internazionale e attività statali di organi internazionali*, a cura di F. ANGELI, Milano 1998, p. 22).

altro modo di formulare tale principio è il seguente: ove si pone un problema mondiale, ivi deve essere un'autorità deputata a efficacemente risolverlo, con la partecipazione dei popoli interessati: è lo stesso principio federalista formulato come principio di mondialità o di governatività mondiale democratica²².

In quest'ottica, pertanto, le esigenze degli Stati e di qualsiasi altro sistema vengono subordinate al soddisfacimento dei bisogni vitali delle persone e delle comunità umane: la politica mondiale viene quindi ora postulata come necessaria a soddisfare i bisogni umani, quelli dei singoli e quelli delle comunità (popoli, gruppi, minoranze, popolazioni autoctone), non più soltanto le esigenze di sovranità (indipendenza, sicurezza, integrità territoriale) degli Stati.

Secondo il principio di sussidiarietà, allora, l'ente locale appare come il primo garante dei diritti umani²³, e dovrebbe perciò essere ammesso a interloquire direttamente²⁴ in sede internazionale/mondiale²⁵.

²² A. PAPISCA - M. MASCIÀ, *Le relazioni internazionali nell'era dell'interdipendenza e dei diritti umani*, Cedam, Padova 2004, p. 188.

²³ A tal proposito si veda anche la Carta europea dell'autonomia locale del Consiglio d'Europa del 15 ottobre 1985, ove, dopo aver definito l'autonomia locale come «il diritto e la capacità effettiva, per le collettività locali, di regolamentare ed amministrare nell'ambito della legge, sotto la loro responsabilità, e a favore delle popolazioni, una parte importante degli affari pubblici» si afferma tra l'altro che «le collettività locali costituiscono uno dei principali fondamenti di ogni regime democratico, [...] che il diritto dei cittadini a partecipare alla gestione degli affari pubblici fa parte dei principi connubi a tutti gli stati membri del Consiglio d'Europa e [...] che a livello locale tale diritto può essere esercitato il più direttamente possibile».

²⁴ La legittimazione a interloquire in tale sede è sia sostanziale che formale: come osserva Antonio Papisca, infatti, «l'Ente locale deve far fronte, in prima persona, a problemi che sono di ordine mondiale e siccome è sul piano mondiale che questi vanno primariamente risolti, l'Ente locale è legittimato a interloquire direttamente in sede internazionale e mondiale. Sta qui la legittimazione sostanziale a rivendicare visibilità di ruolo nel sistema della politica internazionale. [...] E c'è anche la legittimazione formale. L'Ente locale è polo territoriale primario nella dinamica della sussidiarietà, dunque pienamente legittimato a rivendicare ruoli di partecipazione al funzionamento di un sistema di governance che, per essere capace e sostenibile, deve essere distribuito su più livelli» (A. PAPISCA, *Sussidiarietà, orizzonte mondiale*, in *Pace diritti umani*, n. 2 / maggio-agosto 2006, p. 128).

²⁵ In tal senso si possono ricordare per un verso il GECT (Gruppo Europeo di Cooperazione Territoriale, *EGTC European Grouping of Territorial Cooperation*), istituito con Regolamento CE n. 1082/2006 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006, strumento di cooperazione a livello comunitario nel contesto della riforma della politica regionale, con lo scopo di agevolare e di promuovere la cooperazione transfrontaliera, transnazionale e interregionale tra i suoi membri e, per altro verso, la c.d. *city diplomacy*, termine con cui si fa riferimento al ruolo internazionale degli enti di governo locali, sul presupposto che la soggettività giuridica internazionale non è più attribuito solamente statale (si ricordi ad esempio alla *United Cities and Local Governments* – UCLG).

Conclusioni

Ciò a cui si è assistito sinora nella gestione della pandemia di COVID-19 è stata un'azione dell'Unione Europea – e delle organizzazioni internazionali – profondamente accentratrice, in contrasto con il principio di sussidiarietà. Sembra quasi che molte delle difficoltà derivino dalla paura connessa al riemergere di nazionalismi e sovranismi, con la conseguenza che le organizzazioni internazionali e sovranazionali cercano di imporre maggiormente il proprio ruolo, talora finendo con lo snaturarlo e contraddicendone i principi.

Tale paura, per diversi aspetti comprensibile, va però relativizzata.

Ad avviso di chi scrive, infatti, al di là delle affermazioni di singoli movimenti nazionalisti, la situazione attuale mostra chiaramente come la forma dello stato-nazione sia venuta meno risultando superato quello che era il precipuo attributo dello stesso, vale a dire la sovranità²⁶.

Occorre quindi tentare di superare tali paure, così realmente rafforzando il ruolo delle organizzazioni internazionali e sovranazionali.

In tal senso, di fronte alla pandemia in atto occorre che vi sia un'azione congiunta dei Paesi sviluppati nell'ambito delle organizzazioni internazionali cui gli stessi aderiscono per far sì che le profonde disegualianze rispetto ai Paesi poveri risultino ridimensionate, garantendo alla popolazione degli stessi, accesso alle cure e ai vaccini. Ciò anche al fine di evitare la catastrofe che deriverebbe da un ulteriore aggravamento del divario esistente tra diversi Paesi.

Nell'ambito dei Paesi sviluppati, invece, un'azione ispirata ad un'autentica sussidiarietà dovrebbe implicare che i singoli Stati, anche a livello di autonomie territoriali, possano divenire parte attiva nel meccanismo di approvvigionamento di vaccini: ciò non in un'ottica egoistica ma mutualistica. Si potrebbe infatti immaginare un sistema di collaborazioni tra le varie autonomie locali al fine di garantire un'equa e capillare distribuzione dei vaccini e delle cure.

Non va del resto dimenticato come lo Stato prima, e le organizzazioni internazionali e sovranazionali poi, nascano con l'intento di garantire il benessere umano: se questo è il punto di partenza, è allora indispensabile che, affinché tale scopo venga realizzato, vi sia la cooperazione di tutti, e a tutti i livelli sociali, politici e istituzionali. Senza dimenticare del resto come «la più sicura garanzia dei diritti umani è l'educazione al rispetto dei diritti umani e all'esercizio

²⁶ Ciò già da un punto di vista prettamente oggettivo, considerato che la sovranità indica il mancato riconoscimento di alcun potere superiore (*superiorem non recognoscens*) e, conseguentemente, un potere illimitato, che si sostanzia in una posizione di supremazia e indipendenza tanto verso l'esterno quanto verso l'interno, il che, allo stato attuale, non corrisponde più in alcun modo allo stato delle cose. Va tenuto presente che ciò non significa sostenere che lo Stato abbia perso importanza: non si vuole infatti porre in discussione il ruolo centrale degli Stati nell'ambito delle relazioni internazionali ma porre in evidenza come tale ruolo sia profondamente mutato nell'ultimo secolo.

della responsabilità sociale e dei ruoli democratici e di solidarietà»²⁷.

Abstract:

The paper analyzes the problem of access to the anti COVID-19 vaccine and the implications of this on a global level, starting from the analysis of the right to health as a fundamental human right and asking about the possible solutions to the problem using the principle of subsidiarity, a pillar of the European Union.

Il presente contributo mira ad analizzare il problema dell'accesso al vaccino anti COVID-19 e le implicazioni di ciò a livello globale, muovendo dall'analisi del diritto alla salute come diritto umano fondamentale e interrogandosi circa le possibili soluzioni alla problematica utilizzando il principio, pilastro dell'Unione Europea, di sussidiarietà.

²⁷ A. PAPISCA, *Infrastruttura diritti umani per il sistema democratico*, in L. STRUMENDO (a cura di), *Costituzione diritti umani garanzie. Forme non giurisdizionali di tutela e di promozione*, Cedam, Padova 1998, p. 46. È quindi fondamentale che si giunga all'affermazione di una vera e concreta "politica costituzionale delle libertà", che implica «un'esigenza di cambiamento, di una diversa distribuzione del potere, che vada oltre il garantismo e che invece sfrutti l'affievolimento delle libertà economiche a favore di un'attuazione fedele dell'art. 3 II comma, dell'eguaglianza dei punti di partenza e delle condizioni di vita» (P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, Bologna 1984, p. 456).

L'impatto della pandemia sui Diritti Umani: focus sui diritti fondamentali dei “vulnerabili”, con particolare attenzione ai migranti, richiedenti asilo e rifugiati

Antonella Forgione

Brevi cenni sull'impatto del COVID-19 sui Diritti Umani

Le misure adottate dai governi per combattere il COVID-19 hanno avuto, e tuttora hanno, profonde implicazioni sui diritti fondamentali di ciascuno, incluso il diritto alla vita ed alla salute. Si pensi, a titolo esemplificativo, al diritto all'accesso alle cure mediche, particolarmente compromesso dalle restrizioni legate alla pandemia. Ugualmente, sono stati oggetto di restrizione i diritti legati alla libertà di movimento, all'accesso alla giustizia, all'istruzione.

Difatti, le risposte dei governi volte a fermare il virus si ripercuotono sui diritti degli individui più vulnerabili o a rischio, come gli anziani, i bambini, le persone con disabilità, gli immigrati, i richiedenti asilo ed i rifugiati.

Sebbene nell'attuale crisi pandemica la necessità della tutela della salute pubblica sembra aver preso il sopravvento, è nell'interesse di tutti rispettare contestualmente i diritti umani e la salute pubblica: entrambi devono camminare di pari passo.

Sicuramente l'urgenza di protezione della vita durante la pandemia richiede forti risposte da parte della sanità pubblica, ma ciò non implica la compromissione del rispetto dei diritti umani. Anzi, è vero il contrario.

Lo scopo di questo intervento è quello di offrire una finestra sul “mondo ai tempi del COVID-19” vissuto da una particolare categoria di soggetti vulnerabili: i migranti.

Si tratta di un gruppo di soggetti particolarmente fragili, composto nello specifico da richiedenti asilo e rifugiati, che a causa della pandemia in corso hanno subito una rilevante compressione dei loro diritti.

I diritti dei richiedenti asilo e dei rifugiati

I migranti internazionali costituiscono circa il 10% della popolazione nella Regione Europea dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS)¹. Circa il

¹ *International migrants stock*, New York, United Nations Department of Economic and

7% dei migranti nella Regione è riconosciuto come rifugiato², il che fornisce loro specifiche protezioni legali ai sensi della Convenzione sui rifugiati del 1951 e del Protocollo del 1967³. Tutte le persone, inclusi rifugiati e migranti indipendentemente dallo status migratorio, sono protette dagli articoli della Dichiarazione universale dei diritti umani⁴, dalla Costituzione dell'OMS⁵ e da altre dichiarazioni, risoluzioni e quadri pertinenti⁶.

Più specificatamente, vi è da considerare che rifugiati e migranti possono avere più rischi e vulnerabilità legati alla salute rispetto alla popolazione generale e spesso devono affrontare particolari ostacoli per poter accedere all'assistenza sanitaria. Questi fattori devono essere considerati quando si risponde ad emergenze come focolai di malattie infettive. Ciò è particolarmente importante al fine di garantire che vengano messe in atto monitoraggio delle malattie, allerta precoce, sistemi di risposta, accesso e fornitura di assistenza sanitaria e comunicazioni sui rischi. Questa popolazione, come gruppo, è anche particolarmente a rischio di stigmatizzazione e discriminazione a causa di misure che possono essere attuate durante una risposta di emergenza. Rifugiati e migranti possono, quindi, vivere in condizioni che li rendono particolarmente vulnerabili alle infezioni respiratorie, incluso il COVID-19. Queste includono condizioni di vita e di lavoro in luoghi impervi e sovraffollati; stress fisico e mentale; la privazione dovuta alla mancanza di alloggi, cibo e acqua pulita. Indubbiamente, le barriere all'accesso ai servizi sanitari aumentano i rischi per la salute, comprese le barriere linguistiche, le barriere fisiche all'accesso alle strutture e gli ostacoli legali, amministrativi e finanziari. Durante un'epidemia, rifugiati e migranti possono incontrare ulteriori ostacoli nel ricevere informa-

Social Affairs, Population Division, 2019 (https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/estimates1_9.asp, accessed 23 March 2020).

² *Global trends: forced displacement in 2018*, Geneva, United Nations High Commissioner for Refugees, 2019 (<https://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/5d08d7ee7/unhcr-global-trends2018.html>, accessed 23 March 2020).

³ *Convenzione di Ginevra del 1951 e Protocollo di New York sullo status dei Rifugiati del 1967; Convention and Protocol relating to the status of refugees*. Geneva, United Nations High Commissioner for Refugees, 1951 (United Nations General Assembly Art.1(A)(2); <https://www.unhcr.org/3b66c2aa10.html>).

⁴ *Universal Declaration of Human Rights*, New York, United Nations, 1948 (United Nations General Assembly resolution 217A; <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html>, accessed 23 March 2020).

⁵ *Constitution of the World Health Organization*, New York, United Nations, 1948 (http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf, accessed 23 March 2020).

⁶ Si veda, a mero titolo esemplificativo, non esaustivo: 1. *Convention and protocol relating to the status of refugees*, Geneva, United Nations High Commissioner for Refugees, 1951 (United Nations General Assembly Art.1(A)(2); <https://www.unhcr.org/3b66c2aa10.html>, accessed 23 March 2020); 2. *Glossary on migration*, Geneva, International Organization for Migration, 2019 (https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_34_glossary.pdf, accessed 23 March 2020).

zioni: garantire che gli Stati abbiano la capacità di fornire informazioni relative alla salute che raggiungano tutti nella comunità, può contribuire alla promozione di condotte che possono contenere o fermare l'epidemia. Particolare attenzione dovrebbe anche essere prestata alle azioni volte ad evitare qualsiasi stigmatizzazione e discriminazione di questa popolazione. A tal proposito, va sottolineato che è stato dimostrato che in generale rifugiati e migranti mostrano un rischio molto basso di trasmettere le malattie altrettanto trasmissibili alle popolazioni ospitanti, ma che sono a loro volta soggetti a rischi potenzialmente maggiori a causa dei fattori sociali che incidono sulla salute⁷.

Le differenze degli effetti della pandemia da COVID-19 sui cittadini italiani e stranieri

I gruppi di popolazione più svantaggiati potrebbero essere a maggior rischio di morbosità e mortalità per infezione da SARS-CoV-2 a causa delle condizioni di vita e di lavoro e delle barriere di accesso all'assistenza sanitaria.

Uno studio dell'Istituto Superiore di Sanità, pubblicato sul numero di febbraio dello *European Journal of Public Health*⁸, analizza l'impatto dell'epidemia da COVID-19 sugli individui stranieri, inclusi i migranti economici, i viaggiatori di breve durata e i rifugiati, attraverso i dati del sistema di sorveglianza integrata dei casi COVID-19 confermati in laboratorio, diagnosticati in Italia tra il 20 febbraio e il 19 luglio 2020. Dall'analisi di 213.180 casi di COVID-19, che comprendevano 15.974 (7,5%) cittadini non italiani, è emerso che i casi non italiani sono stati diagnosticati circa due settimane dopo rispetto ai casi italiani. Si tratta di un ritardo che arriva a quattro settimane per i migranti provenienti da Paesi con un basso Human Development Index (HDI).

Dunque, dai dati si evince che le infezioni tra le persone non italiane siano state diagnosticate in modo meno tempestivo, quando la malattia era più avanzata e i sintomi più gravi. Una tesi supportata dai dati sui ricoveri: gli stranieri hanno mostrato una maggiore probabilità di essere ricoverati in ospedale e, una volta ospedalizzati, di essere ricoverati in terapia intensiva, con differenze più pronunciate in coloro che provengono da Paesi con basso HDI.

In aggiunta, si è esaminato un aumento del rischio di morte nei pazienti provenienti da Paesi a basso HDI rispetto a quelli italiani, sebbene questa differenza non sia stata osservata nei casi che hanno richiesto il ricovero.

⁷ *Report on the health of refugees and migrants in the WHO European Region: no public health without refugee and migrant health*, Copenhagen, WHO Regional Office for Europe, 2018 (<http://www.euro.who.int/en/publications/abstracts/report-on-the-health-of-refugees-and-migrants-in-the-who-european-region-no-public-health-without-refugee-and-migrant-health2018>, accessed 23 March 2020).

⁸ *European Journal of Public Health*, Volume 31, Issue 1, February 2021, pp. 37-44.

In generale, è stato osservato un rapporto inverso in base al quale il rischio di ospedalizzazione, ricovero in terapia intensiva e morte, aumentava al diminuire dell'HDI del Paese di origine.

Una diagnosi ritardata nei pazienti stranieri potrebbe spiegare la loro maggiore probabilità di presentare condizioni cliniche che richiedono ricovero, sia ordinario che in terapia intensiva, nonché la maggiore probabilità di morte osservata in quelli provenienti da Paesi a basso HDI.

Le possibili cause di ritardo nella diagnosi

In primo luogo occorre precisare che sebbene in Italia tutti i cittadini stranieri abbiano l'accesso ai servizi di emergenza e ad alcuni servizi ambulatoriali, l'accesso a servizi aggiuntivi, compresa l'assegnazione a un medico di base – il primo interlocutore del paziente per la diagnosi precoce – avviene solo in presenza di uno status documentato.

Ulteriori barriere, linguistiche, amministrative, legali, culturali e sociali, contribuiscono ad ostacolare il rapido accesso ai servizi sanitari, portando probabilmente a una diagnosi ritardata. Inoltre, nel contesto della pandemia, si può ipotizzare che gli stranieri possano aver subito ritardi nella diagnosi a causa di una “reticenza” legata al timore di restrizione dell'attività lavorativa per isolamento/quarantena.

Queste ipotesi potrebbero, in parte, motivare il calo meno evidente dell'incidenza che si è osservato a seguito dell'avvio delle misure di blocco nei cittadini stranieri rispetto a quelli italiani. Ben potrebbe darsi che la circolazione del virus nella comunità straniera sia maggiore a causa di casi diagnosticati in ritardo che non sono stati prontamente isolati/messi in quarantena in una fase precoce della malattia.

Pertanto, è importante sottolineare che garantire e favorire ai cittadini stranieri l'accesso precoce alla diagnosi e al trattamento, così come l'accesso alla vaccinazione anti COVID-19, potrebbe facilitare il controllo della trasmissione della SARS-CoV-2 e migliorare gli esiti di salute in tutte le persone che vivono nel Paese, indipendentemente dalla nazionalità.

La regolamentazione “emergenziale” dell'immigrazione ai tempi della pandemia: nuove disposizioni relative al COVID-19

La crisi sanitaria globale connessa al COVID-19 ha avuto importanti riflessi sull'attuazione del diritto di asilo, sia in termini di controlli alle frontiere interne e di ingresso nell'Unione Europea, sia in termini di accesso e svolgimento delle procedure per il riconoscimento della protezione internazionale. Lo stesso dicasi per le condizioni di accoglienza. Difatti, sia a livello centrale che a livello nazionale sono state adottate misure che hanno inciso sul corretto funzionamento del sistema comune europeo di asilo, al punto di rimarcarne le già pre-

esistenti debolezze. Proprio alla luce di tali misure, la comunità internazionale ha sentito il bisogno di operare un richiamo al rispetto dei diritti fondamentali, compreso il diritto alla salute, di migranti, rifugiati ed apolidi, e degli obblighi di protezione. Nella prima fase dell'emergenza pandemica, infatti, le agenzie ONU – Ufficio dell'Alto Commissario per i Diritti Umani (OHCHR), Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (OIM/IOM), Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani (ACNUR/UNHCR), Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS/WHO) – hanno formulato una dichiarazione congiunta su diritti e salute dei rifugiati, migranti e apolidi in fase di pandemia⁹.

Com'è a tutti noto, con l'aggravarsi della situazione connessa all'emergenza pandemica, molti Stati membri dell'UE hanno adottato misure finalizzate alla limitazione dell'attraversamento delle frontiere, alla identificazione ed all'isolamento di soggetti potenzialmente contagiati. Provvedimenti motivati da esigenze di tutela della salute pubblica: si pensi alla scelta di alcuni Stati aderenti allo spazio Schengen, di ripristinare – tra i mesi di marzo e aprile 2020 – i controlli alle frontiere interne, utilizzando le possibilità legate a situazioni eccezionali e di minaccia grave, previste dal Codice frontiere Schengen. È evidente che tali misure non potevano non ripercuotersi sul diritto di asilo, sotto il profilo dell'accesso dei richiedenti la protezione internazionale.

Con un inedito provvedimento, la Commissione Europea ha emanato una Comunicazione concernente la "restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE"¹⁰ nella quale ha raccomandato l'adozione, da parte di tutti i Paesi Schengen e associati, di una decisione coordinata ai fini dell'applicazione di restrizioni temporanee ai viaggi non essenziali verso la c.d. "zona UE+". All'interno di detto documento sono state riservate specifiche cautele agli obblighi di protezione; si legge, infatti, che la restrizione "non dovrebbe" applicarsi alle persone che necessitano di protezione internazionale o in viaggio per altri motivi umanitari, al fine di assicurare il rispetto del principio di non respingimento. Ebbene, se da un lato il mero invito a non applicare la restrizione desta qualche perplessità, dall'altro deve essere ben chiaro che misure quali screening sanitari all'ingresso e l'applicazione della quarantena per i nuovi arrivati possono essere giustificate da esigenze di tutela della salute pubblica, ma impedire l'ammissione generale dei rifugiati o dei richiedenti asilo, senza prove di un rischio per la salute e senza misure di protezione contro il respingimento,

⁹ OHCHR, IOM, UNHCR and WHO joint press release: *the rights and health of refugees, migrants and stateless must be protected in COVID-19 response*, 31 March 2020, in <https://www.who.int/news/item/31-03-2020-obchcr-iom-unhcr-and-who-joint-press-release-the-rights-and-health-of-refugees-migrants-and-stateless-must-be-protected-in-covid-19-response>.

¹⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo e al Consiglio, COVID-19: *restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE*, Bruxelles, 16.3.2020, COM(2020) 115.

sarebbe discriminatorio ed incompatibile con gli standard internazionali¹¹.

Su questa scia, l'esigenza di adottare misure volte a scongiurare e contenere il rischio di contagio ha indotto gli Stati membri ad intervenire anche sulle concrete modalità di registrazione ed esame delle domande di protezione internazionale.

Se alcuni Stati hanno sospeso le registrazioni o optato per modalità di trasmissione in via telematica, altri hanno interrotto le audizioni dei richiedenti, addirittura in alcuni casi sospendendo del tutto la procedura.

In Italia, ad esempio, è stata disposta la sospensione delle audizioni dei richiedenti. Inizialmente limitata alle sole Commissioni e sezioni territoriali delle c.d. zone rosse¹², questa è stata poi estesa ai Collegi di tutto il territorio nazionale¹³ e prorogata fino al 13 aprile 2020. Le misure non hanno comportato la chiusura dei Collegi, nel rispetto, tuttavia, dell'esigenza di garantire la massima riduzione del personale negli uffici. Sono, inoltre, stati sospesi i termini di impugnazione avverso il diniego del riconoscimento della protezione internazionale.

Ulteriori misure, non direttamente rivolte ai richiedenti asilo, si sono ugualmente ripercosse sui loro diritti. Si pensi alle compressioni del diritto di accesso alla giustizia: la sospensione dei termini processuali disposta in Italia dal 9 marzo all'11 maggio 2020¹⁴, nonché le disfunzioni della macchina della giustizia nell'emergenza pandemica, si sono negativamente riflesse sui diritti dei richiedenti protezione internazionale. Ciò sia per quanto riguarda coloro che dovevano impugnare il provvedimento di diniego della domanda proposta in Commissione Territoriale, sia per coloro che, avendo un giudizio pendente, si sono visti rinviare (e non di qualche giorno) le udienze. Si tratta di un pregiudizio in termini di lungaggine del procedimento che ha non poche conseguenze sia per quanto riguarda l'integrazione che per quanto concerne l'inserimento nel mon-

¹¹ *Key Legal Considerations on access to territory for persons in need of international protection in the context of the COVID-19 response*, UNHCR 16 March 2020. Si legge in detta comunicazione (trad. ITA): «Sebbene tali misure di salute pubblica non possano mirare specificamente alle persone richiedenti la protezione internazionale, possono avere conseguenze di vasta portata per tali persone. Le misure previste dai singoli Stati per proteggere la salute pubblica possono interessare le persone che richiedono protezione internazionale. Mentre tali misure possono includere uno screening sanitario o test di persone richiedenti la protezione internazionale all'ingresso e/o l'applicazione della quarantena, tali misure potrebbero avere l'effetto del diniego della effettiva opportunità di chiedere asilo o comportare un respingimento. Non solo ciò sarebbe in contrasto con il diritto internazionale, ma potrebbe avere l'effetto di mandare le persone in "orbita" alla ricerca di uno Stato disposto a riceverli e come tale potrebbe contribuire all'ulteriore diffusione della malattia».

¹² Provvedimento della Commissione nazionale n. 1788 del 24 febbraio 2020/2/2020.

¹³ Provvedimento della Commissione nazionale n. 2327 del 10 marzo 2020.

¹⁴ Sospensione straordinaria 2020 per l'emergenza COVID Art. 83, comma 2, D.L. n. 18 del 17/03/2020 e art. 36, comma 1, D.L. n. 23 del 08/04/2020.

do del lavoro, senza considerare la preclusione del ricongiungimento familiare.

Nonostante tali considerazioni, meritevoli di attenzione da parte degli Stati, vi è da dire che una sospensione temporanea, sebbene comporti ritardi e l'accumulo di arretrati nell'emanazione delle decisioni, può ritenersi opportuna, al fine di approntare le misure di contenimento necessarie a tutelare la salute di funzionari e richiedenti (ad es., per evitare assembramenti e spostamenti di persone, per la sanificazione e l'adeguamento dei locali dove si effettuano i colloqui, ove questi non si possano svolgere con modalità telematica, ecc.), a condizione che non comporti la violazione delle garanzie previste nell'ambito della procedura per il riconoscimento della protezione internazionale.

Nella pratica, ogni Stato dell'Unione ha autonomamente assunto differenti misure nazionali, in assenza di specifiche previsioni, all'interno delle diverse direttive che compongono il sistema comune europeo di asilo, riferibili a situazioni legate all'emergenza pandemica. Pertanto, la Commissione Europea è intervenuta predisponendo delle linee guida volte al bilanciamento delle esigenze di continuità delle procedure con le garanzie di protezione della salute delle persone e dei loro diritti fondamentali, conformemente alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, e nel rispetto del principio di proporzionalità¹⁵. Mutuando dalla direttiva 2013/32/UE ("direttiva procedure"), la Commissione ha raccomandato di prendere in considerazione l'applicazione, per un periodo limitato, di norme derogatorie come quelle stabilite nel caso di un numero elevato di domande simultanee, per quanto attiene alla proroga di dieci giorni dei termini per la registrazione delle domande (art. 6, par. 5) e di sei mesi per l'espletamento delle procedure (art. 31, par. 3, lett. b), suggerendo la presentazione delle stesse per posta o preferibilmente con modalità telematiche, nonché lo svolgimento del colloquio personale a distanza, ovvero la sua omissione, in specifiche situazioni (art. 14, par. 2, lett. b), avendo cura, in tali casi, di "fare quanto ragionevolmente possibile" per consentire al richiedente di fornire ulteriori informazioni, e fermo restando che detta omissione non può pregiudicare la decisione dell'autorità accertante (art. 14, par. 4). Tali temporanee modifiche procedurali, sempre a detta della Commissione, devono essere adeguatamente comunicate al pubblico.

Nonostante il richiamo ai limiti volti a tutelare il diritto alla salute, con cui attuare le procedure di riconoscimento, si può evidenziare una criticità su cui occorre prestare attenzione: il ritardo delle amministrazioni nel registrare la domanda di asilo non può, in particolare, ripercuotersi negativamente sulla possibilità per i richiedenti asilo di accedere al sistema di accoglienza, che è garantita sin dalla presentazione della domanda (art. 17, par. 1, dir. 2013/33/UE).

¹⁵ *Comunicazione della Commissione, COVID-19: linee guida sull'attuazione delle disposizioni dell'UE nel settore delle procedure di asilo e di rimpatrio e sul reinsediamento* (2020/C 126/02).

Un ulteriore profilo di criticità risiede nell'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale; un punto dolente del sistema comune europeo di asilo, di cui già sono note le differenze ed inadeguatezze dei sistemi nazionali, sia in termini di organizzazione che di standard offerti ai richiedenti.

Alcuni Stati hanno provveduto alla costruzione di centri di emergenza o nuovi centri per accogliere le persone in quarantena¹⁶.

In Italia sono state adottate diverse misure intese a tutelare la salute e la diffusione del contagio, quali la proroga dei progetti di accoglienza dei comuni e della validità dei permessi di soggiorno, l'estensione dell'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale e dei titolari di protezione umanitaria¹⁷. Ciononostante, molti dei migranti ospitati nelle strutture di accoglienza lamentano le condizioni di sovraffollamento dei centri e l'impossibilità di assicurare le misure di distanziamento per la prevenzione del contagio¹⁸.

In molti casi, come mostrano le notizie di cronaca afferenti il fenomeno migratorio, si tratta di misure temporanee e largamente insufficienti ad alleviare la grave situazione, ulteriormente acuita dall'emergenza sanitaria in corso, in cui versano decine di migliaia di migranti, troppo spesso collocati in campi sovraffollati e privi dei servizi di accoglienza più basilari.

A questo proposito, occorre ricordare che la direttiva 2013/33/UE ("direttiva accoglienza") impone agli Stati membri di assicurare «un'adeguata qualità di vita», idonea a tutelare la salute fisica e mentale dei richiedenti ed adeguata alla specifica situazione delle persone vulnerabili (art. 17, par. 2). Sempre detta direttiva, all'art. 19, richiede agli Stati membri di provvedere affinché «i richieden-

¹⁶ La quarantena obbligatoria alla frontiera è in vigore per i nuovi arrivati in molti Stati europei, tra cui Croazia, Repubblica Ceca, Grecia, Irlanda, Italia, Malta, Moldavia, Polonia, Serbia e Slovenia.

¹⁷ Informativa del Senato, 11 marzo 2021, Emergenza COVID-19: le misure in materia di immigrazione: «Per garantire l'accoglienza dei migranti ed assicurare la tutela della loro salute a causa dell'emergenza epidemiologica sono state adottate diverse misure quali la proroga dei progetti di accoglienza dei comuni, la possibilità di ospitare i migranti nei centri in deroga alle disposizioni vigenti, la proroga della validità dei permessi di soggiorno. Sono state, inoltre, potenziate le misure di screening e di sicurezza sanitaria nei centri di permanenza per il rimpatrio e negli insediamenti spontanei dei lavoratori agricoli. Il decreto-legge 34/2020 ha introdotto la possibilità di emersione dei lavoratori irregolari impiegati in agricoltura, lavori domestici e cura della persona. Dal 1° giugno al 15 agosto 2020 sono state presentate oltre 200.000 domande di regolarizzazione. Al marzo 2021 è in corso l'esame delle domande». In https://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1215466.pdf?_1588825553154.

¹⁸ Il Tavolo Nazionale Asilo (che riunisce le principali associazioni che si occupano dei diritti dei migranti, tra cui Amnesty International, Caritas Italiana, Centro Astalli, CIR, CNCA, Comunità di Sant'Egidio, Emergency, FCEI, Migrantes) ha inviato al Governo e al Parlamento una serie di proposte per migliorare le condizioni di vita degli stranieri presenti in Italia in relazione alla pandemia, garantendo anche ad essi e al personale operante nei progetti che li riguardano la possibilità di attenersi alle norme associate alle misure sanitarie per prevenire la diffusione del coronavirus.

ti ricevano la necessaria assistenza sanitaria». Al fine di garantire il rispetto delle suddette previsioni nel contesto emergenziale in corso, la Commissione ha fornito ulteriori raccomandazioni¹⁹. Nello specifico, ha suggerito la predisposizione di appositi protocolli sanitari, che prevedano misure di distanziamento spaziale e interpersonale volte a ridurre la trasmissione del contagio, l'utilizzo di mascherine, l'isolamento per i positivi, l'adozione di misure di sanificazione dei locali e l'eventuale imposizione di un periodo di quarantena di 14 giorni per tutti i nuovi arrivati, lo screening dei richiedenti più esposti a rischio (anziani e affetti da malattie croniche). Laddove i centri di accoglienza risultassero sovraffollati, i richiedenti dovrebbero – possibilmente – essere trasferiti in altre strutture, al fine di ridurre il tasso di occupazione dei centri.

Quanto alle misure di quarantena o isolamento applicate da molti Stati membri, sebbene non siano contemplate dalla direttiva accoglienza, e fermo restando che modalità relative alle condizioni materiali di accoglienza diverse da quelle previste nella direttiva sono consentite solo in casi opportunamente giustificati, in via eccezionale e per un periodo ragionevole e di durata più breve possibile (art. 18, par. 9), la Commissione Europea le ha ritenute applicabili nei confronti dei richiedenti protezione internazionale, in base al diritto nazionale, purché tali misure siano ragionevoli, proporzionate e non discriminatorie.

Un focus sulle politiche migratorie e di integrazione durante l'emergenza: alcuni Paesi a confronto

Alla luce del quadro europeo innanzi illustrato, e a seguito della contestuale trattazione dell'esperienza italiana, è interessante vedere, in sintesi, come hanno agito alcuni Stati europei. Si procede, pertanto, all'analisi, in pillole, delle diverse pratiche europee in piena emergenza pandemica (marzo - aprile 2020).

Danimarca

La Danimarca ha attivato un periodo di sospensione per quanto riguarda i programmi di integrazione. Infatti, le scuole di lingua sono state chiuse e gli esami cancellati fino a nuovo avviso. Ciò significa anche che le scadenze già fissate prima del blocco, per quanto riguarda gli esami utili all'ottenimento del permesso di soggiorno, sono state prorogate.

I migranti che hanno perso il lavoro in questo periodo rischiano di non riuscire ad ottenere il permesso di soggiorno permanente dal momento che uno dei requisiti fondamentali risiede nell'aver mantenuto un lavoro a tempo pieno per un certo periodo di tempo, e di averlo al momento della decisione.

¹⁹ *Comunicazione della Commissione, COVID-19: linee guida sull'attuazione delle disposizioni dell'UE nel settore delle procedure di asilo e di rimpatrio e sul reinsediamento* (2020/C 126/02), cit.

Nonostante la particolare situazione del momento, non verranno quindi adottate distinzioni particolari.

Infine, la cerimonia di cittadinanza danese, che era prevista nel marzo 2020, è stata annullata dal momento che la stretta di mano con il sindaco o il funzionario locale costituisce una parte obbligatoria della cerimonia (da svolgersi tra l'altro senza guanti). Questa cancellazione implica, quindi, che le persone che stavano per ottenere la cittadinanza danese (una delle procedure più complesse in Europa) dovranno attendere altri 6 mesi (la cerimonia infatti si svolge solo due volte all'anno).

Francia

Il Ministero degli Interni ha sospeso “fino a nuovo avviso” la possibilità di presentare domande di permesso di soggiorno nelle Prefetture prolungando di tre mesi il periodo di validità dei documenti di residenza (titoli, ricevute, ecc.). Alcune procedure, ritenute essenziali, legate all'asilo sono invece state mantenute anche se non si conoscono nel dettaglio i particolari. Ciò che però è noto è che il Tribunale nazionale per l'asilo ha sospeso le audizioni “fino a nuovo avviso” e che le misure di trasferimento o reinsediamento dei rifugiati dall'estero sono state rinviate.

Vi è anche una diffusa preoccupazione riguardo i centri di detenzione amministrativa. Oltre ai rischi per i migranti a causa della difficoltà nel rispettare “le misure igieniche e sanitarie”, vi sono quelli che gravano sul personale e, quindi, sui servizi.

*Germania*²⁰

Il 17 Marzo 2020, la Germania ha introdotto le proprie restrizioni per gli ingressi dai paesi al di fuori dell'area Schengen. Unica eccezione prevista è per i cittadini tedeschi che rientrano in patria o per coloro che hanno residenza legale in Germania. Anche i cittadini degli Stati membri dell'UE e le loro famiglie, nonché i cittadini di Regno Unito, Islanda, Liechtenstein, Norvegia e Svizzera e le loro famiglie sono autorizzati ad attraversare la Germania per raggiungere il paese di origine se non sono possibili altri collegamenti.

Inoltre, sono stati introdotti controlli temporanei alle frontiere tra Germania e Francia, Austria, Svizzera, Lussemburgo e Danimarca. I viaggiatori ai quali è consentito l'ingresso, e che sono rimasti all'estero per diversi giorni, verranno sottoposti ad un periodo di quarantena obbligatoria. Il governo federale coordina le specifiche condizioni con le autorità locali.

²⁰ Fonte: <https://www.auswaertiges-amt.de/en/coronavirus/2317268>.

Portogallo²¹

Con il decreto-legge n. 10-A/2020 del 13 marzo, il governo ha istituito misure eccezionali e temporanee relative alla situazione epidemiologica del COVID-19, dopo aver decretato, tra l'altro, che i documenti che scadono da febbraio 24 del 2020 rimangono validi fino al 30 giugno 2020. Questa misura si applica a 1) Card del cittadino, 2) Patente di guida, 3) Fedina penale, 4) Certificati, 5) Visti di permanenza, 6) Documenti e visti relativi alla permanenza nel territorio nazionale.

Con il decreto n. 3863-B/2020, del 27 marzo 2020, il governo ha stabilito che gli immigrati e i richiedenti asilo con domande di permesso di soggiorno in sospeso presso il Servizio stranieri e frontiere sono temporaneamente considerati in una situazione regolare e hanno accesso a diversi tipi di supporto, compresi quelli alla salute, al sostegno sociale, all'occupazione e all'alloggio.

Viene inoltre concessa la possibilità di presentare domanda di permesso di soggiorno a coloro che non l'avevano ancora fatto. Essi non rientrano tra i destinatari del decreto del 27 marzo, ma mantengono il diritto all'assistenza sanitaria.

Tutti i voli internazionali dai Paesi extra UE verso qualsiasi aeroporto del Portogallo sono stati sospesi dal 19 marzo 2020 e per un periodo di 30 giorni. Esistono due eccezioni: i collegamenti con i paesi con una forte presenza di comunità portoghesi (Canada, Stati Uniti, Venezuela e Sudafrica) e quelli con tutti i paesi di lingua portoghese (per quanto riguarda il Brasile, vengono mantenute solo le rotte Lisbona-Rio de Janeiro e Lisbona-San Paolo).

Il controllo documentale delle persone ai confini con la Spagna è stato eccezionalmente e temporaneamente ripristinato, tra il 16 marzo 2020 ed il 15 aprile, con possibilità di rinnovo.

Spagna²²

A partire dal 23 marzo 2020, la Spagna ha adottato nuove e più stringenti misure per regolare l'ingresso nel paese. Infatti, possono entrare in Spagna solo:

1. lavoratori transfrontalieri;
2. personale sanitario o di assistenza ad anziani che si dirige al luogo di svolgimento delle rispettive attività;
3. personale addetto al trasporto merci, anche via aerea;
4. personale diplomatico, consolare, di organizzazioni internazionali, militari e membri di organizzazioni umanitarie, nei limiti dell'esercizio delle loro funzioni;

²¹ Fonte: <https://www.acm.gov.pt/-/covid-19-medidas-orientacoes-e-recomendacoes?>.

²² Fonte: https://ambmadrid.esteri.it/ambasciata_madrid/it ; <https://www.lamercedmigraciones.org/>.

5. persone con motivi familiari imperativi e documentati;
6. persone con motivi di forza maggiore o in situazione di necessità documentata o per motivi umanitari.

Sono altresì chiuse in via temporanea, e senza eccezioni, le frontiere di Ceuta e Melilla.

Per quanto riguarda le pratiche per la richiesta o il rinnovo del permesso di soggiorno, come in altri Stati, anche in Spagna gli uffici competenti sono chiusi e quindi le procedure rimandate. Tuttavia, il rinnovo del permesso di soggiorno può essere fatto telematicamente se in possesso di una firma elettronica. La persona sprovvista di questa possibilità, allo scadere dei 90 giorni successivi alla scadenza del permesso, non corre tuttavia alcun rischio. Sarà sufficiente presentare la domanda di rinnovo una volta usciti dall'emergenza COVID-19. Gli appuntamenti già in essere sono stati annullati, unica eccezione per quei casi ritenuti urgenti (previa debita documentazione accertante l'urgenza). Tutte le procedure legate al permesso di soggiorno sono quindi sospese, comprese le procedure legate ai dinieghi e ai ricorsi. Situazione simile per le espulsioni.

Anche rispetto al sistema di asilo, il governo spagnolo ha messo in atto politiche per continuare ad offrire supporto e accoglienza ai rifugiati nel rispetto delle norme sanitarie in vigore.

Svezia

La Svezia sembra non aver adottato misure troppo restrittive, probabilmente in virtù del diverso impatto che il virus sta avendo nel territorio. Per quanto riguarda la gestione dei migranti, in particolar modo di coloro che richiedono protezione, il governo ha stabilito che le audizioni per la domanda di asilo sono sospese se richiedono una mobilità geografica. Diversamente, sono regolarmente svolte con l'applicazione delle dovute misure sanitarie. Sono sospese tutte le procedure di rimpatrio e ritorno nel paese di origine.

In generale il soggiorno legale non è influenzato da COVID-19. I corsi di lingua e di orientamento sociale per i migranti sono offerti attraverso l'insegnamento online dal 19 marzo in molti comuni.

Ungheria

L'11 marzo 2020, il governo ungherese ha dichiarato lo stato di emergenza a causa dell'epidemia di coronavirus.

Le decisioni adottate per fronteggiare questo periodo hanno un impatto diretto sui cittadini di paesi terzi.

Nello specifico:

- L'Ungheria ha chiuso i suoi confini e nessun cittadino straniero può entrare nel paese, ad eccezione dei cittadini SEE in possesso di una carta di soggiorno permanente. In circostanze eccezionali, debitamente giustifi-

cate, il vicecapo della polizia può autorizzare l'ingresso di altri stranieri, se sono stati testati per COVID-19 e i risultati sono negativi e sono stati registrati dall'autorità ungherese di controllo delle epidemie. In via eccezionale, sono state aperte sezioni di confine specifiche per i cittadini rumeni e bulgari in transito per un periodo di tempo molto limitato (ore).

- Gli stranieri che non rispettano i regolamenti epidemiologici possono essere espulsi e deportati.
- Dal 28 marzo 2020, le norme di emergenza obbligano tutti (compresi i cittadini di paesi terzi) a lasciare la casa solo se è assolutamente necessario.
- Sono state adottate regole per limitare i contatti personali presso le autorità con proroghe per i documenti in scadenza: carta d'identità, carta di indirizzo, patenti di guida. Tuttavia, queste regole si riferiscono solo ai cittadini ungheresi (e ai cittadini del SEE in possesso di una carta di soggiorno permanente). Resta da vedere se siano applicabili anche agli stranieri; soprattutto per i beneficiari di protezione internazionale che – secondo la legislazione ungherese – dovrebbero in generale godere degli stessi diritti dei cittadini ungheresi.
- La validità dei documenti di residenza (permessi di residenza, permessi di residenza permanenti) deve essere rispettata e i documenti devono essere rinnovati, non esiste un "periodo di sospensione" concesso agli stranieri. L'autorità per l'immigrazione (la direzione generale per la polizia straniera) ha rilasciato informazioni ai titolari di permessi di soggiorno per la richiesta telematica del rinnovo dei documenti, mentre ha chiesto di non richiedere il permesso di soggiorno permanente o l'approvazione ufficiale della "lettera di invito" durante lo stato di emergenza. Inoltre, la possibilità di recarsi presso gli uffici del servizio clienti dell'autorità per l'immigrazione è limitata a casi urgenti, debitamente giustificati e solo su appuntamento.

I "vulnerabili dei vulnerabili": una finestra su Lesbo

In uno spazio dedicato ai migranti non può non accendersi un riflettore sulla situazione in cui versano i richiedenti la protezione internazionale all'interno di quello che è stato definito "il più grande *hotspot* d'Europa", il campo di Moria nell'isola greca di Lesbo.

Purtroppo, sono ben note a tutti le nefaste vicende che interessano i migranti che approdano sull'isola greca. Può, dunque, immaginarsi come la corrente emergenza sanitaria abbia peggiorato le già critiche condizioni di vita, nonché compromesso il loro diritto di accesso alla protezione internazionale.

Lungi dall'essere un intervento esaustivo, il presente paragrafo contribuirà a fotografare le attuali condizioni di accesso al diritto di asilo dei migranti di Lesbo.

Brevi cenni sulla politica migratoria greca durante l'emergenza:

Nel mese di marzo 2020, il governo greco ha sospeso, per tutto il mese, la possibilità di presentare domande di asilo, prima ancora dell'inizio dell'emergenza da COVID-19, a causa dei disordini alla frontiera greco-turca, invocando l'articolo 78 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

Tale misura sarebbe dovuta durare un mese, ma, a causa dell'epidemia, il Servizio di Asilo (The Greek Asylum Service) ha sospeso il suo funzionamento fino a data da destinarsi (questo accadeva nella prima fase dell'emergenza pandemica). Ciò ha comportato anche l'interruzione temporanea del sostegno finanziario. Nel contempo, il governo ha annunciato che sarebbero stati installati sportelli bancomat e piccoli negozi con elementi essenziali nei centri di accoglienza. Ha inoltre affermato che i rifugiati sistemati in alloggi temporanei sarebbero potuti rimanere fino al primo maggio. Le ONG operanti sul campo hanno assunto la maggior parte degli oneri per il sostentamento dei beneficiari di protezione internazionale, nonostante anche il loro lavoro sia stato, ed è, fortemente limitato a causa delle misure restrittive disposte per la pandemia. In pratica, le ONG forniscono anche supporto per le informazioni. Nel campo di Moria i richiedenti asilo volontari che parlano più lingue informano le altre persone presenti nel campo sull'emergenza pandemica e su quali precauzioni prendere.

Al riguardo, Medici Senza Frontiere e diverse ONG hanno segnalato la necessità di una evacuazione dei campi profughi sulle isole a causa delle scarse condizioni igieniche e del sovraffollamento. Tuttavia, non sembra esserci stato ancora alcun annuncio ufficiale su questo fronte da parte del governo centrale.

Per quanto concerne la gestione dei documenti dei migranti non richiedenti asilo, i lavori presso i ministeri competenti (concernenti immigrazione e nazionalità), nei mesi di marzo e aprile 2020, sono stati sospesi a causa dell'epidemia. Nella prima fase dell'emergenza pandemica, la maggior parte dei ministeri ha annunciato la sospensione delle scadenze pertinenti poiché i contatti personali non erano (sono) consentiti e non esiste(va) un sistema elettronico per gestire eventuali problemi.

Le ripercussioni della politica di emergenza sui migranti di Moria

In considerazione di quanto esposto nel precedente paragrafo, risulta estremamente facile trarre delle conclusioni sulle ripercussioni che le misure prese in piena crisi pandemica hanno avuto, e tuttora hanno, sui richiedenti asilo di Moria.

Si tratta degli effetti di cui si è detto fino ad ora, ma che inseriti in un contesto come quello di Moria e del vicino campo di Kara Tepe (anch'esso situato nell'isola di Lesbo) vengono subito in maniera amplificata dalla fragile popolazione dei richiedenti asilo. Il tutto a totale discapito del diritto di accesso alla protezione internazionale. Si pensi soltanto a quale conseguenza possa avere la chiusura, all'interno di detti campi, degli uffici deputati al vaglio delle richieste

di protezione e di quelli nei quali si svolgevano le audizioni dei richiedenti. Senza dimenticare che per effetto della dichiarazione congiunta Ue-Turchia del 2015, i migranti sbarcati sulle isole del mar Egeo devono fare domanda di asilo sul luogo (l'isola, appunto) e lì devono attendere l'esito della richiesta. Le procedure possono durare anni e fino all'ottenimento della risposta, e durante l'eventuale ricorso avverso un diniego, ai richiedenti asilo non è permesso trasferirsi sulla terraferma.

Nella struttura di Moria, le cui precarie condizioni sono state più volte denunciate da svariate organizzazioni non governative e attivisti per i diritti umani, nel luglio 2020 erano ospitate quasi diecimila persone, più di quattro volte la capienza massima prevista. Dopo l'incendio che ha interessato il campo nel settembre 2020, le persone sono state trasferite nel nuovo campo profughi di Kara Tepe, costruito su un ex poligono di tiro di fronte al mar Egeo dal governo greco, sostenuto dalla Commissione Europea. «Oggi ci vivono almeno 7.300 persone e almeno la metà sono bambini. Non sono ancora stati raggiunti gli standard minimi d'accoglienza. I bagni e le docce sono insufficienti. Manca un sistema di drenaggio e le tende si allagano a ogni pioggia, oltre a non essere adatte alle temperature invernali, all'umidità e al vento che soffia dal mare»²³.

Secondo una ricerca realizzata nel novembre 2020 dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (ACNUR/UNHCR), su duemila persone ospitate a Kara Tepe, almeno il 62% ha bisogno di assistenza medica e psicologica. Molte soffrono di disturbi da stress post-traumatico; hanno patologie cliniche e psicologiche gravi, fragilità acuite dalle condizioni del luogo in cui sono costrette a vivere. Stando ai dati dell'ACNUR, il 22% della popolazione è costituito da donne a rischio, come chi sta portando avanti una gravidanza o ha appena partorito.

Ebbene, è oltremodo chiaro che gli effetti delle misure – dirette o indirette – adottate nel contesto pandemico, contribuiscono a comprimere, più di quanto non lo siano già, i diritti dei migranti di Lesbo.

Da ultimo, proprio perché la finestra su Lesbo rimanga aperta, si rileva che mentre si sta completando la stesura del presente contributo, i rappresentanti di cinque Paesi del Mediterraneo (Med-5), in prima linea nell'accoglienza ai migranti, – Grecia, Italia, Spagna, Cipro e Malta – hanno avviato una due giorni di incontri ad Atene (19-22 marzo 2021) per discutere delle linee comuni sul nuovo patto europeo sui migranti e sui meccanismi di rimpatrio per le persone a cui è stato negato l'asilo²⁴. Il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo presentato

²³ Dichiarazioni di Vincenzo Maranghino, capo missione in Grecia per l'organizzazione umanitaria Intersos, rilasciata a "Altreconomia", 19 Dicembre 2020.

²⁴ Si riportano le dichiarazioni della Ministra dell'Interno della Repubblica Italiana, Luciana Lamorgese, al termine dei lavori del "Med-5": «Uno dei temi prioritari è quello di prevedere meccanismi operativi di solidarietà in grado di partire già nei prossimi mesi, sulla base delle Intese definite a Malta nel settembre 2019»; «Nel negoziato sul Patto europeo – ha aggiunto la titolare del Viminale – permane uno squilibrio tra le misure di responsabilità e quelle sulla

dalla Commissione Europea prevede, infatti, una cooperazione più stretta con i Paesi d'origine dei migranti attraverso aiuti allo sviluppo, investimenti, commercio e un rafforzamento dei canali di immigrazione legale.

Il COVID-19 come causa di nuovi esodi migratori

Fino ad ora ci siamo occupati degli effetti che l'emergenza connessa alla pandemia in corso ha causato sui diritti dei migranti. L'analisi ha riguardato sia gli effetti immediati sia quelli di breve periodo, che sicuramente interessano in prima persona la popolazione coinvolta.

Eppure, ai fini di una completa valutazione del fenomeno, è opportuno soffermarsi brevemente anche sugli effetti che la crisi pandemica avrà nel lungo periodo nei confronti della popolazione migrante.

È rilevante, a tal proposito, un recente rapporto pubblicato dall'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (OIM/IOM) e l'agenzia ONU Programma Alimentare Mondiale (PAM/WFP)²⁵, che mostra come la pandemia abbia contribuito all'aumento dell'insicurezza alimentare e della vulnerabilità per i migranti, per le famiglie che contano sulle rimesse dall'estero e per le comunità costrette ad abbandonare le proprie abitazioni a causa di conflitti, violenze e calamità.

Il divario economico e gli sfollamenti di popolazione – entrambi già a livelli record quando ha colpito il COVID-19 – potrebbero subire un'impennata, con migranti e con quanti vedono diminuire il flusso delle rimesse che cercano disperatamente lavoro per sostenere le proprie famiglie.

È particolarmente interessante lo spunto offerto da questo rapporto, basato sul costo economico e sociale della pandemia che potrebbe essere d'impatto devastante; l'appello di PAM-OIM al mondo perché ciò si eviti, si basa proprio sull'esigenza di rafforzare il sostegno alla risposta ai bisogni umanitari immediati e in crescita, affrontando l'impatto socioeconomico della crisi e facendo in modo che i più vulnerabili non siano dimenticati.

Sicuramente, l'effetto che la pandemia ha avuto sul modo in cui le persone si spostano è senza precedenti. Le misure, in particolare le restrizioni, messe in campo dagli Stati per contenere la diffusione della malattia hanno limitato gli spostamenti umani, e con questi anche le opportunità di lavoro e di guadagno, mettendo a dura prova la capacità dei migranti e degli sfollati di potersi per-

solidarietà. Il nostro obiettivo principale rimane quello di riequilibrare questi due aspetti fondamentali del Patto e, pertanto, sono grata alla Grecia che ci ha consentito, insieme a Spagna, Cipro e Malta, di consolidare una posizione unitaria. C'è una forte esigenza di mantenere unito il fronte dei Paesi mediterranei per orientare, con spirito costruttivo e di collaborazione con tutti i Paesi membri, i negoziati sul nuovo Patto europeo immigrazione e asilo».

²⁵ *Populations at Risk: Implications of COVID-19 for Hunger, Migration and Displacement*, November 2020, *The joint WFP-IOM report*.

mettere i beni di prima necessità.

L'insicurezza alimentare è notoriamente una delle principali cause della migrazione. In più, la maggior parte degli sfollati si trova in paesi colpiti da crisi alimentari e malnutrizione.

Non vi è dubbio che i migranti che svolgono attività lavorative, specialmente chi è impiegato nei settori informali, sono tra i più colpiti dalla pandemia. Si tratta di soggetti che spesso lavorano a giornata ed hanno impieghi stagionali, con scarso accesso ai sistemi di protezione sociale. Tale popolazione è quella che durante le crisi economiche ne subisce gli immediati effetti negativi. Senza dimenticare che le interruzioni nei lavori agricoli stagionali potrebbero avere importanti conseguenze sulla produzione, sulla lavorazione e sulla distribuzione di cibo, con probabili effetti sulla disponibilità dello stesso e sui prezzi a livello locale e regionale.

È chiaro, quindi, che senza un reddito sicuro, non solo molti migranti saranno spinti a tornare nei propri paesi, ma ci sarà, almeno temporaneamente, anche un calo delle rimesse che forniscono un sostegno essenziale a circa 800 milioni di persone nel mondo, una su nove²⁶.

Tali considerazioni sono alla base del report congiunto PAM-OIM, nel quale si legge che la Banca Mondiale prevede un calo del 14% nelle rimesse verso paesi a basso e medio reddito entro il 2021. Le proiezioni del PAM stimano che, entro la fine del 2021, almeno 33 milioni di persone in più potrebbero scivolare verso la fame solo per il calo previsto delle rimesse. Le conseguenze per la sicurezza alimentare potrebbero essere devastanti.

Addirittura, l'impatto della crisi legata al COVID-19 sulla salute e sulla mobilità delle persone, minaccia di far retrocedere gli impegni globali in tema di migrazione, incluso quello sul "Global Compact on Migration".

Da ultimo, si condivide l'appello che le due agenzie ONU hanno rivolto alla comunità internazionale affinché si assicuri che tutti gli sforzi vengano fatti per limitare l'impatto immediato sui più vulnerabili, così come che vengano predisposti investimenti di lungo termine per una ripresa nel futuro.

Gli effetti della pandemia sulla percezione del fenomeno migratorio

Sebbene meno direttamente proiettato sulla quotidianità del richiedente asilo o del rifugiato, un ulteriore effetto dell'emergenza pandemica consiste nel fenomeno, fisiologico direi, della diminuzione dell'attenzione sulla questione migratoria. Ciò sia per quanto concerne i mezzi di comunicazione, che per quanto riguarda la sua percezione da parte della società, a tutti i livelli.

L'improvviso irrompere sulla scena mondiale del COVID-19 ha comprensibilmente concentrato l'attenzione su questa terribile pandemia che riguarda

²⁶ Cfr. nota n. 25.

ognuno di noi, modificando la nostra vita quotidiana, diffondendo preoccupazioni e paure, creando difficoltà oggettive sotto il profilo della tutela salute collettiva, delle conseguenze economiche e della coesione sociale.

La crisi sanitaria globale, pertanto, è diventata la primaria questione di cui i mezzi di comunicazione, l'opinione pubblica e la gente, si interessano e sulla quale si interrogano. Ciò determinando il passaggio in secondo piano di altri argomenti di pubblico interesse, tra cui l'immigrazione; una questione che, invece, è stata per molto tempo ampiamente trattata nel nostro Paese, sia nelle priorità dell'agenda politica sia tra la popolazione.

Ebbene, come si è avuto modo di esporre sin qui, nonostante i riflettori sembrino attualmente spenti sul tema, questo pare addirittura aver acquisito maggior importanza. Sono molteplici, infatti, le questioni che, proprio a causa dell'emergenza pandemica, richiedono risposte precise ed urgenti: la salute degli immigrati; la situazione di oltre mezzo milione di persone che si trovano in stato di irregolarità, precarietà lavorativa e disoccupazione; l'apporto degli immigrati in molti settori dell'economia italiana, in particolare quello agricolo; l'incerto destino dei richiedenti asilo; i minori non accompagnati privi di assistenza; la convivenza in spazi abitativi angusti e spesso non salubri; l'insegnamento a distanza che si sta sperimentando nelle scuole e nelle università, che può risultare di più difficile accesso per gli immigrati che non sempre hanno a disposizione gli strumenti necessari; la quantità di rimesse che potranno essere inviate nei paesi di partenza.

Vi sono fondate ragioni di ritenere che proprio gli effetti della crisi sanitaria da COVID-19, ricadendo su molti degli aspetti connessi all'annosa "questione migratoria", hanno contribuito ad evidenziare l'importanza del tema.

Non resta che attendere che i riflettori si riaccendano.

Considerazioni conclusive

L'attuale emergenza sanitaria globale ha, senza alcun dubbio, acuito lo svantaggio posizionale dell'immigrato sul piano economico, sociale ed umano. In un complicato scenario caratterizzato dalle condivisibili (e non) reazioni alla pandemia e dal generalizzato impoverimento, la questione migratoria si configura con aggiuntive problematiche che ne aggravano il quadro.

L'analisi della situazione, già di per sé critica, dei richiedenti asilo e dei rifugiati, ci ha permesso di verificare come l'emergenza sanitaria abbia contribuito alla crescita di fragilità, emarginazione e subordinazione nell'inserimento sociale di questa popolazione.

Ciò posto, però, vi è da dire che se da un lato epidemie di tale portata possono destabilizzare economie e società, con pesanti effetti in termini di salute, lavoro, educazione ed altre misure di integrazione, dall'altro possono essere importanti occasioni di riflessione e di attivazione di percorsi tanto virtuosi

quanto inesplorati. Sotto la spinta della pandemia in corso, alla luce di tutte le criticità che l'emergenza sanitaria ha fatto emergere o, in alcuni casi, ha contribuito ad aggravare, possono schiudersi nuovi orizzonti di intervento.

Le ripercussioni sui diritti umani, sia dirette che indirette, sin qui analizzate, ci portano a riflettere su quanto primaria sia l'importanza di una corretta gestione del fenomeno migratorio, in tutte le sue declinazioni, anche e soprattutto nel difficile contesto di una crisi sanitaria senza precedenti.

Abstract

The paper analyzes the effects of the COVID-19 pandemic on the rights of migrants, focusing on asylum seekers and refugees. The impact of "emergency legislation" (at EU and National level) on the implementation of the right of asylum will be examined, both as regards access to and procedures for the recognition of international protection and as regards reception conditions. Further effects will be considered in both the short and the long term, highlighting the findings and, at the same time, assessing the opportunities offered by the pandemic crisis.

Manifestazione del consenso al trattamento sanitario del vaccino anti Covid-19 per i soggetti incapaci ricoverati presso strutture sanitarie assistite

Maria Grazia Passerini

Il contesto normativo

In Italia, il 6.1.2021 è entrato in vigore il decreto-legge 5 gennaio 2021, n. 1, *Ulteriori disposizioni urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19* che si colloca all'interno della fitta normativa emergenziale inerente il contrasto alla diffusione del virus SARS-CoV-2/COVID-19.

L'articolo 5, ove viene disciplinata la «Manifestazione del consenso al trattamento sanitario del vaccino anti Covid-19 per i soggetti incapaci ricoverati presso strutture sanitarie assistite» prevede che:

1. Le persone incapaci ricoverate presso strutture sanitarie assistite, comunque denominate, esprimono il consenso al trattamento sanitario per le vaccinazioni anti Covid-19 del piano strategico nazionale di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, a mezzo del relativo tutore, curatore o amministratore di sostegno, ovvero del fiduciario di cui all'articolo 4 della legge 22 dicembre 2017, n. 219, e comunque nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 3 della stessa legge n. 219 del 2017 e della volontà eventualmente già espressa dall'interessato ai sensi del citato articolo 4 registrata nella banca dati di cui all'articolo 1, comma 418, della legge 27 dicembre 2017, n. 205, ovvero di quella che avrebbe presumibilmente espresso ove capace di intendere e di volere.
2. In caso di incapacità naturale, ovvero qualora il fiduciario, il tutore, il curatore o l'amministratore di sostegno mancano o non sono in alcun modo reperibili per almeno 48 ore, il direttore sanitario o, in difetto, il responsabile medico della residenza sanitaria assistita (RSA), o dell'analoga struttura comunque denominata, in cui la persona incapace è ricoverata ne assume la funzione di amministratore di sostegno, al solo fine della prestazione del consenso di cui al comma 1. In tali casi nel documento di cui al comma 3 si dà atto delle ricerche svolte e delle verifiche effettuate per accertare lo stato d'incapacità naturale dell'interessato. In difetto sia del direttore sanitario sia del responsabile medico della struttura, le attività previste dal presente comma sono svolte dal direttore sanitario della ASL territorialmente competente sulla struttura stessa o da un suo delegato.
3. Il soggetto individuato ai sensi dei commi 1 e 2, sentiti, quando già noti, il co-

niuge, la persona parte di unione civile o stabilmente convivente o, in difetto, il parente più prossimo entro il terzo grado, se accerta che il trattamento vaccinale è idoneo ad assicurare la migliore tutela della salute della persona ricoverata, esprime in forma scritta, ai sensi dell'articolo 3, commi 3 e 4, della legge 22 dicembre 2017, n. 219, il consenso alla somministrazione del trattamento vaccinale anti Covid-19 e dei successivi eventuali richiami e ne dà comunicazione al dipartimento di prevenzione sanitaria competente per territorio.

4. Il consenso di cui al comma 3, reso in conformità alla volontà dell'interessato espressa ai sensi degli articoli 3 e 4 della legge n. 219 del 2017 o, in difetto, in conformità a quella delle persone di cui al primo periodo dello stesso comma 3, è immediatamente e definitivamente efficace. Il consenso non può essere espresso in difformità dalla volontà dell'interessato, espressa ai sensi degli articoli 3 e 4 della legge n. 219 del 2017 o, in difetto, da quella delle persone di cui al primo periodo dello stesso comma 3. Nondimeno, in caso di rifiuto di queste ultime, il direttore sanitario, o il responsabile medico della struttura in cui l'interessato è ricoverato, ovvero il direttore sanitario della ASL o il suo delegato, può richiedere, con ricorso al giudice tutelare ai sensi dell'articolo 3, comma 5 della legge 22 dicembre 2017, n. 219, di essere autorizzato a effettuare comunque la vaccinazione.
5. Qualora non sia possibile procedere ai sensi del comma 4, per difetto di disposizioni di volontà dell'interessato, anticipate o attuali, e per irreperibilità o indisponibilità dei soggetti di cui al primo periodo del comma 3, il consenso al trattamento vaccinale sottoscritto dall'amministratore di sostegno di cui al comma 2, unitamente alla documentazione comprovante la sussistenza dei presupposti di cui ai commi 1, 2 e 3, è comunicato immediatamente, anche attraverso posta elettronica certificata, dalla direzione della struttura in cui l'interessato è ricoverato al giudice tutelare competente per territorio sulla struttura stessa.
6. Nel termine di quarantotto ore dal ricevimento degli atti di cui al comma 5 il giudice tutelare, disposti gli eventuali accertamenti quando dai documenti ricevuti non emerge la sussistenza dei presupposti di cui al comma 3, convalida con decreto motivato, immediatamente esecutivo, il consenso espresso ai sensi del comma 5, ovvero ne denega la convalida.
7. Entro le quarantotto ore successive alla scadenza del termine di cui al comma 6, il decreto di cui al comma 6 è comunicato all'interessato e al relativo rappresentante individuato ai sensi del comma 2, a mezzo di posta certificata presso la struttura dove la persona è ricoverata. Il decorso del termine di cui al presente comma priva di ogni effetto il provvedimento del giudice tutelare che sia comunicato successivamente.
8. Il consenso alla somministrazione del trattamento vaccinale anti Covid-19 e dei successivi eventuali richiami è privo di effetti fino alla comunicazione del decreto di convalida.
9. Decorso il termine di cui al comma 7 senza che sia stata effettuata la comunicazione ivi prevista, il consenso espresso ai sensi del comma 5 si considera a ogni effetto convalidato e acquista definitiva efficacia ai fini della somministrazione del vaccino.
10. In caso di rifiuto della somministrazione del vaccino o del relativo consenso da parte del direttore sanitario o del responsabile medico, ovvero del direttore sanitario della ASL o del suo delegato, ai sensi del comma 5, il coniuge, la persona parte

di unione civile, o stabilmente convivente, e i parenti fino al terzo grado possono ricorrere al giudice tutelare, ai sensi dell'articolo 3, comma 5 della legge 22 dicembre 2017, n. 219, affinché disponga la sottoposizione al trattamento vaccinale.

L'articolo 5 è stato abrogato, unitamente all'intero decreto-legge n. 1/2021 dalla legge 29 gennaio 2021, n. 6 che ha disposto: «Il decreto-legge 5 gennaio 2021, n. 1, è abrogato. Restano validi gli atti e i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base del medesimo decreto-legge n. 1 del 2021».

L'articolo 5, di fatto, è stato integralmente riportato come articolo 1-*quinquies* (*Manifestazione del consenso al trattamento sanitario del vaccino anti COVID-19 per i soggetti incapaci ricoverati presso strutture sanitarie assistenziali*), aggiunto al decreto legge 18.12.2020, n. 172, in forza dall'articolo 1, comma 1, della legge 29.1.2021, n. 6, in sede di conversione del medesimo decreto¹.

I principali destinatari delle previsioni dell'articolo sono i soggetti incapaci.

Si tratta, quindi, sia di soggetti incapaci legalmente che sono muniti di tutore, curatore o amministratore di sostegno, sia di incapaci naturali, cioè soggetti che sebbene non interdetti si trovino per qualsiasi causa, anche temporanea, in uno stato di

incapacità di intendere (il soggetto non si rende conto delle proprie azioni) e volere (il soggetto non è capace di decidere autonomamente). Si tratta quindi di un turba-

¹ Il presente contributo è stato redatto anteriormente al decreto-legge 1 aprile 2021, n. 44, entrato in vigore in data 1 aprile 2021, *Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici* che ha stabilito:

¹ All'articolo 1-*quinquies* del decreto-legge 18 dicembre 2020, n. 172, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 gennaio 2021, n. 6, sono apportate le seguenti modificazioni: a) nella rubrica, le parole "ricoverati presso strutture sanitarie assistenziali" sono soppresse; b) dopo il comma 2, è inserito il seguente: "2-bis. Quando la persona in stato di incapacità naturale non è ricoverata presso strutture sanitarie assistenziali o presso analoghe strutture, comunque denominate, le funzioni di amministratore di sostegno, al solo fine della prestazione del consenso di cui al comma 1, sono svolte dal direttore sanitario della ASL di assistenza o da un suo delegato"; c) al comma 3, le parole "individuato ai sensi dei commi 1 e 2" sono sostituite dalle seguenti: "individuato ai sensi dei commi 1, 2 e 2-bis" e, dopo la parola "ricoverata", sono inserite le seguenti: "o della persona non ricoverata di cui al comma 2-bis"; d) al comma 5, le parole "presupposti di cui ai commi 1, 2 e 3" sono sostituite dalle seguenti: "presupposti di cui ai commi 1, 2, 2-bis e 3" e, dopo le parole "dalla direzione della struttura in cui l'interessato è ricoverato", sono aggiunte le seguenti: "o, per coloro che non siano ricoverati in strutture sanitarie assistenziali o altre strutture, dal direttore sanitario dell'ASL di assistenza"; e) al comma 7, primo periodo, le parole "ai sensi del comma 2, a mezzo di posta elettronica certificata, presso la struttura dove la persona è ricoverata", sono sostituite dalle seguenti: "ai sensi dei commi 2 e 2-bis, a mezzo di posta elettronica certificata, presso la struttura dove la persona è ricoverata ovvero, nel caso di persona non ricoverata ai sensi del comma 2-bis, presso l'ASL di assistenza".

mento dei normali processi di formazione ed estrinsecazione della volontà, costituiti dall'insieme dei profili psicologici, intellettuali ed emotivi di cui ciascun individuo è caratterizzato (o meno) indipendentemente dalle norme di legge. Tale turbamento può essere causato anche da grave handicap (cecità, sordomutismo) o momentaneo disagio psicofisico (stato di ubriachezza, intenso dolore, ecc..) e deve essere tale da impedire la capacità di cosciente e libera autodeterminazione del soggetto².

L'applicazione dell'articolo 5 è rivolta alle strutture sanitarie (principalmente le c.d. RSA – Residenze Sanitarie Assistenziali), comunque denominate, ove si trovino ricoverate persone incapaci.

Il tema centrale della previsione dell'articolo 5 è la manifestazione del consenso a ricevere il vaccino contro il virus covid-19 da parte dei soggetti incapaci residenti nelle strutture.

Le previsioni relative all'espressione del consenso dei soggetti incapaci ricoverati presso strutture sanitarie assistite non possono prescindere dall'esistenza di previsioni legislative già esistenti ed in particolare da quanto sancito con la legge n. 219 del 22 dicembre 2017, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento (BIOTESTAMENTO)*.

Con tale legge, l'Italia, ispirandosi al diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona, ha imposto che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se manca il consenso della persona interessata, consenso che deve essere frutto dell'informazione fornita alla persona interessata (art. 1).

All'articolo 3 *Minori e incapaci* è stabilito che:

1. La persona minore di età o incapace ha diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione, nel rispetto dei diritti di cui all'articolo 1, comma 1.
2. Deve ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consoni alle sue capacità per essere messa nelle condizioni di esprimere la sua volontà.
3. Il consenso informato al trattamento sanitario del minore è espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore tenendo conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, e avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità.
4. Il consenso informato della persona interdetta ai sensi dell'articolo 414 del codice civile è espresso o rifiutato dal tutore, sentito l'interdetto ove possibile, avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita della persona nel pieno rispetto della sua dignità.
5. Il consenso informato della persona inabilitata è espresso dalla medesima perso-

² *Codice del diritto di famiglia studium*, a cura di L. TRAMONTANO, La Tribuna, Piacenza 2016, p. 375; AA.VV., *Famiglia e Patrimonio*, Ipsoa, Milano 2014, p. 834.

na inabilitata. Nel caso in cui sia stato nominato un amministratore di sostegno la cui nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, il consenso informato è espresso o rifiutato anche dall'amministratore di sostegno ovvero solo da quest'ultimo, tenendo conto della volontà del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere.

6. Nel caso in cui il rappresentante legale della persona interdetta o inabilitata oppure l'amministratore di sostegno, in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT) di cui all'articolo 4, o il rappresentante legale della persona minore rifiuti le cure proposte e il medico ritenga invece che queste siano appropriate e necessarie, la decisione è rimessa al giudice tutelare su ricorso del rappresentante legale della persona interessata o dei soggetti di cui agli articoli 406 e seguenti del codice civile o del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria.

Secondo le previsioni della legge n. 219/2017, applicata ai residenti nelle RSA o strutture analoghe, per l'interdetto, il consenso informato deve essere espresso mediante il tutore, sentendo l'interdetto ove possibile, per il beneficiario di amministrazione di sostegno, dall'amministratore, purché il decreto di nomina contenga anche uno specifico incarico in questo senso, infatti, nella norma si precisa che la nomina deve prevedere l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in capo all'amministratore di sostegno in ambito sanitario. Giova a tale riguardo ricordare che non sempre i decreti di nomina sono esaustivi in punto e, ove tale potere non sia espressamente previsto, deve ritenersi escluso.

Si deve, comunque, tenere conto della volontà dell'amministrato in relazione al suo grado di capacità.

Il caso non contemplato dalla legge n. 219/2017 resta quello degli incapaci naturali, per i quali, in sostanza, il decreto-legge crea una modalità operativa della raccolta del consenso alla vaccinazione.

Dalla lettura delle due norme sopra richiamate è possibile affermare senza ulteriori particolari approfondimenti che il legislatore italiano, per i soggetti interdetti, gli amministrati, e anche per gli inabilitati, avrebbe potuto gestire la prestazione del consenso informato alla vaccinazione contro il Covid-19 ricorrendo ad una legge già esistente e sufficientemente chiara.

Al contrario, invece, come visto, è stato emanato un decreto-legge specifico che ricomprende anche la casistica già dotata di regolamentazione propria.

La prestazione del consenso informato

Il decreto-legge n. 1/2021, individua, sulla falsa riga della legge n. 219/2017, i soggetti che dovrebbero esprimere il consenso informato, ma che potrebbero non trovarsi nelle condizioni di capacità tali da poterlo fare consapevolmente.

Sinteticamente, le tre principali categorie di soggetti regolamentati sono:

1. Soggetto capace (con o senza amministratore di sostegno): il consenso

- al vaccino deve essere manifestato direttamente dal soggetto interessato.
2. Soggetto incapace a cui è stato nominato un tutore o un amministratore di sostegno: il consenso deve essere espresso dal rappresentante legale secondo quanto indicato dall'art. 5 del citato decreto.
 3. Se, pur essendo stato nominato, non è rintracciabile in nessun modo per almeno 48 ore, al solo fine di prestare il consenso alla vaccinazione, assume il medesimo incarico di rappresentante legale il direttore sanitario o, in difetto, il responsabile medico della RSA o, in difetto, il direttore sanitario della ASL territorialmente competente o un suo delegato.
 4. Soggetto incapace a cui non è stato nominato un tutore o un amministratore di sostegno: il consenso viene prestato dal direttore sanitario o, in difetto, dal responsabile medico della RSA o, in difetto di entrambi, dal direttore sanitario della ASL territorialmente competente o da un suo delegato, che assume la funzione di amministratore di sostegno, al solo fine della prestazione del consenso.

Nei casi di irreperibilità del rappresentante nominato e di incapacità naturale, si crea, in sostanza, la figura dell'amministratore di sostegno *ex lege*, individuato, *in primis*, nel direttore sanitario della struttura sanitaria, il quale deve:

- dare atto delle ricerche svolte sia per verificare l'esistenza o meno di un rappresentante legale sia per rintracciare il rappresentante stesso;
- accertare lo stato d'incapacità naturale dell'interessato e dare atto delle verifiche svolte a tal fine;
- accertare che il trattamento vaccinale è idoneo ad assicurare la migliore tutela della salute della persona ricoverata;
- sentire, quando già noti, il coniuge, la persona parte di unione civile o stabilmente convivente o, in difetto, il parente più prossimo entro il terzo grado del soggetto ricoverato;
- in caso di dissenso dei parenti, ricorrere al giudice tutelare per ottenere l'autorizzazione alla vaccinazione.

Il direttore sanitario non può esprimere il consenso in modo contrario alle volontà eventualmente espresse ai sensi dell'art. 3, commi 3 e 4, legge n. 219/2017 dall'interdetto o dall'amministrato. Se queste volontà non sono state espresse e i parenti non acconsentono alla vaccinazione, il direttore non può esprimere il consenso. Può, però, ricorrere al giudice tutelare per chiedere di essere, comunque, autorizzato ad effettuare la vaccinazione;

- in caso di irreperibilità o indisponibilità dei parenti, esprimere il consenso alla vaccinazione (sempre che accerti che il vaccino è idoneo ad assicurare la miglior tutela della salute della persona ricoverata);
- esprimere in forma scritta, ai sensi dell'articolo 3, commi 3 e 4, della legge n. 219/2017, il consenso alla somministrazione del trattamento vaccinale anti COVID-19;
- dare comunicazione del consenso al dipartimento di prevenzione sanita-

ria competente per territorio;

- in assenza di disposizioni di volontà dell'interessato e di irreperibilità o indisponibilità dei parenti, comunicare immediatamente al giudice tutelare il consenso.

Entro quarantotto ore dal ricevimento degli atti il giudice tutelare, con decreto, convalida o meno il consenso.

Entro le ulteriori quarantotto ore successive, il decreto è comunicato all'interessato e al relativo rappresentante individuato ai sensi del comma 2. Decorso il secondo termine di 48 ore senza che sia stata effettuata la comunicazione, il consenso espresso ai sensi del comma 5 si considera a ogni effetto convalidato.

Leggendo la normativa, abbastanza complessa e burocratizzata, si potrebbe ipotizzare che la preoccupazione sia stata soprattutto di non gravare sull'apparato giudiziario per ottenere l'autorizzazione alla prestazione del consenso informato.

Ancora più, evitare di ricorrere ai giudici tutelari per ottenere con urgenza la nomina dell'amministratore di sostegno o del tutore per l'espressione del consenso informato.

Infatti, in sostanza, laddove manca un amministratore di sostegno o in generale un soggetto già in precedenza legalmente autorizzato ad esprimere il consenso informato a trattamenti sanitari, il decreto individua una serie di ulteriori soggetti ad esprimere il consenso, sino ad arrivare al delegato del direttore sanitario della ASL territorialmente competente, cioè un soggetto non preventivamente identificato.

Come poi, sia possibile che tale delegato, in ultima analisi, sia in grado di accertare lo stato di incapacità del soggetto e che il trattamento vaccinale sia idoneo ad assicurare la migliore tutela per la salute della persona ricoverata, non è chiaro. Soprattutto se si considera che la previsione è evidentemente orientata ad una logica di massima speditezza: infatti, la sequenza di soggetti autorizzati ad assumere la qualifica di amministratore di sostegno al fine di esprimere il consenso si attiva decorse 48 ore di ricerche prive di successo.

Se, da un lato, si è evitato di sovraccaricare gli uffici dei giudici tutelari con una pioggia di ricorsi per i soggetti incapaci privi di rappresentante legale, al medesimo tempo però si è creato un meccanismo complesso con una sequenza di adempimenti più o meno formali che non ha certo semplificato l'acquisizione del consenso, spostando, anzi, l'attenzione dalla cura del paziente alla cura della formalità.

L'impressione è che in un quadro di conclamata emergenza epidemiologica, anche alla luce delle gravi situazioni di diffusione del contagio createsi all'interno delle RSA, il legislatore abbia voluto rendere nella sostanza obbligatoria la vaccinazione di quei soggetti che avrebbero richiesto l'attivazione di un percorso giudiziario per poter essere vaccinati, onde scongiurare nuovi pericolosi contagi all'interno delle strutture sanitarie.

Il consenso informato pare aver assunto un'immagine diversa da quella che gli spetta di diritto: la raccolta del consenso sembra ridursi ad una mera firma più che al risultato di un processo che, a partire da una corretta e completa informazione, pone il paziente in grado di comprendere ed effettuare una scelta individuale.

Così come la cura del paziente appare più una cura da "catena di montaggio".

Secondo la Convenzione di Oviedo – Convenzione per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazioni della biologia e della medicina, in tema di consenso, l'articolo 5 stabilisce la *regola generale* secondo cui: «Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato»; l'articolo 6 *Protezione delle persone che non hanno la capacità di dare consenso* stabilisce che:

1. Sotto riserva degli articoli 17 e 20, un intervento non può essere effettuato su una persona che non ha capacità di dare consenso, se non per un diretto beneficio della stessa.
2. Quando, secondo la legge, un minore non ha la capacità di dare consenso a un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge. Il parere di un minore è preso in considerazione come un fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità.
3. Allorquando, secondo la legge, un maggiorenne, a causa di un handicap mentale, di una malattia o per un motivo simile, non ha la capacità di dare consenso ad un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge. La persona interessata deve nei limiti del possibile essere associata alla procedura di autorizzazione.
4. Il rappresentante, l'autorità, la persona o l'organo menzionati ai paragrafi 2 e 3 ricevono, alle stesse condizioni, l'informazione menzionata all'articolo 5.
5. L'autorizzazione menzionata ai paragrafi 2 e 3 può, in qualsiasi momento, essere ritirata nell'interesse della persona interessata

e infine all'articolo 8 *Situazioni d'urgenza* stabilisce che: «Allorquando in ragione di una situazione d'urgenza, il consenso appropriato non può essere ottenuto, si potrà procedere immediatamente a qualsiasi intervento medico indispensabile per il beneficio della salute della persona interessata».

Ora, l'Italia, prevedendo la raccolta del consenso, ha escluso di trattare la situazione come urgenza, secondo quanto richiamato dall'art. 8 della Convenzione di Oviedo. Se, quindi, occorre un consenso, deve essere validamente rilasciato ed è possibile che sia un'autorità o un organo designato dalla legge a farlo. Ma, sembra che queste due previsioni stridano laddove l'individuazione di un soggetto *ad hoc* per l'espressione del consenso non è frutto di una normativa già esistente applicata dall'autorità o dall'organo designato dalla legge, e quindi già precosti-

tuito, come nel caso del tutore o dell'amministratore di sostegno nominati, ma nasce proprio in ragione dell'esistenza di un quadro emergenziale.

L'impressione è che il legislatore abbia avuto timore delle ripercussioni dell'obbligatorietà del vaccino e/o della mancata raccolta del consenso e abbia optato per una soluzione ibrida.

Di fronte ad una situazione di fatto da gestire con immediatezza e ad una norma non di intuitiva comprensione, i Tribunali si sono attivati per fornire chiarimenti e prassi operative, certamente anche al fine di evitare un collaterale appesantimento del carico della volontaria giurisdizione.

Le linee guida adottate territorialmente

Il Tribunale di Milano, spesso individuato nelle prassi operative come riferimento da svariati Tribunali d'Italia e certamente tra i più ricchi di variegata casistica, ha elaborato in data 11.1.2021 la *Casistica operativa per la vaccinazione degli ospiti delle RSA*.

Il *vademecum* è organizzato sotto forma di domande e risposte così da poter essere una valida guida di semplice e rapida consultazione per chiunque ne abbia necessità.

In apertura, viene precisato che possono rilasciare il consenso informato:

1. gli ospiti stessi in caso siano capaci (a prescindere da problemi fisici quali cecità, problemi motori ecc. da risolversi con audio registrazioni o ausilio di interpreti, anche se hanno un amministratore di sostegno che non abbia poteri in campo sanitario);
2. gli ospiti parzialmente capaci assistiti dagli amministratori di sostegno;
3. gli amministratori di sostegno in caso di amministrazione in rappresentanza per il rilascio di consenso informato sanitario stabilita con il decreto di nomina;
4. i tutori in caso di interdizione o i curatori in caso di inabilitazione;
5. i fiduciari designati secondo la legge n. 219/17 in caso di ospite divenuto incapace;
6. i direttori sanitari o i responsabili medici delle RSA e, in loro assenza, i direttori sanitari delle ASL (ATS) o i delegati: gli stessi assumono la funzione di amministratore di sostegno ai soli fini del rilascio del consenso alla vaccinazione, ma non sono amministratori di sostegno in senso tecnico secondo la legge n. 6/2004 (non devono prestare giuramento, non devono rendicontare).

Le casistiche predisposte, anche molto particolareggiate, sono le seguenti:

CASO 1. Incapacità naturale: ospiti privi di amministratore di sostegno o di tutore o curatore privi di DAT (dichiarazioni anticipate di trattamento), ma capaci di esprimere il consenso.

Chi esprime il consenso? Il paziente personalmente.

Deve essere interessato l'ufficio del giudice tutelare? No.

CASO 2. Incapacità naturale: ospiti privi di amministratore di sostegno o di tutore o curatore o privi di DAT, incapaci di esprimere il consenso, ma per i quali vi siano coniuge, convivente ovvero parenti fino al terzo grado noti alla struttura ed i famigliari noti concordino per la vaccinazione.

Chi esprime il consenso? I soggetti di cui al punto 6 che assumono la funzione di amministratore di sostegno solo per questo atto: devono però sentire il famigliare noto.

Se vi è il coniuge, il convivente o l'unito civile è sufficiente il consenso di tale famigliare e non rilevano eventuali dissensi degli altri famigliari.

Deve essere interessato l'ufficio del giudice tutelare? No.

CASO 3. Incapacità naturale: ospiti privi di amministratore di sostegno o di tutore o curatore o privi di DAT e per i quali non vi siano coniuge, convivente ovvero parenti fino al terzo grado noti alla struttura.

Chi esprime in consenso? I soggetti di cui al punto 6 che per questo aspetto assumono la funzione di amministratore di sostegno.

Cosa devono fare? Vanno attestate, sotto la responsabilità dei soggetti di cui al punto 6: 1. l'incapacità naturale, cioè la impossibilità del soggetto a comprendere la situazione e ad esprimere la sua volontà, il che avverrà mediante certificazione medica, possibilmente specialistica; 2. la situazione familiare, ossia che mancano o non sono noti coniuge, convivente o parenti fino al terzo grado per esprimere il consenso dell'ospite.

Quali adempimenti per il sanitario? Il consenso emesso dai soggetti *sub* 6: 1. va comunicato al dipartimento di prevenzione sanitaria; 2. va comunicato al giudice tutelare immediatamente attraverso PEC con i documenti di cui sopra e con contestuale richiesta di convalida.

CASO 4. Incapacità naturale: ospiti privi di amministratore di sostegno o di tutore o curatore o privi di DAT, per i quali vi siano coniuge, convivente ovvero parenti fino al terzo grado noti alla struttura, ma essi siano risultati irreperibili da almeno 48 ore o si siano rifiutati di prestare assistenza al paziente nella formazione del consenso alla vaccinazione.

Chi esprime il consenso? I soggetti di cui al punto 6.

Cosa devono fare? Va attestata: 1. l'incapacità naturale, cioè la impossibilità del soggetto a comprendere la situazione e ad esprimere la sua volontà, il che avverrà mediante certificazione medica, possibilmente specialistica; 2. la situazione familiare, ossia l'irreperibilità dei famigliari; 3. le ricerche effettuate senza esito per rintracciarli, quando ne sia nota l'esistenza, con menzione delle modalità utilizzate per le ricerche; 4. l'indisponibilità dei famigliari ad assistere il parente nella espressione del consenso.

Quali adempimenti per il sanitario? Il consenso emesso dai soggetti di cui al punto 6: 1. va comunicato al dipartimento di prevenzione sanitaria; 2. va comunicato al giudice tutelare immediatamente attraverso PEC con i documenti

sopra e con contestuale richiesta di convalida.

CASO 5. Incapacità legale: ospiti rappresentati/assistiti da amministratore di sostegno o tutore o curatore.

Chi esprime il consenso?

- l'amministratore di sostegno in via esclusiva per amministrazioni con rappresentanza in campo sanitario;
- l'amministratore di sostegno insieme con il paziente in caso di amministrazioni in affiancamento in campo sanitario;
- il tutore dell'interdetto e il curatore dell'inabilitato.

Serve la trasmissione al giudice tutelare? No.

CASO 6. Incapacità legale: ospite incapace di prestare il consenso informato, ma con amministratore di sostegno con rappresentanza o in affiancamento, privo di poteri in campo sanitario.

Cosa deve fare il sanitario? Dovrà sollecitare l'amministratore di sostegno a chiedere con urgenza al giudice tutelare di autorizzarlo a prestare il consenso al vaccino ex art. 405 quarto comma c.c.

Può esprimere il consenso e chiederne la convalida al giudice tutelare? No.

CASO 7. Incapacità legale: ospite capace di prestare il consenso informato, con amministratore di sostegno con rappresentanza o in affiancamento privo di poteri in campo sanitario.

Chi esprime il consenso? L'ospite personalmente.

Occorre chiedere la convalida al giudice tutelare? No.

CASO 8. Incapacità legale: ospite con amministratore di sostegno con rappresentanza o in affiancamento in campo sanitario o tutore o curatore o fiduciario nominato nelle DAT, irreperibili da almeno 48 ore.

Cosa deve fare il sanitario? Vanno attestate, sotto la responsabilità dei soggetti di cui al punto 6: 1. l'irreperibilità dell'amministratore di sostegno in rappresentanza o in affiancamento, del tutore, del curatore o del fiduciario nominato con le DAT; 2. i tentativi (ad esempio, telefonici e/o mediante posta elettronica, certificata o meno) effettuati senza esito per rintracciarli.

Può esprimere il consenso e chiederne la convalida al giudice tutelare? Sì con le modalità di cui al Caso 3.

CASO 9. Incapacità naturale o legale: ospite con coniuge, convivente ovvero parenti fino al terzo grado noti alla struttura per il quale risulti il dissenso alla vaccinazione dell'ospite o del coniuge, o convivente o unito civilmente o in assenza di tali famigliari del parente più prossimo entro il 3° grado oppure ospite con amministratore di sostegno o tutore che manifesti il dissenso al vaccino.

Cosa deve fare il sanitario? Il direttore sanitario o della struttura, se ritiene invece che il vaccino sia appropriato e necessario, può presentare ricorso al giudice tutelare ex art. 3, comma 5, legge n. 219/2017 per ottenere l'autorizzazione a procedere alla vaccinazione.

Può esprimere il consenso e chiederne la convalida al giudice tutelare? No.

CASO 10. Incapacità naturale: ospite che risulti aver redatto DAT.

Cosa deve fare il sanitario? Attenersi alle DAT come da legge n. 219/17.

La manifestazione del consenso spetta al fiduciario, se designato.

Il sanitario può in assenza di fiduciario esprimere il consenso alla vaccinazione espressamente esclusa nelle DAT e chiederne la convalida al giudice tutelare? No.

Cosa può fare il sanitario? Può disattendere le DAT in accordo con il fiduciario, se esistente, qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita. Nel caso di conflitto con il fiduciario o in assenza di fiduciario il medico può rivolgersi al giudice tutelare ai sensi dell'art. 4, comma 5, legge n. 219/17.

Il Tribunale di Busto Arsizio ha fatto proprie le medesime casistiche del Tribunale di Milano, specificando sul proprio sito ufficiale di «adottare le medesime linee guida sia perché assolutamente condivisibili nonché particolarmente chiare ed esaustive, sia per la prossimità territoriale che consiglia una uniformità interpretativa degli Uffici all'interno della Corte D'Appello di Milano a favore dell'utenza».

Il Tribunale di Udine ha emanato delle linee guida più sintetiche rispetto al Tribunale di Milano. Si nota una diversa interpretazione relativa all'integrazione dei poteri attribuiti all'amministratore di sostegno già nominato. Mentre per il Tribunale di Milano (caso 6), se l'amministratore di sostegno è privo di poteri in campo sanitario, dovrà necessariamente chiedere al giudice tutelare l'autorizzazione a prestare il consenso, il Tribunale di Udine precisa che l'amministratore non dovrà richiedere al giudice un ampliamento dei suoi poteri poiché l'espressione del consenso alla vaccinazione, in questo caso, promana *ex lege* in capo al sanitario.

Stesso orientamento è adottato dal Tribunale di Ivrea, che pure ha diffuso in data 13.1.2021 le proprie indicazioni operative uniformi.

Il Tribunale di Bologna ha elaborato, a sua volta, delle prime indicazioni in data 7.1.2021, ove si preoccupa di aspetti concreti di gestione del servizio, quale la copertura del servizio della volontaria giurisdizione anche nelle giornate di sabato e domenica, considerato il termine di 48 ore dall'arrivo delle richieste per l'emissione del provvedimento di convalida. Successivamente, ha fornito ulteriori indicazioni per una corretta gestione delle istanze che potrebbero essere presentate dai tutori, curatori e amministratori di sostegno, segnalando che l'amministratore di sostegno può esprimere o rifiutare il consenso informato secondo quanto è espressamente previsto nel decreto di nomina, sempre valorizzando l'autonomia decisionale residua dell'amministrato.

Se il beneficiario è in grado di esprimere la propria volontà sulla vaccinazione sarà, comunque, lui a doverlo fare. Se l'amministratore di sostegno non ha ricevuto con il decreto di nomina alcuna delega sanitaria, secondo il Tribunale

di Bologna dovranno essere i parenti ad esprimere il consenso o il rifiuto e, in caso di disaccordo tra i parenti, l'amministratore di sostegno dovrà rivolgersi al giudice tutelare per il conferimento del potere di prestare il consenso o meno. Quindi, il Tribunale di Bologna, si discosta ulteriormente dai precedenti ricorrendo alla volontà dei parenti, sebbene vi sia un amministratore di sostegno nominato, ma, appunto, privo di delega sanitaria.

Il Tribunale di Torino, oltre a fornire un breve quadro riassuntivo del decreto-legge, mette a disposizione il modello di richiesta di convalida del consenso alla vaccinazione che la struttura deve sostanzialmente limitarsi a compilare, con ciò auspicando una semplificazione del procedimento e un'agevolazione del lavoro dell'ufficio tutelare.

I Tribunali di Pisa, Massa, Lucca e Livorno, il 18.1.2021, hanno elaborato un *vademecum* uniforme esemplificativo della procedura prevista dall'art. 5 del decreto-legge.

Il Tribunale di Catania prende posizione il 14.1.2021 lungamente ripercorrendo le previsioni dell'art. 5. Precisa che in caso di amministratore di sostegno nominato, se il decreto non prevede che l'amministratore assista o si sostituisca nell'espressione del consenso informato all'atto sanitario, il consenso deve essere espresso dal beneficiario stesso.

Il Tribunale di Bergamo in data 13.1.2021 si preoccupa principalmente di sottolineare che l'assunzione della qualifica di amministratore di sostegno in capo al direttore sanitario e al responsabile medico avviene *ex lege* esclusivamente ai fini del consenso alla vaccinazione, escludendo che sia necessario aprire una procedura di nomina dell'amministratore con giuramento e rendicontazione e fornisce apposita modulistica per la comunicazione per la convalida del consenso e per il ricorso per la convalida in caso di rifiuto da parte dei parenti alla somministrazione del vaccino.

Anche il Tribunale di Salerno, in data 12.1.2021 fornisce delle linee guida e successivamente, il 14.1.2021, emana un ordine di servizio affinché vi sia sempre un presidio di cancelleria civile nella giornata di sabato per ricevere le richieste e i ricorsi relativi all'espressione del consenso informato.

Altri Tribunali hanno emanato linee guida e chiarimenti applicativi in modo più o meno dettagliato, fornendo anche idonea modulistica standardizzata: la reazione a livello territoriale abbastanza tempestiva dimostra la preoccupazione dei Tribunali delle ripercussioni pratiche e del timore di confusione che si sarebbero potuti creare.

Riflessioni conclusive

Alcune riflessioni conclusive. Il Governo si è trovato in una situazione di emergenza a dover prendere delle decisioni in tema di obbligatorietà o meno della vaccinazione, valutazione e determinazione nient'affatto semplici.

Altrettanto poco agevole è esprimere una valutazione piena sulle scelte operate laddove in gioco vi sono molte peculiarità con risvolti etici non trascurabili.

Il Comitato Nazionale per la bioetica, il 27.11.2020, ha pubblicato le raccomandazioni *I vaccini e Covid-19: aspetti etici per la ricerca, il costo e la distribuzione* ove ha voluto richiamare l'attenzione sull'imprescindibile riflessione etica relativa alla ricerca, alla produzione e alla distribuzione del vaccino anti Covid-19, rilevando come aspetto di grande importanza quello della definizione dell'obbligatorietà o meno della vaccinazione e della pianificazione di un'adeguata informazione e comunicazione.

Il problema dell'obbligatorietà della vaccinazione, di natura giuridica, ma anche etica, è comune ai Paesi del mondo che nella gestione della pandemia devono necessariamente prendere una posizione con tempestività, essendo in gioco sia la salute del singolo individuo sia la salute dell'intera collettività e del Paese.

Il Comitato, tra le indicazioni conclusive, raccomanda che le vaccinazioni siano considerate misure preventive tra le più efficaci, ove il rapporto tra i rischi e i benefici è senza dubbio positivo e riconosce al vaccino un valore sia sanitario sia intrinsecamente etico, tanto per l'individuo quanto per la società, dovendo essere considerato il vaccino un "bene comune".

D'altro canto, in merito alla possibilità di rendere la vaccinazione obbligatoria, il Comitato raccomanda che, nel rispetto del principio bioetico chiave che nessuno dovrebbe essere sottoposto ad un trattamento se non a seguito del suo consenso e a seguito di una chiara e comprensibile informazione, il vaccino sia somministrato a fronte di adesione spontanea. Tuttavia, non esclude che si possa ricorrere ad un'imposizione ove lo consentano e lo suggeriscano le condizioni complessive della pandemia ed in particolare il perdurare della gravità della diffusione.

Come detto, è indispensabile che sia fornita adeguata informazione, presupposto essenziale anche perché si diffonda un elevato grado di consenso e adesione spontanea alla vaccinazione.

Il Governo ha optato per la non obbligatorietà della vaccinazione, sposando la tesi dell'adesione spontanea. Se, da un lato, paiono rispettate le raccomandazioni fornite in punto dal Comitato, dall'altro, ci si domanda in quale modo siano invece state fornite informazioni corrette, trasparenti e comprensibili, contrastando anche la diffusione di false informazioni, altra preoccupazione rispetto alla quale il Comitato ha espresso proprie osservazioni. Non si tratta solo di fronteggiare la corrente dei no-vax, ma di coloro che possono essere inquadrati nella c.d. "esitazione vaccinale" che è fenomeno non di netto rifiuto del vaccino, bensì di sfiducia verso una vaccinazione i cui rischi e benefici non vengono percepiti in maniera chiara e trasparente e che generano dubbi nella popolazione.

Dalla spontanea adesione al vaccino discende la necessità di esprimere il consenso libero e informato.

Nel caso degli ospiti della RSA e strutture equivalenti, il legislatore aveva la strada tracciata dall'art. 1, comma 1, legge n. 219/2017. Per seguire questa via, occorre elaborare un metodo per vaccinare tutti quei soggetti che non sono in grado di esprimere il consenso perché incapaci naturali e privi di un rappresentante legale con i poteri per farlo e da qui nasce il decreto-legge n. 1/2021. I sanitari, individuati dall'articolo 5, sono chiamati a svolgere la funzione di amministratore di sostegno al solo fine di esprimere il consenso con una procedura burocratizzata che tende ad attribuire al vaccino, nel risultato, il carattere di obbligatorietà. Ne deriva un formalismo per certi versi poco spiegabile e poco condivisibile, che non trasmette realmente il rispetto del principio del consenso informato, bensì la preoccupazione di una acquisizione formale. Ciò ha portato ad attribuire a soggetti, che già svolgono svariate funzioni, l'onere di assumere ulteriori decisioni in pochissimo tempo, nei confronti di soggetti incapaci naturali, di cui essi stessi devono accertare proprio quell'incapacità naturale che li legittima ad agire.

Si sarebbe forse potuto semplicemente applicare la previsione dell'art. 1, comma 7, legge n. 219/2017, secondo cui, nelle situazioni di emergenza o di urgenza, il medico e i componenti dell'equipe sanitaria devono assicurare le cure necessarie, rispettando la volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirla. Certo, occorrerebbe accordarsi sul significato di «situazione di emergenza o di urgenza» del singolo laddove la pandemia si caratterizza come una situazione di urgenza sanitaria collettiva.

In conclusione, un'ultima osservazione. Sebbene per soddisfare finalità limitatissime, il soggetto residente nella RSA viene sommariamente valutato come incapace. Pare che nessuno abbia pensato alle tematiche successive che potranno aprirsi ove risulterà esistente un accertamento incidentale e sommario che però a tutti gli effetti passa per un vaglio giudiziale, ove si determina che in un dato momento, un soggetto non è capace di intendere e volere.

Fonti:

- 1) Tribunale di Milano, *Casistica operativa per la vaccinazione degli ospiti delle RSA*;
- 2) Tribunale di Busto Arsizio, *Casistica operativa per la vaccinazione degli ospiti delle RSA*;
- 3) Tribunale di Udine, *Linee guida su adempimenti per il consenso alla somministrazione della vaccinazione contro il Covid-19 e consenso informato per pazienti interdetti, inabilitati e sottoposti a amministrazione di sostegno*;
- 4) Tribunale di Ivrea, *DL 1/2021 – consenso alla somministrazione della vaccinazione Covid-19 – pazienti incapaci, interdetti, inabilitati e sottoposti ad ASO in stato ricovero*;
- 5) Tribunale di Bologna, *Decreto-legge 5 gennaio 2021 n. 1 su G.U. n. 3, vigente dal 6 gennaio – ulteriori disposizioni urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 – art. 5: Manifestazione del consenso al trattamento sanitario del vaccino anti Covid-19 per soggetti incapaci ricoverati presso strutture sanitarie assistite*;
- 6) Tribunale di Torino, *Indicazioni operative ai sensi dell'art. 5 dl 1/2021 in tema di “manifestazione del consenso al trattamento sanitario del vaccino anti Covid-19 per i soggetti incapaci ricoverati presso strutture sanitarie assistite”*;
- 7) Tribunali di Pisa, Massa, Lucca e Livorno, *Vademecum – quesiti – circa l'applicazione dell'art. 5 “Manifestazione del consenso al trattamento sanitario del vaccino anti covid-19 per i soggetti incapaci ricoverati presso strutture sanitarie assistite” del decreto-legge 5 gennaio 2021, n. 1 “Ulteriori disposizioni urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19”*;
- 8) Tribunale di Catania, *Informazioni in merito alla campagna vaccinale Covid-19 per tutori, curatori e amministratori di sostegno-linee guida al consenso informato nelle vaccinazioni*;
- 9) Tribunale di Bergamo, *Articolo 5 del Decreto-legge 5/1/2021 n. 1. Manifestazione del consenso al trattamento sanitario del vaccino anti Covid-19 per i soggetti incapaci ospitati presso strutture sanitarie assistite*;
- 10) Tribunale di Salerno, *Adempimenti per il consenso alla somministrazione della vaccinazione contro il Covid-19 e consenso informato per pazienti interdetti, inabilitati e sottoposti a amministrazione di sostegno*;
- 11) Tribunale di Salerno, *ordine di servizio 1/2021*.

Diritto allo Studio e Covid-19

Stefano Di Matteo

Elementi introduttivi

Le incognite prodottesi a seguito della pandemia da agente patogeno Covid-19, hanno generato, in un mondo impreparato a tale evenienza, una miriade di atti legislativi più o meno efficaci, volti a contenerne la diffusione.

Al di là dell'enorme mole di dati da valutare ed elaborare da parte degli scienziati, sia dal punto di vista medico che sociologico ed economico, l'attività dei governi e delle amministrazioni periferiche ha chiaramente portato a isolare i cittadini al fine di "rompere la catena del contagio" e trovare il tempo perché venisse scoperto uno o più vaccini in grado di avvicinare, il più possibile, l'indice di trasmissibilità al valore zero.

Per ottenere questo risultato, la scelta più ovvia è stata quella di ridurre al minimo gli spostamenti e, di conseguenza, fermare le attività commerciali e non che si ritenessero essere non destinatarie di bisogni primari del cittadino.

Dopo le prime settimane di confusione, settimane nelle quali i diversi Paesi elaboravano scelte di contrasto diverse anche in base alla "resistenza" del proprio sistema sanitario nazionale, in molti di questi si prevedeva la sospensione alle attività didattiche in presenza e la predisposizione della didattica a distanza.

Il presupposto alla base del provvedimento insisteva sul dato di fatto, spesso poi disatteso, che sia gli istituti scolastici di ogni ordine e grado, sia le famiglie, fossero capaci di applicare questa rivoluzione epocale – la didattica a distanza – nel metodo di erogazione e fruizione dell'apprendimento.

Invero, esperimenti in tal senso si stavano già timidamente producendo da qualche anno, non ultimo si veda la formazione continua FAD proposta e gestita sia dal CNF¹ che da Cassa Forense², ma nelle intenzioni del legislatore tali forme costituivano ancora una funzione marginale e suppletiva a quella tradizionale.

L'enorme differenza di digitalizzazione, necessaria per fruire di tali servizi, ha portato ad enormi disservizi sia nell'erogazione attiva che in quella passiva.

Prendendo ad esempio l'Italia, è possibile notare che molti istituti scolastici di grado inferiore e superiore, pativano gravi ritardi nell'adeguamento delle strutture architettoniche, di accesso ai disabili e di sicurezza statica prima

¹ Sul punto cfr. l'elenco dei corsi e le modalità di apprendimento a distanza offerta dal Consiglio Nazionale Forense su <https://www.consiglionazionaleforense.it/formazione-a-distanza>.

² Cfr. il sito dedicato alla formazione di Cassa Forense <https://www.formazionecassaforense.it/login/index.php>.

dell'epidemia e, contemporaneamente, anche se non considerati in precedenza, enormi *vulnus* in ambito di digitalizzazione³.

A questo va aggiunto lo *status* delle reti di dati nel territorio nazionale; molte regioni presentano un sistema arretrato e non ancora adeguato agli standard europei ed internazionali, al punto tale da non essere nemmeno servite da un collegamento ad internet stabile e fruibile.

Valutando la questione italiana, sembra che l'annosa "questione meridionale" presentatasi dopo l'unificazione del 1861, stia manifestando ancora i propri effetti deleteri in ambito di servizi e possibilità offerte ai cittadini delle regioni del centro-sud; nonostante ciò, è incredibile pensare che anche nell'industrializzato settentrione italiano sussistano sporadiche situazioni di ritardo infrastrutturale.

Per ovviare alla diversità di possibilità di accesso alla DAD, il governo italiano ha anche provveduto a lanciare un piano volto alla digitalizzazione contenuto nel decreto-legge 6 agosto 2020, in G.U. del 5 ottobre 2020, n. 246, che garantiva, a partire dal 9 novembre 2020 il bonus pc, tablet e internet da 500,00 euro, per la prima fascia di utenti: quelli con Isee inferiore a ventimila euro⁴.

La questione connessa alla reale fruibilità e funzionamento dei servizi di didattica a distanza manifestano problemi troppo complessi per essere risolti con un intervento volto, *sic et simpliciter*, a disporre una distribuzione di fondi vincolati.

Ci si domanda, allora, come coniugare le politiche di contenimento della pandemia con il diritto allo studio?

Fondamentale è definire cosa si intenda per diritto allo studio. Cercando di generalizzare e non entrando, momentaneamente, nella particolare realtà italiana, consideriamo tale, quel complesso di norme approntate dagli Stati al fine di favorire, abbattere le barriere fisiche o economiche, semplificare la possibilità per gli studenti di ogni ordine, grado, *status* sociale ed economico di poter beneficiare delle possibilità di giovare di un'istruzione libera e di pari livello con i colleghi più avvantaggiati⁵.

Ogni nazione, così come l'Unione Europea attraverso i propri programmi di incentivo allo scambio culturale e accademico⁶, interpreta diversamente tale diritto fondamentale dell'individuo, approntando metodologie e sistemi normativi atti a produrre il maggior sviluppo di queste *best practice*.

³ Cfr. quanto riportato nel pregevole articolo di A. LONGO, *Dalla scuola al servizio civile digitale, ecco come digitalizzare l'Italia*, in *il Sole 24ore*, nel quale si identificano i progetti volti alla digitalizzazione ritenuti necessari <https://www.ilsole24ore.com/art/dalla-scuola-servizio-civile-digitale-ecco-come-digitalizzare-l-italia-AD3oEjAB>.

⁴ Per maggiori dettagli vd. il testo pubblicato in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana – Serie Generale n. 246* del 5 ottobre 2020 – all'url <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/10/05/20A05394/sg>.

⁵ Per una più puntuale valutazione della materia è possibile consultare il sito del Ministero dell'Istruzione, Università e della Ricerca all'url <https://www.miur.gov.it/diritto-allo-studio>.

⁶ Vd. tra gli altri i programmi *Erasmus* e *Socrates*.

Le politiche attive in tal senso possono prodursi in atteggiamenti volti alla semplificazione dell'accesso alla fruizione di servizi ovvero in contributi economici atti ad abbattere le difficoltà di sussistenza dei soggetti più svantaggiati e che hanno dimostrato attivamente un proficuo *iter* negli studi.

Disposizioni in tempo di emergenza per le scuole primarie e superiori a livello italiano ed europeo

I numerosi DPCM e ordinanze degli enti regionali, e locali hanno provveduto a gestire l'apertura e chiusura delle scuole e, conseguentemente, la modalità di erogazione della didattica a distanza.

Gli istituti scolastici, si sono trovati, però, a scontare un ritardo congenito e risalente a decenni di mancato adeguamento delle infrastrutture sia architettoniche che informatiche: tale mancanza ha generato un sovraccarico di adempimenti degli organi scolastici nel supplire alle mancanze pregresse ed alle pesanti richieste di adeguamento presenti nelle normative in tempo di emergenza.

Il risultato è stata la totale mancanza di coordinamento a livello nazionale; l'amministrazione centrale ha fornito linee guida spesso inapplicabili a causa delle deficienze numeriche e di aggiornamento del personale scolastico.

I territori più virtuosi hanno proceduto con risorse proprie e basandosi sull'intraprendenza del proprio corpo docente, insegnanti che spesso facevano uso di tecnologie e metodologie di insegnamento basate sulla propria personale capacità di ovviare alle resistenze di un sistema palesemente antiquato e conservatore.

Prova di quanto affermato è l'imbarazzante mancanza di laboratori informatici atti alla DAD nella maggior parte degli istituti scolastici a livello nazionale, altrettanto quanto una carenza di puntuale cultura in ambito informatico del personale docente e, di conseguenza della platea degli studenti⁷.

Non è arduo pensare che, a confutare questa affermazione, giunga a supporto l'idea, piuttosto estesa, che con la diffusione di smartphone e tablet tra i ragazzi di età scolare, vi sia una presenza capillare delle conoscenze informatiche e degli applicativi più comuni.

L'errore è, però, presumere che l'utilizzo dei programmi di messaggistica istantanea ovvero dei social network garantisca alle "nuove generazioni" la capacità di apprendere istantaneamente, se non di avere innata, la capacità di

⁷ Cfr. quanto riportato nel pregevole articolo di E. BRUNO - C. TUCCI, *Scuola, ancora 300mila studenti senza pc o connessione internet*, in *Il Sole 24ore*, nel quale gli autori informano della difficoltà di accedere ai contenuti della DAD a causa delle deficienze in materia di digitalizzazione <https://www.ilsole24ore.com/art/scuola-ancora-300mila-studenti-senza-pc-o-connessione-internet-AD0XwDz>.

utilizzazione dei principali applicativi office o di saper gestire fisicamente le tempistiche di una lezione a distanza.

Non è così, si sono moltiplicate le voci di allarme per quella che viene definita la “generazione perduta” a causa della grande difficoltà di concentrazione durante le lezioni a distanza e la conseguente perdita di gran parte delle nozioni e abilità che avrebbero potuto conseguire in presenza.

Altrettanto vi è da chiedersi, l'erogazione delle lezioni in modalità a distanza può sostanzialmente nella semplice traslazione delle medesime modalità in presenza o deve prevedere un diverso *modus operandi* volto a sintetizzare e ottimizzare i concetti da trasferire?

La risposta a tale interrogativo è complessa e molto dibattuta nella dottrina del settore ma, di certo, si possono notare gli effetti distorsivi che questa modalità di erogazione crea negli studenti di ogni ordine e grado: stanchezza cronica e, spesso, affaticamento mentale⁸.

Un necessario *excursus* sulla gestione della didattica è fondamentale al fine di meglio comprendere come abbiano amministrato le diverse nazioni un ambito strategico come l'istruzione, connesso direttamente al diritto allo studio in quanto accesso alle strutture ed ai contenuti.

AUSTRIA ⁹	È notizia di pochi giorni fa che il governo Kurz ha previsto test permanenti settimanali per gli insegnanti e, si parla, addirittura bi-settimanali. Per ottenere questo risultato pare siano stati acquistati oltre 20 milioni di tamponi rapidi. I bambini non testati saranno obbligati alla didattica a distanza.
BELGIO	Dal 12 marzo 2020, il Consiglio di Sicurezza Nazionale del Belgio ha informato i cittadini di aver varato un piano di vasta portata per rallentare l'espandersi del Covid-19 e sostenere i soggetti più a rischio. Di conseguenza, le lezioni di tutti i gradi inferiori alla didattica universitaria sono state interrotte. Oltre all'istruzione primaria e secondaria, si aggiunge la sospensione degli studi nei centri di istruzione per adulti, nei centri di istruzione primaria e nelle scuole d'arte part-time. Analogamente a quanto stabilito in Francia, il 4 gennaio 2021 le lezioni sono state riprese con l'assicurazione del governo di una valutazione molto attenta dell'andamento dell'epidemia.

⁸ Cfr. l'ottimo contributo di L. D'ORIA V., *Un “virus” DAD ha contaminato la scuola, effetti e conseguenze: si lavora il doppio, stress da disconnessione*, nel quale si affronta proprio questo specifico problema <https://www.orizzontescuola.it/un-virus-dad-ha-contaminato-la-scuola-effetti-e-conseguenze-si-lavora-il-doppio-stress-da-disconnessione/>.

⁹ <https://www.bmbwf.gv.at/Themen/schule/beratung/corona.html>.

BOSNIA-ERZEGOVINA	Con la dichiarazione dello stato di emergenza il ministro competente ha ritenuto sospendere la didattica la situazione evolve e viene monitorata per valutare l'apertura delle scuole. Anche in questo Paese si stanno sviluppando ed utilizzando modalità di apprendimento a distanza fino alla completa riapertura delle scuole. In questo caso, si sperimentano sistemi erogati tramite alcuni canali specifici in televisione per gli alunni delle primarie e secondaria inferiore/superiore. Questi canali consentono la trasmissione in diretta delle lezioni in base al programma. In alcune regioni vengono utilizzati anche i contenuti presenti nel sito https://www.rpz-rs.org . In altre si sfrutta la tecnologia offerta da <i>Google Classroom</i> o altri applicativi simili.
CIPRO	Sempre dal mese di marzo 2020 il governo centrale ha statuito la chiusura totale di ogni scuola di qualsiasi ordine e grado. Sono stati approntati protocolli volti a favorire la didattica a distanza specialmente per gli studenti del terzo anno delle scuole secondarie superiori che si apprestano a sostenere l'esame finale e di ammissione al grado di istruzione successivo.
CROAZIA ¹⁰	Dal marzo dello scorso anno anche la Croazia ha ritenuto chiudere tutti gli istituti di formazione del Paese. Inizialmente hanno provveduto ad uno stop di due settimane, poi reiterato durante il 2020. Si è sperimentata, anche in questo caso, la didattica a distanza. I docenti, però, hanno continuato a recarsi sul posto di lavoro e ai genitori lavoratori che non hanno avuto modo di organizzarsi diversamente è stato riconosciuto il diritto di portare i propri figli a scuola ovvero all'asilo. A fine 2020 lo Stato ha deciso di prolungare le vacanze natalizie così da ridurre la possibilità di assembramenti in vista di una riapertura delle scuole.
DANIMARCA ¹¹	Diversamente dalla maggior parte dei Paesi analizzati, la Danimarca ha previsto la chiusura per un solo mese nel marzo 2020. Già ad aprile le scuole primarie e secondarie sono state riaperte. Gli studenti di età superiore ai 10-12 anni hanno avuto modo, invece di seguire le lezioni in modalità on-line. Per evitare assembramenti, la Danimarca ha scaglionato gli orari di apertura ed accesso agli istituti scolastici ed ha affiancato un sistema di controllo capillare di coloro che partecipavano alla didattica. Da dicembre 2020 al 7 febbraio 2021 lo stato è in lockdown con totale chiusura anche di ogni scuola o istituto di formazione professionale.

¹⁰ <https://mzo.gov.hr/vijesti/koronavirus-vazne-informacije-3583/3583>.

¹¹ <https://www.uvm.dk/aktuelt/i-fokus/information-til-uddannelsesinstitutioner-om-coronavirus-covid-19>, <https://ufm.dk/en/education/higher-education/information->

ESTONIA ¹²	Conseguentemente alla dichiarazione dello stato di emergenza da parte dell'esecutivo, da marzo 2020, con revisione delle posizioni ogni due settimane, ogni istituto di istruzione, di qualsiasi ordine e grado è stato chiuso. Per ovviare a tale chiusura, la Information Technology Foundation for Education è stata protagonista nella gestione della formazione a distanza. Oltre a quanto detto, docenti e formatori hanno avviato anche attività sulla piattaforma Facebook per trovare la migliore soluzione per l'apprendimento degli studenti. La proattività della comunità educativa estone si manifesta anche nella chiara collaborazione tra diversi professionisti al fine di trovare sistemi paralleli per somministrare le lezioni.
FINLANDIA	La politica in ambito scolastico applicata dall'esecutivo ha ritenuto chiudere tutti gli istituti scolastici tranne le scuole materne. La differenza rispetto alla maggior parte dei Paesi analizzati si riscontra nella possibilità per i figli delle attività ritenute essenziali e per i portatori di handicap o disagio sociale di usufruire comunque delle lezioni in presenza (settori dell'assistenza sanitaria, in negozi di prima necessità, nelle farmacie, ecc.). La gestione della formazione a distanza è lasciata ai singoli istituti scolastici. L'organizzazione dei materiali necessari per procedere alla DAD risulta essere subito stata predisposta, grazie ad un sistema di insegnamento che già prevedeva tali contenuti.
FRANCIA ¹³	Come molti Paesi, anche lo stato francese ha ritenuto chiudere nel marzo 2020 le scuole. Le stesse nei mesi successivi sono state riaperte per un breve lasso di tempo ma subito richiuse a causa dell'aggravarsi dell'epidemia. Anche in questo caso le autorità hanno favorito l'utilizzo della didattica alternativa a distanza. Il 4 gennaio 2021, le lezioni sono state riattivate nuovamente con la promessa di maggiori controlli e più stringente prevenzione.

about-covid-19-corona-virus,
https://ufm.dk/en/education/higher-education/information-about-covid-19-corona-virus/questions-and-answers/questions-and-answers-about-lessons-exams-internships-etc?set_language=en&cl=en.

¹² <https://www.bm.ee/en/news/government-estonia-due-risk-infection-schools-will-be-moved-distance-learning>.

¹³ <https://www.education.gouv.fr/coronavirus-covid-19-informations-et-recommandations-pour-les-etablissements-scolaires-et-les-274253>.

GERMANIA	Considerando la federazione dei <i>Länder</i> tedeschi, il governo centrale ha deciso la chiusura delle scuole di ogni ordine e grado dal marzo 2020 fino alla successiva Pasqua. In seguito all'aggravarsi della situazione generata dall'agente patogeno Covid-19, gli istituti scolastici, riaperti per un breve periodo, sono stati chiusi nuovamente. Relativamente agli esami, variando sulla base della determinazione dei <i>Länder</i>, vi sono state diverse modalità per assicurarli. Su base regionale, i docenti hanno proceduto a organizzare lezioni tramite canali di comunicazione adatti ed a fornire ai propri studenti i materiali idonei alla preparazione. In alcuni casi si sono basati su piattaforme digitali atte a tale fine. Il 7 gennaio 2021 la cancelliera Angela Merkel ha adottato la linea dura provvedendo ad una serrata totale fino al 31 gennaio 2021. In realtà le scuole avevano già provveduto in maniera sistematica a riattivare a dicembre 2020 le piattaforme digitali, in conseguenza all'aggravarsi dell'epidemia.
GRECIA	A far data da marzo 2020, ogni scuola di qualsiasi ordine e grado, comprese le università sono state chiuse per due settimane a livello precauzionale per evitare la diffusione pandemica. La chiusura è poi stata estesa fino a dopo Pasqua dello stesso anno. Il competente dicastero ha costantemente tenuto aggiornati i cittadini fornendo informazioni e disposizioni volte a promuovere l'igiene, limitare i viaggi, la frequentazione di luoghi ed ogni progetto scolastico, ad uso di scuole, personale scolastico e genitori. Si è ritenuto opportuno valutare l'allungamento dell'anno scolastico al fine di recuperare il tempo perduto. Più in particolare, il governo ellenico ha ritenuto disporre l'attivazione di un progetto sperimentale attraverso teleconferenza per l'ultimo anno scolastico delle scuole superiori nella prefettura di Zante. Le possibilità per le lezioni online e l'apprendimento a distanza includono le seguenti disposizioni: implementazione pilota dell'insegnamento da remoto tramite teleconferenza, in collaborazione con la libera università greca e con l'associazione pannellica. Medesimo progetto è stato allargato alle prefetture di Ilia e Acaia; il collegamento ad internet per tali attività è stato liquidato interamente dal governo ed enti locali. Per far fronte all'espansione epidemica, il ministero dell'istruzione greco ha preparato un sito nel quale condividere e recuperare materiale didattico per tutte le scuole di ogni ordine e grado¹⁴. Altrettanto il platform <i>www.aesop.iep.edu.gr</i> offre a tutti i docenti maggiori modalità per gestire le lezioni in modalità digitale. Tra fine 2020 e inizi 2021 e dopo uno stop di otto settimane, si prevede che vi sia il ritorno degli studenti in classe ad eccezione di quelli delle scuole medie superiori, studenti che continueranno a seguire le lezioni in DAD.

¹⁴ <http://photodentro.edu.gr/aggregator/>.

IRLANDA ¹⁵	Tutte le scuole di ogni ordine e grado sono state chiuse dal 12 al 29 marzo 2020, per gestire e limitare l'espansione dell'epidemia Covid-19. Qualunque studente ed alunno delle scuole irlandesi è stato chiamato a praticare il distanziamento sociale ed a ridurre il contatto fisico. Questo implica il restringimento delle possibilità dei contatti pubblici, sottraendosi dal riunirsi in presenza e osservando in ogni caso uno spazio fisico tra un soggetto e l'altro. Per limitare al minimo l'impatto sull'istruzione e lo studio, tutte le scuole sono state chiamate a programmare le lezioni e, ove fattibile, a somministrare documenti e insegnamenti in modalità a distanza agli studenti nel caso in cui le scuole siano munite degli strumenti e professionalità per farlo. Alle stesse è stato pregato di seguire con maggiore impegno gli allievi che si sarebbero potuti non giovare dell'accesso alla didattica a distanza. Dal 19 gennaio al 1° febbraio 2021, a causa dell'impennata dei contagi e della decisione di passare a livello 5, le restrizioni interne, le scuole sono state chiuse.
LETTONIA ¹⁶	L'approccio lettone alla pandemia globale causata da Covid-19 e dei prevedibili rischi, ha portato all'annuncio dello stato di emergenza dal 12 marzo 2020 al 14 aprile successivo. Diversamente da molti altri Paesi, la Lettonia ha ritenuto limitare parzialmente l'accesso alle strutture scolastiche, introducendo, però, parallelamente anche la didattica a distanza a far data dal giorno successivo all'entrata in stato di emergenza. Nei mesi scorsi hanno fatto eccezione alla regola generale l'esecuzione degli esami di stato, i quali sono stati svolti in presenza nelle scuole.
LUSSEMBURGO ¹⁷	Adeguandosi alla linea conservativa e precauzionale adottata dalla maggior parte degli Stati europei e per evitare il diffondersi dell'agente patogeno COVID-19, il governo lussemburghese ha deciso di prolungare il periodo di sospensione delle lezioni dal 16 marzo 2020 al 19 aprile 2020. Tale chiusura ha coinvolto tutte le scuole di qualsivoglia ordine e grado e, di conseguenza, la ripresa delle attività scolastiche inizialmente attesa per il 30 marzo 2020, è stata rimandata al 20 aprile 2020. Lo stato di crisi necessario per procedere a tali provvedimenti è stato decretato dalla Camera dei deputati per una durata massima di tre mesi e, la stessa, ha offerto al governo un ventaglio di misure anticrisi, tra cui anche le disposizioni predette. Attualmente lo stato è in regime di apertura degli istituti scolastici con un capillare e forte controllo dell'andamento dell'epidemia.

¹⁵ <https://www.education.ie/en/Press-Events/Press-Releases/2020-press-releases/12-march-2020-statement-from-the-department-of-education-and-skills.html>.

¹⁶ <https://www.izm.gov.lv/en/highlights/3954-situation-caused-by-covid-19-in-latvia>.

¹⁷ <http://www.men.public.lu/fr/actualites/grands-dossiers/coronavirus/faq-en/index.html>.

PAESI BASSI ¹⁸	A far data dal 16 marzo, 2020 lo stato ha ritenuto chiudere le scuole di ogni ordine e grado, comprese quelle professionali, oltre ai centri per l'infanzia fino al 6 aprile del medesimo anno. Successivamente a tale data il blocco è stato prorogato ulteriormente. Proprio al fine di non congestionare e danneggiare il tessuto produttivo nazionale, scuole primarie e asili hanno garantito l'apertura soltanto per gli studenti, figli di genitori impiegati in ambiti fondamentali quali quelli di natura sanitaria. Per meglio identificarli, l'esecutivo ha fornito un elenco di tali settori. Anche in questo caso la DAD è la modalità prescelta per evitare gli assembramenti tra studenti ed evitare la diffusione dell'agente patogeno COVID-19. Viene ovviamente data priorità agli studenti che sono in procinto di dover sostenere gli esami di fine ciclo. Nel gennaio 2021 la prima scadenza per le chiusure era identificata nel 18 del mese, poi puntualmente prorogato.
POLONIA ¹⁹	Nella prima fase vi è stato uno stop delle lezioni in tutte le scuole ordinarie pubbliche e private tra il 12 e il 25 marzo 2020. A parziale eccezione di quanto detto, le scuole votate all'assistenza per gli studenti con disabilità, quelle all'interno di ospedali e istituti di reclusione, continuavano l'erogazione delle lezioni. I docenti sono sempre stati in regime di reperibilità, diversamente dal personale amministrativo che continua con il normale sistema di lavoro. È data facoltà ai capi di istituto di domandare ai docenti di disporre documentazione online per gli alunni che studiano da casa. Per sostenere i genitori di studenti di età minore agli 8 anni, il ministero competente ha stanziato un fondo erogato per quattordici giorni al fine di erogare un benefit speciale di assistenza all'infanzia. Questione molto particolare, emersa nelle ultime settimane di gennaio 2021 e volto a contenere il contagio epidemico, è la limitazione dello spostamento dei minori di 16 anni non accompagnati.

¹⁸ <https://www.government.nl/topics/coronavirus-covid-19/questions-about-coronavirus-and-the-education-sector>, <https://www.government.nl/topics/coronavirus-covid19/news/2020/03/16/childcare-available-for-people-in-crucial-sectors>, <https://www.government.nl/topics/coronavirus-covid-19>.

¹⁹ <https://www.gov.pl/web/edukacja/zawieszenie-zajec-w-szkolach>.

PORTOGALLO

Anche in questo caso, a far data dal 16 marzo 2020 anche lo Stato portoghese ha ritenuto procedere all'inasprimento delle misure di isolamento sociale. Tutte le attività di formazione siano esse di istruzione materna, primaria, secondaria ed universitaria sono state sospese inizialmente fino al 9 aprile 2020. Nella fase iniziale, sono stati individuati alcuni istituti scolastici per permettere ai figli degli operatori sanitari di essere seguiti e per favorire l'erogazione dei pasti a studenti con disagio di natura socioeconomica. È stato facilitato l'apprendimento a distanza e supportato anche attraverso la realizzazione di un nuovo sito web²⁰ per aiutare le scuole, ivi comprese quelle professionali, i docenti e formatori a proseguire nell'attività di insegnamento, così come gli studenti a meglio utilizzare questa nuova risorsa. Le modalità di espletamento delle mansioni degli insegnanti e personale amministrativo sono state oggetto di semplificazione e adeguamento. A solo titolo esemplificativo, il competente ministero ha predisposto le modalità di registrazione on-line degli esami nazionali. Inoltre, è stata potenziata la piattaforma di e-learning che consta di un centro di supporto online, di un *vademecum* sull'organizzazione delle lezioni, della fruibilità a titolo gratuito di supporti didattici ed e-book. Proprio al fine di favorire l'accesso alla nuova forma di erogazione del servizio formativo, il Ministero dell'Istruzione ha reso disponibile un contenuto video per i genitori che contiene dieci consigli su come assistere i figli relativamente alla nuova modalità di insegnamento. Le lezioni sono state nuovamente riattivate il giorno 4 gennaio 2021 in presenza, nonostante vi sia un lockdown totale del Paese.

²⁰ <https://apoioescolas.dge.mec.pt>.

REGNO UNITO	Diversamente da una partenza in palese dissonanza con gli altri Stati, il Regno Unito si è successivamente conformato alle misure intraprese già a livello europeo. Il <i>DfE (Department for Education)</i> per ovviare alla diffusione della pandemia ha presentato la <i>guidance for educational settings</i> ²¹ . Tale <i>vademecum</i> ha lo scopo di fungere da assistenza e supporto a docenti, famiglie e studenti al fine di meglio fronteggiare tale situazione. La guida è organizzata in più moduli ²² . In più, dal 19 marzo 2020 sono state pubblicate le <i>guidelines</i> per contenere la diffusione del Covid-19: <i>maintaining educational provision</i> ²³ . Il 4 gennaio 2021 il premier Boris Johnson ha proclamato un nuovo lockdown totale che ha coinvolto anche le scuole, determinando, <i>de facto</i> , la continuazione della didattica a distanza. Quanto all'esame di maturità, è stato decretato che venga cancellato.
REPUBBLICA CECA ²⁴	A partire da marzo 2020 l'intero settore dell'istruzione ceca è sottoposto a sospensione per questioni pandemiche. Vengono erogate lezioni con modalità DAD solo nel caso gli istituti ed i docenti siano in grado di assicurarli e la decisione dell'utilizzo o meno sarà demandato al capo di istituto. Ad onor del vero, i provvedimenti adottati dal governo non includevano le scuole dell'infanzia; in ogni caso erano state già diramate raccomandazioni per sospendere o limitarne il funzionamento. Qualora asili e scuole materne fossero stati ancora attivi, sono state prescritte limitazioni già approvate in precedenza. Nel gennaio 2021 il blocco era ancora attivo con prima scadenza del giorno 21.
ROMANIA ²⁵	A causa della pandemia le scuole di ogni ordine e grado sono state chiuse tra l'11 e il 22 marzo 2020. Attualmente le stesse alternano aperture e chiusure in base a specifici indicatori controllati periodicamente dalle autorità statali.

²¹ <https://www.gov.uk/government/publications/guidance-to-educational-settings-about-covid-19>.

²² La citata guida consta dei seg. moduli atti a formare ed informare ogni soggetto coinvolto nel processo di DAD: - *Guidance for other providers*; - *Day-to-day running of a school*; - *Safe working and protective measures*; - *Coronavirus (COVID-19) testing for staff and pupils*; - *Special educational needs and disability (SEND)*; - *Remote education and online learning*; - *Finance and administration*; - *Accountability and data collections*; - *Exams and assessments*; - *Teacher training*; - *Research about coronavirus (COVID-19) and children and young people*; - *Changes to regulations or legislation*.

²³ <https://www.gov.uk/government/publications/coronavirus-covid-19-maintaining-educational-provision>.

²⁴ <http://www.msmt.cz/informace-k-vyblaseni-nouzoveho-stavu-v-cr>.

²⁵ <https://www.edu.ro/m%C4%83suri-luate-de-ministerul-educa%C8%9Biei-%C8%99i->

SERBIA ²⁶	Anche nello stato balcanico l'esecutivo ha ritenuto dichiarare lo stato di emergenza epidemiologica a far data dal 15 marzo 2020. Già il 18 marzo del medesimo anno le scuole erano state chiuse. Per contenere il rischio da Covid-19, il governo ha deciso di approntare metodologie di insegnamento e studio a distanza erogate tramite emittenti televisive statali per gli studenti delle scuole primarie e secondarie inferiori. Per gli alunni delle scuole superiori il servizio di formazione viene erogato a mezzo del servizio internet multimediale serbo RTS Planet. Tali canali assicurano la trasmissione in diretta degli insegnamenti sulla base del programma²⁷. Oltre alla formazione basata su emittenti televisive, il programma scolastico viene assicurato anche attraverso didattica a distanza on-line. È stato predisposto da parte del ministero dell'istruzione serbo, in collaborazione con l'Istituto per il miglioramento dell'istruzione, un paniere di applicazioni web gratuite per la gestione dei contenuti, la collaborazione, la partecipazione e la valutazione. L'offerta educativa, volta a permettere una migliore fruizione delle lezioni, è stata anche arricchita con un'ulteriore piattaforma pensata per migliorare la fruibilità delle stesse e che permette la registrazione dei genitori degli studenti oltre a quella degli insegnanti e discenti di tutti i gradi formativi ad eccezione dell'insegnamento universitario. In ultimo l'applicazione Viber è stata scelta dagli enti preposti alla gestione delle attività educative per provvedere alle comunicazioni con ogni parte interessata²⁸. Durante la metà e fine gennaio 2021 in Serbia le scuole non sono state riaperte a causa del programmato periodo di vacanza.
SCOZIA ²⁹	Dopo la pubblicazione, il 20 marzo 2020, delle <i>guidelines</i> rivolte alle scuole ed enti di formazione, da parte del servizio sanitario nazionale, relative all'attuale emergenza epidemiologica, ogni ente di formazione di qualsiasi grado è stato oggetto di chiusura.

cercet%C4%83rrii-ca-urmare-hot%C4%83r%C3%A2rrii-nr-6-consiliului-na%C8%9Bional, <https://gov.ro/ro/stiri/declaratii-de-presa-sustinute-de-premierul-in-exercitiu-ludovic-orban-ministrul-educatiei-monica-anisie-ministrul-transporturilor-lucian-bode-ministrul-sanatatii-victor-costache-i-eful-departamentului-pentru-situatii-de-urgenta-dr-raed-arafat-la-finalul-sedintei-comitetului-national-pentru-situatii-speciale-de-urgenta>.

²⁶ <https://zuov.gov.rs/predlog-i-uputstvo-za-rad-sa-alatima-za-ostvarivanje-obrazovno-vaspitnog-procesa-ucenjem-na-daljinu/>.

²⁷ <http://www.mpn.gov.rs/operativni-plan-za-nastavak-rada-skola-u-otezanim-uslovima-uz-program-ucenja-na-daljinu-za-ucenike-osnovnih-i-srednjih-skola/>.

²⁸ <https://invite.viber.com/?g2=AQARf5%2FTRNyeUUs4bCyWdRJM%2B-jqMpVEkdmS4z7W%2BNaCGtcbT%2FvaFr63534y%2Bpl0t&lang=en>.

²⁹ <https://www.scot.nhs.uk/coronavirus-covid-19/>.

SLOVENIA ³⁰	L'esecutivo ha stabilito la serrata di tutte le scuole di ogni ordine e grado per un periodo di due settimane, poi prorogate, a partire da metà marzo 2020. Da quel momento in poi l'offerta didattica è stata erogata attraverso la ben nota modalità a distanza. È stato predisposto un sito <i>ad hoc</i> ed a disposizione degli insegnanti, che ospita forum e stanze virtuali per permettere lo scambio di materiale didattico e favorire la continuità didattica ³¹ , con la certezza dell'organizzazione di webinar a supporto dei docenti. Anche la televisione pubblica ha modificato i propri palinsesti per offrire almeno tre ore giornaliere di programmi educativi. In più, la collaborazione tra pubblico e privato ha portato alla definizione di accordi secondo i quali alcuni editori di libri di testo consentissero l'accesso a contenuti didattici a titolo gratuito per favorire la didattica a distanza. I minori di dieci anni, che non avevano la possibilità di essere coadiuvati dai genitori sono stati oggetto di particolari misure di assistenza. Di particolare pregio, proprio ai fini del diritto allo studio, si ricorda che il governo sloveno ha decretato un sostegno del 50% della retribuzione al genitore che avrebbe affiancato i figli nella didattica, proprio per evitare che fossero seguiti dai nonni. A fine 2020 lo Stato ha deciso di prolungare le vacanze natalizie così da ridurre la possibilità di assembramenti in vista di una riapertura delle scuole.
SLOVACCHIA ³²	Compatibilmente con i provvedimenti degli altri Stati europei anche la Slovacchia ha deciso la chiusura di ogni istituto di formazione di qualsiasi grado dal 16 marzo 2020. In una prima fase, il termine fu fissato nel 27 dello stesso mese. La capitale, Bratislava, ha visto già in precedenza la chiusura delle scuole. Per ovviare a tale situazione, anche in questo caso è stata potenziata l'offerta didattica a distanza. Dipendendo dall'organizzazione e capacità degli istituti scolastici, alcuni si sono basati sulla DAD ed altri attraverso l'invio delle lezioni o compiti mediante indirizzo di posta elettronica. Il metodo dipende dalle possibilità dei singoli insegnanti e dalla scuola (alcuni istituti offrono istruzione online, altri inviano i compiti ai bambini via e-mail, ecc.). A fine 2020 lo Stato ha deciso di prolungare le vacanze natalizie così da ridurre la possibilità di assembramenti in vista di una riapertura delle scuole.

³⁰ <https://www.gov.si/novice/2020-03-13-usmeritve-o-organizaciji-dela-v-primeru-zacasne-prekinitve-izvajanja-vzgojno-izobrazevalne-dejavnosti-v-vzgojno-izobrazevalnih-zavodih/>.

³¹ <https://sio.si/>.

³² <https://www.minedu.sk/usmernenie-ministerky-skolstva-vedy-vyskumu-a-sportu-sr-vo-veci-prerusenja-vyucovania-v-skolach-a-skolskych-zariadeniach>/<https://www.minedu.sk/ministerstvo-skolstva-vydalo-tretie-usmernenie-v-suvistlosti-so-sirenim-koronavirusu/>.

SPAGNA

Anche in questo caso a far data dalla metà del mese di marzo 2020 ogni lezione in tutte le scuole del Regno di Spagna sono state sospese per una quindicina di giorni. Seppure vi sia una comunicazione nazionale relativa a questo stop, le diverse comunità autonome si sono autogestite: prima di tale data, il 9 marzo 2020, tre hanno decretato il blocco delle lezioni.

In particolare, la Comunità autonoma di País Vasco ha comunicato l'interruzione delle attività scolastiche in una città, Vitoria, da martedì 10 marzo 2020 per due settimane; le Comunità autonome di La Rioja e Madrid hanno comunicato l'interruzione a far data da mercoledì 11, sempre per due settimane; le restanti hanno deciso di bloccare le attività di scuola dal 16 marzo 2020. Anche in questo caso, per ovviare alla necessità di prosecuzione delle attività di apprendimento, istituti scolastici e docenti hanno impiegato le reti dell'amministrazione scolastica per permettere agli allievi di proseguire nel programma. L'approccio volto ad armonizzare il sistema per permettere una gestione migliore delle risorse ha visto i docenti frequentare le scuole per tre giorni al fine di apprendere la modalità di DAD e i dipartimenti scolastici gestire il potenziamento e stabilità delle linee telefoniche ed internet. I diversi livelli organizzativi previsti dal sistema spagnolo prevedono che i singoli istituti decidano sulla presenza o meno dei docenti all'interno della struttura scolastica, diversamente, le comunità autonome si curano di formalizzare le disposizioni. Essendo necessaria e fondamentale la capillare informazione delle normative, è stato creato un dominio che rende pubblico: un Real Decreto-Ley che limita a 175 il numero minimo di giorni del calendario scolastico 2020; le risultanze del confronto tra Ministero e Comunità autonome per la posticipazione degli esami di ammissione agli atenei spagnoli; la proposta di allargare la flessibilità per i tirocini nel settore formativo classico e professionale. Il Ministerio De Educacion, Cultura y Deporte ha offerto, inoltre, alle Comunità autonome risorse per DAD su Procomun³³. Dal 7 gennaio 2021 in poi (fino all'11 gennaio) le scuole spagnole sono state aperte salvo alcune limitazioni dovute a maltempo.

³³ <http://procomun.educalab.es/es>, Progetto EDIA <https://cedec.intef.es/proyecto-edia/> e CIDEAD <https://www.educacionyfp.gob.es/educacion/mc/cidead/portada.html>.

UNGHERIA ³⁴	L'esecutivo ungherese ha deliberato un nuovo sistema di insegnamento per gli istituti di formazione al fine di evitare la diffusione dell'agente patogeno COVID-19. Con atto governativo n. 1102/2020, in vigore dal 16 marzo 2020, il governo nazionale ha stabilito l'utilizzo della didattica a distanza e la chiusura degli istituti scolastici e di formazione professionale. È stato demandato all'unità locale del centro di gestione educativa degli istituti di istruzione pubblica il compito di assistere i genitori a predisporre il controllo; diversamente, gli stessi genitori sono stati identificati quali soggetti atti ad assicurare la supervisione. Gli esami di stato della scuola superiore sono stati completati secondo le modalità già previste, anche perché l'incidenza dei casi nel mese di maggio e giugno in Ungheria non era tale da prevedere sistemi semplificati ovvero la sospensione degli stessi. L'apertura delle scuole al personale amministrativo e docente non è mai stata messa in dubbio tanto che dette categorie hanno sempre percepito lo stipendio e hanno provveduto a curare la didattica a distanza. Per quanto concerne la gestione delle scuole per l'infanzia, questa è attribuita ai comuni e governi degli enti locali. In ultimo, va precisato che anche le università hanno seguito il blocco delle lezioni in presenza e dell'attività di ricerca a far data dal 12 marzo 2020, in seguito alla dichiarazione di emergenza da parte del governo nazionale.
------------------------	--

Discrasia degli enti atti a garantire il diritto allo studio: il caso Veneto

Il pilastro introduttivo del complesso di norme connesse al diritto allo studio è rappresentato dagli articoli 33 e 34 della Costituzione della Repubblica Italiana³⁵. Un aspetto della tutela offerta dallo Stato italiano agli studenti presenti sul territorio nazionale è la possibilità, in specifici casi prestabiliti dalla normativa

³⁴ <https://www.kormany.hu/hu/emberi-eroforrasok-miniszteriuma/oktatasert-felelos-allamtitkarsag/birek/uj-munkarend-a-koznevelési-es-szakkepzési-intezmenyekben>.

³⁵ Cfr. art 33 Cost. – «L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento. La Repubblica detta le norme generali sull'istruzione ed istituisce scuole statali per tutti gli ordini e gradi. Enti e privati hanno il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione, senza oneri per lo Stato. La legge, nel fissare i diritti e gli obblighi delle scuole non statali che chiedono la parità, deve assicurare ad esse piena libertà e ai loro alunni un trattamento scolastico equipollente a quello degli alunni di scuole statali. È prescritto un esame di Stato per l'ammissione ai vari ordini e gradi di scuole o per la conclusione di essi e per l'abilitazione all'esercizio professionale. Le istituzioni di alta cultura, università ed accademie, hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato»; e art. 34 Cost. – «La scuola è aperta a tutti. L'istruzione inferiore, impartita per almeno otto anni, è obbligatoria e gratuita. I capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi. La Repubblica rende effettivo questo diritto con borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze, che devono essere attribuite per concorso».

vigente, di vedersi riconoscere borse di studio che favoriscano l'abbattimento delle barriere causate dalle diverse condizioni economiche.

Con la celeberrima riforma del titolo V, parte II della Costituzione attraverso la Legge Costituzionale n.3 del 2001, il potere di legiferare in ambito di diritto allo studio universitario ricade sulle regioni, non essendo identificata né tra le materie riconosciute esclusive dello Stato, tantomeno tra quelle concorrenti.

In base all'art. 117, comma 2, lett. m) della carta fondamentale, l'amministrazione statale è titolare del diritto a legiferare con competenza esclusiva sulla definizione dei livelli sostanziali delle prestazioni riguardanti i diritti civili e sociali che risulta necessario garantire nel territorio della nazione.

Negli anni si sono succedute numerose normative sia a livello internazionale, europeo, italiano e regionale al fine di armonizzare le procedure per permettere ai soggetti, identificati dalla già menzionata norma costituzionale, di accedere ai medesimi diritti di chi risultava essere favorito a livello economico.

In particolare, l'attuazione delle politiche volte a tale principio è affidata, nel sistema italiano, alle regioni, infatti, in merito alla ripartizione delle competenze, l'art. 3 del D. Lgs 68/2012 precisa che «le regioni a statuto ordinario esercitano la competenza esclusiva in materia di diritto allo studio, disciplinando e attivando gli interventi per il concreto esercizio di tale diritto»³⁶.

Queste, attraverso specifiche deliberazioni della giunta regionale, si regolano per declinare nel concreto la distribuzione di fondi sia tramite un trattamento di natura economica che tramite la fruizione di servizi a coloro che ne posseggano i requisiti.

Più specificamente, la Regione del Veneto annualmente propone, a seguito di Deliberazione della Giunta Regionale, i criteri e le modalità di accesso alle borse di studio.

In questo caso specifico, il fondamento regionale a tale diritto è basato, per le linee applicative, sulla “Deliberazione della Giunta Regionale n. 998 del 21 luglio 2020”, atto che prevede che la borsa di studio, ottenuta in base ai requisiti previsti dalla normativa vigente, sia erogata

[...] Ai sensi dell'articolo 9, comma 5, del D.P.C.M. 09/04/2001 ed in virtù dell'accordo stipulato tra la Regione e le rappresentanze elettive degli studenti in data 05/10/2001, qualora la Regione, tramite gli ESU, sia in grado di assicurare il servizio abitativo e/o di ristorazione con un'adeguata fruibilità rispetto alla sede del corso di studi, la borsa di studio verrà erogata agli studenti in parte in denaro ed in parte in servizi [...].

³⁶ Cfr. l'ottimo contributo intitolato *La normativa vigente in materia di diritto allo studio nelle università e nelle istituzioni AFAM* che determina con estremo rigore metodologico le fonti del diritto interno in materia del diritto allo studio.

https://temi.camera.it/leg18/post/la_normativa_vigente_in_materia_di_diritto_allo_studio_universitario.html.

Più in particolare, le due macroaree per identificare i potenziali destinatari delle misure si articolano negli studenti fuori sede³⁷ e quelli pendolari³⁸. L'elargizione della borsa di studio si sostanzia sia in una somma in denaro che in servizi di alloggio e ristorazione/mensa. Considerato quanto appena descritto, il corto circuito oggetto di questa specifica analisi si viene a delineare a causa della proclamazione dello stato di emergenza a livello nazionale a causa dell'agente patogeno COVID-19, fatto che ha portato ad una extra produzione normativa sostanziata in un susseguirsi di D.P.C.M. statali e ordinanze regionali.

La Regione del Veneto ha provveduto a limitare fortemente la libertà di circolazione dei cittadini al fine di contenere i contagi ed ha sensibilizzato le istituzioni regionali a provvedere anche attraverso "contenimenti sostenibili" delle proprie attività.

Proprio per le questioni connesse all'emergenza sanitaria, anche le università italiane, con particolare riferimento a quelle presenti nel territorio della Regione del Veneto, hanno statuito, almeno per l'anno accademico in corso, di limitare l'accesso agli atenei, alle aule studio e biblioteche agli studenti degli anni successivi al primo³⁹.

La *ratio* del provvedimento è da riscontrarsi anche nella necessità di permettere agli studenti appena immatricolati di ambientarsi al nuovo ciclo di studi, necessità che i colleghi dei successivi anni avevano già avuto modo di soddisfare.

Quanto detto ha fortunatamente azzerato gli spostamenti – già ridotti – verso le università venete, contenendo sia la diffusione del virus ma ha anche producendo chiare lesioni del diritto, costituzionalmente garantito, allo studio.

Ebbene, risulta singolare un aspetto connesso alla impossibilità, per gli studenti pendolari vincitori di borsa di studio 2020-2021, iscritti ad anni successivi al primo, di usufruire del servizio gratuito di ristorazione proprio perché tale parte della borsa di studio è erogata in un servizio mensa offerto nelle strutture universitarie o ad esse collegato (anziché fornire buoni pasto spendibili ovunque, ovvero una somma equivalente in denaro) rendendo palesemente impossibile goderne.

Tralasciando i vari aspetti puramente connessi al diritto ad accedere alle modalità di didattica a distanza che hanno visto produrre bandi *ad hoc* per dotare gli studenti in particolari condizioni di disagio del mezzo informatico e della linea internet, qui ci si è concentrati sui percettori – e soprattutto percettrici – di borsa di studio.

³⁷ Studenti i quali percepiscono maggiori indennità per il fatto che risultano residenti e domiciliati in zone particolarmente lontane dalla sede universitaria.

³⁸ Studenti che hanno la possibilità di raggiungere l'ateneo più facilmente anche grazie alla natura dei collegamenti ma che non sono comunque atti ad ottenere la borsa di studio.

³⁹ Ciò significa che per le lauree triennali avrebbero avuto accesso agli atenei solo gli studenti del primo anno, altrettanto sarebbe avvenuto per le lauree magistrali sia biennali che a ciclo unico.

Tale diritto applicato agli studenti definiti pendolari è quindi erogato in parte mediante una somma accreditata sul conto corrente degli stessi ed in € 400,00 quale “bonus virtuale” esigibile in servizi concernenti un pasto giornaliero presso i ristoranti convenzionati. È, pertanto, tale somma, a tutti gli effetti, parte della borsa di studio riconosciuta a detti soggetti.

Ebbene, con l'organizzazione della didattica a distanza, dall'anno successivo al primo, gli ESU hanno applicato alla lettera l'estratto precedentemente riportato, erogando la borsa di studio in parte mediante l'accredito sul conto corrente dei vincitori di una somma di denaro, in parte mediante servizi, tra cui quello connesso alla ristorazione/pasto.

Non essendovi lezioni in presenza presso l'ateneo, perché disattivate, non vi può essere nemmeno l'erogazione del servizio mensa, che, di fatto, obbliga gli studenti percettori di borsa di studio a vedere sacrificati i propri diritti.

Anche gli ESU⁴⁰, presenti presso le sedi di tutte le università italiane e venete, se interpellati non sono in grado di fornire alcuna alternativa se non suggerire di rinunciare al diritto, proprio perché sono costretti a seguire le disposizioni approvate a livello regionale.

Già alcuni mesi fa, della questione è stato interessato il competente ufficio regionale anche al fine di offrire una risposta ai numerosi studenti che hanno domandato di veder garantiti i propri diritti; ad oggi, però non è giunto ancora alcun chiarimento.

Allo stato attuale, quindi, viene a crollare la possibilità per la nutrita categoria di studenti pendolari di usufruire di un servizio, la ristorazione, che risulta erogata solo se gli stessi si recano a seguire le lezioni: un pendolare, *in re ipsa*, è colui che si reca in ateneo solo per attendere alle lezioni o studiare, ovvero sostenere l'esame e solo in quei casi ha senso avvalersi ed usufruire della prestazione sponsorizzata dalla Regione del Veneto mediante l'elargizione in servizio della borsa di studio.

La questione va, inoltre, affrontata anche dal punto di vista della non discriminazione di genere, considerato il fatto che la platea degli idonei alla borsa di studio 2020-2021, è per la maggior parte composta da studentesse, spesso lontane da casa e domiciliate in comuni diversi da quelli dove vengono erogati i pasti dalle mense convenzionate.

Diversamente dallo studente di sesso maschile, infatti, la studentessa ha minori possibilità di auto-mantenersi anche attraverso lavori temporanei, a causa del tessuto economico italiano che premia maggiormente il lavoratore che la lavoratrice.

Si aggiunga, poi, che la maggior parte delle studentesse pendolari, venivano impiegate in lavori connessi al commercio al dettaglio e al turismo (commesse o hostess congressuali) professioni che, per l'appunto, la pandemia ha fatalmente colpito.

⁴⁰ Ente per il diritto allo studio universitario.

L'intenzione è quella di portare avanti le richieste sempre più pressanti e reiterate degli studenti pendolari percettori di borsa di studio al fine di sensibilizzare i competenti assessorati della Regione Veneto al fine di porre rimedio a questo assurdo normativo.

La soluzione proposta è già stata inoltrata all'ufficio dell'assessore all'Istruzione – Formazione – Lavoro – Pari opportunità e consta nella monetizzazione della somma precedentemente individuata in servizi ovvero nel riconoscimento della medesima in buoni pasto che possano essere gestiti e spesi anche in luoghi diversi da quelli dotati di mensa universitaria.

Considerazioni conclusive

Seppur il contesto storico non sia assolutamente ricalcabile, di estrema attualità è il passaggio ricorrente nei versi di Arnaldo Fusinato nell'opera *L'Ultima Ora Di Venezia* nella quale il poeta descriveva una città soccombente durante i moti del 1849.

Purtroppo, le celebri parole pronunciate nella poesia dal gondoliere «Il morbo infuria / il pan ci manca / sul ponte sventola / bandiera bianca» paiono essere ancora traslabili nella situazione di difficoltà non solo di Venezia, dell'Italia ma anche di gran parte degli Stati mondiali.

La trasmissibilità dell'agente patogeno non è stata ancora fermata e i danni all'economia mondiale sono assolutamente visibili; si auspica e si crede, però, non vi sia la resa né della comunità scientifica, né dei governi.

Si aggiunga a questo la terribile confusione operata sia dal diritto scritto concernente l'elefantica produzione di decreti-legge e D.P.C.M. (*law in the book*) che al diritto vivo praticato dalle corti nazionali ed internazionali (*law in action*)⁴¹.

⁴¹ Vd. L. PEGORARO - A. RINELLA, *Introduzione al diritto pubblico comparato – Metodologie di ricerca*, CEDAM, Padova 2002, p. 34. Come ricorda il Boggetti, la distinzione tra “*Law in the book*” e “*Law in action*” venne formulata, in origine, oltre mezzo secolo fa, da sociologi del diritto e cultori del realismo giuridico americani. Quando l'indagine è condotta sulla base delle formule precettive che sono normalmente verbalizzate nei testi normativi (il “diritto dei libri”) e la loro interpretazione si lega alla lettera stessa delle formule, sul presupposto che si tratti del significato che verosimilmente viene loro attribuito dagli operatori giuridici dell'ordinamento cui appartengono, in questi casi la comparazione resta legata al diritto che sta nei libri. Non sempre, anzi di rado, il dato normativo testuale offre una reale conoscenza della soluzione giuridica apprestata dall'ordinamento. Il passo nella direzione di una comparazione più profonda è dato anche dal raffronto svolto anche sulla base del “diritto in azione”, il cosiddetto *diritto vivente*. Entra dunque in gioco quel complesso di significati che alle formule normative verbalizzate viene assegnato nel momento della loro applicazione ai casi concreti, da parte delle autorità preposte a tale funzione dall'ordinamento; ma anche T. ASCARELLI, *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, in *Saggi di diritto commerciale*, Giuffrè, Milano 1955, p. 508;

Nel secondo caso, si fa riferimento alle sentenze di corti di diverso grado, competenza e giurisdizione in ambito di applicazione delle normative regionali e statali⁴².

Dal punto di vista del diritto allo studio, le soluzioni approntate dai legislatori nazionali sono spesso differenti sulla base di specifici elementi di natura fattuale, sociale e culturale.

Non vi è dubbio che ogni Stato dia grande valore all'istruzione, anche perché, nessun Paese si può permettere di gestire una generazione di cittadini privi dell'adeguata formazione.

Si nota però che, a seconda dell'incidenza dell'epidemia sul tessuto sociale e sanitario, ogni governo ha deciso in maniera gradualmente diversa dall'altro.

Nazioni quali la Svezia, qui non analizzata con particolare rigore, ha reputato essere necessario procedere ad un mantenimento degli iter educativi classici, senza stravolgere il metodo formativo nemmeno a causa dell'agente patogeno Covid-19, utilizzando solo marginalmente la formula della didattica a distanza.

In generale tale nazione ha ritenuto provvedere a consigliare semplici accorgimenti precauzionali senza imporre alcuno stop all'intera collettività.

Altre nazioni che hanno subito, invece, un forte impatto sul sistema sanitario – non ultima l'Italia – hanno cercato di trovare sistemi alternativi di prosecuzione dell'iter formativo ad ogni livello.

A seguito del sistema a zone di colore differenziato (giallo, arancione e rosso), alle quali se n'è aggiunta un'altra, quella bianca, le scuole hanno avuto la possibilità di gestire la formazione degli studenti "spalmando" le lezioni in orari più ampi e frazionando le classi al 50% della capienza prevista così da garantire il distanziamento.

Altrettanto, nelle zone con indice Rt maggiore (rosso), la didattica veniva organizzata con sistema a distanza.

Si ritiene, infatti, che i luoghi di assembramento come le scuole possano essere il modo per veicolare il virus anche verso i familiari più esposti ai rischi della pandemia.

Approcci diversi, così come diverse sono le capacità organizzative degli istituti scolastici ed universitari sia all'interno del medesimo Paese che tra le diverse nazioni europee e mondiali, hanno portato ad evoluzioni differenti sia della mappa del contagio che del calendario formativo.

In Italia, oltre al noto paradigma (peraltro mai dimostrato e fallace) secondo il quale la qualità delle reti informatiche, anche a livello di gestione scolastica,

⁴² A solo titolo esemplificativo perché emblematico della situazione di estrema confusione nazionale cfr. le sentenze discordanti tra TAR in Puglia. Il Tribunale Amministrativo Regionale di Bari dispose la chiusura delle scuole, quello di Lecce, a distanza di pochi giorni, disponeva la riapertura https://www.corriere.it/cronache/20_novembre_06/tar-bari-scuole-puglia-aperte-quello-lecce-devono-restare-chiuse-f4a9f234-2046-11eb-a173-71e667bc7224.shtml.

decrezca man mano che si raggiunge il meridione, si registra, invece, una gestione “a macchia di leopardo”.

Anche nel nord del Paese vi sono *enclave* che risentono del ritardo nell’offerta dei servizi della penisola italiana in termini di qualità della didattica a distanza e quindi del diritto allo studio in tempo di pandemia, specie nelle zone meno servite dalle infrastrutture nazionali, periferiche e montane.

Di contro, va affermato che in ogni nazione (maggiormente è visibile in Italia) si nota che la situazione di emergenza sanitaria ha spinto, se non obbligato, le amministrazioni in ambito scolastico, tra le altre, a compiere per necessità, un forte salto in avanti quanto a tecniche di insegnamento a distanza e utilizzo delle tecnologie da parte di docenti ed alunni.

Questo forte salto generazionale a livello tecnologico e gestionale lo si è notato solo durante grandi eventi catastrofici quali le guerre mondiali, ed oggi anche a causa dell’isolamento forzato dagli eventi emergenziali a noi noti.

Ci si domanda, quindi, come sfruttare e far tesoro di queste esperienze che, forzatamente, si stanno assumendo in questo anno dall’inizio della pandemia?

La storia nel suo complesso insegna che l’uomo – inteso in tutte le sue declinazioni – tenda a trovare la forza ed il coraggio di intraprendere scelte differenti e più consapevoli solo quando obbligato dagli eventi e dalla natura.

Ripensare il ruolo dell’essere umano e delle proprie priorità è oramai diventato assolutamente necessario al punto tale da dover mettere in discussione anche gli archetipi del sistema sociale attuale oltre al *modus* formativo e meritocratico.

Predisporre e sfruttare l’accelerazione tecnologica delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato e conseguenti riduzioni della farraginosa burocratizzazione delle stesse, studiare e ripensare in modo pragmatico e moderno la gestione delle risorse umane e come coniugarle in un metodo di lavoro e apprendimento costante e sostenibile, queste sono le maggiori sfide che ora appaiono essere più limpide all’orizzonte.

Quel che si auspica è sicuramente che, passata la fase acuta dell’emergenza attuale, non vi sia una regressione alle vecchie e obsolete pratiche volte a conservare sistemi non più proponibili nell’Europa del futuro.

Come avviene nelle congiunture più tragiche della storia umana, il progresso tecnologico, sociale e dei diritti umani, dovrebbe portare ad un punto di svolta che aggiunga tappe per il miglioramento della vita ed il benessere comune.

Could Covid-19 vaccines be considered compulsory?

A case study

Veronica Gaffuri

Introduction

At this historic moment, the debate regarding the opportunity to make Covid-19 vaccines compulsory is very likely to occur all over the world.

In this context, I had the chance to study, as a lawyer, some issues emerging from that debate in relation to a concrete case brought to my attention.

The details of the latter are provided as follows.

A health care professional who works in a nursing home wants to refuse the Covid-19 vaccine. However, his employer has threatened to dismiss him in case of refusal. The health worker suffers from cancer, but he has already consulted specialized doctors who told him the vaccination cannot have negative consequences on his illness.

The questions that arise are:

- Is there any obligation to have a vaccination without a law that points out that obligation? Can an employer compel an employee to get vaccinated?
- Can an employer lawfully dismiss an employee who refuses the vaccination?
- Can an employee lawfully refuse to be vaccinated?

Conditions to impose the obligation to take the Covid-19 vaccine in Italy

In order to answer the above questions, it is necessary to take in consideration the Italian legal framework.

At the domestic level, Article 32 of the Italian Constitution shows that «The Republic shall safeguard *health as a fundamental right of the individual and as a collective interest*, and shall ensure free medical care to the indigent. *No-one may be obliged to undergo any health treatment except under the provisions of the law*. The law may not under any circumstances violate the limits imposed by *respect for the human person*».

The obligation to be vaccinated, that is a health treatment, can be introduced only by a *state law* that can be enforced in the same way on the Italian territory.

By judgment no. 5 of 2018¹, the Italian Constitutional Court stated some principles on compulsory vaccination. The health treatment can be imposed if:

- It aims to protect the health of the individual obliged to the treatment, but even to preserve others' health;
- it does not cause serious damage on the obliged person;
- it requires compensation in favour of persons damaged by irreversible complications due to compulsory vaccinations.

Thus, the Constitutional Court leaves it to the discretion of the legislator to decide the modalities on how to reach efficient prevention of infectious diseases. This could be applied either through recommendation or compulsion, on the basis of sanitary and epidemiological conditions, assessed from the competent authorities, and the advances made in medical research.

The Italian Constitution is in line with Article 8 of ECHR, under which a requirement to undergo medical treatment or vaccination, that is an interference with the exercise to respect for private life, has to be *in accordance with a law* and considered necessary in a democratic society for the protection of health. Therefore, also under the European Convention, a potentially compulsory Covid-19 vaccination should be formally imposed by law. As stated by the European Court of Human Rights, this measure has to be introduced through an accessible and foreseeable legal provision (*Silver and others v. the United Kingdom*², para 87).

In any case, an obligation to be imposed should be enforceable, i.e. some conditions shall be met in order to apply for a compulsory vaccination, such as setting up logistics, the existence of vaccinators but, above all, the assurance of suitability of vaccination for each individual³.

In relation to the current pandemic in Italy as well as in the rest of the world, there are not the above-mentioned conditions to make the Covid-19 vaccine compulsory.

Besides, the legislator should consider the peculiarity of the Covid-19 vaccine compared to other vaccines due to scientific uncertainties regarding it, such as its ability to prevent transmission and the duration of immunity after being vaccinated.

For these reasons, the Covid-19 vaccine is currently not mandatory in Italy,

¹ Constitutional Court, 18 January of 2018, n. 5, <https://www.giurcost.org/decisioni/index.html>.

² European Court of Human Rights, 25 March 1983, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-57577%22%5D%7D>.

³ «The assurance of suitability of vaccination for each individual is an essential prerequisite for the compatibility of mandatory vaccinations with the ECHR», in S. KATSONI, *Do compulsory vaccinations against COVID-19 violate human rights?: An assessment of the measure's compatibility with the European Convention on Human Rights*, https://intr2dok.vifa-recht.de/receive/mir_mods_00009782, 2020.

as in the rest of the world. However, there are still different opinions on making vaccines mandatory in some countries⁴.

The obligation to take the Covid-19 vaccine in absence of law. The case of the health care professional

In Italy, despite the absence of any provision of law that shows the obligation to take the Covid-19 vaccine, there is a wide debate in relation to the possibility to impose the obligation to have a vaccination. In particular, the scholars of labour law expressed divergent opinions about the employer's ability to implement a mandatory vaccination policy in the workplace.

Some commentators⁵ argue that employers can require their employees to be vaccinated in accordance with the rules that provide the obligation of employers to ensure health and safety at work. They refer mostly to Art. 2087 of the Civil Code that provides the employer's obligations «to adopt those measures which, depending on the particular nature of the work, experience and technology, are necessary to protect the physical and mental well-being of workers». *Vaccine administration should be included in those measures and the employer could reasonably require the employee to take the vaccine*, also in order to avoid negative consequences in terms of liability⁶. Then, they mention Art. 279 of the Legislative Decree n. 81/2008⁷ in relation to workers exposed

⁴ «IPSOS research on COVID-19 vaccines global attitudes», <https://www.ipsos.com/en-si/global-attitudes-covid-19-vaccine-january-2021>, 2021.

⁵ Among others are mentioned: P. ICHINO - O. MAZOTTA, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore?*, <https://www.quotidianogiuridico.it/documents/2021/01/08/vaccino-anti-covid-puo-il-datore-di-lavoro-imporlo-e-in-caso-di-rifiuto-licenziare-il-lavoratore>, 2021; R. GUARINIELLO, *Sul vaccino per i lavoratori contro il Covid-19 si applichi la legge!*, <https://www.ipsoa.it/documents/lavoro-e-previdenza/sicurezza-del-lavoro/quotidiano/2021/01/16/vaccino-lavoratori-covid-19-applichi-legge>, 2021. Guaraniello argues that the obligation to take the Covid-19 vaccine flows from Commission Directive (EU) 2020/739 that classifies SARS-CoV-2 as a risk group 3 human pathogen and extends to it rules to protect workers against risks to their health and safety, including the prevention of such risks, arising or likely to arise from exposure to biological agents at work, laid down by Directive 2000/54/EC.

⁶ G. GORRETTA, *Pandemia, vaccinazione e rapporto di lavoro*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2021, n. 2, p. 115.

⁷ Art. 279 of the legislative decree n. 81/2008 which states: «1. If the outcome of the risk assessment it is felt necessary workers exposed to biological agents shall undergo health checks referred to 'Article 41. 2. The employer shall, on the advice of the competent medical officer, take special protective measures for those workers for whom special protection measures are required, including for individual health reasons, including: (a) the provision of effective vaccines for workers who are not already immune to the biological agent present in the work, to be administered by the competent physician; b) the temporary withdrawal of the worker in accordance with the procedures of the 'Article 42».

to biological agents that have to be subjected to health surveillance as a result of the risk assessment. The rule demands the employer's obligation to provide effective vaccines to be administered by the competent physician and the temporary withdrawal of the worker, i.e. to assign the worker, where possible, equivalent tasks or, failing that, lower tasks ensuring the treatment corresponding to the original ones.

Other authors⁸ oppose this view on the basis of the following considerations. Article 2087 cc. cannot be considered *the law* invoked by Art. 32 of the Constitution and, in the case of the Covid-19 vaccine, the requirements of *experience and technology* are not met. According to Art. 279 of the legislative decree n. 81/2008, which must be interpreted restrictively, the considered biological risk derives from the workplace. They, therefore, argue that only a specific legislative provision can overcome the prohibition of Art. 32⁹. That said, if the employee does not comply with the employer's directive to get vaccinated, it should be considered whether his behaviour constitutes a breach of his contractual obligations. The assessment about his misconduct varies depending on different employment contracts and workplaces.

Concerning the concrete case at stake, it is relevant to consider that the employee is a health professional working in a nursing home.

The Italian legal scholars¹⁰, already mentioned, take the view that, in relation to some categories of workers, such as health professionals, the employer could impose the obligation to be vaccinated.

In this particular case, two factors should be considered: the subject of obligation coming from the employment contract in regard to the protection of health and the high level of risk of contagion in a health facility.

If the health facilities management does not require its staff (doctors and nurses) to vaccinate, it will be held liable if any individual (worker or patient) contracts Covid-19 as a result of its omission.

Firstly, the employer has the duty to do a risk assessment in relation to the biological agent SarsCov2 and the competent doctor has to comment on the necessity/opportunity to adopt the vaccine as a protective measure¹¹.

Then, if the two conditions are met, in case of refusal by the employee, the employer should verify whether it is possible to move him to other tasks that

⁸ G. ZAMPINI, *L'obbligo di vaccinazione anti Sars-Cov-2 tra evidenze scientifiche e stato di diritto*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2021, n. 3.

⁹ This is the main argument expressed by G. ZAMPINI.

¹⁰ See P. ICHINO - O. MAZOTTA, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore?*, cit. A divergent opinion is expressed by G. ZAMPINI, *L'obbligo di vaccinazione anti Sars-Cov-2 tra evidenze scientifiche e stato di diritto*, cit., p. 227.

¹¹ M. DEL CONTE, *Vaccino anti COVID-19: quali soluzioni per il datore di lavoro*, in <https://www.quotidianogiuridico.it/documents/2021/02/17/vaccino-anti-covid-19-quali-soluzioni-per-il-datore-di-lavoro>, 2021.

do not entail the exposition to the risk of contagion. In case of a negative result, the worker could be suspended without pay.

According to the commentators mentioned¹², it is believed that dismissals should be avoided. Abstractly, the employer could invoke the fulfilment of conditions to dismiss the employee for involuntary obstacle to work (“objective dismissal”). This occurs if the unfitness for work becomes definitive or temporary but with unforeseeable recovery times and, therefore, the lack of continuous interest to future service work.

In any case, health workers can lawfully refuse to have the vaccination, if they can reasonably invoke a proven medical-health personal impediment as, for instance, a history of a severe allergy to injectable medications or pregnancy.

Even the National Committee of Bioethics, in its opinion of 27.11.2020¹³, while reiterating the principle that nobody should be exposed to a health treatment against his consent, by favouring and encouraging spontaneous adhesion to vaccination by the population, *does not exclude mandatory vaccination in the case of persistent emergency, especially for professional groups more exposed to the infection and its transmission*.

The President of National Federation of the medical and dental surgeons Associations, Filippo Anelli, has affirmed that a doctor has the *ethical obligation* to get vaccinated in order to protect patients’ health.

The debate on mandatory Covid-19 vaccination is also persistent outside of Italy and seems to prevail the idea that a private employer can justify directing employees to vaccinate only when governments legislate mandatory vaccine. However, it is appropriate to distinguish between employees generally classed as essential workers, like frontline health workers and other employees. For the first ones, the direction of their employer may be reasonable and lawful; for the second ones, «if an employer is unable to justify a direction to vaccinate and takes adverse action against employees who fail to comply, the direction is likely to be deemed unlawful in many countries»¹⁴.

¹² See P. ICHINO - O. MAZZOTTA, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore?* cit.

¹³ «Vaccines and Covid-19: ethical aspects on research, cost and distribution», http://bioetica.governo.it/media/4115/p140_2020_vaccini-e-covid19_it.pdf, 2020.

¹⁴ T. CRANFIELD - P. CUTRONE - J. GORHAM - D. WALDMAN, *Mandatory COVID-19 Vaccination – the International Employment Landscape*, <https://www.seyfarth.com/news-insights/mandatory-covid-19-vaccination-the-international-employment-landscape.html>, 2020. For instance, the website of Australian Government states that «The Australian Government’s policy is that receiving a vaccination is voluntary, although it aims to have as many Australians vaccinated as possible. There are, however, limited circumstances where an employer may require their employees to be vaccinated. Whether an employer can require their employees to be vaccinated against coronavirus is highly fact dependent, taking account of the particular workplace and each employee’s individual circumstances. Relevant factors an employer should consider will include: whether a specific law (such as a state or territory public

Conclusion

In the present case, under the opinions expressed from the Italian legal theory, it is reasonable to assume that the health professional has the duty to get vaccinated and that he can refuse to do so only if he succeeds in proving, through a medical certificate, that the vaccine is contraindicated for his cancer disease.

However, if his refusal is not justified by a medical-health personal impediment and the competent doctor believes the worker is not able to perform his job because exposed, without vaccine, to the risk of contagion, the nursing home management team could hardly legitimately dismiss him. The employer could move the employee to other tasks or, if it is not possible, suspend him from work without pay.

So, I instructed the health worker to get vaccinated. Then, I explained that if he decides to refuse to have the vaccination, and the nursing home management team takes the above-mentioned measures (redeployment or suspension), he may consider them unlawful. For this reason, he may make a claim to an employment tribunal to challenge the measure taken by the employer. In that event, he may argue that the measure is in violation of his right to respect for private life and his right to his physical integrity. Moreover, it could be added that it has been taken in absence of a national law that requires compulsory Covid-19 vaccine and, therefore, in violation of Article 32 of the Constitution and Article 8 of the ECHR. He may also argue that the breach of his right may not be justified where less personally invasive measures are available to the employer to maintain health and safety of its workforce, such as social distancing and face coverings. However, in consideration of the type of workplace, that legal argument can be considered weak in the case at issue. The choice of taking legal action should be faced with the awareness of the risks that a complex issue, such as that one under consideration, shows.

Considering the persistent health emergency as well as the sensitivity of the labour issues at stake, it would be highly desirable that the competent authorities legislated on the issue.

health law) requires an employee to be vaccinated; whether an enterprise agreement, other registered agreement or employment contract includes a provision about requiring vaccinations; if no law, agreement or employment contract applies that requires vaccination, *whether it would be lawful and reasonable for an employer to give their employees a direction to be vaccinated* (which is assessed on a case by case basis)», <https://coronavirus.fairwork.gov.au/coronavirus-and-australian-workplace-laws/health-and-safety-in-the-workplace-during-coronavirus/covid-19-vaccinations-and-the-workplace>.

Addendum

It was reported that, after having drafted this article, the Belluno Employment Tribunal issued its first-ever decision (No 12 of 19 March 2021) on the topic examined above in which it refused to accept the emergency appeal presented by some health workers who were forced to go on mandatory leave by their employer due to the fact that they had refused to take COVID-19 vaccines. The judge, therefore, decided that the risk of exposure by the employees' presence at work would have violated the employer's responsibility to provide a safe workplace.

Furthermore, with the Decree Law No 44 of 1 April 2021, it was established in Article 4 that, in consideration of epidemiological Sars-Cov-2 emergency, all health care workers, including pharmacy staff, have the obligation to be vaccinated, unless their health appears to be in danger. This new Article shows that if health workers do not fulfil their duty to take COVID-19 vaccines, verified by local health authorities through ad hoc procedures, they must be suspended to undertake any services or tasks that entail interpersonal contact or could further spread COVID-19. Thus, if possible, the employer can transfer them to any other task, even one with lower responsibilities. Otherwise, the employee will be suspended without pay until the obligation to be vaccinated is absolved or, in its absence, until the national vaccination plan is completed and no later than 31 December 2021.

The lawmaker referred to what had been expressed by the majority of labour law legal theory that this paper has examined.

Abstract

This paper critically examines whether the Covid-19 vaccine should be considered mandatory in response to the coronavirus outbreak. It will show that, without any legal provisions, the vaccine cannot be considered compulsory. However, through the case of an Italian health worker who would refuse the vaccination, this article will assess the Italian perspective on the possibility of employers requiring employees, particularly health workers, to be vaccinated in order to reduce any workplace risks.

Italia: restrizioni Covid-19 e diritto al “cambiamento di sesso”

Mara Giuseppina Bottone

Introduzione

Negli ultimi quarant'anni il diritto all'identità di genere si è evoluto in maniera significativa fino ad essere riconosciuto pacificamente come diritto fondamentale.

Tuttavia, resta ancora molto da fare per garantire alle persone transgender l'effettivo esercizio di tali diritti. Per comprendere la situazione attuale in cui si trova il Paese in relazione ai diritti delle persone transgender, è fondamentale non solo analizzare il quadro giuridico europeo ed italiano, ma anche verificare cosa hanno affrontato e stanno affrontando gli addetti ai lavori e le persone transgender, nella realtà.

In quest'ottica è stato distribuito ai centri di ricerca ed ai consultori operanti nel settore un questionario con l'obiettivo di ottenere dati relativi ai primi mesi della pandemia, ovvero i mesi marzodiceembre 2020.

Questo studio si concentra sul se e quanto le restrizioni COVID-19 abbiano inciso sul diritto di “cambiare sesso” alla luce dell'art. 3 della Convenzione sui diritti dell'Uomo e la biomedicina, conosciuta come Convenzione di Oviedo.

La Convenzione di Oviedo

L'art. 3 della Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997¹, stabilisce che «gli Stati contraenti prendono, tenuto conto dei bisogni della salute e delle risorse disponibili, le misure appropriate in vista di assicurare, ciascuna nella propria sfera di giurisdizione un accesso equo a cure della salute di qualità appropriata».

¹ La convenzione di Oviedo è il primo trattato internazionale di bioetica. Il trattato è entrato in vigore il 1° dicembre 1999 a seguito della ratifica dei primi cinque stati. I primi stati a ratificare la convenzione sono stati, nel 1998: Grecia, Repubblica Slovacca e Slovenia. L'Italia ha autorizzato la ratifica per mezzo della legge 28 marzo 2001, n. 145, ma non ha ancora depositato il relativo strumento, https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/country/ITA?p_auth=XPXAYAvI.

Il diritto all'identità di genere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

La Corte Europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto più volte² che il diritto all'identità di genere³ ed il diritto ad ottenere il cambio del nome anche senza sottoporsi all'intervento chirurgico per la modifica dei caratteri sessuali primari rientra a pieno titolo nella tutela prevista dall'art. 8 della CEDU⁴, che sancisce il rispetto della vita privata e familiare⁵.

² Si vedano, tra le altre, le seguenti sentenze CEDU: *B. v. France*, 25 marzo 1992 (ricorso n. 13343/87); *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 luglio 2002, Grand Chamber (ricorso n. 28957/95), in cui per la prima volta la Corte di Strasburgo afferma il diritto al riconoscimento della riassegnazione di genere, *I. v. the United Kingdom* 11 luglio 2002, Grand Chamber (ricorso n. 25680/94), *Van Kück v. Germany*, 12 luglio 2003, *Grant v. the United Kingdom*, 23 maggio 2006, *L. v. Lithuania*, 11 settembre 2007 (ricorso n. 27527/03), *Y. Y. v. Turkey*, 10 marzo 2015 (ricorso n. 14793/08), *S. V. v. Italy*, 11 ottobre 2018 (ricorso n. 55216/08), *Y. T. v. Bulgaria*, 9 luglio 2020 (ricorso n. 41701/16), *Rana v. Hungary*, 16 luglio 2020, *Committee judgment*.

³ Con il termine identità di genere si indica l'esperienza soggettiva, intima e profonda del percepire e sentire sé stessi come appartenenti a un genere e non a un altro. Se la persona si identifica con il genere assegnato alla nascita, è definita cisgender. Se la persona non si identifica col genere assegnato alla nascita, si definisce transgender. Esistono diverse identità di genere che non rientrano necessariamente nel cosiddetto binarismo di genere, ovvero uomo/donna. Qualsiasi identità di genere è da considerarsi come una sana identificazione di sé.

⁴ Per una disamina approfondita della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art. 8 della Convenzione, si veda F. EDEL, *Case Law of the European Court of Human Rights relating to discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity*, s.e., s.l., 2015, <https://book.coe.int/en/human-rights-and-democracy/6472-case-law-of-the-european-court-of-human-rights-relating-to-discrimination-on-grounds-of-sexual-orientation-or-gender-identity.html>.

⁵ *S. V. v. Italy*, 11 ottobre 2018 (no. 55216/08). Questo ricorso aveva ad oggetto il rifiuto delle autorità italiane di autorizzare una persona transgender con un aspetto femminile a cambiare il suo nome maschile, sulla base del fatto che non si era ancora sottoposta a un intervento chirurgico di cambio di genere e che non era stata emessa alcuna decisione giudiziaria definitiva che confermasse la riassegnazione di genere. Nel maggio 2001 il tribunale distrettuale di Roma ha autorizzato il ricorrente a sottoporsi a un intervento chirurgico di cambio di genere. Tuttavia, in base alla legge n. 164/1982, non era in grado di cambiare il suo nome fino a quando il tribunale non avesse confermato che l'intervento era stato eseguito e avesse emesso una sentenza definitiva sulla sua identità di genere, cosa che ha fatto nell'ottobre 2003. La Corte di Strasburgo ha riconosciuto la violazione dell'articolo 8 (diritto al rispetto della vita privata) della Convenzione. Ha riscontrato in particolare che l'incapacità del ricorrente di ottenere un cambiamento del nome per un periodo di due anni e mezzo, sulla base del fatto che il processo di transizione di genere non era stato completato mediante un intervento chirurgico di riassegnazione di genere, rappresentava un fallimento dello Stato per adempiere al suo obbligo positivo (art. 1 CEDU) di garantire il diritto della ricorrente al rispetto della sua vita privata. Secondo la Corte, la natura rigida della procedura giudiziaria per il riconoscimento dell'identità di genere delle persone transgender, come in vigore all'epoca, aveva lasciato il ricorrente – il cui aspetto fisico e identità sociale erano da tempo femminili – per un periodo di tempo irragionevole in una posizione anomala atta a generare sentimenti di vulnerabilità, umiliazione e ansia.

Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, nel 2010, ha, altresì, stabilito che «gli Stati dovrebbero garantire che le procedure per cambiare legalmente il sesso e il nome di una persona siano rapide, trasparenti, accessibili e che rispettino l'integrità fisica della persona e la sua vita privata»⁶.

La legge n. 164/1982, sue modifiche e orientamenti giurisprudenziali

La legge n. 164/1982, intitolata *Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*, all'art. 1 prescriveva che se una persona vuole cambiare sesso deve essere autorizzata da un giudice, e solo dopo questa autorizzazione può accedere all'intervento chirurgico di mutamento del sesso assegnato alla nascita. A seguito dell'intervento chirurgico, con un ulteriore ricorso, la parte chiedeva al giudice di certificare il cambio di sesso e di conseguenza autorizzare la persona ad ottenere una nuova identità, ai sensi dell'art. 3.

Se pure salutata con favore, la nuova legge imponeva alla persona che voleva cambiare sesso di sottoporsi ad una lunga trafila che comportava un doppio passaggio in tribunale. Solo coloro che si sottoponevano all'intervento chirurgico di mutamento del sesso potevano richiedere le conseguenti modifiche del registro dello stato civile.

In base alla legge n. 164/1982, le persone erano costrette a sottoporsi all'intervento chirurgico per ottenere la modifica dei loro dati anagrafici.

Con una notevole innovazione, l'art. 31 comma 4 del decreto legislativo n. 150/ 2011, ha abrogato l'art. 3 della legge n. 164/1982 stabilendo quanto segue:

Quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato. Con la sentenza che accoglie la domanda di rettificazione di attribuzione di sesso il tribunale ordina all'ufficiale di stato civile del comune dove è stato compilato l'atto di nascita di effettuare la rettificazione nel relativo registro.

Conseguentemente, oggi il procedimento non è più bifasico, nel senso che non richiede, dopo l'entrata in vigore della novella normativa, due pronunce del giudice, una tesa ad ottenere l'autorizzazione per l'intervento chirurgico l'altra volta a verificare l'avvenuto intervento e l'autorizzazione a richiedere le modifiche anagrafiche.

La disciplina ha subito un'ulteriore evoluzione nel 2015, quando due importanti sentenze, una della Corte di cassazione e l'altra della Corte costituzionale, hanno interpretato quanto stabilito dalla legge n. 164/1982 in tema di percorso medico di affermazione di genere, alla luce dei principi contenuti negli artt. 2 e 32 della Costituzione e nell'art. 8 della CEDU.

⁶ Raccomandazione CM Consiglio d'Europa 2010/5.

La sentenza della Cassazione della prima sezione civile n.15138 del 20 luglio 2015

Nel 2015 la Corte di Cassazione è chiamata a pronunciarsi sulla questione relativa all'obbligatorietà dell'intervento chirurgico al fine di ottenere la modifica dei dati anagrafici. Il reclamante riteneva che «il trattamento chirurgico non potesse ritenersi necessario per ogni caso di rettificazione del sesso ma soltanto se finalizzato ad assicurare alla persona il benessere psico-fisico».

La sentenza, dopo un'approfondita analisi storico-giuridica del fenomeno del transessualismo, ha accolto il ricorso riconoscendo *il diritto del ricorrente alla modifica dei suoi dati anagrafici senza doversi sottoporre all'intervento chirurgico*.

A tal riguardo, sembra opportuno preferire il termine transessualità a quello di transessualismo, menzionato nella sentenza della Cassazione: considerato che le parole che utilizziamo sono importanti e contribuiscono all'evoluzione della realtà, il termine transessualità connota positivamente tale percorso e contribuisce ad eliminare lo stigma⁷.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 221 del 21 ottobre 2015

Sempre nel 2015, il Tribunale di Trento aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 164/1982.

Con specifico riferimento alla violazione dell'art. 2 Cost., il giudice *a quo* evidenziava che la giurisprudenza costituzionale ha ricondotto nell'alveo dei diritti inviolabili sia «il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità, che gli altri membri della collettività sono tenuti a riconoscere per dovere di solidarietà sociale» (sentenza Corte costituzionale n. 161 del 1985); sia il diritto alla libertà sessuale, poiché, «essendo la sessualità uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, il diritto di disporre liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto» (sentenza C. Cost. n. 561 del 1987). Conseguentemente il giudice rimettente lamentava che «l'art. 1 della legge 164/1982, pur riconoscendo il diritto della persona di scegliere la propria identità sessuale, ne subordinava l'esercizio alla modificazione dei propri caratteri sessuali primari da realizzare tramite un doloroso e pericoloso intervento chirurgico. Ciò pregiudicherebbe in modo irreparabile l'esercizio del diritto stesso, finendo con il vanificarlo».

Di qui, l'insanabile contrasto tra il diritto individuale all'identità sessuale (e

⁷ Per un approfondimento sui termini transessualismo e transessualità, *Quaderni dei Diritti, La condizione transessuale: profili giuridici, tutela antidiscriminatoria e buone pratiche*, 2017, https://www.consiglio.regione.fvg.it/export/sites/consiglio/pagine/garante-dirittipersona/garante/.allegati/CONDIZIONEtransessuale_2lr.pdf.

la relativa autodeterminazione) e l'imposizione del requisito della modifica dei caratteri sessuali primari, ai fini della rettificazione dell'attribuzione di sesso.

Secondo il giudice *a quo*, l'art. 1 della legge 164/1982, si porrebbe in contrasto con gli artt. 2 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 8 della CEDU, poiché la previsione della necessità, ai fini della rettificazione anagrafica dell'attribuzione di sesso, dell'intervenuta modificazione dei caratteri sessuali primari attraverso trattamenti clinici altamente invasivi pregiudicherebbe gravemente l'esercizio del diritto fondamentale alla propria identità di genere.

Si denunciava, altresì, il contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost., per l'irragionevolezza insita nella subordinazione dell'esercizio di un diritto fondamentale, quale il diritto all'identità di genere, al requisito della sottoposizione della persona a trattamenti sanitari (chirurgici o ormonali), estremamente invasivi e pericolosi per la salute.

La Corte costituzionale, rigettando la questione di legittimità costituzionale, ha rilevato che l'art. 31, comma 4, del d.lgs. n. 150 del 2011, richiede ancora che il tribunale autorizzi con sentenza il trattamento medico-chirurgico, *quando questo sia necessario al fine di adeguare i caratteri sessuali della persona istante*, ma non prevede che ai fini della rettificazione che il giudice verifichi l'avvenuta esecuzione dell'intervento. La Corte costituzionale, interpretando il dettato normativo "quando questo sia necessario" stabilisce che l'intervento chirurgico non è obbligatorio ma è una delle strade percorribili per ottenere la rettificazione del sesso e la conseguente modifica del registro dello Stato civile.

Si rileva, inoltre, che la Corte costituzionale nel 2015 ha anche richiamato la sua precedente sentenza, la n. 161 del 1985, nella quale aveva già dichiarato che «la legge n. 164 del 1982 accoglie un concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato, nel senso che ai fini di una tale identificazione viene conferito rilievo non più esclusivamente agli organi genitali esterni, quali accertati al momento della nascita ovvero "naturalmente" evolutisi, sia pure con l'ausilio di appropriate terapie medico-chirurgiche, ma anche ad elementi di carattere psicologico e sociale».

Si rileva che nell'arco di quarant'anni, sia la giurisprudenza europea che quella italiana hanno compiuto significativi passi in avanti nella tutela del diritto all'identità personale, ciò nonostante, si riscontrano ancora tanti ostacoli spesso esclusivamente burocratici, al sereno e trasparente esercizio di tale diritto fondamentale.

Si rileva, inoltre, che sia la Corte costituzionale che la Corte di Cassazione, fanno esclusivo riferimento all'art. 8 della CEDU senza menzionare la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, la quale tutela il diritto alla dignità umana (all'art. 1), il diritto alla vita (all'art. 2), il diritto all'integrità della persona (all'art. 3) ed il diritto alla salute (all'art. 35). Giova ricordare che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ha rango di norma primaria nei 27 Paesi membri dell'Unione Europea.

Le determine dell'AIFA del 23 settembre 2020

Il 30 settembre 2020 sono state pubblicate in Gazzetta Ufficiale⁸, due determine dell'Agenzia Italiana del Farmaco del 23 settembre 2020, entrate in vigore il 1° ottobre 2020.

In queste determine, l'AIFA ha stabilito la gratuità dell'accesso alle cure ormonali per coloro che hanno intrapreso il percorso medico di affermazione di genere.

Dopo un lungo percorso che ha visto coinvolte alcune associazioni transgender, l'AIFA ha stabilito l'erogabilità delle terapie ormonali sostitutive a totale carico del Servizio sanitario nazionale, *previa diagnosi di disforia di genere/incongruenza di genere formulata da un'equipe multidisciplinare e specialistica dedicata*.

Prima del 1° ottobre 2020, in Italia solo la Regione Toscana prevedeva la gratuità di questo tipo di farmaci.

Le determine dell'AIFA, una, dedicata al percorso medico di affermazione di genere con sesso assegnato alla nascita maschile e l'altra, dedicata al percorso medico di affermazione di genere con sesso assegnato alla nascita femminile, contribuiscono alla corretta implementazione del diritto al mutamento di sesso in relazione all'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, all'art. 32 della Costituzione italiana e all'art. 3 della Convenzione di Oviedo.

Le determine dell'AIFA stabiliscono la procedura per poter accedere alla prescrizione dei farmaci ormonali. La determina n. 104272/2020 stabilisce quanto segue:

Ritenuto, pertanto, di includere i suddetti medicinali nell'elenco dei medicinali erogabili a totale carico del Servizio sanitario nazionale, istituito ai sensi della legge 23 dicembre 1996, n. 648, per l'impiego nel processo di virilizzazione di uomini transgender, previa diagnosi di disforia di genere/incongruenza di genere formulata da una équipe multidisciplinare e specialistica dedicata.

La determina, n.104273/2020 stabilisce quanto segue:

Ritenuto, pertanto, di includere i suddetti medicinali nell'elenco dei medicinali erogabili a totale carico del servizio sanitario nazionale, istituito ai sensi della legge 23 dicembre 1996, n. 648, per l'impiego nel processo di femminilizzazione di donne transgender, previa diagnosi di disforia di genere/incongruenza di genere formulata da una équipe multidisciplinare e specialistica dedicata.

Il percorso medico di affermazione di genere è un percorso lungo che inizia nel momento in cui la persona acquista consapevolezza di ritrovarsi in un corpo che non riconosce e che genera sentimenti di prigionia e frustrazione. Il percorso medico di affermazione di genere dura tutta la vita, e per questo motivo è fonda-

⁸ <https://www.ilpost.it/2020/10/01/terapia-ormonale-transgender-gratuiti/>.

mentale garantire la protezione dei diritti fondamentali ad esso legati.

In base ai protocolli vigenti, solo dopo aver effettuato un percorso psicologico, un'équipe multidisciplinare e specialistica (di solito composta da un/una endocrinologo/a, un/una ginecologo/a ed un/una psicologo/a) redige la diagnosi di "disforia di genere". Solo dopo tale diagnosi si può accedere alle cure ormonali.

L'équipe multidisciplinare e specialistica, indicata dall'AIFA deputata ad elaborare la diagnosi di disforia di genere, è un'équipe operante in una struttura pubblica previa nomina dell'assessorato alla salute competente. In alcuni casi, si rileva che l'assessorato competente ancora non ha provveduto alla loro nomina.

Vi è di più, tali farmaci sono a carico del sistema sanitario nazionale, ma solo le farmacie ospedaliere possono distribuire questi farmaci. Anche questo dato va tenuto in considerazione, poiché incide sugli aspetti più concreti di questo tipo di cure. È necessario non solo avvalersi dell'équipe multidisciplinare competente ma anche aver la possibilità di accedere ad una farmacia ospedaliera.

Chi intraprende questo percorso deve sostenere dei costi significativi non solo in termini psicologici ma anche economici.

I costi del percorso psicologico, del percorso giudiziario (fatta eccezione per coloro che accedono al gratuito patrocinio) e fino allo scorso ottobre 2020, il costo delle cure ormonali.

Le cure ormonali durano tutta la vita, conseguentemente le due determine dell'AIFA segnano un importante passaggio nell'affermazione di questo diritto.

Purtroppo, come emerso dalla lettura dei questionari, mentre nelle regioni settentrionali il percorso per poter beneficiare della gratuità è stato attivato tempestivamente, ad oggi nelle regioni insulari si riscontra che le regioni (assessorato alla salute) non hanno ancora costituito le commissioni multidisciplinari per effettuare la diagnosi di disforia di genere, conseguentemente queste persone non potendo accedere alla diagnosi non possono beneficiare della gratuità dei farmaci e sono privi di un interlocutore istituzionale.

Secondo le informazioni fornite dall'Istituto Superiore di Sanità sul sito internet www.infotrans.it, si constata che nella regione Abruzzo non vi è nessun ospedale, centro di ricerca ovvero consultorio dedicato al percorso medico di affermazione di genere, conseguentemente le persone che in Abruzzo intraprendono il percorso medico di affermazione di genere devono spostarsi in Toscana oppure in Lazio.

Si rileva la violazione dell'art. 3 della Costituzione nonché degli artt. 21 e 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dell'art. 14 della CEDU⁹ in relazione all'art. 8 della CEDU.

⁹ Art. 14 CEDU – «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la na-

La mancata implementazione della determina AIFA costituisce una discriminazione indiretta che si consuma ai danni delle persone transgender che vivono nell'Italia insulare e/o meridionale.

Il questionario sul percorso medico di affermazione di genere

Al fine di ottenere informazioni su quanto è accaduto durante i primi mesi della pandemia (marzo/dicembre 2020) è stato inviato un questionario sul percorso medico di affermazione di genere a tutti i centri (ospedali, centri di ricerca, consultori) che operano in questo ambito.

Lo studio tiene in considerazione solo i centri pubblici ed i centri privati in convenzione con il sistema sanitario nazionale.

Si constata che dei 28 centri contattati solo una minima parte ha risposto al questionario, per cui le informazioni ricevute risultano parziali ma al tempo stesso esemplificative, considerando che sono pervenute risposte da tutte le quattro aree geografiche del territorio nazionale (Italia settentrionale, centrale, meridionale e insulare).

Come già detto, in Italia ci sono circa 28 centri, tra istituti di ricerca, consultori ed ospedali dediti al percorso medico di affermazione di genere.

L'elenco dei centri di riferimento è reperibile sul sito web dell'Istituto Superiore di Sanità, alla pagina www.infotrans.it.

Sette regioni su venti, (Abruzzo, Basilicata, Calabria, Marche, Molise, Valle d'Aosta, Umbria) sono prive di una struttura di riferimento per il percorso medico di affermazione di genere.

La regione con un maggior numero di strutture che si occupano del percorso medico di affermazione di genere è la Campania.

Solo una regione (Friuli-Venezia Giulia) ha un centro dedicato al sostegno dei bambini con diagnosi di disforia di genere.

Analizzando i dati emersi dai questionari emerge quanto segue: confrontando i mesi di marzo – dicembre 2019 con i mesi marzo - dicembre 2020, il numero di persone che hanno iniziato il percorso medico di affermazione di genere è notevolmente diminuito.

Alla domanda «Secondo voi, in che modo la pandemia ha influenzato l'eccesso al trattamento», il 75% ha risposto che la pandemia ha influenzato in modo negativo l'accesso alle cure ormonali.

Alla domanda, «la gratuità delle cure ormonali disposta dall'AIFA il 23/09/2020, ha facilitato l'accesso alle cure ormonali», il 75% ha rilevato che la gratuità ha inciso positivamente sull'accesso alle cure.

scita od ogni altra condizione». Il quadro delle tutele richiama anche gli strumenti del Diritto internazionale.

Conclusioni

Alla luce delle risposte ricevute al questionario, sembra potersi desumere, che le restrizioni imposte dalla pandemia, abbiano inciso negativamente sulla fruibilità del percorso medico di affermazione di genere.

Si constata che il diritto al mutamento di sesso e conseguentemente all'identità di genere non è garantito uniformemente su tutto il territorio nazionale.

A *latere* si rileva che la protezione del diritto alla salute (art. 32 della Costituzione), affidata dalla Costituzione alle regioni, riflette un'applicazione di questo diritto e del diritto all'identità di genere (art. 2 Cost.) a macchia di leopardo.

Questi dati sono abbastanza significativi per segnalare che dal punto di vista istituzionale ci sia ancora tanto da fare.

Il governo italiano dovrebbe maggiormente farsi carico della rimozione degli ostacoli che impediscono l'esercizio del diritto alla vita privata delle persone transgender e che non garantiscono *un accesso equo alle cure*, a differenza di quanto stabilito dalla Convenzione di Oviedo (art. 3) e di quanto stabilito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (artt. 1-2-3-35).

Se da un lato l'AIFA ha stabilito la gratuità delle cure, dal canto suo il Ministero della Salute dovrebbe verificare se su tutto il territorio nazionale ci sia la concreta possibilità di avvalersi dell'operato della commissione interdisciplinare volta a diagnosticare la disforia di genere.

Si rileva, inoltre, che il Ministero della salute dovrebbe anche verificare se i farmaci, per i quali si può beneficiare della gratuità, siano effettivamente i migliori sul mercato oppure se siano dei farmaci di minore efficacia.

Dall'analisi dei dati del questionario emerge che le persone transgender provenienti dalla zona insulare e da quella meridionale sono maggiormente penalizzate rispetto a quelle provenienti dall'Italia centrale e settentrionale.

L'indagine conferma che anche nell'ambito del percorso medico di affermazione di genere, la residenza delle persone in un territorio piuttosto che in un altro incide in maniera significativa sulla loro capacità di esercitare i diritti fondamentali.

Da ciò discende che l'esercizio dei diritti fondamentali non è garantito in maniera uniforme su tutto il territorio nazionale.

Infine, si rileva che il coinvolgimento dei Centri di ricerca e dei consultori è stato molto complesso e difficile, ma al tempo stesso rilevante e foriero di spunti significativi.

La pandemia ha sicuramente limitato l'esercizio di diritti fondamentali, che già prima dell'emergenza epidemiologica non godevano di garanzie concrete, conseguentemente ci si augura di poter proseguire tale studio, al fine di studiare e verificare anche il livello di protezione accordato alle persone transgender maggiormente vulnerabili quali, i minori, le vittime di tratta, quelle astrette negli istituti penitenziari ed i migranti al fine di contribuire a mantenere alta la guardia sui diritti fondamentali delle persone transgender.

*Appendice:***Questionario su Percorso medico di affermazione di genere e restrizioni dovute alla pandemia Covid-19***Obiettivo del questionario*

Il presente questionario serve per contribuire ad analizzare, dal punto di vista bioetico, che tipo di accessibilità al percorso medico di affermazione di genere (terapia ormonale e terapia chirurgica) c'è stato durante l'emergenza COVID-19. La ricerca analizzerà il periodo [...] e lo confronterà con il periodo di tempo che intercorre dal [...] al [...]. Obiettivo della ricerca è scoprire se l'accessibilità a tale percorso è diminuita rispetto al periodo precedente, e se tale carenza e/o difficoltà di accesso è da attribuirsi all'emergenza COVID-19.

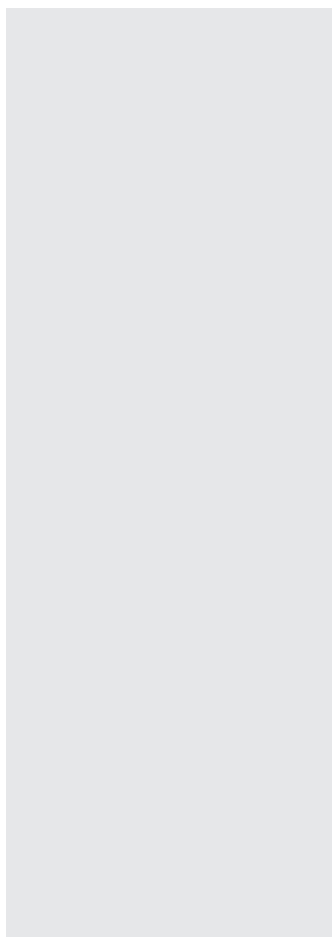
Le risposte al questionario saranno elaborate rispettando la riservatezza dei dati forniti, ai sensi dell'art. 13 del Regolamento (UE) 2016/679.

Il/La responsabile del trattamento dei dati raccolti.

1. Oggi, in generale, il suo centro/consultorio quante persone segue nel percorso medico di affermazione di genere?
2. Quante persone hanno effettuato un percorso medico di affermazione di genere, con sesso assegnato alla nascita maschile, nel periodo [...]?
 - Per favore, indicare quante persone hanno iniziato il percorso.
 - Per favore, indicare quante persone hanno proseguito il percorso.
3. Di queste persone, quante hanno seguito esclusivamente la terapia ormonale?
4. Quante persone hanno effettuato un percorso medico di affermazione di genere con sesso assegnato alla nascita femminile, nel periodo [...]?
 - Per favore, indicare il numero di persone che ha iniziato il percorso.
 - Per favore, indicare il numero di persone che ha proseguito il percorso iniziato negli anni precedenti.
5. Di queste persone, quante hanno seguito esclusivamente la terapia ormonale?
6. Quante persone, di quelle indicate hanno proseguito un percorso medico di affermazione di genere presso il vostro centro/consultorio nel periodo [...]?
7. Quante persone hanno iniziato, proseguito oppure concluso, un percorso medico di affermazione di genere con sesso assegnato alla nascita maschile, nel periodo [...]?
 - Per favore, indicare quante persone hanno iniziato il percorso.
 - Per favore, indicare quante persone hanno proseguito il percorso.
 - Per favore, indicare quante persone hanno concluso il percorso.

8. Di queste persone, quante hanno seguito esclusivamente la terapia ormonale?
9. Quante persone hanno iniziato/proseguito/ concluso un percorso medico di affermazione di genere, con sesso assegnato alla nascita femminile nel periodo [...]?
 - Per favore, indicare quante persone hanno iniziato il percorso.
 - Per favore, indicare quante persone hanno proseguito il percorso.
 - Per favore, indicare quante persone hanno concluso il percorso.
10. Di queste persone, quante hanno seguito esclusivamente la terapia ormonale?
11. Secondo Lei, l'emergenza COVID-19 in che misura ha influito sul mancato accesso alle cure oppure ha reso difficile l'accesso alle cure nel periodo [...]?
12. In che misura l'emergenza COVID-19 ha influito sull'accesso al percorso medico di affermazione di genere?
 - In maniera significativa
 - In maniera poco significativa
 - Non ha influito
13. La gratuità delle cure ormonali disposta dall'AIFA il 23/09/2020, ha facilitato l'accesso alle cure ormonali?
 - Sì, decisamente
 - No, l'ha resa più difficile
 - Non ha avuto alcun effetto
14. Il suo centro/consultorio in che zona geografica di Italia si trova?
 - Italia Meridionale
(Abruzzo, Basilicata, Campania, Calabria, Molise, Puglia)
 - Italia Centrale (Marche, Lazio, Toscana, Umbria)
 - Italia Settentrionale
(Emilia-Romagna, Friuli-Venezia Giulia, Lombardia, Liguria, Piemonte, Trentino-Alto Adige/Sudtirolo, Valle D'Aosta, Veneto)
 - Italia Insulare (Sardegna, Sicilia)

FORMAZIONE FORENSE



I percorsi di formazione per il conseguimento del titolo di avvocato specialista: le norme, i fatti e qualche opinione (anche sul “conflitto” tra accademia e avvocatura)

Franco Scarpelli*

1. Le scuole di formazione specialistica degli avvocati, tra esperienza attuale e futura applicazione della legge 247/2021

Sono trascorsi quasi nove anni dall'approvazione della riforma dell'ordinamento della professione forense (legge 247/2012) e ancora oggi non ha avuto concreta attuazione uno dei suoi aspetti più importanti e innovativi, ovvero il riconoscimento delle specializzazioni e la disciplina delle modalità con le quali può essere ottenuto il titolo di specialista. In questi anni, peraltro, non sono mancati colpi di scena, tensioni, conflitti di interessi e persino controversie giudiziarie su diversi aspetti di questa complessa partita.

In questo contributo si vuole approfondire la questione specifica dei percorsi di formazione per il conseguimento del titolo di avvocato specialista (più semplicemente: le scuole per la formazione degli avvocati specialisti), a partire dal chiarimento, per quanto possibile, della loro configurazione e delle regole secondo le quali potranno essere istituite.

Per i meno informati, infatti, è opportuno precisare che le attuali scuole di “alta formazione”, attive da anni in diversi settori giuridici (diritto amministrativo, civile, europeo, del lavoro, di famiglia e minorile, internazionale, penale), sono nate per lo più su iniziativa di associazioni forensi specialistiche anche sulla base di convenzioni con la Scuola Superiore dell'Avvocatura (SSA, Fondazione istituita nel 2006 dal Consiglio Nazionale Forense, CNF) ma non sono le scuole per il conseguimento del titolo di specialista di cui alla legge 247, per la cui attivazione mancano ancora alcuni passaggi attuativi (v. *infra*).

Esse, semmai, aspirano a trasformarsi in tali scuole appena ciò sarà possibile, con i necessari adeguamenti formali e strutturali, e in vista di tale passaggio hanno adeguato i propri assetti organizzativi al modello di scuola prefigurato

* Ordinario di Diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Milano-Bicocca, avvocato nel Foro di Milano.

dall'art. 9 della legge 247. Nello stesso tempo, per i tanti giovani avvocati che hanno frequentato tali scuole negli anni, o che stanno frequentando i bienni in corso, si pone il problema dell'eventuale riconoscimento dell'attività formativa svolta ai fini del conseguimento del titolo¹.

In merito, peraltro, è interessante sottolineare che già questa esperienza delle scuole convenzionate con la SSA è pluralista, laddove più soggetti hanno preso l'iniziativa (nel settore del diritto di famiglia le scuole sono ben quattro, tre si collocano nell'area internazionalista ed europea), che essa presenta scuole sia a carattere nazionale sia legate a specifici territori e, infine, che già oggi vede il coinvolgimento su base convenzionale di numerose università, in un'ottica di cooperazione tra mondo forense e accademia.

Su questa esperienza e sul ruolo fondamentale svolto finora dall'avvocatura si tornerà tra breve.

2. Gli interessi in campo (e qualche nota personale)

Si è già accennato al fatto che la partita delle specializzazioni e delle scuole di formazione degli avvocati specialisti ha dato luogo a rilevanti tensioni e conflitti. Tale fenomeno interessa sotto più profili l'intero mondo dell'avvocatura e dell'accademia giuridica, ma si è manifestato in modo particolarmente vivace nel settore del diritto del lavoro (cui appartengo), secondo dinamiche e circostanze che in parte analizzeremo per i profili di rilevanza più generale.

La ragione risiede in primo luogo nella sussistenza di una pluralità di interessi, che si sono talvolta contrapposti: l'interesse a favorire o contrastare le specializzazioni, quello alla legittimazione come soggetti rappresentativi del singolo settore specialistico, quello alla gestione dei percorsi formativi (le scuole), sia per governarne contenuti e qualità sia per sostenere le proprie iniziative sul "mercato" della formazione specialistica. Sotto quest'ultimo profilo, peraltro, è opportuno segnalare fin d'ora che le scuole non possono produrre profitti a favore dei soggetti che le organizzano, essendo dettata dal DM 144/2015 una regola che vincola al rapporto tra quote di iscrizione e mera copertura delle spese di organizzazione e funzionamento.

Si ritiene dunque di fare un buon servizio al lettore meno avvezzo al tema fornendo in primo luogo alcuni elementi di comprensione di origini e caratteristiche di tali interessi: con la precisazione che chi scrive si sottrae volentieri alla tendenza a qualificare gli interessi come più nobili o meno nobili (anche perché in genere appartengono alla prima categoria quelli di cui è portatore chi parla, e alla seconda quelli avversati...).

¹ A tale questione di diritto transitorio è dedicata una disposizione del DM 144/2015, l'art. 14, la cui capacità di rispondere alle attese dei giovani avvocati citati è fortemente messa in discussione dai ritardi attuativi della disciplina.

A) Sul primo terreno citato (pro o contro le specializzazioni) si è sviluppato lo scontro tra avvocatura generalista e specialista che, con estrema semplificazione, corrisponde in parte alla differenza di sviluppi del mercato dei servizi legali tra le grandi aree urbane, anche con proiezione internazionale, e le realtà più tradizionali di provincia.

L'avvocatura generalista, o comunque gli avvocati che operano in grandi settori (come il classico avvocato civilista d'un tempo) guardano con sospetto e timore all'affermarsi delle specializzazioni e degli studi specialisti (a volte iper-specializzati in sotto-settori ad alto contenuto tecnico, spesso coesistenti in grandi "law firm", nazionali o sovranazionali, composte da dipartimenti specialistici). Ciò tanto più in una fase di evoluzione del mercato professionale nella quale, per una pluralità di motivi, non pochi avvocati faticano a raggiungere soglie di reddito dignitose (e ancor più le avvocate)². D'altro canto, il tema delle specializzazioni si correla anche a quello dei costi dei servizi legali specialistici, e dell'impatto che gli stessi possono avere soprattutto sul sistema delle piccole e medie imprese³.

Il riconoscimento legale delle specializzazioni (e delle associazioni specialistiche) è frutto di una battaglia avviata all'inizio di questo secolo proprio dalle associazioni di settore per la tutela di fini generali ma anche, ovviamente, di carattere corporativo (termine qui utilizzato non in senso spregiativo). Ad essa si sono fortemente opposti altri settori dell'avvocatura ed alcuni ordini professionali nel cui ambito questi ultimi sono fortemente rappresentati⁴.

La battaglia a favore delle specializzazioni è stata vinta (almeno sulla carta) con il riconoscimento del titolo di specialista da parte dell'art. 9 della legge 247: titolo ottenibile sia per comprovata esperienza nel settore di specializzazione sia, ed è il nostro tema, con la frequenza delle scuole di formazione. Ciò è potuto avvenire, ritengo, non solo per l'efficace iniziativa

² Si vedano i dati riassunti nel Rapporto Censis sull'avvocatura 2021 (<https://www.cassaforense.it/media/9475/rapportocensis-2021.pdf>), secondo il quale il reddito medio dichiarato dai circa 231.000 avvocati attivi nel 2019 (anno in cui per la prima volta le avvocate hanno superato il numero degli avvocati uomini) è di 40.180 euro lordi, ma con forti squilibri di genere (per le avvocate il dato medio è il 62,4% di quello richiamato), di collocazione territoriale (40% del dato nazionale), di età.

³ Su tali complesse problematiche v. il Parere del Consiglio di Stato, Sez. consultiva per gli atti normativi, n. 3185 del 19.12.2019, che ripercorre i risultati dell'AIR (Analisi di impatto sulla regolamentazione) sulla nuova disciplina: «[...] non sfugge il nesso tra specializzazione e modelli organizzativi dell'offerta di servizi legali con particolare attenzione alla differenza tra grandi e piccoli centri urbani e le zone rurali. Tale offerta differisce anche in relazione alla dimensione delle imprese, ravvisandosi un deficit particolarmente significativo per le PMI, le cui risorse per l'accesso a competenze specializzate sono limitate».

⁴ Anche in tale contesto possono spiegarsi alcune controversie giudiziarie, di impugnazione del regolamento attuativo di questa parte della legge 247, che hanno se non altro ottenuto il lungo ritardo della sua attuazione.

delle associazioni impegnate in tale battaglia, ma anche perché il legislatore ha assunto come faro un altro interesse, ovvero quello dell'utenza, dei cittadini (e imprese ed enti) che costituiscono la domanda sul mercato dei servizi legali. Le specializzazioni di fatto esistono da molto tempo – e sono peraltro indispensabili, in un ordinamento di complessità sempre crescente – e si pone perciò il problema di garantire l'effettiva qualità dei servizi legali offerti, la fondatezza e robustezza delle specializzazioni vantate o pubblicizzate, il continuo aggiornamento dello specialista: e ciò al fine di tutelare il cittadino (o impresa) cliente, soprattutto quelli meno in grado di superare asimmetrie informative coi titolari dell'offerta di servizi⁵. Di tale interesse dell'utenza si tornerà a parlare innanzi, a proposito del pluralismo delle iniziative formative. Va peraltro ricordato che il riconoscimento legale delle specializzazioni ha trovato un limite fondamentale nel principio, affermato dallo stesso art. 9 della legge 247, per cui «Il conseguimento del titolo di specialista non comporta riserva di attività professionale» (principio certamente dovuto, oltre che a tacitare proteste interne alla professione, anche alla preoccupazione di non incorrere in violazioni della disciplina europea e nazionale della concorrenza). Rimanendo ancora per un momento sulle dinamiche interne al mondo dell'avvocatura, va ricordato che un altro problema emerso nel dibattito sulle specializzazioni è quello del possibile conflitto di interessi tra avvocati più anziani e più giovani, per il rischio che il titolo di specialista, collegato a percorsi di maturazione non brevi, costituisca di fatto una barriera di ingresso o un ostacolo sul mercato per i professionisti più giovani, se impediti per lungo tempo ad acquisirlo. Anche questo punto tornerà, come diremo, per la ricaduta che ha avuto nel dibattito parlamentare sulle scuole.

- B) Se quanto detto riguarda il tema generale delle specializzazioni, una competizione di interessi è poi emersa più specificamente sulla titolarità alla costituzione e gestione delle scuole.

Qui il confronto (conflittuale o cooperativo, a seconda dei casi) è tra mondo dell'avvocatura (associazioni professionali specialistiche, CNF, Ordini territoriali) e mondo accademico (singole università, associazioni scientifiche), finalizzato ad assumere il ruolo di protagonisti della partita, per orientarne i contenuti e realizzare (pur nel limite del già ricordato divieto di profitti) attività istituzionali importanti, idonee a conferire prestigio, creare e consolidare relazioni col mon-

⁵ «L'intervento regolamentare in esame si giustifica, dunque, in ragione di un evidente fallimento del mercato dei servizi legali dove l'asimmetria informativa tra professionisti e clienti si traduce spesso in fenomeni di selezione avversa. La specializzazione ed un'adeguata organizzazione del coordinamento tra le diverse specializzazioni tra studi legali dovrebbe(oro) contribuire ad aumentare la qualità dell'offerta [...]. È necessario evitare che la specializzazione della professione si traduca in una barriera cognitiva per coloro che dispongono di minori risorse e competenze»: Parere del Consiglio di Stato n. 3185, cit.

do delle professioni, conferire occasioni di visibilità agli aspiranti docenti, ecc. Vedremo come tale conflitto si sia manifestato, e come si debba o possa comporsi sulla base della regolazione normativa e, auspicabilmente, di scelte e comportamenti maturi e più avanzati. Da subito, a mio parere, deve però essere liquidato un argomento che chi si è interessato al tema ha sentito spendere negli anni, ovvero quello della presunta maggiore idoneità dell'avvocatura o dell'accademia, a seconda di chi parla, a formare l'avvocato specialista: una sciocchezza aprioristica, in un senso o nell'altro, che ignora il vero tema che è quello della necessità di una seria riflessione su metodo e contenuti di tale attività, sul quale torneremo innanzi (e sul quale, può anticiparsi, i giuristi accademici, con poche eccezioni, non hanno brillato ad oggi per impegno...).

- C) Una potenziale concorrenza/conflitto di interessi attraversa peraltro lo stesso mondo accademico: la formazione appartiene alla c.d. "terza missione" delle università, rilevante non soltanto per le risorse che la stessa può direttamente o indirettamente procurare, ma anche ai fini dei complicati meccanismi di valutazione delle performance dei dipartimenti universitari. I dipartimenti giuridici sono più deboli, in questo campo, rispetto ai settori delle c.d. scienze dure, alle scienze economiche ed altre, e la partita della formazione è una di quelle più interessanti: dunque gli stessi Atenei sono in oggettiva concorrenza tra loro, soprattutto nelle aree metropolitane in cui sono presenti più università, salvo che scelgano la strada dell'azione comune tramite collaborazioni o forme consortili⁶.

Proprio perché la vicenda in esame è così permeata dalla dinamica degli interessi (tutti ovviamente legittimi, se perseguiti nel rispetto delle regole), mi pare opportuno che chi prende parola sul tema dichiari apertamente e con onestà intellettuale le proprie appartenenze, esperienze e progetti sul tema, cosicché il lettore ne sia informato e possa tenerne conto nel formare i propri giudizi. Chi scrive è un accademico, professore a tempo definito nell'Università di Milano-Bicocca. Da alcuni decenni svolgo anche l'attività di avvocato nella forma dell'avvocato "specialista" in diritto del lavoro (anche se il termine specialista non potrebbe essere formalmente utilizzato, fino al possesso del titolo in attuazione della legge 247⁷).

⁶ Questa è stata spesso l'esperienza delle scuole di specializzazione per la preparazione alle professioni legali istituite ai sensi dell'art. 16 del d.lgs. 398/1997, percorsi comuni per l'accesso alle professioni di magistrato, avvocato o notaio.

⁷ La legge 247 prevede però che gli avvocati docenti universitari di ruolo in materie giuridiche e coloro che abbiano conseguito titoli specialistici universitari possano indicare tali titoli sul mercato (art. 7, c. 8). Vi sarebbe qui da aprire un'altra riflessione sulla "corsa" di una parte degli avvocati specialisti ad incarichi accademici a contratto e sulle potenziali distorsioni che il fenomeno può produrre nella concorrenza tra avvocati e nella relazione

In ambito accademico ho sempre partecipato alla vita associativa e scientifica, e sono socio da quasi quattro decenni della più antica associazione scientifica del settore, l'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale (Aidlass), oltre che di altre associazioni quali il Centro Studi D. Napoleitano e LLC-*Labour Law Community*.

Fin dalla sua costituzione (2002) ho poi aderito all'unica associazione nazionale degli avvocati giuslavoristi (l'Agi), senza mai ricoprire cariche direttive. Da quando Agi ha fondato la propria scuola di alta formazione (2004) vi ho collaborato attivamente, come docente e come membro del suo Comitato scientifico (di cui sono attualmente coordinatore⁸), e sulla base di questa esperienza stiamo da tempo lavorando a un progetto comune tra università e associazione per dare avvio a una scuola ai sensi della legge 247⁹.

3. L'esperienza della formazione specialistica degli avvocati: la (scarsa) riflessione pre-riforma

Come si è detto, la legge 247/2012 ha previsto due modalità alternative per l'ottenimento del titolo di specialista: quello del riconoscimento per comprovata esperienza e quello delle scuole di formazione. Se la prima modalità è interamente gestita all'interno dell'avvocatura, affidata alle verifiche del CNF (salva la presenza dei professori universitari tra i componenti delle commissioni di valutazione), i percorsi di formazione sono stati affidati dal legislatore a meccanismi di interazione tra le università e le istituzioni dell'avvocatura. Non vi è dubbio, tuttavia, che in tali meccanismi le università abbiano un ruolo centrale

con l'utenza (ma ci riserviamo di farlo in altra occasione).

⁸ Il Comitato è attualmente composto, insieme al sottoscritto, dai professori Riccardo Del Punta, Giorgio Fontana e Giovanna Pacchiana Parravicini e dagli avvocati Filippo Aiello e Fabio Rusconi. Direttore della scuola è attualmente l'avv. Renato Scorcelli.

⁹ Nel 2013, dopo il varo della legge 247, ho promosso per conto del mio Ateneo la stipulazione di una convenzione con Agi per la costituzione di una scuola ai sensi dell'art. 9 (analoghe convenzioni sono state stipulate dall'Università di Firenze e, successivamente, dall'Università di Reggio Calabria). L'intento dichiarato era quello di porsi in continuità con la scuola nazionale già istituita dall'Agi, raccogliendone la positiva esperienza formativa e facendola confluire, con i necessari adattamenti e modifiche strutturali e organizzative, nel nuovo modello previsto dalla legge. Ciò tuttavia ad oggi non è stato possibile, per il blocco nell'attuazione della disciplina: attualmente la scuola continua ad essere di titolarità esclusiva dell'Agi, costituita sulla base di convenzione con la SSA; il rapporto con le Università di Milano Bicocca, Firenze e Reggio Calabria è oggi di semplice collaborazione, arricchito dall'impegno personale dei suoi esponenti nel comitato scientifico. L'auspicio è che, appena il quadro regolamentare sarà completo, sulla base di tale esperienza possa nascere una scuola nazionale di formazione degli avvocati specialisti in diritto del lavoro in convenzione tra diverse università (anche oltre quelle già coinvolte, il CNF e l'Agi), con assetto ovviamente diverso da quello attuale, in osservanza della disciplina di legge.

poiché i corsi «sono organizzati presso le facoltà di giurisprudenza», sulla base di convenzioni con il CNF e i consigli degli ordini territoriali.

Tale ruolo è emerso solo nell'ultimo miglio di un lungo lavoro di preparazione e discussione dei progetti di legge, e non era affatto scontato né atteso. Lo vedremo meglio tra poco.

D'altronde, un'analisi dei presupposti e delle esperienze sui quali poteva basarsi il legislatore difficilmente avrebbe lasciato presagire una simile conclusione: mentre il mondo dell'avvocatura è impegnato da tempo in organiche attività di formazione permanente e specialistica degli avvocati, e ha altresì sviluppato una ricca discussione sui relativi modelli formativi¹⁰, l'accademia giuridica presenta (almeno per quanto risulta a chi scrive) un'esperienza eterogenea e meno mirata. Sia le vecchie scuole di specializzazione gestite dalle facoltà di giurisprudenza sia le tante e più recenti iniziative di master e corsi di perfezionamento sono normalmente rivolte alla generalità delle professioni giuridiche (quelle forensi, dei giuristi di impresa, delle pubbliche amministrazioni, ecc.), e gli stessi modelli e contenuti formativi non sono in genere pensati specificamente per il ruolo dell'avvocato (ad es., è normalmente carente, se non marginale, la dimensione processuale della preparazione specialistica).

A dirla tutta, bisognerebbe riconoscere che, da un lato, la formazione accademica del giurista, e del giurista forense in particolare, è ancora generalmente legata a un'impostazione piuttosto tradizionale, pur se non mancano da alcuni anni esperienze e riflessioni più innovative (tra cui quella delle cliniche legali, un tempo pionieristica ma ormai più diffusa, non per caso basata solitamente sulla collaborazione tra docenti più innovativi e avvocati¹¹). Sul tema appaiono centrate le valutazioni critiche di Paolo Moro sui ritardi del modello di formazione giuridica nozionistica e istituzionale tuttora dominante in ambito universitario, che dà luogo ad una «autentica frattura culturale» rispetto all'apprendimento pratico e utilitaristico praticato dalle corporazioni professionali, il

¹⁰ Si vedano ad esempio i numerosi contributi pubblicati dalla rivista *Cultura e Diritti*, pubblicazione della SSA, tra cui in particolare M.C. GIORGIETTI, *La formazione del giurista in Italia, con uno sguardo all'esperienza di Francia e Germania*, 2014, 2; G. PASCUZZI, *Il ruolo del formatore nelle Scuole forensi*, 2014, 3; A. MARIANI MARINI, *La "buona scuola" per l'avvocato. Cultura e pensiero critico per educare al diritto*, 2015, 1; A. BERNARDO, *Le fallacie giuridiche nella formazione del giurista*, 2015, 1; P. MORO, *Educazione giuridica e didattica performativa*, 2015, 2-4; L. LOSCHIAVO, *Il ruolo del giurista oggi e la necessità di ripensare la sua formazione*, in *Cultura e diritti*, 2019, 1.

¹¹ V. sul tema i contributi in *Questione Giustizia*, n. 2019, tra cui L. SCOMPARIN, *Lo sviluppo delle cliniche legali nelle università italiane: un processo bottom-up che parte dalla reazione verso il formalismo formativo e arriva a ridefinire l'identità del giurista contemporaneo*. L'esperienza nasce nel nostro Paese per merito dell'Università di Brescia, la prima a istituire un corso di Clinica legale nel 2009, grazie anche al rapporto con importanti Law School statunitensi, e alla collaborazione con l'Ordine degli avvocati di Brescia e con avvocati dei fori di Brescia e Milano impegnati nell'attività didattica al fianco dei docenti (<https://clinicalegale.unibs.it/>).

quale a sua volta appare angusto e a rischio di formare un giurista mero tecnico della norma, “principalmente un abile burocrate”¹².

Eguale, appare carente la riflessione in ambito accademico sul metodo della formazione forense, se non fosse per l'isolata eccezione dei contributi di Giovanni Pascuzzi (tra cui spicca l'unica riflessione organica, a quanto consta, sulla formazione degli avvocati¹³). Carenza che peraltro si rispecchia nel relativo disinteresse scientifico della stessa accademia alle pur importanti evoluzioni della professione forense¹⁴.

Un ruolo centrale delle università, peraltro, non poteva prevedersi nemmeno guardando all'esperienza degli altri paesi europei. La materia in esame è sottratta a competenze regolative dell'Unione (che si occupa di professione legale nella sola prospettiva della libertà di circolazione dei lavoratori non dipendenti, nelle forme della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi); nei paesi in cui è prevista anche la formazione specialistica (oltre a quella per l'accesso alla professione, e alla formazione permanente) essa è per lo più affidata, formalmente o informalmente, alle istituzioni dell'avvocatura, e le università possono giocare un ruolo come ente formativo al pari di altri¹⁵.

Nel relativo disinteresse del mondo accademico, e a fronte dell'indubbio attivismo delle istituzioni dell'avvocatura su un terreno considerato, non senza ragioni, di propria prevalente competenza, la soluzione adottata dalla legge del 2012 ha destato una certa sorpresa e ha provocato non pochi malumori sul fronte professionale. Chi scrive non ha elementi per sapere se l'esito legislativo finale sia frutto di pressioni lobbistiche dell'accademia, anche se a consultare i lavori preparatori ciò non sembra (v. tra breve).

4. La competenza sull'organizzazione dei percorsi di formazione dell'avvocato specialista, nella legge 247

Il testo della riforma discusso al Senato, unificando diversi progetti di legge, demandava a un regolamento ministeriale il compito di formulare “prescrizioni” per i soggetti deputati a organizzare scuole e corsi di alta formazione per il conseguimento del titolo di specialista, individuando tali soggetti negli ordini territoriali, nelle associazioni forensi e in «altri enti ed istituzioni pubbliche o private, prioritariamente alle facoltà di giurisprudenza nell'ambito delle proprie

¹² P. MORO, *Educazione giuridica e didattica performativa*, cit.

¹³ G. PASCUZZI, *Avvocati che formano avvocati. Guida all'insegnamento dei saperi forensi*, il Mulino, 2015.

¹⁴ Tra le eccezioni sia consentito segnalare D. CERINI, F. SCARPELLI (a cura di), *L'avvocato nella società contemporanea*, Giappichelli, Torino 2015.

¹⁵ V. le schede sui sistemi di formazione per gli avvocati raccolte in *European Justice*, https://e-justice.europa.eu/content_lawyers_training_systems_in_the_member_states-407-it.do.

risorse finanziarie e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica»: si prefigurava dunque un mercato pluralistico della formazione specialistica, aperto a soggetti pubblici e privati, tra cui venivano nominati in primo luogo gli ordini e le associazioni forensi, affiancandovi le università ma nell'ambito di una competenza distribuita su più soggetti (i quali, secondo il testo, avrebbero potuto agire anche d'intesa tra loro).

Lo specifico riferimento alle università è stato poi espunto dal testo approvato dalla Commissione Giustizia della Camera e presentato all'aula (relatore l'on. Roberto Cassinelli, avvocato), ferma rimanendo la possibilità per gli atenei di candidarsi come soggetti rientranti nel più ampio novero degli «altri enti ed istituzioni pubbliche o private». È nella fase finale della discussione in aula che si arriva alla soluzione poi divenuta legge, grazie a un emendamento della stessa commissione che riformula interamente la norma sulle specializzazioni (ora art. 9) la quale, per la parte che interessa, dispone ora che

2. Il titolo di specialista si può conseguire all'esito positivo di percorsi formativi almeno biennali o per comprovata esperienza nel settore di specializzazione. 3. I percorsi formativi, le cui modalità di svolgimento sono stabilite dal regolamento di cui al comma 1, **sono organizzati presso le facoltà di giurisprudenza**, con le quali il CNF e i consigli degli ordini territoriali **possono stipulare convenzioni** per corsi di alta formazione per il conseguimento del titolo di specialista (grassetti miei).

Dai vari interventi nel dibattito parlamentare emerge che la modifica a parziale favore delle università nasce dalla preoccupazione di garantire gli avvocati più giovani, prevenendo il rischio che una gestione tutta interna all'avvocatura si trasformi in un percorso troppo lungo per l'acquisizione del titolo, stabilendo di fatto una barriera di ingresso sul mercato dei servizi legali specialistici, a protezione degli avvocati più anziani. L'equilibrio della disciplina viene quindi raggiunto lasciando all'esclusiva competenza del CNF la gestione del canale della "comprovata esperienza" (che, per sua natura, presuppone appunto un significativo periodo di esercizio della professione nel settore) e spostando sulle università il compito di organizzare i percorsi formativi aperti anche ai professionisti più giovani¹⁶, sia pure con le necessarie convenzioni con gli ordini professionali o il CNF¹⁷.

¹⁶ A differenza di quanto previsto per il canale della comprovata esperienza, che presuppone un'anzianità come avvocato non inferiore a otto anni e l'esercizio almeno negli ultimi cinque dell'attività oggetto di specializzazione, l'accesso ai corsi di formazione specialistica presuppone soltanto l'iscrizione all'albo degli avvocati.

¹⁷ V. tra gli altri gli interventi in aula dell'on. Pierluigi Mantini «[...] Si può cioè, con corsi specifici biennali, conseguire liberamente il titolo di specialista pur senza essere un anziano avvocato» e Maria Grazia Siquilini: «[...] è un emendamento per i giovani meritevoli e capaci, che possono acquisire la specializzazione in tempi brevi dimostrando di essere capaci di fare un certo percorso». Entrambi i deputati citati sono anche avvocati, come buona parte dei

L'attribuzione della competenza primaria dell'organizzazione delle scuole specialistiche alle università non nasce dunque da una valutazione di "naturale" inclinazione alla funzione formativa degli atenei, che anzi sul campo della formazione forense specialistica devono ancora dimostrare: pur se non si dubita che potrà essere dimostrata, non mancando certo nei dipartimenti di giurisprudenza competenze di elevato livello (a prescindere dalla collocazione dei singoli docenti come professori a tempo pieno o professori-avvocati¹⁸). Tale competenza, da esercitare in doverosa collaborazione con le istituzioni dell'avvocatura, è invece finalizzata a garantire un sistema aperto e ad evitare chiusure corporative nell'accesso alla professione, in un contesto che la legge prefigura comunque come naturalmente aperto al pluralismo delle iniziative. In secondo luogo, va nuovamente rammentata la finalità generale della disciplina delle specializzazioni, che non è quella di favorire gli interessi né delle università né dell'avvocatura, o di parti di essa, ma di tutelare l'utenza nel mercato dei servizi legali, garantendo la qualità della formazione e dei titoli che la stessa consente di spendere davanti ai cittadini e ai soggetti economici.

Il vero e più serio conflitto che dovrebbe giocarsi sul mercato della formazione specialistica, dunque, non è quello tra accademia e avvocatura, o tra diverse università nell'ambito dell'accademia (questi saranno semmai confronti da giocare secondo soluzioni competitive o collaborative), ma tra formazione di qualità e formazione costruita al solo fine di "svendere" titoli, tra il titolo di specialista come strumento per una progressiva maturazione della qualità e affidabilità dei servizi legali o il titolo come strumento di distorsione della concorrenza a danno dell'utenza più disinformata.

5. Il tormentato Regolamento ministeriale sulle specializzazioni

L'art. 9 della legge 247 demanda a un regolamento adottato dal Ministro della giustizia, previo parere del CNF, il compito di stabilire le "modalità" per ottenere e utilizzare il titolo di specialista. Il Decreto, che all'art. 7 contiene la disciplina dei percorsi formativi, è stato emanato a distanza di oltre due anni e mezzo dalla legge.

parlamentari attivamente impegnati nell'elaborazione della legge.

¹⁸ È opportuno sottolinearlo per contrastare un altro pregiudizio, diffuso in questo caso tra gli avvocati, secondo il quale i professori che non siano anche avvocati si collocano in una dimensione puramente teorica non idonea alla formazione specialistica: che è appunto un pregiudizio, che ignora come sempre più gli studi giuridici siano fortemente collegati alla realtà applicativa del diritto, e come gli accademici abbiano molte occasioni, anche diverse dall'esercizio della professione, per toccare con mano tale realtà applicativa. Il che non toglie che per tutti i docenti coinvolti nella formazione specialistica (che siano professori, professori-avvocati, avvocati puri), si pone il già segnalato problema dello sviluppo di metodi adeguati e innovativi di docenza e formazione.

Sulla prima versione del decreto si sono poi sviluppati contenziosi giudiziari, concentrati per lo più su aspetti riguardanti l'individuazione dei settori di specializzazione e le modalità di conseguimento del titolo per comprovata esperienza, in parte accolti dal TAR Lazio con alcune sentenze (n. 4424, 4426, 4427 e 4428/2016) poi confermate quasi integralmente dal Consiglio di Stato (sent. n. 5575/2017). Solo una delle sentenze citate del TAR (n. 4426) esamina un profilo di impugnazione riguardante l'art. 7, centrato sostanzialmente sulla tesi secondo la quale il decreto avrebbe accentrato nel CNF e nei Consigli dell'ordine ruoli non previsti dalla legge. Il motivo non viene accolto dal giudice amministrativo, il quale osserva che è la stessa legge 247 (art. 9, c. 5) ad attribuire alcune competenze esclusive al CNF (soprattutto sul rilascio del titolo), ma circondate da una serie di limiti e condizioni, a partire dall'attribuzione alle università dell'organizzazione dei percorsi: «La previsione garantisce un alto livello culturale dei suddetti percorsi e un tendenziale livellamento degli standard qualitativi dei medesimi sul territorio nazionale ed è idonea ad escludere, già di per sé, la riferibilità al Consiglio nazionale forense della gestione, in proprio, dell'attività di formazione proposta». Il CNF partecipa alla definizione delle linee guida dei percorsi e, insieme agli Ordini, alla nomina di componenti dei comitati scientifici e di gestione delle scuole, e «non potrà quindi rimettere in discussione il contenuto culturale dei corsi in sede di conferimento dei titoli»: il potere di conferimento del titolo consiste dunque nella sola verifica della sussistenza delle condizioni per attribuirlo, senza apprezzabili margini di discrezionalità. «Così disciplinata, l'attività di formazione svolta nei percorsi [...] non può in alcun modo essere equiparata ad una attività di formazione professionale "fornita" dal Consiglio, al quale sono attribuiti, come visto, solo compiti consultivi, a monte, e di certificazione vincolata, a valle».

All'esito del contenzioso, e con ulteriore ritardo, il DM 144 è stato modificato dal DM 1.10.2020, n. 163, che non ha però inciso sulla disciplina delle scuole dettata dall'art. 7 (salvo che per due aspetti di adeguamento alla nuova configurazione dei settori di specializzazione, che per le macro-aree del diritto civile, penale e amministrativo prevedono ora degli articolati indirizzi, con la conseguenza che in tali aree la formazione specialistica dovrà articolarsi in una parte generale su principi e regole della materia di appartenenza ed una speciale per lo specifico indirizzo).

Va segnalato da ultimo che anche il nuovo testo del Decreto risulta essere oggetto di ulteriore impugnazione da parte di alcuni Ordini del centro-sud, centrata nuovamente sulla questione dell'individuazione dei settori e ora anche degli indirizzi di specializzazione, oltre che sul limite posto ai titoli acquisibili dal singolo avvocato, nonché sulle modalità di acquisizione del titolo per comprovata esperienza anche negli indirizzi¹⁹. Tali profili, pur importanti, restano

¹⁹ V. CHERCHI, Uva, *Il titolo di specialista spacca le categorie (con liti)*, in *Il Sole 24 Ore*,

estranei alla presente analisi concentrata sul tema delle scuole; di un altro motivo, più direttamente rilevante (ruolo delle associazioni), si dirà nel prossimo paragrafo.

Una diversa impugnazione del nuovo Regolamento è stata proposta dall'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro (Aidlass), e riguarda specificamente la difesa dei confini della materia: viene contestato il fatto che il nuovo art. 2 del DM, nel definire gli indirizzi nell'area del diritto amministrativo, ne individui uno con riferimento al «diritto del pubblico impiego e della responsabilità amministrativa», ritenendosi che a seguito della “privatizzazione” (*rectius* contrattualizzazione) del lavoro pubblico, la naturale competenza su tali rapporti debba spettare agli avvocati specialisti di diritto del lavoro. L'impugnazione, destinata probabilmente a incagliarsi su un problema sopravvenuto di legittimazione ad agire²⁰, appare fondata su una preoccupazione a mio avviso non giustificata: può infatti ritenersi che il riferimento del DM al pubblico impiego sia limitato all'area del lavoro pubblico rimasta non contrattualizzata (ad es. gli stessi professori universitari), e se si vuole agli aspetti pubblicistici del medesimo lavoro pubblico (ad es. le procedure di selezione), per i quali permane la competenza del giudice amministrativo tradizionalmente frequentato dagli avvocati amministrativisti, mentre la disciplina del rapporto di lavoro contrattualizzato (al quale si applicano in via di principio le regole generali del lavoro subordinato) rientra certamente nell'area di specializzazione del diritto del lavoro, e può e deve essere trattato nei relativi percorsi di specializzazione. Ciò detto, va anche ricordato che l'impianto della disciplina (che, si ribadisce, esclude aree di riserva per l'attività professionale) consenta tranquillamente a più specializzazioni di coprire, prima di tutto coi programmi dei corsi di formazione, le aree grigie di confine tra materie: dunque sul lavoro pubblico potranno specializzarsi sia i lavoristi sia gli amministrativisti.

6. La disciplina dei percorsi di formazione nel DM 144/2015: problemi interpretativi

Venendo al merito della disciplina di attuazione (per come vigente al momento in cui si scrive), conviene richiamare in modo analitico i passaggi più rilevanti dell'art. 7 del decreto. Se il comma 1 ribadisce l'indicazione di legge per cui i corsi di specializzazione sono organizzati dai Dipartimenti universitari di giurisprudenza²¹, la lettera del regolamento indica più chiaramente della legge la

15.2.2021.

²⁰ Successivamente alla sua proposizione, infatti, l'Aidlass ha visto negarsi da parte del Consiglio di Stato la qualifica di associazione specialistica forense (v. *infra*).

²¹ Ovvero dalle strutture di raccordo tra più dipartimenti previste dall'articolo 2, c. 2, lett. c) della legge Moratti 240/2010.

necessità di stipulare a tal fine le convenzioni con gli organi pubblici dell'avvocatura (CNF e Ordini): il comma 3 prevede infatti che «Ai fini della organizzazione dei corsi, il Consiglio nazionale forense o i consigli dell'ordine degli avvocati stipulano con le articolazioni di cui al comma 1 apposite convenzioni per assicurare il conseguimento di una formazione specialistica orientata all'esercizio della professione nel settore e nell'indirizzo di specializzazione».

I successivi passaggi introducono un ruolo delle associazioni specialistiche maggiormente rappresentative (soggetti indicati dall'articolo 35, comma 1, lettera s), della legge 247/2012)²²: associazioni che dalla legge non vengono nominate nell'art. 9 sulle scuole, ma lo sono nell'art. 29, comma 1 – il quale prevede che il COA (Consiglio degli Ordini degli avvocati) «organizza e promuove l'organizzazione di corsi e scuole di specializzazione e promuove, ai sensi dell'articolo 9, comma 3, l'organizzazione di corsi per l'acquisizione del titolo di specialista, d'intesa con le associazioni specialistiche di cui all'articolo 35, comma 1, lettera s)» – e nell'art. 35, c. 1, lett. l) – il quale prevede che il CNF «consulta le associazioni specialistiche di cui alla lettera s), al fine di rendere il parere di cui all'articolo 9, comma 1» (cioè proprio sul regolamento sulle specializzazioni) –.

Dunque il comma 3 dell'art. 7 del DM, una volta previste le convenzioni sopra dette, stabilisce che il CNF può stipularle «**anche d'intesa** con le associazioni specialistiche maggiormente rappresentative»; il comma 4 prevede invece che i COA «stipulano le predette convenzioni **d'intesa** con le associazioni specialistiche maggiormente rappresentative» (grassetti miei).

Le disposizioni successive stabiliscono alcuni requisiti necessari delle scuole, così riassumibili:

- istituzione di un comitato scientifico di sei membri, di cui tre nominati dall'università (tra cui il coordinatore) e gli altri tre nominati dal CNF, dal COA o dalle associazioni specialistiche; al comitato scientifico spetta formulare il programma del corso e indica le materie, la ripartizione delle ore, gli argomenti da trattare, i docenti;
- istituzione di un comitato di gestione di cinque membri, di cui tre (tra i quali il direttore e coordinatore) nominati dal CNF, dal COA o dalle associazioni specialistiche; il comitato di gestione nomina i docenti tra quelli proposti dal comitato scientifico, cura l'organizzazione esecutiva delle scuole e soprassiede al loro svolgimento;
- scelta dei docenti tra: professori universitari di ruolo, ricercatori universitari, avvocati abilitati al patrocinio avanti le giurisdizioni superiori, magistrati ed esperti di comprovata esperienza per le materie non giuridiche;

²² A loro volta oggetto del Regolamento del CNF 11 aprile 2013, n. 1, Norme per l'istituzione e le modalità di tenuta dell'elenco delle associazioni forensi specialistiche maggiormente rappresentative.

- possibilità di adottare modalità di didattica a distanza, ma solo presso sedi apposite con presenza di un tutor (sono dunque escluse le modalità didattiche tipiche delle università totalmente telematiche, garantendo il carattere collettivo e sincrono della frequenza);
- determinazione delle quote di iscrizione in modo da garantire esclusivamente la copertura delle spese di funzionamento e docenza;
- durata almeno biennale dei corsi e didattica non inferiore a 200 ore, di cui almeno 100 come didattica frontale;
- obbligo di frequenza nella misura minima dell'ottanta per cento della didattica erogata;
- istituzione di almeno una prova scritta e orale al termine di ciascun anno di corso, con valutazione da parte di una commissione composta per almeno due terzi da membri diversi dai docenti del corso.

Quanto ai programmi dei corsi, il comma 2 dell'art. 7 prevede l'istituzione presso il Ministero della Giustizia di una commissione permanente composta da due magistrati, due avvocati nominati dal CNF e due professori universitari nominati dal MIUR, la quale deve elaborare «le linee generali per la definizione dei programmi dei corsi di formazione specialistica, tenendo conto delle migliori prassi in materia». Sono state sollevate critiche sulla scelta di demandare ad una ulteriore fonte normativa “sub secondaria” una funzione così importante come la determinazione per via generale dei contenuti formativi delle scuole²³, cui deve aggiungersi la perplessità sul fatto che una commissione con la richiamata composizione ristretta, e per di più soggetta alla regola della gratuità dell'incarico, possa elaborare linee guida pregnanti e rilevanti per un numero assai elevato di percorsi e indirizzi, relativi a materie ed esperienze giuridiche tanto diverse: il che fa presagire che con ogni probabilità si tratterà di indicazioni assai generiche, più di metodo che di contenuto e dalla precettività incerta.

Tale scelta, adottata stabilendo un vincolo invece che lasciare autonomia alle singole iniziative e alle convenzioni richiamate (fermi i requisiti minimi di legge), ha così introdotto un ulteriore ostacolo all'effettivo avvio del sistema delle scuole, anche per i soggetti che sarebbero pronti. A quanto risulta la Commissione non è stata ancora istituita, ciò che impedisce l'avvio dei corsi per effetto dell'espressa disposizione dell'art. 7, comma 1, che lo subordina alla verifica da parte dello stesso Ministero della giustizia della «conformità dei relativi programmi didattici a quanto disposto dal presente regolamento e alle linee generali elaborate a norma del comma 2»).

La disciplina richiamata presenta alcune incertezze che è opportuno provare a chiarire.

²³ G. SAVI, *Il titolo di avvocato “specialista”*, in *Cultura e diritti*, 2021, 1.

Ferma l'organizzazione dei corsi in capo alle università, per la loro promozione è comunque necessaria una convenzione con ordini o CNF: dunque nessuna università potrà attivare una scuola in assenza di convenzione. Tale vincolo è coerente con la lettera dell'art. 9 della legge e dà corpo alla ragionevole scelta di prevedere che l'attività formativa si basi su un rapporto di collaborazione tra accademia e avvocatura: Il riferimento alle convenzioni è peraltro contenuto sia nell'art. 9 (lasciando anzi intendere che l'iniziativa per la loro stipulazione parta dagli stessi organi dell'avvocatura) sia implicitamente nell'art. 29, per l'iniziativa dei Consigli degli ordini.

Legge e regolamento consentono peraltro modelli organizzativi diversi e flessibili: le scuole potranno essere sia territoriali (con naturale convenzione con gli ordini, ma senza che ciò impedisca la convenzione con lo stesso CNF) sia nazionali (e in tal caso sarà naturale la convenzione col CNF). Le convenzioni potranno essere bilaterali (una università con il singolo ordine, o col CNF), ma anche plurilaterali, da un lato o dall'altro: potrà ben accadere, infatti, che più ordini stipulino una convenzione con una università per l'istituzione di una scuola operante su un territorio ampio (ad es. a livello regionale), o che dal lato accademico più università si consorzino per istituire una scuola d'intesa con uno o più ordini.

La territorialità non pare un dato vincolante per l'utenza, ben potendo un avvocato decidere di iscriversi ad una scuola di altro territorio, magari perché ritenuta di maggiore interesse o qualità. Dunque ogni scuola, anche sorta in una singola città, potrà aspirare sul lato dell'utenza alla dimensione nazionale: anche se le esperienze sinora sviluppatasi nei fatti (in particolare le già citate scuole promosse dalle associazioni specialistiche) mostrano l'efficacia del modello organizzativo nazionale, per la capacità dello stesso di mettere in campo risorse, soprattutto sul lato della docenza, non facili da reperire e gestire in ambiti più ristretti. Anche dal punto di vista dei modelli organizzativi, in ogni caso, la disciplina legale e quella regolamentare ammettono la possibilità di una esperienza ampiamente pluralistica.

Il dato di maggiore incertezza della disciplina riguarda il ruolo delle associazioni specialistiche maggiormente rappresentative. Si è già visto come dalla combinazione tra art. 9 e 29 della legge, da un lato, e art. 7 del decreto dall'altro, discenda che ai fini della costituzione delle scuole l'intesa con le associazioni sia la modalità ordinaria quando le convenzioni intervengono con gli ordini, mentre è facoltativa per le convenzioni stipulate dal CNF.

Tale differenza fa pensare che il legislatore abbia una considerazione delle associazioni specialistiche come soggetti in grado di svolgere un ruolo importante nella progettazione dei percorsi di formazione, soprattutto per la capacità di garantire maggiore aderenza alle specifiche esigenze dei singoli settori e indirizzi, integrando con tale esperienza le competenze e valutazioni delle università e degli ordini; ritenendo invece che tale ruolo sia meno essenziale nel caso di impegno diretto del CNF nella singola convenzione (evidentemente

dando per scontato che il massimo organo di rappresentanza e governo dell'avvocatura abbia al proprio interno competenze tali da poter anche fare a meno, ove lo ritenga, del contributo delle associazioni specialistiche).

Sul punto, come anticipato, si concentra uno dei motivi di nuova impugnazione del decreto da parte di alcuni ordini, i quali a quanto risulta censurano la previsione dell'intesa con le associazioni quale obbligo per il COA ritenuto privo di base normativa nell'art. 9 della legge (anche se, come si è detto, tale intesa è però prevista dall'art. 29, comma 1, lett. e), dubitando altresì della correttezza di una regola che vincola l'azione di un soggetto pubblico all'intesa con un soggetto privato. Su tali profili vedremo cosa deciderà il giudice amministrativo: a chi scrive non sembra che al legislatore e al regolamento fosse impedito in astratto di prevedere un necessario coinvolgimento di soggetti pur privati ma rappresentativi delle comunità destinatarie della formazione specialistica; il problema, semmai, è la carenza di indicazioni sul merito delle intese e sull'ipotesi in cui le stesse, pur ricercate, manchino.

Infatti, rimane in primo luogo poco chiaro quale sia il contenuto e il ruolo dell'intesa con le associazioni, poiché nulla dicono sul punto le fonti richiamate. La disciplina fa ritenere che l'intesa sia (o possa essere) un presupposto della convenzione, ma si esaurisca nel solo rapporto tra associazione e ordine/CNF: anche se nulla pare impedire che, ove tutte le parti lo ritengano, anche l'associazione possa partecipare alla convenzione e assumere un ruolo attivo nella progettazione e gestione organizzativa della scuola (cosa che in molti casi, grazie alla notevole esperienza già maturata dalle associazioni oggi esistenti, sarà normale ed anzi auspicabile). L'intesa non pare però avere un contenuto minimo od obbligato, potendo a mio parere eventualmente limitarsi ad un mero consenso o nulla osta.

Ma la questione più delicata riguarda certamente l'ipotesi in cui l'intesa, in quanto atto volontario, non sia possibile per mancanza di reciproco consenso sul progetto istitutivo o sulle sue caratteristiche. Nel caso di convenzione da stipularsi col CNF il problema è facilmente risolvibile, dato il carattere facoltativo a quel livello dell'intesa con le associazioni; più complicata è l'ipotesi di convenzioni da stipularsi con i COA.

Il tema, sia pure solo in prospettiva, ha rappresentato una delle ragioni di qualche tensione proprio nel settore lavoristico, e merita dunque qualche considerazione, sempre a fini informativi, prima provare a concludere sul punto.

7. Lo “scontro” tra (una parte della) accademia e le associazioni specialistiche forensi: una brutta pagina da superare

Nell'ambito del diritto del lavoro e della previdenza, come già si è accennato, l'associazionismo si è sviluppato a livello nazionale con la costituzione e l'affermazione di un solo soggetto, l'AGI. Questa è stata di fatto la scelta degli

avvocati del settore²⁴, mentre in altri ambiti non mancano casi di presenza di più associazioni (ad es. per il diritto di famiglia e dei minori e per gli avvocati amministrativisti). L'AGI è stata riconosciuta dal CNF come maggiormente rappresentativa del settore, sussistendo pacificamente tutti i requisiti richiesti dal Regolamento n. 1/2013 del Consiglio stesso. La stessa AGI, come si è detto, ha fondato una propria scuola nazionale di formazione prima ancora che la legge intervenisse sul tema.

In tale contesto, una volta approvata la legge 247, l'associazione scientifica Aidlass decideva di richiedere al CNF il riconoscimento come associazione maggiormente rappresentativa, e ciò al dichiarato scopo di garantire alle università la possibilità di attivare iniziative per il rilascio del titolo di specialista in diritto del lavoro e di evitare che in tale ambito l'Agi potesse svolgere di fatto un ruolo monopolistico. Sorprendentemente, il CNF (che pure in non pochi casi ha negato tale riconoscimento ad associazioni di non chiara e consolidata connotazione professionale) nell'ottobre 2013 riconosceva all'Aidlass l'inserimento nell'elenco delle associazioni specialistiche²⁵.

A tale riconoscimento reagivano alcune delle principali associazioni forensi maggiormente rappresentative (tra cui anche l'AGI), avviando un contenzioso in sede amministrativa per l'impugnazione del provvedimento di ammissione: dopo una prima sentenza negativa del TAR Lazio (n. 8039/2014, decisione peraltro basata non sul merito ma su profili processuali di interesse ad agire), il provvedimento di ammissione è stato definitivamente annullato dal Consiglio di Stato con sentenza n. 4008 del 24.5.2021. Il collegio, tra l'altro, prende nettamente posizione sulla natura delle associazioni forensi specialistiche cui la

²⁴ Peraltro non scontata, se si tiene conto del fatto che, a differenza di ciò che avviene in altri settori, il ceto professionale lavoristico è tradizionalmente diviso in due principali componenti, ovvero quella degli avvocati che assistono principalmente lavoratori e organizzazioni sindacali e quella degli avvocati che assistono principalmente i datori di lavoro: entrambe le componenti sono state da sempre presenti e rappresentate in AGI, sulla base di un criterio paritario. Solo in anni recenti è nata una seconda associazione di lavoratori di ambito nazionale, "Comma2 – Lavoro è Dignità", caratterizzata dalla forte connotazione come legali "*pro-labour*": non risulta tuttavia che la stessa abbia chiesto al CNF il riconoscimento come associazione maggiormente rappresentativa del settore ai sensi della legge 247.

²⁵ Dico sorprendentemente perché chiunque conosca bene l'associazione sa che la stessa, pur annoverando tra i suoi associati anche molti avvocati (parte dei quali professori-avvocati) era ed è un'associazione scientifica, non ha mai avuto tra i propri scopi sociali la tutela degli interessi della professione forense né ha mai sviluppato una significativa attività in tal campo, nemmeno nella formazione specialistica. Inoltre il Regolamento n. 1/2013 prevede che le associazioni aspiranti al riconoscimento debbano dimostrare il possesso di una serie di requisiti, alcuni dei quali certamente inesistenti in Aidlass (ad es. di avere una sede nazionale e di essere presenti con sedi operative in almeno la metà dei distretti di corte d'appello, quindi di avere almeno 13 sedi operative: ed è noto che l'Aidlass ha per statuto un'unica sede in Roma, che può essere trasferita presso la sede del presidente pro-tempore, e che non ha mai avuto alcuna effettiva sede operativa decentrata).

legge attribuisce specifici compiti, anche a supporto dell'attività del CNF, ritenendo che le stesse possano essere composte solo da avvocati, anche al fine di evitare situazioni di potenziale conflitto di interessi con altre componenti del mondo giuridico (ampiamente presenti nell'Aidlass, tra cui imprese e sindacati), in contrasto coi doveri d'indipendenza e autonomia tipici degli avvocati: «Una cosa, quindi, è l'esistenza di note e prestigiose associazioni interprofessionali (le quali propugnano il dibattito culturale giuridico ai massimi livelli scientifici), ben altra cosa è l'associazionismo istituzionale di ciascuna categoria professionale giuridica (che può apparire, agli occhi del profano o del malizioso, partigiana quando non corporativa, ma che serve proprio a tener distinti i ruoli pubblici che ognuna di esse deve realizzare, in libertà ed autonomia)».

Risulta ora che l'Aidlass, preso atto della propria cancellazione dal novero delle associazioni forensi, abbia in esame l'ipotesi di promuovere la costituzione di un'associazione forense, alla quale potrebbero iscriversi in primo luogo i professori che esercitano anche la professione²⁶. Al di là del carattere insolito di una associazione che promuove la nascita di un'altra associazione, è evidente che un gruppo di avvocati lavoristi (o professori-avvocati) ha tutto il diritto di dar luogo se ritiene ad una libera iniziativa associativa, e di provare a concorrere per la rappresentatività del ceto professionale del settore. Semmai, si dubita che una simile impegnativa soluzione possa condurre al risultato atteso in tempi brevi (e ciò a prescindere dalla capacità o meno di aggregare un significativo numero di avvocati, che è cosa che nessuno può prevedere): infatti, sempre il regolamento CNF n. 1/2013 prevede requisiti che con ogni probabilità si maturano, se si riesce a maturarli, in tempi non brevi (il significativo radicamento nel settore, l'articolazione su numerose sedi operative, la dimostrazione di una già avvenuta strutturata attività formativa, ecc.). In secondo luogo, come si dirà tra un attimo, non è affatto detto che un simile evento scongiuri di per sé pratiche di ostacolo alle iniziative delle singole università, nella misura in cui un monopolio di fatto possa semplicemente trasformarsi in un duopolio...²⁷

In ogni caso, l'ipotesi ora esaminata testimonia che è ancora avvertita l'esigenza che aveva motivato già nel 2013 l'anomala iniziativa dell'Aidlass sopra riferita. Dunque, si tratta di capire se effettivamente nella disciplina delle scuole di specializzazione possano maturare pratiche monopolistiche.

²⁶ Così riferisce il verbale del Direttivo n. 19/2021 (in <https://www.aidlass.it/category/documenti/verbal-consiliatura-2018-2021/>).

²⁷ Rischio collegato soprattutto all'ipotesi in cui la nuova associazione, una volta che ottenesse il riconoscimento del CNF, stipulasse intese con una o più università (e un COA o il CNF) per far nascere una scuola di specializzazione, ponendosi a quel punto nella posizione di soggetto controinteressato alla nascita di iniziative concorrenti. La singola università estranea a tale accordo si troverebbe dunque, a quel momento, esattamente nella stessa posizione in cui si trova oggi di fronte alla presenza di una sola associazione specialistica.

8. Per un pluralismo (possibilmente cooperativo) delle scuole di specializzazione

La mia opinione è che il timore che ha mosso l'associazione scientifica dei lavoratori possa essere superato: la questione è sorta nel settore del diritto del lavoro, perché lì c'è una sola associazione riconosciuta, ma a ben vedere il problema potrebbe proporsi anche in settori in cui ci siano più associazioni maggiormente rappresentative (e domani nello stesso settore lavoristico se pure nascesse una seconda associazione).

Infatti, il tema è se una seria iniziativa di formazione specialistica promossa da una università, rispettosa dei criteri previsti dalla legge e dalle (emanande) *Linee guida della Commissione ministeriale*, e per la quale si è trovata un'ipotesi d'intesa con un ordine territoriale, possa essere bloccata dalla mancanza dell'intesa con una delle associazioni rappresentative del settore (le quali, se titolari di proprie scuole di specializzazione, potrebbero comprensibilmente non voler favorire la nascita di ulteriori competitori).

Una prima soluzione, in una simile situazione, si basa sulla possibilità di stipulare la convenzione non (o non solo) con l'ordine ma con il CNF che, come detto, *può* ma non *deve* cercare l'intesa con le associazioni specialistiche. In merito, va rammentato che il CNF è un organo pubblico tenuto a perseguire finalità istituzionali, nel rispetto tra l'altro del principio di imparzialità dell'attività amministrativa: di conseguenza, va escluso che lo stesso CNF possa, in presenza del rispetto dei requisiti di legge, rifiutare una convenzione con un soggetto o con l'altro, tanto meno all'eventuale fine di tutelare scuole già costituite da altri soggetti sulla base di precedenti convenzioni.

Se pure si volesse rimanere nell'ipotesi della convenzione con i soli ordini professionali, credo che un'interpretazione della disciplina legale e secondaria coerente ai principi in materia di libertà di concorrenza possa deporre in senso contrario all'esercizio di poteri di veto. L'art. 9 della legge (sede della disciplina dei percorsi), si è detto, non nomina le intese con le associazioni; lo fa l'art. 29 sul ruolo dei COA, la cui attività di "promozione" dell'organizzazione delle scuole per l'acquisizione del titolo di specialista avviene d'intesa con le associazioni specialistiche. È il regolamento che, più nettamente, dispone che i COA stipolino le convenzioni con le università d'intesa con le associazioni.

A me pare che tale sistema debba essere letto come una direttiva di cooperazione di tutti i soggetti chiamati ad operare nella costituzione di percorsi formativi specialistici di qualità, ma non possa legittimare veti da parte dell'unico soggetto, le associazioni, privo di natura pubblica. Dunque mi pare possa affermarsi che l'intesa con le associazioni di settore debba essere cercata, ma che se la stessa viene rifiutata, pur sussistendo i requisiti di legge per la costituzione di una scuola, l'ordine possa comunque procedere alla convenzione. Aggiungo, su un piano diverso, che troverei particolarmente apprezzabile che le associazioni presenti nei vari settori, pur dedicandosi legittimamente all'attività di una scuola di proprio riferimento, in conven-

zione con una o più università, interpretassero le intese – separando per un momento il proprio legittimo ruolo sul “mercato” dalla funzione istituzionale assegnata dalla legge – come momenti di verifica della qualità dei progetti formativi proposti esprimendo, quando non vogliano impegnarsi direttamente nella collaborazione a tali progetti, una intesa “nulla osta” (sempre che non ravvisino l’assenza dei requisiti imposti dalla legge per l’avvio delle scuole), consentendo all’ordine di procedere senza inciampi nella convenzione con l’università.

Tale ultima tema porta a qualche considerazione finale, ancora in forma di auspicio.

Si è detto e si torna a sottolineare che tutti i soggetti chiamati ad operare sul campo delle specializzazioni dovrebbero tenere in massimo conto la finalità principale che ha portato il legislatore a riconoscerle e disciplinarle, ovvero la tutela dell’interesse dell’utenza, cittadini, imprese ed altri enti, alla qualità dei servizi legali; e si è detto che il vero avversario di tale finalità saranno (e purtroppo non mancheranno) le iniziative di bassa qualità, le scuole con programmi raffazzonati e docenze non all’altezza del compito, basate magari su logiche localistiche estreme che potrebbe coinvolgere anche qualche ordine meno strutturato.

In tale contesto, e forse con qualche ingenuità, mi attenderei che soggetti come AGI e Aidlass instaurassero ognuno nei limiti del proprio ruolo un dialogo per fondare finalmente una seria cultura ed esperienza della formazione specialistica, un dibattito allargato sui metodi e contenuti della formazione, una riflessione e una pratica di come si realizzano davvero modalità didattiche innovative), magari istituendo dei momenti comuni di formazione dei formatori: così contribuendo ad elevare l’asticella rispetto a iniziative di scarsa consistenza scientifica e professionale, lasciando il campo alla libera competizione tra scuole di accertata serietà.

9. Le problematiche organizzative delle scuole nel nuovo quadro giuridico

In conclusione può essere utile accennare ad alcune questioni che si porranno nell’organizzazione dei corsi di alta formazione per il conseguimento del titolo di specialista. L’affidamento di tale attività ai dipartimenti universitari di giurisprudenza, sia pure su base convenzionale con ordini o CNF, pone infatti il problema di quale sia la disciplina da osservare proprio al fine della loro organizzazione.

L’esperienza delle scuole di specializzazione già esistenti – al momento non riconducibili al regime della legge 247/2012 – si è sviluppata per lo più in un ambito privatistico, poiché gestite da soggetti privati quali le associazioni forensi specialistiche dei vari settori; in alcuni casi, poi, tale esperienza si è basata su efficienti meccanismi di condivisione tra più associazioni di strutture comu-

ni di servizi, anche in forma di società di servizi²⁸. Se tale modello ha garantito una notevole efficienza nella gestione di scuole che, anche per la loro dimensione nazionale, presentano rilevanti complessità organizzative (numerosi sedi, predisposizione di efficienti apparati di didattica a distanza, gestione di decine o centinaia di iscritti per corso, selezione di decine di docenti e tutor per ogni ciclo formativo, ecc.), è evidente che le scuole dovranno in futuro fare i conti con la disciplina pubblicistica applicabile all'attività degli atenei.

In prospettiva, peraltro, possono immaginarsi modelli organizzativi con diversi gradi di complessità: massima nel modello nazionale ora accennato; minima nell'ipotesi della scuola gestita dalla singola università in convenzione con un ordine territoriale; di grado variabile nei tanti modelli intermedi immaginabili (scuole gestite sulla base di accordi consortili tra più università, ordini, associazioni, ecc.).

Non potendo andare a fondo del tema in questa sede, per limiti di spazio e di competenza, mi limito a segnalare le questioni che a mio parere meritano approfondimento: la possibilità di strutturare l'organizzazione delle scuole anche su base convenzionale tra università e altri soggetti pubblici e privati; il regime di reclutamento dei docenti; il regime di gestione del bilancio economico delle scuole.

Nell'effettuare tale valutazione, va tenuto in conto che alcune indicazioni su tali aspetti sono contenute nella normativa speciale dei percorsi (legge 247 e DM 144/2015), e potranno dunque giustificare deroghe o alternative regolative rispetto alla disciplina generale delle università. Invero, già oggi i regolamenti degli atenei prevedono generalmente lo svolgimento di attività di alta formazione extra-curriculare quali master, corsi di perfezionamento ed anche scuole di specializzazione: attività in parte riconducibili alla c.d. terza missione degli atenei e rientrante, ove avvenga su commissione e con finanziamento di soggetti esterni, nel c.d. "conto terzi". Tali attività possono essere interamente gestite dall'ateneo, con le proprie risorse interne, ma anche sulla base di convenzioni interuniversitarie o con altri soggetti pubblici e privati.

Nel caso delle scuole per gli avvocati specialisti il modello convenzionale è previsto dalla stessa disciplina finora analizzata, e ritengo che possa riguardare anche la condivisione ed eventualmente la parziale delega della gestione organizzativa. Il fatto che la legge 247, all'art. 9, reciti che i percorsi «sono organizzati presso le facoltà di giurisprudenza» non mi pare che vada inteso in

²⁸ Si fa riferimento all'esperienza di Gnosis Forense Impresa Sociale s.r.l., costituita nel 2009 da quattro associazioni forensi riconosciute come maggiormente rappresentative dal CNF (la già nominata AGI; AIAF Associazione Italiana degli Avvocati per la famiglia e per i minori; UCPI Unione delle Camere Penali Italiane; UNCAT Unione Nazionale delle Camere degli Avvocati Tributaristi): l'impresa ha il compito di coordinare l'attività delle quattro scuole di dette associazioni curandone gli aspetti organizzativi, amministrativi e finanziari (<https://www.gnosisforense.it/>).

senso topografico, né che impedisca che il ruolo dell'università possa anche concentrarsi sull'impulso e la progettazione delle scuole, configurando poi per via convenzionale, se lo si ritiene utile, una gestione affidata ai soggetti convenzionati, purché ovviamente nel rispetto dei requisiti imposti dalla legge. D'altronde una gestione condivisa tra i diversi soggetti coinvolti pare implicita nella disciplina dettata in materia di organi di *governance*, che prevede una presenza maggioritaria di componenti nominati dalle università nel comitato scientifico²⁹, e al contrario una presenza maggioritaria dei componenti nominati dagli organi dell'avvocatura e dalle associazioni specialistiche nel consiglio di gestione (DM 144, art. 7, commi 5 e 6).

Quanto al reclutamento dei docenti, già oggi le università possono provvedervi facendo eccezione alla regola generale delle procedure comparative, utilizzando l'affidamento diretto quando si tratti di esperti di alta qualificazione: in tal senso sembra andare la disciplina speciale dei percorsi di formazione specialistica degli avvocati contenuta nel DM 144, la quale affida al comitato scientifico il compito di "individuare" i docenti, scelti peraltro nel novero di soggetti in possesso di stringenti requisiti professionali e di esperienza³⁰, e al comitato di gestione di nominare direttamente tali docenti «tra quelli proposti dal comitato scientifico» (intendendosi dunque che il comitato scientifico possa anche formare delle rose di nomi).

Si potrebbe obiettare che tale disciplina non ha fonte legale ma carattere secondario, poiché la legge 247 nulla dice sul punto, e che il DM non potrebbe perciò derogare a principi generali dell'ordinamento in materia di affidamento di incarichi in ambito pubblicistico. Il tema meriterà certamente ulteriore approfondimento, e l'affidamento degli incarichi di docenza (anche se avvenga in forma diretta) dovrà comunque avvenire, a mio parere, sulla base di procedure trasparenti e nel rispetto del principio di imparzialità, così come di quello, di non minore importanza, dell'equilibrio di genere³¹.

²⁹ O meglio paritaria, tre componenti su sei, ma maggioritaria dal punto di vista decisionale poiché è tra di essi che va individuato il coordinatore, il cui voto prevale in caso di parità.

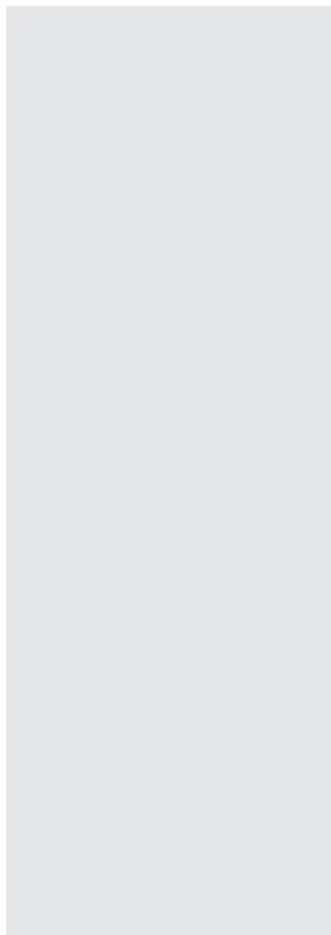
³⁰ Professori universitari di ruolo, ricercatori (tra i quali ritengo debbano annoverarsi anche gli odierni ricercatori a tempo determinato di tipo A e B), avvocati di comprovata esperienza professionale abilitati al patrocinio avanti le giurisdizioni superiori, magistrati che abbiano conseguito almeno la seconda valutazione; per eventuali materie non giuridiche si dovrà trattare di esperti di comprovata esperienza professionale almeno decennale.

³¹ Sotto questo profilo, e pur considerando che il rapporto con i docenti delle scuole potrà generalmente inquadarsi nelle prestazioni di lavoro autonomo, vanno tenuti in conto i principi di pari opportunità espressi in materia di reclutamento dagli artt. 35 comma 3, lett. c), e 57 comma 1, lett. a) del d.lgs. 165/2001: di conseguenza, si potrebbe porre il problema del rispetto dell'equilibrio di genere nella composizione degli organi di *governance* delle scuole (comitato scientifico e di gestione) in quanto organi che, come si è detto, curano l'individuazione e la nomina dei docenti.

Il tema del bilancio presenta possibili profili di delicatezza: per le università, oggi, l'attività formativa e conto terzi costituisce una fonte di risorse economiche di crescente importanza, intese peraltro a compensare anche, e in proporzione all'attività svolta, i costi generali sopportati dall'amministrazione (e, sotto questo profilo, potrà certamente assumere rilevanza il fatto che le convenzioni prevedano eventualmente l'affidamento a soggetti esterni degli aspetti esecutivi dell'organizzazione, senza gravare sulle risorse di personale dell'università). Inoltre, sulle attività conto-terzi insistono quote di prelievo dirette a finanziare i fondi di ateneo per le forme di retribuzione del personale tecnico-amministrativo collegate alla produttività.

Anche in questo caso, dovrà però tenersi conto della disciplina speciale dei corsi di formazione per gli avvocati specialisti: in primo luogo la previsione dell'art. 9, comma 3 della legge 247 che, come rilevato più volte, affida alle università, e in particolare ai dipartimenti e ambiti di giurisprudenza l'organizzazione delle scuole, elemento che dovrebbe indurci a considerarle oggi rientranti nelle attività istituzionali degli atenei, pur se non inerenti ai corsi di laurea o di dottorato curricolari; in secondo luogo la previsione dell'art. 7, comma 11 del DM 144, il quale prevede che la quota di iscrizione ai corsi sia determinata «in modo da garantire esclusivamente l'integrale copertura delle spese di funzionamento e docenza nonché delle spese di organizzazione e gestione». Mi pare che tra le spese di funzionamento possano rientrare anche eventuali costi specifici da rimborsare all'ateneo (ad esempio per l'utilizzo di aule o altre strutture), ma non ulteriori prelievi destinati ad altre finalità, configurandosi un bilancio autonomo di funzionamento che, al fine di contenere le quote di iscrizione, si esaurisce appunto nella copertura delle spese di funzionamento, organizzazione e gestione: così da poter ritenere, a mio avviso, che non ci sia spazio per produrre entrate o altri vantaggi economici a favore di alcuno dei soggetti coinvolti (università, organi dell'avvocatura, associazioni), salvo appunto che si tratti della copertura di spese effettive di gestione.

DIRITTO EUROPEO E COMPARATO



Responsabilità medica e Covid-19: una riflessione comparata Italia-Uruguay

Chiara Fusi

“Sventurata la terra che ha bisogno di eroi”
(B. Brecht, *Vita di Galileo*, 1938)

Premessa

La pandemia generata dal Covid-19 ha assunto veste mondiale, a causa di una rapida quanto improvvisa diffusione che non ha tardato a palesare tutto il suo peso sulle strutture ospedaliere, determinando una gravissima crisi anche in Paesi che del proprio sistema sanitario facevano un vanto.

Il repentino collasso sanitario è stato fronteggiato dal personale medico che si è ritrovato a combattere con armi spuntate un nemico di cui poco si conosceva, tra applausi e riconoscimenti dell'opinione pubblica per la dedizione dimostrata.

È stata, tuttavia, una lotta impari, che ha generato feriti (si pensi, a titolo esemplificativo, ai ritardi diagnostici che hanno determinato invalidità, permanenti o temporanee) e non pochi morti. Il rischio, quindi, che alle iniziali ovazioni si sostituissero lapidazioni sotto forma di richieste risarcitorie, è stato sin da subito concreto.

Il presente contributo analizzerà i possibili scenari della «pandemia giudiziaria»¹ che si profila all'orizzonte, limitatamente al campo della responsabilità civile, in una visione comparatistica tra Italia ed Uruguay.

Brevi cenni sul sistema sanitario e sulla responsabilità medica in Uruguay

Preliminarmente, per ovvie ragioni di contestualizzazione, si rendono necessari alcuni brevi cenni sul sistema sanitario in Uruguay e sulla disciplina relativa all'ambito della responsabilità medica civile.

Innanzitutto, occorre precisare che il diritto alla salute, a differenza di quanto avviene nel nostro sistema grazie all'art. 32 Cost., non è espressamente sancito a livello costituzionale: l'art. 44 della *Constitución*, infatti, si limita ad attribuire unicamente in capo allo Stato il potere di legiferare in materia di salute e igiene

¹ L'espressione calzante (U. Izzo, *Responsabilità sanitaria e Covid-19: scenari di una possibile pandemia giudiziaria e risposte per prevenirla*, in Trento Law and Technology Research Group, *Research Paper n. 42*, ottobre 2020), ben rende l'idea del proliferante contenzioso che verrà originato dallo scoppio improvviso e repentino del Covid-19.

pubblica, al fine di procurare il miglioramento fisico, morale e sociale dei cittadini. Parallelamente, ai cittadini è demandato l'obbligo di tutelare la propria salute, nonché di curarsi in caso di malattia. Al fine di evitare che tale ultimo precetto si traduca, in concreto, in situazioni discriminatorie (si pensi a quei casi in cui il singolo è privo di mezzi per adempiere), viene prevista l'assistenza sanitaria gratuita a tutti coloro che versano in stato di indigenza o sono privi di risorse sufficienti.

Il sistema sanitario, a partire dal 2007, è stato oggetto di numerose e pesanti riforme, dettate dall'esigenza di far fronte, tra l'altro, alla scarsa qualità e quantità dei servizi, nonché ai loro costi.

Tali riforme hanno preso avvio con la *Ley 18.211* del 5 dicembre 2007, istitutiva del *Sistema Nacional Integrado de Salud* (SNIS), articolazione su reti integrate dei servizi pubblici e privati e finanziato dal *Seguro Nacional de Salud* (SNS) attraverso il *Fondo Nacional de Salud* (FONASA, istituito precedentemente con *Ley 18.131* del 18 maggio 2007).

In particolare, il SNIS mira a garantire l'accesso universale alle cure, ad assicurare qualità omogenee dei servizi, nonché ad affermare il principio di giustizia distributiva nel finanziamento della spesa sanitaria, in modo da tutelare l'equità, la solidarietà e la sostenibilità del sistema.

In sostanza, il servizio sanitario si compone, da un lato, di un sottosistema pubblico, posto a carico dello Stato attraverso il *Ministerio de Salud Pública*² e la *Administración de Servicios de Salud del Estado* (ASSE, istituita con *Ley 18.161* nel 2007) e che offre assistenza attraverso l'*Hospital de Clínicas de la Facultad de Medicina*, la *Sanidad de las Fuerzas Armadas*, la *Sanidad Policial*, il *Banco de Previsión Social*, il *Banco de Seguros del Estado*, oltre ai servizi medici di ognuno dei dipartimenti in cui è suddiviso il Paese.

Il settore privato, invece, sebbene molto eterogeneo al suo interno, vede come predominante la figura delle *Instituciones de Asistencia Médica Colectiva* (IAMC), organizzazioni senza fine di lucro.

Negli ultimi decenni si è assistito, altresì, alla comparsa di una serie di assicurazioni private che, tuttavia, sebbene in crescita, soffrono una presenza ancora marginale (che si attesta intorno al 5%)³.

² Istituito con *Ley 9.202* del 1934 (c.d. "*Ley Orgánica de la Salud Pública*") e derivante dalla fusione tra il *Consejo Nacional de Higiene* – che esercitava funzioni fondamentalmente normative – e la *Asistencia Pública Nacional*, con funzioni assistenziali.

³ Per approfondimenti: D. ARAN - H. LACA, *Sistema de Salud de Uruguay*, in *Salud Pública de México*, vol. 53, suppl. 2, gennaio 2011, disponibile su <http://www.scielo.org.mx/pdf/spm/v53s2/21.pdf>; M. PÉREZ, *La reforma del Sistema de Salud en el primer gobierno de izquierda en la historia del Uruguay*, https://www.colibri.udelar.edu.uy/jspui/bitstream/20.500.12008/4910/6/TCP_P%C3%A9rezMarcelo.pdf; M. REY VALERA, *Reformas y sistema de Salud en Uruguay: un análisis comparativo entre los primeros pasos sistémicos del sector y la actualidad del Sistema Nacional Integrado de Salud*, disponibile su <https://core.ac.uk/download/pdf/80118694.pdf>; A. SOLLAZZO - R. BERTERRETICHE, *El Sistema Nacional Integrado de Salud en Uruguay y los desafíos para la Atención Primaria*, disponibile su <https://www.scielosp.org/pdf/csc/2011.v16n6/2829->

Per quanto, invece, attiene alla disciplina dedicata alla responsabilità medica⁴, a differenza che nel nostro Paese – dove alla disciplina generale codicistica in tema di responsabilità, se ne affianca anche una dettata *ad hoc* (da ultimo contenuta nella L. n. 24/2017) – non esiste in Uruguay una tale complementarietà: la materia trova una propria regolamentazione solamente nelle norme, di contenuto generico, del Codice civile.

In particolare, ai sensi dell'art. 1246 *Código Civil*, le obbligazioni trovano origine nel contratto, nel quasi-contratto, nel delitto, nel quasi-delitto e nella legge.

Più specificamente, la responsabilità derivante dall'inesatto o mancato adempimento dell'obbligazione sarà contrattuale nel caso in cui il danneggiato agisca nei confronti di un medico libero professionista, sulla base di un *contrato de servicios médicos*; oppure contro la struttura⁵, tanto in forza della conclusione di un contratto, quanto per inadempimento della *obligación de seguridad*, implicita nel c.d. *contrato de servicios hospitalarios* (corrispettivo del nostro *contratto di ospedalità*) e derivante dalla necessaria protezione dell'integrità fisica del paziente. Ma la struttura potrà essere chiamata a rispondere anche per fatto del personale sanitario proprio dipendente o del quale, comunque, si avvale, *ex art.* 1324 *Código Civil* (speculare al nostro art. 1228 c.c.).

La richiesta risarcitoria si inquadra, invece, nell'ambito della responsabilità extracontrattuale nel caso in cui il danneggiato promuova l'azione contro il singolo medico dipendente⁶ o ausiliario.

Il diritto al risarcimento si prescrive in 20 anni, nel caso di responsabilità contrattuale (*ex art.* 1216 *Código Civil*); in 4 anni nell'ipotesi di responsabilità aquiliana (*ex art.* 1342 *Código Civil*).

Infine, è prevista a livello costituzionale la responsabilità in capo allo Stato, all'Amministrazione dei dipartimenti, agli enti autonomi, ai servizi decentralizzati e, in generale, a tutti gli organi dello Stato per i danni causati a terzi, nell'esecuzione di servizi pubblici affidati alla sua gestione o direzione (art. 24 Cost.)⁷.

2840/es; G. FUENTES, *El sistema de salud uruguayano en la post dictadura: análisis de la reforma del Frente Amplio y las condiciones que la hicieron posible*, disponibile su <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rucp/v19n1/v19n1a05.pdf>.

⁴ Analogamente a quanto avvenuto in Italia, anche in Uruguay, negli ultimi decenni, si è assistito ad aumento esponenziale di cause in materia di responsabilità medica e sanitaria. Sul punto, vedasi A. GRILLE, *La responsabilidad medica en el Uruguay*, disponibile su <http://www.arancoasociados.com/web/wp-content/uploads/2014/10/La-responsabilidad-M%C3%A9dica-en-el-Uruguay-Doctor-Antonio-Grille.pdf>.

⁵ J. GAMARRA, *Responsabilidad Médica*, T. 2, pp. 18-20.

⁶ A partire dal giugno 2007, in forza della summenzionata *Ley 18.161*, i medici di tutti gli ospedali pubblici del Paese dipendono da ASSE, che ha natura giuridica di Servizio Decentralizzato ed il compito di offrire i servizi sanitari stabiliti con la *Ley 9.202*.

⁷ La norma costituzionale non determina quando sorge la responsabilità dell'Amministrazione, né consacra un criterio oggettivo di attribuzione, limitandosi a stabilire un principio generale di responsabilità diretta degli Enti statali nei confronti dei terzi danneggiati. Il cri-

Covid-19 e “pandemia giudiziaria”: possibili scenari

La “pandemia giudiziaria” che si profila all’orizzonte colpirà, inevitabilmente, sia gli esercenti le professioni sanitarie che le strutture, in forza di profili di responsabilità che si declineranno, ovviamente, in maniera diversa per l’uno e per l’altra.

L’eccezionalità della situazione impone, tuttavia, di interrogarsi se e in che misura tali soggetti potranno essere chiamati a rispondere di fronte alle legittime pretese di chi ritiene di aver subito un danno e se le risposte fornite, ad oggi, da ciascuno degli ordinamenti esaminati, potranno ritenersi sufficienti e applicabili anche al peculiare contesto emergenziale.

Profili risarcitori nei confronti degli esercenti la professione sanitaria

Le ipotesi di responsabilità civile ascrivibili al personale sanitario sono, a ben vedere, le stesse che potrebbero astrattamente ipotizzarsi in un contesto non emergenziale: potrà essere imputato un errore diagnostico (per non avere correttamente e tempestivamente individuato il virus sulla base del quadro clinico del paziente); un errore terapeutico (attinente all’esecuzione dei trattamenti finalizzati a guarire il malato); oppure un errore o omissione relativi al contenimento del virus.

Ciò che rende peculiari tali fattispecie è il contesto emergenziale in cui la condotta è stata posta in essere, contesto caratterizzato, in primo luogo, dalla presenza di un virus che si diffonde facilmente e rapidamente muta (si pensi alle “varianti”); in secondo luogo, dalla insufficienza sia di risorse materiali (posti letto, apparecchiature, farmaci), che di personale impiegabile (scarsità, quest’ultima, che ha portato alla necessità di dover arruolare anche medici appartenenti ad altre specializzazioni, trovatisi, così, ad operare al di fuori degli ambiti di propria competenza e senza copertura assicurativa, nonché medici e infermieri in pensione)⁸.

Proprio il forte squilibrio tra domanda di accesso alla cura ed offerta, non ha tardato a sfociare in un vero e proprio problema di allocazione, finendo con il determinare una questione di giustizia distributiva: ben presto, infatti, il personale sanitario è stato chiamato a decidere quale, tra più pazienti, curare.

È stato sin da subito evidente che tale decisione, drammatica dal punto di

terio preferibile per determinare quando può configurarsi la responsabilità statale è quello della mancanza e/o malfunzionamento del servizio offerto (E. SAYAGUÉS LASO, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, 8ª edizione, richiamata da Juzgado Letrado de Salto de 5º Turno, Sentencia n. 2/2020, causa C. N. e altri contro c. M.S.P. e ASSE, disponibile su <http://www.poderjudicial.gub.uy/institucional/download/8002/6381/19.html>).

⁸ M. FACCIOLI, *Il ruolo dell’art. 2236 c.c. nella responsabilità sanitaria per danni da Covid-19*, in *Responsabilità medica. Diritto e pratica clinica*, 2020.

vista etico, avrebbe portato con sé anche risvolti dal punto di vista giuridico: difatti, l'incapacità del sistema sanitario di fornire adeguate armi avrebbe finito con il ricadere proprio sul personale sanitario, bersaglio di un potenziale e proliferante contenzioso.

Emblematica, a tal proposito, la solidarietà espressa dal Consiglio Nazionale Forense nei confronti degli operatori sanitari, a seguito di segnalazioni ricevute da alcune società scientifiche mediche relativamente ad iniziative di studi legali che, in piena pandemia (i fatti risalgono al 1° aprile 2020), incoraggiavano azioni giudiziarie nei confronti dei medici e professionisti sanitari impegnati in prima linea sul fronte dell'emergenza Covid.

Tale (condivisibile) presa di posizione mirava, evidentemente, a scongiurare il rischio di un pericoloso ricorso alla c.d. "medicina difensiva negativa", che avrebbe portato il personale sanitario a scegliere di intervenire soltanto in condizioni di rischio limitato e somministrando esclusivamente terapie già validate dagli organi competenti.

Previdente, quindi, l'atteggiamento della Società Italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia Intensiva (SAARTI), che all'indomani del lockdown nazionale (6 marzo 2020) provvedeva alla pubblicazione delle *Raccomandazioni di Etica clinica per l'ammissione ai trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*, in un'ottica di indirizzo e sostegno per gli esercenti le professioni sanitarie.

Tuttavia, i criteri delineati, lungi dal rappresentare "un faro nella notte", si sono rivelati, in concreto, controversi e forieri di polemiche; in particolare, profili discriminatori sono stati ravvisati nella scelta di orientare le decisioni in un'ottica di "massimizzazione dei benefici", spingendo i sanitari a privilegiare l'accesso alla cura, *in primis*, in favore di soggetti rispetto ai quali potesse ipotizzarsi una maggior possibilità di esito terapeutico e, secondariamente, ricorrendo al dato anagrafico, preferendo il paziente più giovane⁹.

⁹ Proprio il criterio anagrafico ha suscitato molte polemiche, essendo ancorato alla semplicistica ed aprioristica convinzione per cui il paziente anziano sia quello con meno prospettive di vita rispetto al più giovane e, quindi, sacrificabile. E se la platea dei pazienti fosse rappresentata interamente da soggetti di 80 anni con un quadro clinico sovrapponibile? La faciloneria di tale conclusione è ben espressa in M. BALISTRERI, *Gli anestesisti e la legge del mare: "Prima le donne e i bambini"*, in *Quotidianosanità.it*. Sul punto, anche M.G. BERNARDINI, *Una questione di interpretazione? Note critiche su Raccomandazioni SIAARTI, discriminazioni in base all'età ed emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto*, n. 3/2020. Più in generale è stato, giustamente, osservato come tali raccomandazioni collimino con la L. 833/1978 – istitutiva del SSN –, in particolare con l'art. 1, in forza del quale il mantenimento e il recupero della salute fisica e psichica della popolazione deve essere perseguita senza distinzioni di condizioni individuali o sociali, in modo che sia assicurata l'uguaglianza dei cittadini in relazione ai servizi. Si pone, poi, un contrasto anche dal punto di vista deontologico: l'art. 6, 2° comma del Codice Deontologico Medico, infatti, dispone «Il

Tranchant la qualificazione di tali criteri come “eticamente inaccettabili” da parte del Comitato Nazionale di Bioetica che, con nota dell’8.4.2020, riconosceva, invece, nel dato clinico il criterio più adeguato, ritenendo che il *triage* in emergenza pandemica dovesse basarsi su *preparedness* (predisposizione di strategie di azione nell’ambito della sanità pubblica, in vista di condizioni eccezionali, con una filiera trasparente nelle responsabilità), appropriatezza clinica (valutazione medica dell’efficacia del trattamento rispetto al bisogno clinico di ogni singolo paziente, con riferimento alla urgenza e gravità del manifestarsi della patologia e alla possibilità prognostica di guarigione, considerando la proporzionalità del trattamento) e attualità (valutazione individuale del paziente fisicamente presente nel pronto soccorso), in modo da contemperare il dovere di massima tutela del singolo paziente con gli obiettivi collettivi di salute pubblica.

Nel novembre 2020, quindi, la SIAARTI ha cercato di aggiustare il tiro e, di concerto con l’Istituto Superiore di Sanità e la SIMLA (Società Italiana di Medicina Legale e delle Assicurazioni), ha redatto una bozza di documento sui criteri di *triage* a cui far riferimento in emergenza pandemica, aprendo però una consultazione pubblica *online* sul sito dell’ISS al fine di migliorarne i contributi¹⁰. Il documento, nella sua veste finale, è stato pubblicato il 13.01.2021.

Per quanto, in particolare, attiene il tema del presente contributo, al fine di comprendere se tali raccomandazioni abbiano davvero contribuito ad escludere il configurarsi di responsabilità in capo ai sanitari per le decisioni assunte, occorre interrogarsi preliminarmente sulla loro vincolatività, alla luce dell’art. 5 della L. 24/2017¹¹ e, conseguentemente, sulla rilevanza sotto il profilo giuridico.

medico, in ogni ambito operativo, persegue l’uso ottimale delle risorse pubbliche e private salvaguardando l’efficacia, la sicurezza e l’umanizzazione dei servizi sanitari, contrastando ogni forma di discriminazione nell’accesso alle cure». Sul punto, V. ROTONDO, *La decisión clínica en una situación de pandemia*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana* n. 12-bis, maggio 2020, pp. 154-163. L’Autore ravvisa, altresì, una illegittimità costituzionale per contrasto con il principio personalistico, esistendo un diritto fondamentale alla salute (cfr. artt. 2, 3, 13 e 32 Cost.), che risulterebbe compromesso.

¹⁰ È possibile consultare il documento su https://snlg.iss.it/wp-content/uploads/2021/01/2021_01_13_LINEE-GUIDA_DECISIONI-CURE-INTENSIVE_Def.pdf. In particolare, si prevede che per l’accesso alla cura dovrà operarsi una valutazione globale di ogni singolo paziente, avuto riguardo al numero e tipo di comorbidità; allo stato funzionale pregresso e alle fragilità rilevanti rispetto alla risposta alle cure; alla gravità del quadro clinico attuale, nonché al presumibile impatto dei trattamenti intensivi, anche in considerazione dell’età del paziente. Dovrà, inoltre, tenersi in considerazione la volontà della persona malata riguardo alle cure intensive, che dovrebbe essere indagata il prima possibile, nella fase iniziale del *triage*. Quanto al dato anagrafico, si precisa che debba essere considerato nel contesto della valutazione globale della persona malata e non sulla base di soglie di età predefinite.

¹¹ La norma, in particolare, prevede che gli esercenti le professioni sanitarie, nell’esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono alle raccomandazioni previste dalle linee guida elaborate da enti e istituzioni pubbliche e private, nonché dalle società scientifiche e

Deve, preliminarmente, chiarirsi che la SIAARTI, in quanto società scientifica contemplata nell'elenco istituito dal Ministero della Salute con decreto ministeriale del 2 agosto 2017, è abilitata ad elaborare linee guida cui i medici devono attenersi nello svolgimento della propria attività.

Nel caso di specie, tuttavia, le raccomandazioni SIAARTI non sono state ancora oggetto di pubblicazione sul sito dell'ISS (sul quale sussiste solamente un generico rimando operato nella sezione dedicata al Covid-19) e, pertanto, non assumono valenza di norma giuridica. Ne deriva che non possano essere ritenute uno strumento vincolante così come inteso dalla Legge Gelli – Bianco.

Conseguentemente, la loro rilevanza potrà, al più, apprezzarsi sotto il profilo deontologico¹².

Un ulteriore tentativo di arginare le pretese risarcitorie (non solo nei confronti del personale sanitario, ma altresì della struttura) si rinviene in alcuni emendamenti (poi ritirati e trasformati in ordine del giorno) presentati in sede di conversione in legge del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. "Cura Italia"), con i quali si introducevano modifiche alla disciplina della responsabilità sanitaria disegnata dalla Legge n. 24/2017, ridefinendone i parametri applicativi nel senso di una esclusione della responsabilità medica civile dell'esercente la professione sanitaria e della struttura per l'impossibilità di eseguire esattamente la prestazione sanitaria a causa della sproporzione tra risorse disponibili e numero di pazienti¹³.

dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della Salute. Tali linee guida sono integrate nel Sistema Nazionale per le Linee Guida (SNLG) e successivamente pubblicate sul sito internet dell'Istituto Superiore di Sanità, previa verifica della conformità della metodologia adottata a standard definiti e resi pubblici dallo stesso Istituto, nonché della rilevanza delle evidenze scientifiche dichiarate a supporto delle raccomandazioni, come previsto dall'art. 4 del D.M. del 27.02.2018.

¹² C. INGENITO, *Le raccomandazioni SIAARTI del 6 marzo 2020: una nuova occasione per riflettere sul rapporto tra scienza e diritto*, in *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, fascicolo 2/2020.

¹³ In particolare, l'emendamento prevedeva: «1. In ragione della novità ed eccezionalità dell'emergenza sanitaria determinata dal diffondersi del COVID-19, in relazione agli eventi dannosi che in essa abbiano trovato causa, la responsabilità civile delle strutture sanitarie e sociosanitarie, pubbliche o private, e degli esercenti le professioni sanitarie di cui all'articolo 7 della legge 8 marzo 2017, n. 24, è limitata ai casi in cui l'evento dannoso risulta riconducibile a condotte poste in essere con dolo o colpa grave. 2. Ai fini del comma 1, si considera colpa grave quella consistente nella palese e ingiustificata violazione dei principi basilari che disciplinano la professione sanitaria, nonché dei protocolli o programmi predisposti per fronteggiare la situazione di emergenza. La valutazione della gravità della colpa è operata tenendo in considerazione anche la situazione organizzativa e logistica della struttura in relazione alla novità ed eccezionalità del contesto emergenziale, al numero di pazienti su cui è necessario intervenire e alla gravità delle loro condizioni, alla disponibilità di attrezzature e di personale, nonché al livello di esperienza e di specializzazione del singolo operatore».

Si è trattato, tuttavia, di una istanza che non ha ottenuto consacrazione. Pertanto, non rimane che domandarsi se, in realtà, lo sforzo di creare uno “scudo generalizzato” non sia stato inutile, essendo l'applicazione delle norme già esistenti sufficiente, di per sé, a limitare e/o escludere la responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie.

Quanto al personale sanitario, si ritiene possa giovare del paracadute previsto dall'art. 2236 c.c., a mente del quale, laddove la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera risponde solamente in caso di dolo o colpa grave. Tale conclusione sarebbe avvalorata dall'art. 9 della L. n. 24/2017 che, in tema di responsabilità amministrativa, prevede che la quantificazione del danno nell'azione contabile nei confronti dell'esercente la professione sanitaria deve tener conto «delle situazioni di fatto di particolare difficoltà, anche di natura organizzativa, della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica, in cui l'esercente la professione sanitaria ha operato».

Sul punto, deve precisarsi, che nel particolare contesto che stiamo analizzando, “la speciale difficoltà” deve correlarsi non tanto all'intervento sanitario posto in essere – che, di per sé, potrebbe essere qualificato anche come *routinario* e soggetto a procedure vincolate (si pensi all'intubazione di un paziente) –, bensì al contesto stesso. In altre parole, viene operata una forzatura interpretativa della norma, spostando l'ambito applicativo dal contenuto intrinseco della prestazione (così come vorrebbe l'applicazione “ordinaria” della norma), alla situazione in cui essa viene richiesta¹⁴, che presenta caratteri emergenziali e, per tale motivo, rende più difficoltosa la condotta a cui è chiamato il personale sanitario.

Naturalmente, va da sé che la situazione emergenziale non potrà costituire aprioristicamente uno scudo per gli operatori sanitari, di fronte ad episodi di vera e propria *malpractice*. In particolare, si ritiene che vi siano almeno due ambiti dove la pretesa risarcitoria del paziente potrebbe trovare un maggior spazio.

In primo luogo, in caso di errore/ritardo diagnostico, stante la notorietà, ormai, dei sintomi e le comprovate metodologie di tracciamento del virus.

In secondo luogo, nell'ipotesi in cui non siano state osservate le misure precauzionali volte ad evitare la diffusione del contagio all'interno della struttura. E ciò alla luce della circostanza che, in tema di infezioni nosocomiali, la giurisprudenza nega l'applicabilità dell'art. 2236 c.c., facendo leva sulla *routinarietà* di operazioni come quelle di sterilizzazione¹⁵. Ad ogni modo, in tema di infezioni nosocomiali, si registra una tendenza ad agire nei confronti della

¹⁴ G. BATTARINO - E. SCODITTI, *Decreto-legge n. 18/2020: l'inserimento di norme sulla responsabilità sanitaria*, in *Questione Giustizia* del 3 aprile 2020, disponibile su https://www.questionegiustizia.it/articolo/decreto-legge-n-182020-l-inserimento-di-norme-sulla-responsabilita-sanitaria_03-04-2020.php. Sul punto anche G. PONZANELLI, *La responsabilità sanitaria e i possibili contenziosi da Covid*, in *Giustiziacivile.com*, 2020, speciale n. 3.

¹⁵ FACCIOLO, cit., riporta Trib. Casale di Monferrato 6 luglio 1966; App. Torino 12 gennaio 1968, n. 35; Cass. 18 ottobre 2005, n. 20136.

struttura, più che del personale sanitario, essendo spesso molto difficile individuare il soggetto al quale imputare la condotta omissiva (non a caso si parla a tal proposito di “danni anonimi”).

In un’ottica comparatistica, si può osservare che la panoramica degli scenari ipotizzabili nel nostro Paese è sovrapponibile a quella prevista dalla dottrina uruguayana. Il che è, quantomeno, singolare, posto che l’Uruguay ha avuto il merito di essere riuscito a contenere la pandemia entro limiti più ristretti rispetto a quanto avvenuto in Italia (e nella quasi totalità degli altri Paesi)¹⁶. Il motivo è stato ravvisato nella bassa densità della popolazione, nel sistema sanitario integrato capace di rispondere alla domanda assistenziale, oltre che nelle misure adottate dal Governo nella fase iniziale della pandemia, che hanno sortito sicuramente un buon esito.

In particolare, a fronte di soli 4 casi accertati, in data 13 marzo 2020, con il Decreto n. 93/2020, è stato disposto lo stato di emergenza nazionale sanitaria¹⁷. A differenza di quanto avvenuto nel nostro Paese, sebbene sia stata disposta la chiusura di scuole ed attività commerciali, le misure contenitive e precauzionali non hanno contemplato una quarantena generalizzata ed obbligatoria, ma si sono risolte in una pressante campagna di sensibilizzazione sui modi per prevenire il contagio e sulla pericolosità del virus¹⁸. Altro positivo strumento è stato la massiccia sottoposizione di test (**19.000 per ogni milione di abitanti**)¹⁹.

Ad ogni modo, nonostante la situazione fosse sicuramente più rosea che nel resto degli altri Paesi, in maniera previdente si è previsto che lo scenario potesse, repentinamente, mutare e che, quindi, i medici non fossero indenni dalla tragica scelta del “chi curare”.

Per questo motivo, la *Sociedad Uruguaya de Medicina Intensiva*²⁰ in data

¹⁶ Come riportato sul sito dell’*Organización Panamericana de la Salud* (<https://www.paho.org/es/noticias/25-11-2020-porque-comportamiento-epidemiologico-covid-19-uruguay>), nel novembre 2020, dopo 8 mesi dallo scoppio della pandemia, per la prima volta si sono registrati 100 casi in un giorno.

¹⁷ Cfr. *Risultando* n. 3 del Decreto. In Italia, sul sito del Ministero della Salute, quello stesso giorno era riportato: «[...] i casi totali sono 17.660, al momento sono 14.995 le persone che risultano positive al virus. Le persone guarite sono 1.439. I pazienti ricoverati con sintomi sono 7.426, in terapia intensiva 1.328, mentre 6.201 si trovano in isolamento domiciliare».

¹⁸ Meritevole di menzione la pubblicazione da parte del Ministero dell’Economia e delle Finanze, in data 17 marzo 2020, di un elenco dei prezzi di gel a base di alcool, alcool rettificato e mascherine chirurgiche, al fine di evitare truffe. L’elenco indicava i luoghi in cui i prodotti potevano essere acquistati e i loro prezzi in ciascun punto di vendita.

¹⁹ E. GUANELLA, *Uruguay, caso virtuoso nel Sudamerica della pandemia*, disponibile su <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/uruguay-caso-virtuoso-nel-sudamerica-della-pandemia-26923>.

²⁰ *Recomendaciones de la Sociedad Uruguaya de Medicina Intensiva sobre los aspectos bioéticos en la pandemia Covid-19*, in *Revista Medica Uruguaya* 2021, 37 (1). Deve ricordarsi che, all’epoca della loro redazione, la situazione pandemica in Uruguay era tenuta sotto controllo e che, quindi, gli Autori affrontano la questione ipotizzando un aggravamento dello scenario,

20.05.2020 ha reso pubbliche delle raccomandazioni, parificando lo scenario pandemico a quello della medicina di emergenza. Parimenti al documento SIAARTI, anche tale elaborato presta, tuttavia, il fianco ad aspre critiche. Se è vero infatti che, in prima battuta, le Raccomandazioni auspicano il perseguimento del “*maximizar los beneficios*” (come anche previsto dalla SIAARTI), senza però che ciò si traduca in condotte discriminatorie, in realtà tale pregevole intenzione viene smentita qualche paragrafo successivo, laddove è previsto che il trattamento ugualitario potrà essere perseguito attraverso soluzioni aleatorie – come, si ipotizza nello stesso documento, una lotteria (!) –, oppure per ordine di arrivo (“*primero llegado, primero servido*”), nell’ipotesi in cui vi siano pazienti che non mostrino caratteri distintivi ai fini della priorità di ingresso.

Si prevede, infine, una funzione premiale dell’accesso alla cura, riconoscendo priorità a coloro che potrebbero salvare altri o che abbiano salvati altri in passato. In questo, le Raccomandazioni riprendono quelle redatte, poco prima, dalla *Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias*²¹ che assurgono a criterio preferenziale il “*valor social*” del singolo²².

Tuttavia, le linee guida hanno una funzione meramente di ausilio ed indirizzo e non valenza tale da escludere una responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie. Occorre, quindi, ricercare anche in questo caso un possibile scudo all’interno dell’ordinamento.

Innanzitutto, deve rilevarsi che (a differenza di quanto avviene in altre legislazioni sudamericane, come Messico o Perù) manca nel codice civile uruguayo una norma che, parimenti a quanto disposto dal nostro art. 2236, preveda una attenuazione di responsabilità a fronte di “problemi tecnici di speciale difficoltà”.

La normativa codicistica, infatti, si limita a concludere per l’esclusione di responsabilità in presenza di una causa non imputabile al debitore (art. 1342 *Código Civil*), parimenti a quanto previsto dal nostro art. 1218 c.c.

La dottrina, riconoscendo alla carenza organizzativa derivante dalla pandemia veste di “causa non imputabile”, ha ritenuto di poter liberare il personale sanitario, nella cui sfera di controllo (responsabilità) non potrebbe ricondursi la scarsità di risorse (*Impossibilium nulla obligatio est*)²³.

ma senza avere contezza delle dimensioni che la pandemia avrebbe potuto raggiungere.

²¹ *Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia Covid-19 en las Unidades de Cuidados Intensivos* del marzo 2020, disponibile su <https://semicyuc.org>.

²² Il criterio è stato, giustamente, criticato in particolare da D. SÁNCHEZ, *Ética y salud pública en tiempos de Covid-19*, in *Revista Médica Uruguaya*, 2020, 36 (2).

²³ N. VELOSO GIRIBALDI, *Responsabilidad médica en la emergencia sanitaria*, in *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, numero 37, 2000. In particolare, l’Autrice giustifica la propria interpretazione con un esempio pratico: «*Si el médico tiene dos pacientes que requieren un respirador y únicamente cuenta con un equipo, entonces escapa a la lógica y a la razón que se le pueda imputar responsabilidad por no haber salvado a ambos. En efecto, podrá caberle un reproche jurídico si la opción es arbitraria o interesada pero no le cabrá*

Troverebbe, inoltre, applicazione come scriminante lo “stato di necessità” preso in prestito dal diritto penale²⁴, laddove ne ricorrano i presupposti (ovvero l’esistenza di due beni contrapposti, l’immediatezza e la inevitabilità della situazione; l’origine della stessa ad opera non del medico, ma di un fattore esterno).

Infine, potrebbe ipotizzarsi una ulteriore causa di giustificazione laddove la decisione relativa al “chi curare” sia stata determinata da indicazioni dettate dalla struttura in cui il medico presta la propria opera professionale. In questo caso, si ricadrebbe nell’ambito applicativo della “*obediencia debida*” (anch’essa di derivazione penale – art. 29 *Código Penal*).

Profili risarcitori riguardanti la struttura sanitaria

Relativamente alla struttura sanitaria, i profili di responsabilità attengono essenzialmente a carenze organizzative, originate dall’eccezionale squilibrio tra l’eccessiva domanda di accesso alla cura e l’insufficiente offerta di risorse sanitarie, sotto il cui peso il sistema sanitario ha finito con il crollare.

La difficoltà di fronteggiare le pesanti incombenze derivanti dall’epidemia è, da un lato, figlia di un sistema sanitario già provato dal sotto-finanziamento e da una politica di privatizzazione; dall’altro, consegue al mancato aggiornamento del Piano Pandemico nazionale, raccomandato dall’OMS sin dalla fine del 2003, da quando i focolai di aviaria divennero endemici. L’Italia, infatti, ha adottato nel 2006 il *Piano nazionale di preparazione e risposta a una pandemia influenzale*, il quale è stato, quindi, stilato secondo le linee guida dell’Oms del 2005. Dalla sua approvazione, il Piano non è più stato aggiornato e non tiene conto degli importanti cambiamenti apportati al modello di prevenzione di sanità pubblica internazionale.

In particolare, alla struttura potrà essere lamentato il mancato o ritardato accesso nei reparti di terapia intensiva, così come la non tempestiva esecuzione di un tampone.

Ma pretese risarcitorie potranno provenire anche dai pazienti danneggiati “di riflesso”, ovvero quei soggetti vulnerabili e afflitti da patologie ai quali è stato ritardato il rispetto di programmi di trattamento indilazionabili, oppure è stato precluso l’accesso in ospedale per l’affollamento dei malati Covid.

Ebbene, in tali ipotesi, seppur sempre di carenza organizzativa si tratta, non si è mancato di far notare che il difetto organizzativo con riguardo a pazienti che già si sa dovranno sostenere delle cure, in realtà è noto ed altamente preve-

responsabilidad alguna por no haber podido salvar ambas vidas cuando no estaban dadas las condiciones materiales para hacerlo».

²⁴ N. VELOSO GIRIBALDI, cit., precisa che, seppur le cause di giustificazione siano previste espressamente per la responsabilità penale e non anche per quella civile, la dottrina ne ammette la loro applicabilità anche in tale ultimo ambito.

dibile, «perché è inammissibile che una struttura sanitaria possa svolgere gran parte della propria attività solo a vantaggio di una particolare classe di pazienti, non essendo in grado di proteggere il diritto alle cure di tutti»²⁵.

La casistica, quindi, è estremamente ampia e non può trovare una risposta univoca.

A fronte, tuttavia, di una richiesto accertamento di responsabilità della struttura, per non essersi dotata di una organizzazione oggettivamente adeguata²⁶, si ritiene che la stessa potrà invocare la causa non imputabile dell'art. 1218 c.c., rappresentata dallo scoppio improvviso e violento della pandemia.

Ad identica soluzione si perviene anche nell'ordinamento uruguayo, attraverso la summenzionata applicazione dell'art. 1342 *Código Civil*.

Tuttavia, a tal riguardo, occorre indagarsi se, nei primi mesi del 2020 la situazione emergenziale non fosse davvero prevedibile. Ebbene, in realtà, non si è mancato di osservare che

a gennaio sul tavolo del Ministero della Sanità, come anche su quelli dei più importanti enti regionali, era pronto il “Piano nazionale di preparazione e risposta ad una pandemia influenzale”, dove venivano previste misure molto forti per limitare e contenere la trasmissione delle infezioni in comunità. Quindi – si potrebbe sostenere – il rischio già a gennaio 2020 era previsto²⁷.

Tale Piano ha trovato pubblicazione solamente il 29 gennaio 2021 ed è riferito al biennio 2021-2023²⁸.

Conseguentemente, parte della dottrina ritiene che in questo caso la struttura potrebbe invocare lo stato di necessità, con l'effetto di ricondurre le pretese risarcitorie dei danneggiati ad una indennità rimessa all'equo apprezzamento del giudice *ex* dall'art. 2045 c.c.²⁹

Del pari, la struttura potrebbe invocare a propria discolpa l'insufficienza dei finanziamenti ricevuti: l'organizzazione delle strutture risente inevitabilmente, infatti, della limitatezza delle risorse finanziarie a disposizione, nonché dell'obbligo di impiegare tali risorse secondo criteri di appropriatezza, razionalità ed efficienza.

Si sono, pertanto, avanzate proposte di adozione di piani indennitari da parte del legislatore: in luogo del risarcimento, verrebbe riconosciuto un inden-

²⁵ PONZANELLI, cit.

²⁶ PONZANELLI, cit. L'Autore richiama due interessanti pronunce di merito (Trib. Monza del 7 giugno 1995 e Trib. Brescia del 28 dicembre 2004) ove si afferma la responsabilità di tipo oggettivo in capo alla struttura che non si era dotata di un'articolazione interna adeguata a far fronte a esigenze che avrebbero potuto essere previste.

²⁷ PONZANELLI, cit.

²⁸ Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n. 23, Supplemento ordinario n. 7.

²⁹ G. COMANDÉ, *La responsabilità sanitaria al tempo del coronavirus...e dopo*, in *Danno e responsabilità*, 2020; PONZANELLI, cit.

nizzo da parte dello Stato, calcolato non secondo l'integralità del danno, bensì a titolo di ristoro (come già avvenuto nel 1992 per i danneggiati da vaccinazioni obbligatorie)³⁰, in un'ottica di solidarietà sociale *ex art. 2 Cost.*

Quanto, infine, all'ordinamento uruguayo, si ritiene potrebbe invocarsi anche la responsabilità dell'Amministrazione centrale, in forza del già citato art. 24 Cost.

Conclusioni

Le considerazioni sopra esposte evidenziano come la pandemia generata dal Covid-19, nonostante abbia colpito in maniera diversa i due Paesi, abbia generato reazioni e preoccupazioni, dal punto di vista etico e giuridico, affini. In particolare, è emblematico l'utilizzo di analoghi criteri da parte delle società scientifiche richiamate e confortanti le aspre critiche dal punto di vista bioetico sono state mosse.

Quanto ai possibili scenari conflittuali che si prospettano all'orizzonte, si ritiene che gli ordinamenti contengano già disposizioni tali da non pregiudicare l'una o l'altra posizione, senza che si renda necessario il ricorso ad una disciplina *ad hoc*. Tale scelta, anzi, si considera potrebbe rivelarsi controproducente e finire con l'alimentare una situazione di caos normativo (stante il necessario coordinamento che dovrebbe derivarne con le disposizioni della Legge Gelli – Bianco), che invece di placare gli animi, li esacerberebbe ancora di più.

Non convince, inoltre, la proposta avanzata da parte della dottrina³¹ di prevedere una esclusione della responsabilità diretta da parte del medico, prevedendo che la sola struttura sia destinataria delle pretese risarcitorie (riconoscendole, comunque, il diritto di agire nei confronti del medico laddove venga accertata il dolo o colpa grave). Tale indicazione, pur mossa dallo spirito di evitare il ricorso alla medicina difensiva, si scontra non solamente con le considerazioni sopra esposte, ma altresì con il dato pratico, per cui la sede giudiziaria registra già un maggior coinvolgimento della struttura più che del personale, in ragione delle previsioni più favorevoli per il paziente in tema di onere probatorio e prescrizione.

Abstract

The paper hypothesizes the possible judicial scenarios that the Covid-19 pandemic could originate, in terms of civil medical liability, in a comparative vision between Italy and Uruguay, highlighting that the evaluation must take into account the emergency.

³⁰ PONZANELLI, cit.

³¹ FACCIOLO, cit.

Spunti di riflessione in materia bioetica sui “nuovi diritti” tra Corte costituzionale italiana e Corte europea dei diritti dell’uomo

Maria Rita Salvatore

La Corte costituzionale italiana e i nuovi diritti

Le sentenze 32 e 33 del 2021, rese dalla Corte costituzionale italiana, sono l'occasione per riflettere sull'emersione dei nuovi diritti fondamentali della persona di rilievo costituzionale, dell'individuazione, della loro nascita, del loro fondamento giuridico e soprattutto della loro tutela¹.

Il fondamento delle decisioni della Corte suprema è nel riconoscere i nuovi diritti della persona nella lettura evolutiva dell'art. 2 della Costituzione italiana, che testualmente recita: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la propria personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

La Repubblica riconosce, ed al contempo garantisce, tali diritti, che sono inviolabili, perché connaturati alla stessa natura dell'uomo e alla sua dignità.

La Costituzione non attribuisce i diritti, non li crea *ex novo*, ma li riconosce perché sono preesistenti alle norme costituzionali e connaturati alla dignità della persona, che la Costituzione ha il fine ultimo di tutelare.

Il ruolo del Giurista, la sfida entusiasmante del lavoro quotidiano dell'Avvocato – che è portavoce della domanda di giustizia dei propri assistiti – e la sensibilità del Giudice, chiamato a darne risposta, è quello di riconoscere, individuare e far emergere i nuovi diritti, latenti, che si fanno strada fisiologicamente con l'evoluzione dei rapporti personali e sociali; con la consapevolezza dell'esistenza di nuovi diritti della persona che si fanno strada, il Giudice ha anche il compito

¹ Sentenza n. 32/2021 della Corte costituzionale italiana resa nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale Presidente Coraggio, Redattore Sciarra, udienza pubblica del 27/01/2021, decisione del 28/01/2021 deposito del 09/03/2021, norme impugnate artt. 8 e 9 della legge 19/02/2024, n. 40 e 250 del Codice civile atti decisi ord. 79/2020; Sentenza n.33/2021 della Corte costituzionale italiana, resa nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, Presidente Coraggio; Redattore Viganò, udienza pubblica del 27/01/2021 decisione del 28/01/2021 deposito del 09/03/2021 norme impugnate artt. 12, co. 6 della legge 19/02/2024, n. 40, art. 64, co. 1, lett. g) della legge 31/05/1995, n. 218, art. 18 del D.P.R. 03/11/2000, n. 396 atti decisi ord. 99/2020.

di sollecitare il Legislatore – qualora sia rimasto sordo alle istanze sociali e non abbia regolamentato nuove materie e i nuovi diritti – a prendere atto delle nuove esigenze di riconoscimento e di tutela di ogni nuovo diritto della persona, che trova il fondamento nella Carta costituzionale ed è in embrione nella Carta stessa.

Tutelare ogni diritto essenziale, che emerge al mutare delle condizioni personali e con l'evoluzione dei rapporti sociali, è tutelare la stessa dignità della persona, fine ultimo e supremo della nostra Costituzione e del sistema di valori sui quali si fonda l'ordinamento italiano.

D'altro canto, il tema dei nuovi diritti è il riflesso del segno del passaggio dalla libertà negativa (libertà dalla fame, libertà dalla guerra, libertà dal bisogno), alla libertà positiva, il fondamento della quale è nell'art. 2 della Costituzione italiana e negli articoli della parte prima della Carta, che riconoscono i singoli diritti inviolabili, a cominciare dalla libertà personale *ex art.13* in poi.

L'elemento caratterizzante della Costituzione italiana, accanto alla dignità, è senza ombra di dubbio la libertà di coscienza – probabilmente il riflesso più pregnante della vita umana e dell'autodeterminazione – tanto da poter prevalere, a determinate condizioni, addirittura sui doveri giuridici generali di carattere fondamentale.

Il discorso può riferirsi ai diritti della personalità, che sebbene enunciati e disciplinati dal Codice Civile in *numerus clausus*, sono suscettibili di interpretazione evolutiva da parte degli operatori del diritto: Avvocati, interpreti sensibili alla domanda di giustizia dei propri assistiti, e Giudici, attenti a cogliere le sfumature più sottili dell'evoluzione personale e sociale e a riconoscere il fenomeno dell'emersione di nuovi diritti, garantendo la tutela invocata².

Questi principi sono raccolti in un *fil rouge* che lega le pronunce della Corte Costituzionale in materia bioetica, che si sono succedute nel tempo, allorché è stata rivolta domanda di giustizia direttamente al Giudice di merito e poi al Giudice di legittimità e che hanno fatto emergere e tutelare, in conseguenza, importanti diritti della persona ancora *in nuce* nel nostro ordinamento, sebbene da ricondurre all'art. 2 della Costituzione.

I Giudici della Corte Costituzionale, nel tempo, hanno constatato l'esistenza e l'evoluzione di un nuovo diritto, *il diritto all'identità sessuale*, che emergeva nella coscienza individuale e sociale, e la necessità della sua tutela: in altri termini, la sensibilità dei Giudici ha fatto emergere questo nuovo diritto sulla base di un unico presupposto, che il nuovo diritto fosse in linea con il sistema di valori espressi, riconosciuti e tutelati dalla Carta costituzionale, e che, nella coscienza personale e sociale, avesse lo stesso fondamento, la stessa natura, lo stesso contenuto e la stessa forza di ogni altro diritto riconosciuto e garantito negli artt. 13 e seguenti della Carta fondamentale italiana.

² P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, Esi Edizioni.

E questo perché altrimenti la dignità della persona non sarebbe realizzata appieno senza il riconoscimento di quel diritto.

Il principio della medesima natura è stato ribadito nella sentenza n. 7713/2000 della Suprema Corte di Cassazione, nel definire il danno esistenziale, che è tale per la natura del diritto leso, coesistente all'esistenza dignitosa della persona³.

In conclusione: il nuovo diritto, che i Giudici costituzionali riconoscono e garantiscono, realizza la dignità della persona, che è il fine ultimo della Carta costituzionale italiana ed il valore che fonda tutto l'apparato costituzionale.

In materia bioetica, alla fine degli anni '70, la Corte costituzionale è stata chiamata a verificare l'illegittimità costituzionale delle norme in materia di stato civile, nella parte in cui non consentivano di ottenere la rettificazione anagrafica del sesso, mediante l'annotazione del cambio di identità di genere, a chi non avesse mutato i propri caratteri sessuali primari tramite interventi chirurgici.

All'epoca, la Corte ha ritenuto pienamente conforme ai criteri costituzionali il divieto di annotazione: e ciò sul presupposto che non esisteva l'invocato diritto all'identità sessuale, come non esistevano altri diversi dai diritti potenzialmente presenti nella Costituzione; oggi un tale orientamento sarebbe considerato discriminatorio ed invero è stato superato⁴.

Dopo meno di dieci anni, la stessa Corte – preso atto del nuovo diritto della persona all'identità di genere – ha riconosciuto, invece, la piena conformità costituzionale delle norme in materia anagrafica legittimanti la rettificazione anagrafica post intervento in questione, e ha ritenuto non fondata la questione di costituzionalità sollevata, riconoscendo – a quel punto – che tra i nuovi diritti della persona rientrasse a pieno titolo anche il diritto all'identità sessuale, non derivante solo dalla connotazione sessuale primaria, ma anche da fattori di natura psicologica e sociale.

I tempi erano maturi: non poteva più negarsi l'esistenza di un nuovo diritto⁵.

A distanza di quasi cinquant'anni, i Giudici di merito garantiscono il diritto alla rettificazione anagrafica dell'identità sessuale sulla base di una accertata disforia di genere, senza alcuna necessità di modificazione chirurgica dei caratteri sessuali primari⁶.

La conseguenza dell'emersione, del riconoscimento e della legittimazione a pieno titolo dei nuovi diritti quali diritti fondamentali della persona è che sono direttamente applicabili nell'ordinamento per la natura della fonte costituzionale dai quali promanano e per la tutela della dignità umana ai quali sono

³ Corte di cassazione civile, I sezione, 7/06/2000 n. 7713 – Presidente Reale, estensore Morelli.

⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 98/1978.

⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 161/1985.

⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 221/2015; Corte di cassazione civile, I sez. 20 luglio 2015, n. 15138.

finalizzati: in altri termini, le norme devono essere immediatamente applicate, nel momento in cui se ne ravvisi l'insorgenza del diritto riconducibile all'alveo costituzionale, indipendentemente dall'esistenza di una disciplina e di un riconoscimento da parte del Legislatore, perché sono compresi in embrione nel ventaglio dei diritti presenti nella Carta costituzionale Italiana.

Ma vi è di più.

Un nuovo diritto che emerge può essere effettivo solo se l'ordinamento che lo riconosca ne garantisca la riparabilità in caso di violazione, in ossequio ai principi costituzionali (art. 2 e art. 24 Cost.), sintetizzati dal famoso brocardo latino "*Ubi ius, ibi remedium*"⁷.

Un altro nuovo diritto, in materia bioetica, emerso e riconosciuto dalla Corte costituzionale, è relativo alla persona e alla tutela dei minori.

Alla fine degli anni '90, la Corte costituzionale è stata investita della verifica ai parametri costituzionali dell'art. 235 c.c., in tema di disconoscimento della paternità di figli nati mediante fecondazione eterologa in coppie coniugali, a seguito dell'accertamento di impotenza generandi del padre.

La Corte ha dichiarato a gran voce, nonostante il fenomeno della PMA non fosse ancora sottoposto all'attenzione del Legislatore, che il bambino nato mediante la tecnica di fecondazione eterologa è persona e come persona è titolare di tutti i diritti fondamentali della persona riconosciuti e tutelati dalla Costituzione: la domanda di disconoscibilità formulata dal genitore affetto da impotenza generandi non è stata accolta perché avrebbe violato il diritto alla completa identità genitoriale del minore⁸.

La Corte europea dei diritti dell'uomo e i nuovi diritti

Il sistema di valori riconosciuti dalla Carta Costituzionale trova riscontro anche a livello sovranazionale, in virtù dei medesimi valori e principi, che sono i criteri fondanti il sistema europeo.

Nella specifica materia bioetica in esame, la Corte Europea – nell'ambito del Consiglio d'Europa – ha dimostrato sempre un livello di alta sensibilità giuridica nell'interpretazione evolutiva della Convenzione e nell'elaborazione delle nozioni autonome di ogni diritto e libertà fondamentale sancite dalla Convenzione Europea, riconoscendo nuovi diritti, perché la convenzione è uno strumento vivo.

Le sfide del diritto convenzionale sono state riassunte dal Giudice Dean Spielmann, in occasione del suo intervento del 18.09.2020 a Strasburgo in occasione del 70° anniversario della Convenzione, che si riporta di seguito⁹:

⁷ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, vol. 3, Giuffrè, Milano.

⁸ Corte costituzionale, sentenza n.170/1999, Giudice relatrice Fernanda Conti.

⁹ *Conférence des 70 ans de la Convention européenne des droits de l'homme – Promouvoir*

*Intervention de Dean Spielmann Ancien président de la CEDH
Strasbourg, le 18 septembre 2020*

Je suis honoré de participer à cette conférence importante à l'occasion du 70ème anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme. Je serais évidemment plus heureux de me retrouver avec vous à Strasbourg, dans les locaux de la Cour mais, même par visioconférence, il me semble que le sujet de la troisième session, relatif à la promotion et l'assurance de la diversité de la vie familiale, nous permettra d'avoir une discussion intéressante et animée.

*Sans aucun doute, la Cour européenne des droits de l'homme est parvenue à travers sa jurisprudence à repenser et à reconstruire le droit de la famille. Si au moment de sa rédaction, l'article 8 de la Convention visait la famille au sens traditionnel du terme, la Cour a, aux cours des décennies, su détacher la notion de « vie familiale » de celle de « famille ». La conception de la Convention comme un instrument vivant qu'il convient d'interpréter « à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui » a constitué le moteur de l'importante évolution que la « vie familiale » aurait dans la jurisprudence. Depuis l'arrêt *Marckx c. Belgique* et l'affirmation par la Cour de l'égalité entre les enfants nés dans le mariage et hors mariage, la Cour a favorisé une approche extensive de la « vie familiale » qui s'adapte à l'existence d'une pluralité de modèles familiaux. Selon cette approche, si la vie familiale se caractérise en principe par le lien de parenté qui sert comme le fondement d'une relation familiale effective, elle peut, en même temps, exister en l'absence de ce lien. Ainsi, à titre d'exemple, la Cour a reconnu que, malgré l'absence de liens biologiques et d'un lien de parenté juridiquement reconnu par l'État défendeur, il y avait vie familiale entre les parents d'accueil qui avaient pris soin temporairement d'un enfant, en raison, parmi d'autres, des forts liens personnels existant entre eux.*

En outre, la protection des relations homosexuelles à travers leur reconnaissance comme « vie familiale » protégée par la Convention au titre de l'article 8 a constitué une avancée importante de la jurisprudence. Sans imposer aux législateurs nationaux l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe, la Cour a fait ressortir de l'article 8 l'obligation pour les États membres non seulement de s'abstenir de commettre ou de tolérer des immixtions indues dans la vie familiale de partenaires de même sexe, mais également de traiter les couples homosexuels d'une manière non discriminatoire par rapport aux couples hétérosexuels.

J'ai déjà dit que, en raison de la crise sanitaire, cette conférence ne peut pas être tenue en votre présence. C'est le corona virus qui nous sépare. Donc permettez-moi un mot lié à cette actualité. Il ne faut pas oublier que des familles et des couples ont dû, à l'occasion de l'éclatement de la pandémie, se confiner dans des villes, des pays ou même des continents différents. La covid 19 a bouleversé leur vie familiale en posant un « obstacle à l'amour ». Ainsi, l'ironie du sort fait que, si la Convention doit être interprétée selon les conditions de vie actuelle, ce sont ces mêmes conditions qui font actuellement surgir des questions inédites sur la vie familiale : par temps de pandémie et de restrictions des déplacements, selon quel critère peut-on exception-

nellement permettre la réunion d'un couple ? Ce sont des vraies questions qui sont de nature à nourrir notre débat. Distinguer entre les couples mariés ou liés par un pacte de vie commune et les autres se trouvant dans une « union de fait », constitue-t-il un traitement discriminatoire ? Quel est l'incidence du principe de proportionnalité ? Quelles seraient les obligations positives pesant sur les États à cet égard ? Ce sont des vraies questions qui sont susceptibles de se poser, d'abord aux juridictions nationales, dans le respect du principe de subsidiarité, mais aussi, peut-être à l'avenir à la Cour européenne des droits de l'homme.

Je suis certain que les interventions de Mme la vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme, Ksenija Turković et de Mme la première présidente de la Cour de cassation, Chantal Arens, apporteront des clarifications importantes sur la promotion de la diversité de la vie familiale par la Cour européenne des droits de l'homme et provoqueront également d'autres questions intéressantes en vue des échanges qui vont suivre.

La Corte ha manifestato una particolare attenzione per salvaguardare le relazioni tra privati, nei casi in cui gli Stati non abbiano adempiuto agli obblighi positivi imposti dall' art. 8 della Convenzione, con particolare sensibilità ed interesse nei confronti dei diritti dei minori e della loro protezione, tenendo conto, nelle sentenze, di tutte le norme internazionali ed europee a loro tutela.

La Corte di Strasburgo, in materia di diritti relativi alla famiglia e alle persone, si è occupata infatti dei matrimoni, delle relazioni di coppia, anche *same-sex*, con particolare attenzione all'adozione da parte di coppie dello stesso sesso, di procreazione medicalmente assistita, e del diritto di diventare genitori genetici di maternità surrogata, di legami tra madri e padri naturali e figli, di assegni familiari, di affidamento, di diritto di accesso e di visita, di ogni questione relativa alla sottrazione internazionale di minori, di violenza domestica, di adozione, di famiglie affidatarie, di responsabilità genitoriali e dell'ingerenza dello Stato nella vita familiare, anche sotto forma di assistenza, dei rapporti tra fratelli e figli con gli ascendenti, del diritto dei detenuti a mantenere rapporti significativi con i figli, della tutela dei minori nell'immigrazione, nei procedimenti penali riguardanti minori, della tutela dei minori nei centri di detenzione, del ricongiungimento familiare, della protezione dei minori contro lo sfruttamento sessuale e, più recentemente, anche della necessità di tutelare e proteggere i minori nell'ambiente digitale.

Già nel 1979, nella causa *Marckx v. Belgium*, 1979, § 31, n. 6833/1974¹⁰, la Corte Europea ha definito la vita familiare – quale nozione autonoma convenzionale – specificando che l'elemento essenziale è il diritto di vivere insieme, in modo che i rapporti familiari si possano sviluppare armonicamente e che i singoli componenti la famiglia passano vivere insieme godendo di reciproca compagnia.

¹⁰ *Marckx v. Belgium*, n. 6833/1974, § 31.

Per la Corte Europea, la nozione di vita familiare è una questione fattuale, che dipende dalla reale esistenza di stretti legami personali; la Corte è molto attenta a valutare se le Autorità Nazionali abbiano esaminato tutti gli aspetti di questi legami familiari, anche di fatto, e cioè l'impegno, la convivenza, la durata e la natura delle relazioni.

Una conseguenza molto importante – per l'esame dei casi esaminati dalle pronunce della Corte costituzionale Italiana del 9 marzo 2021 – è che la Corte Europea sancisce, per ogni singolo Stato contraente, l'obbligo positivo di proteggere e tutelare la famiglia, e soprattutto i figli, adottando misure adeguate per perseguire questo obiettivo, qualora sussista il legame di parentela secondo i criteri convenzionali e nell'interpretazione autentica dell'art. 8 della Convenzione.

Ovviamente, le misure dovranno essere proporzionate e lo Stato italiano, come ogni altro Stato contraente, dovrà adempiere in modo rigoroso agli obblighi procedurali, fermo restando che ogni interferenza statale nella vita familiare potrà essere valutata dalla Corte sotto il profilo dell'equità e della proporzionalità.

La Corte, nelle pronunce in materia di art. 8 della Convenzione, ha anche precisato che il minore deve essere coinvolto nel processo decisionale che riguardi la sua vita familiare e privata, dimostrando favore a che il Giudice nazionale ascolti personalmente il bambino in ogni procedimento nel quale sia coinvolto.

Ma ha sempre statuito, in modo fermo, un criterio molto importante: quello del fattore tempo per garantire in modo rapido il benessere dei bambini, per l'impatto devastante che la durata dei procedimenti può avere sulla loro vita e sulla vita familiare, anche in fase di esecuzione del provvedimento (La Corte ha ritenuto, all'unanimità, esistente violazione della vita familiare, qualora lo Stato non abbia agito in modo tempestivo e ragionevole per eseguire la decisione sull'affidamento, non garantendo tutela effettiva ai diritti dei ricorrenti)¹¹.

Tali principi, del resto, sono chiaramente illustrati anche nelle Linee Guida del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minore, adottate dal Comitato dei Ministri il 17 novembre 2010¹².

Fermo restando che la Corte Europea riconosce comunque allo Stato un margine di apprezzamento nelle questioni relative alla famiglia e alle persone, sul presupposto che l'Autorità nazionale sia la migliore ad affrontare tali questioni per aver un contatto diretto con le parti interessate e senza avere la pretesa di sostituirsi al Giudice Nazionale, il margine di discrezionalità e di valutazione lasciato al singolo Stato è molto limitato, nella giurisprudenza della Corte, nelle questioni relative al diritto di visita e di informazione al minore ed è inversamente proporzionale allorquando i tempi di una separazione tra un

¹¹ *R.I. e Others v. Romania*, n. 57077/2016.

¹² *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Childfriendly Justice*, ISBN 978-92-871-7274-7 – www.coe.int/children; Council of Europe Publishing F-67075 Strasbourg Cedex France – <http://book.coe.int> ISBN 978-92-871-7579-3.

genitore, nell'accezione convenzionale, e il figlio si dilatano.

Anche questo principio è rilevante nei casi in esame e dimostra l'urgenza di un intervento perché non si perpetuino violazioni convenzionali, che – a mio modesto avviso – nei casi sottoposti all'esame della Corte costituzionale si sono già perpetuate.

Ed ancora.

Sebbene il rispetto al diritto della vita familiare non comprenda nell'accezione convenzionale della Corte il diritto di adottare o il semplice desiderio di fondare una famiglia, ma presupponga invece l'esistenza di una famiglia – caso a mio avviso sussistente nella questione in esame – o, almeno, di un potenziale rapporto tra il minore nato fuori dal matrimonio il suo genitore naturale, la Corte ha applicato l'art. 8 della Convenzione nella nozione autonoma di vita privata in mancanza di un rapporto qualificabile come vita familiare.

Ma, indipendentemente dalla qualificazione di vita familiare o di vita privata *ex art. 8* della Convenzione, il nodo centrale che ci interessa per i casi in esame delle sentenze della Corte costituzionale italiana è il ruolo centrale del minore: a livello di diritto sovranazionale (UN, Ue Coe) sono due i principi presenti nelle norme di diritto familiare che concernono i minori: il principio del *best interest* e il principio di non discriminazione, richiamati nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo¹³.

La Corte, in GC, ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 8 allorquando lo Stato non avesse esaminato dettagliatamente i criteri innanzi indicati nel decidere se ricongiungere un minore, in applicazione della Convenzione dell'Aja.

Sebbene la Corte abbia fatto riferimento ai criteri fattuali dei legami biologici e della coabitazione per definire la nozione di vita familiare, ha ritenuto, parimenti, che l'assenza di legami di sangue non impedisca automaticamente una relazione che possa rientrare nel concetto di famiglia¹⁴; allo stesso modo, sebbene la coabitazione sia un criterio importante per stabilire l'esistenza della vita familiare, non ne è però condizione essenziale¹⁵.

Per la Corte esiste comunque un legame familiare tra il minore e i suoi genitori anche se non hanno vissuto insieme, anche se successivamente, dopo anni, vi è prova dell'assenza di un legame biologico¹⁶.

Del resto, la Corte ha statuito anche un'adozione effettuata nei criteri di legge può creare vita familiare¹⁷, anche in assenza di reali collegamenti fattuali, quale la coabitazione¹⁸.

In altri termini, la Corte Europea in diverse occasioni si è spinta a ricono-

¹³ *X v. Latvia*, GC, n. 27853/09, §96.

¹⁴ *Nazarenko v. Russia*, n. 39438/13, § 58.

¹⁵ *Berrehab v. The Netherlands*, 1988, n. 10730/84, § 21.

¹⁶ *Nazarenko v. Russia*, n. 39438/13, § 58.

¹⁷ *Topčić-Rosenberg v. Croatia*, 2013, n. 19391/2011, § 38.

¹⁸ *Pini and Others v. Romania*, 2004, nn. 78028/01 e 78030/01, §§141-148.

scere la vita familiare – aldilà del riconoscimento formale della famiglia – sulla base delle circostanze che adulti e minori vivano insieme, della durata della relazione con il bambino, dell'esistenza di un progetto parentale, della qualità dei rapporti emozionali, della dimostrazione di una sincera preoccupazione per il benessere del bambino: criteri che dimostrano che la relazione sia costante e il fatto che i genitori del bambino abbiano creato un'unità familiare.

Per quel che riguarda il presente lavoro, conta la natura e la qualità delle relazioni tra i genitori e l'interesse dimostrabile del genitore, anche se intenzionale o sociale.

Senza pertanto esaminare i criteri enucleati nelle pronunce *Mennesson e Labassee v. France* (nn. 65192/11 e 65941/11)¹⁹, e *Paradiso e Campanelli v. Italia* (n. 25358/12)²⁰, rese in materia di PMA, e le motivazioni sottese, sussistono nei casi esaminati dalla Corte costituzionale italiana tutti i presupposti perché sia riconosciuta l'esistenza di una vita familiare, nella nozione autonoma dell'interpretazione evolutiva della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Conclusioni

In sintesi. Il riconoscimento dei nuovi diritti è un percorso affidato al coraggio e alla perseveranza degli Avvocati e alla sensibilità dei Giudici: molti diritti, in embrione nella Carta costituzionale italiana, saranno riconosciuti in un prossimo futuro, nel rispetto ovviamente della gerarchia delle fonti nel sistema italiano e dei criteri indicati nelle sentenze gemelle della Corte 347 e 348 del 2007, dell'art. 117 della Carta costituzionale italiana e del limite dell'ordine pubblico interno, che sono i filtri attraverso i quali il Giudice Italiano è chiamato ad operare un difficile bilanciamento dei diritti (e dei valori sottostanti).

E tanti diritti, come quelli oggi in gioco nei delicati temi di bioetica in esame, sono già, sebbene in fase embrionale, nella coscienza personale e sociale.

La sfida è quella di leggere la coscienza sociale e riuscire ad individuare e a valutare ogni interesse e valore, alla base di un diritto nuovo ed emergendo, un interesse e valore meritevole di tutela, perché indispensabile alla tutela della dignità della persona.

Tanto più se la persona è un minore.

In conclusione, il sistema costituzionale italiano, i principi del diritto europeo e la Convenzione dei Diritti dell'Uomo garantiscono congiuntamente la tutela dei diritti fondamentali, attraverso tecniche diverse e concorrenti, anche attraverso richiami incrociati, che consentono ampliare il ventaglio dei diritti fondamentali, in modo sempre più aderente alle nuove realtà e alle nuove emergenze sociali.

¹⁹ *Mennesson e Labassee v. France*, nn.65192/11 e 65941/11.

²⁰ *Paradiso e Campanelli v. Italy*, n. 25358/12.

Prendo in prestito una definizione della Carta costituzionale italiana dallo storico e insigne giurista della Corte costituzionale, della quale è stato anche Presidente, Paolo Grossi:

«È una sorta di scrigno prezioso, fatto anche di principii inespressi, che hanno solo bisogno di un interprete che li tragga dallo strato latente, trasformandoli in strumenti corroborativi della vita delle persone nelle vicende della loro esistenza quotidiana. Nella Repubblica, fortunatamente per il cittadino italiano, questo interprete c'è, ed è la Corte costituzionale prevista nella sua funzione di supremo organo di garanzia»²¹.

In un quadro ed in una materia estremamente fluida, come la bioetica, che sta occupando recentemente anche la Corte di Cassazione²², nei casi in esame, a modesto parere della scrivente e ad una prima lettura, la Corte costituzionale ha perso un'occasione di garantire e dare piena attuazione ai principi costituzionali, presenti in modo embrionale nella Costituzione italiana, essendo già palesi e concrete, nei casi in esame, violazioni convenzionali dell'art.8 e dell'art. 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Senza invadere ambiti riservati al Legislatore, in virtù dei valori costituzionali sottesi nei diritti invocati, il Giudice della Corte costituzionale avrebbe potuto – operando un bilanciamento chirurgico di valori e diritti – arrivare ad affermare diritti riconosciuti a livello europeo dalla coraggiosa interpretazione evolutiva della Corte europea dei diritti dell'uomo; in altri termini, avrebbe «preso atto di principi che sono ab origine intrinsecamente giuridici e pertanto direttamente applicabili da parte del Giudice»²³.

Abstract

L'Autrice partendo dall'esame delle sentenze numero 32 e 33 del 2021 rese dalla Corte costituzionale italiana esamina il percorso giurisprudenziale della Corte costituzionale italiana e della Corte europea dei diritti dell'uomo per il riconoscimento di "nuovi diritti" nella materia bioetica in chiave critica.

²¹ P. GROSSI, *L'invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici* – Lectio magistralis tenuta alla "Scuola Superiore della Magistratura" per l'inaugurazione dei corsi di formazione per l'anno 2017.

²² Cass. Civ., Prima sezione, con ordinanza interlocutoria del 17/02/2021 n. 4198, Presidente Tirelli, estensore Caiazzo, ha rimesso alla pubblica udienza la questione avente rilievo nomofilattico, se nell'ambito di un rapporto di fatto tra persone dello stesso sesso, il genitore cd. sociale ed intenzionale del minore sia legittimato a proporre ricorso per la limitazione della responsabilità genitoriale di quello biologico e se in tali casi sia necessaria la nomina di un curatore speciale per il medesimo.

²³ P. GROSSI, *Presentazione al volume: Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, a cura di G. D'AMICO, Giuffrè, Milano 2017, p. XIII.

Libertà fondamentali e restrizioni Covid: il caso spagnolo

Gabriella Matalone

Premessa

Dal giorno in cui l'Organizzazione Mondiale della Sanità¹ ha valutato e ritenuto la diffusione del Covid-19 una vera e propria pandemia, la situazione del contagio in Europa si è ulteriormente aggravata, comportando la necessità da parte dei vari governi di adottare misure sempre più restrittive delle libertà dei cittadini onde impedire la crescente ed incontrollata epidemia tra la popolazione con qualsiasi mezzo giuridico a disposizione, e talvolta travalicando i limiti definiti dalle Carte Costituzionali.

Molto è stato scritto a proposito dei dubbi di incostituzionalità delle misure adottate nel nostro Paese per mezzo di semplici, ma nel contenuto complicati e spesso poco chiari, Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri; nel presente contributo ci sposteremo invece nella vicina Spagna ed esamineremo la questione sottoposta all'Alta Corte di Giustizia di Madrid e risolta con la mancata ratifica giudiziale delle misure adottate dall'*Ajuntamiento* della Comunità Autonoma di Madrid, in quanto prive di una base di rango legislativo come invece prescrive la Costituzione spagnola.

La cornice costituzionale spagnola

Diversamente dal nostro testo costituzionale (il cui art. 77 prevede solo la normazione in casi di urgenza e non di emergenza e l'art. 78 riguarda la deliberazione dello stato di guerra), la Costituzione spagnola del 1978² contiene una norma specifica per regolamentare le situazioni di "allarme, eccezione e assedio": è l'art. 116³ che prevede innanzitutto come tali circostanze possano essere dichiarate formalmente da una maggioranza qualificata, secondo una ben precisa ponderazione di poteri tra governo e parlamento e per un periodo di tempo limitato.

¹ Conferenza stampa 11 marzo 2020: «*We have therefore made the assessment that COVID-19 can be characterized as a pandemic. Pandemic is not a word to use lightly or carelessly*». – *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on Covid-19*.

² Pubblicata sul BOE n. 311 del 29.12.1978 (ref. BOE-A-1978-31229).

³ Art 116.1 CE: «*Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes*».

Ma soprattutto il suo art. 53⁴ sancisce l'intangibilità dei diritti e delle libertà fondamentali, nel loro "contenuto essenziale" che dovrà in ogni caso esser rispettato anche dalla legge che, unica, può disciplinarne l'esercizio e se del caso limitarlo, sempre nel rispetto del dettato costituzionale.

Questo il quadro, in estrema sintesi, all'interno del quale si sono avvicendate le disposizioni d'emergenza per combattere la diffusione del virus e salvaguardare la tenuta del sistema sanitario e ospedaliero spagnolo.

E si è formato questo caso sottoposto all'Alta Corte di Giustizia di Madrid.

Analisi della sentenza del T.S.J. di Madrid n. 128 dell'8.10.2020

Il caso concreto è scaturito dalla domanda di ratifica giudiziale, prevista dalla legislazione spagnola⁵ e promossa dall'Avvocatura della Comunità Autonoma di Madrid, in merito al terzo paragrafo⁶ dell'Ordinanza n. 1273/2020 del 1° ottobre del Dipartimento della Sanità, in esecuzione dell'Ordinanza del Ministero della Sanità del 30 settembre 2020.

Detto paragrafo conteneva misure restrittive per la popolazione di dieci comuni nel territorio della Comunità Autonoma, vietando l'ingresso e l'uscita da esse se non giustificati da specifici motivi ivi indicati, per un periodo di 14 giorni prorogabili in base alla situazione epidemiologica.

L'Avvocatura della Comunità Autonoma di Madrid ha subito precisato che con tale domanda non veniva richiesto di valutare la legalità dell'atto amministrativo in quanto tale, ma che le misure adottate – restrittive di libertà fondamentali riconosciute e tutelate – rispettassero i limiti e le prescrizioni dell'ordinamento giuridico spagnolo, pur nell'interesse della salute pubblica che intendevano proteggere.

Ha infatti rilevato come tutte le Comunità Autonome siano obbligate a rispettare e dare compimento alle Ordinanze comunicate dal Ministero della Sanità, secondo quanto disposto dall'art. 65 della Legge n. 1/2003 del 28 maggio sulla Coesione e Qualità del Sistema Nazionale della Sanità, dopo l'approvazione delle Attuazioni Coordinate per ridurre i rischi di trasmissione del Covid-19.

⁴ Art. 53.1 CE: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)». Quest'ultimo articolo riguarda le competenze del *Tribunal Constitucional* ed i vari ricorsi attivabili davanti ad esso.

⁵ Il ricorso è previsto dall'art. 10.8 della LJCA, *Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* n. 29/1989 del 13 luglio.

⁶ Nel ricorso invero si faceva riferimento al secondo paragrafo, errore materiale prontamente corretto nel primo Considerando della sentenza, pag. 3: «Aun cuando en el suplico de su escrito se refiere al apartado 2° de dicha Orden, considera la Sala que tal mención se trata de un mero error de transcripción».

Quindi, una volta emanata l'Ordinanza del Ministero della Sanità del 30 settembre 2020, le Comunità Autonome avevano l'obbligo di darle compimento⁷.

La ratifica giudiziale richiesta riguarda invero le misure concretamente adottate in quanto limitative di un diritto fondamentale: «l'autorizzazione o ratifica giudiziale richiesta sarà esclusivamente rivolta a quelle misure sanitarie che implichino la privazione o la restrizione di una libertà o altro diritto fondamentale»⁸.

La funzione di questo procedimento è appunto quella di analizzare se le misure sanitarie adottate in concreto da una pubblica amministrazione possano limitare i diritti fondamentali dei cittadini e se tali limitazioni abbiano una copertura legale ed in tal caso se rispettino i parametri di giustificazione, idoneità e proporzionalità che la dottrina costituzionale esige.

Nella fattispecie sottoposta ai Giudici dell'Alta Corte di Madrid, appare subito evidente la restrizione all'esercizio del diritto di libera circolazione per effetto dell'Ordinanza n. 1273/2020.

Nel secondo Considerando della sentenza in esame vengono illustrate le argomentazioni del Pubblico Ministero: a suo parere, tale ordinanza trova fondamento non solo in quella del Ministero della Sanità del 30.09.2020, ma anche nella Risoluzione adottata il medesimo giorno dalla Segreteria di Stato⁹ che, nelle sue funzioni di coordinamento generale in materia di salute pubblica secondo la ripartizione di competenze previste nella Costituzione e sulla base della Legge n. 16/2003 di Coesione e Qualità del Sistema Nazionale Sanitario¹⁰, aveva emanato la Dichiarazione sul Coordinamento delle Attuazioni¹¹ per rispondere all'eccezionale situazione di rischio per la trasmissione incontrollata dei contagi da Covid-19.

Il Pubblico Ministero fa inoltre riferimento a precedenti pronunce del medesimo tribunale su analoghe misure restrittive e di controllo, adottate per combattere l'attuale pandemia, facendo leva come fondamento su tutta una serie di leggi ad esempio quella Generale sulla Salute Pubblica¹² o quella sulla

⁷ Dal preambolo dell'Ordinanza n. 1273/2020: «*La ejecución de las actuaciones en la declaración de actuaciones coordinadas aprobada pr la Orden comunicada del Ministro de Sanidad, de 30 de septiembre de 2020, determina la adopción de la presente Orden, cuya finalidad es dar cumplimiento a dicho mandato*».

⁸ Dal primo Considerando, pag. 4: «*esta Sala entiende que la autorizacióno ratificación judicial será precisa, exclusivamente, para aquellas medidas sanitarias que, como reseña el precepto legal, impliquen la privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental*».

⁹ *Resolución de 30 de septiembre de 2020 de la Secretaría de Estado de Sanidad*.

¹⁰ *Ley n. 16/2003 de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud*.

¹¹ La risoluzione della Segreteria di Stato ha pubblicato l'Accordo del Consiglio Inter-territoriale del Sistema Nazionale Sanitario e tale Dichiarazione sulle Azioni Coordinate tra l'amministrazione statale e le autorità delle Comunità Autonome.

¹² *Ley n. 33/2011 de 4 de octubre, General de Salud Pública*.

Protezione Civile¹³ o quella regolatrice dello Stato di Allarme, Eccezione e Asedio¹⁴ affermando come le attuali misure all'esame dell'Alta Corte integrino il requisito di proporzionalità al fine di «mantenere un sufficiente controllo della trasmissione del contagio evitando la necessità di imporre restrizioni di maggiore impatto»¹⁵.

Conclude quindi per la ratifica dell'ordinanza in esame.

A questo punto i giudici dell'Alta Corte ricordano i limiti della procedura entro i quali esercitano la loro funzione¹⁶: a loro non spetta certo valutare l'opportunità delle misure adottate dalle autorità sanitarie, ma precisamente soltanto se quelle limitative o restrittive di diritti o libertà fondamentali¹⁷ abbiano un fondamento legislativo e se poi rispettino comunque i requisiti di giustificazione, idoneità e proporzionalità.

Tale ambito di giudizio era già stato delineato in una precedente sentenza, la n. 594/2020 del 28 agosto 2020, in cui erano stati esplicitati i requisiti prescritti dall'ordinamento per un giudizio di legalità: dalla competenza oggettiva dell'organo amministrativo emittente ai principi di necessità ed urgenza, adeguatezza e ragionevolezza, allo scopo di non permettere «sacrifici non necessari alle libertà e ai diritti fondamentali»¹⁸.

Nel quarto Considerando i giudici dell'Alta Corte di Madrid si concentrano sul primo requisito richiesto ai fini della ratifica giudiziale richiesta, ossia la copertura legale in ordine alla competenza dell'amministrazione della Comunità Autonoma per adottare quel tipo di misure sanitarie, e mettono in evidenza la sostanziale differenza rispetto alle precedenti pronunce del medesimo tribunale¹⁹: nel nostro caso l'Ordinanza del Ministero della Sanità si basa sull'art. 65 della Legge n. 16/2003 del 28 maggio e sulla previsione di quelle attuazioni coordinate menzionate *supra* e vede, come sue destinatarie, le Comunità Autonome le quali devono darvi esecuzione con specifiche disposizioni dirette ai cittadini.

Nel preambolo della Dichiarazione sul Coordinamento delle Attuazioni²⁰ per

¹³ Ley n. 17/2005 de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil.

¹⁴ Ley Orgánica n. 4/1981 de 1 de junio, de Estado de Alarma, Excepción y Sitio.

¹⁵ Dal secondo Considerando, pag. 7: «El ojetivo final de las medidas propuestas es, ante la situación de riesgo extremo existente, mantener un control suficiente de la transmisión del COVID-19 que evite la necesidad de imponer restricciones de mayor impacto con el consiguiente efecto negativo en la sociedad y en la economía del país».

¹⁶ Si riportano sia all'art. 10.8 della LJCA, cfr. nota 5, sia ad una precedente sentenza (la n. 594/2020) in cui avevano esattamente indicato i criteri della loro competenza in materia.

¹⁷ Questo tipo di ricorso riguarda le misure restrittive di diritti o libertà fondamentali nelle ipotesi in cui i destinatari non siano identificati o identificabili individualmente.

¹⁸ Dal terzo Considerando, pag. 8.

¹⁹ Si tratta della sentenza del 24 settembre 2020 nel procedimento n. 1070/2020 e della sentenza del 1° ottobre 2020 nel procedimento n. 1180/2020, sempre su misure sanitarie anti Covid.

²⁰ Tale Dichiarazione è stata adottata il 30 settembre 2020 sulla base dell'Accordo del Comitato Inter-territoriale del Sistema Nazionale Sanitario, quale organo permanente di coordina-

rispondere all'eccezionale situazione di rischio Covid-19, si dichiara esplicitamente che l'obiettivo delle misure di distanziamento sociale e delle restrizioni alla mobilità dei cittadini è quello di proteggere le persone più vulnerabili e di salvaguardare l'efficienza del sistema sanitario nazionale; è infatti competenza esclusiva dello Stato *ex art.* 149 co. 1.16 della Costituzione²¹, il coordinamento generale in materia di sanità e, nella cornice della legislazione nazionale e conformemente ad essa, alle Comunità Autonome spetta la potestà legislativa d'esecuzione e quella regolamentare e di dettaglio.

L'Accordo del Comitato Inter-territoriale²² del 30 settembre menziona l'art. 65 della Legge n. 16/2003 come unica base legale abilitante della potestà amministrativa derivata per la sua esecuzione per mezzo delle ordinanze delle Comunità Autonome; nella sentenza però viene citato anche l'art. 73.2 di quella Legge, norma che precisa come l'azione di tale Comitato si svilupperà attraverso «raccomandazioni, che saranno approvate *per consensum*»²³.

Questo appare dunque come l'unico fondamento di rango legislativo: «É solo su questa base legale che sia l'Ordinanza del Ministero della Sanità del 30.09.2020 sia quella del Dipartimento di Sanità n. 1273/2020 del 1° ottobre fondano la legittimazione all'adozione delle misure sanitarie restrittive del diritto alla libertà di circolazione»²⁴.

Afferma l'Alta Corte di Madrid che la ratifica giudiziale di tali misure dipenderà dunque esclusivamente dal giudizio su tale unica base legale.

E qui si apre il cuore giuridico della sentenza esaminata.

Si comprende la necessità in concreto di quelle misure sanitarie per evitare il propagarsi incontrollato dei contagi e proteggere la salute pubblica e la tenuta del sistema ospedaliero, ma si rammenta l'esistenza comunque di altri strumenti e/o procedimenti per raggiungere il medesimo obiettivo; infatti si precisa che nessun diritto fondamentale ha un contenuto di per sé assoluto: l'esercizio illimitato di un diritto può ben entrare in contrasto con altri diritti o valori costituzionali ugualmente garantiti.

In ogni caso, la restrizione di qualunque diritto o libertà fondamentale deve

mento informazione e comunicazione tra le amministrazioni locali e lo Stato centrale.

²¹ Art. 149.1.16 CE: «*El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ... 16. Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos*».

²² Cfr. nota 20.

²³ Dal quarto Considerando, pag. 13: «*Los acuerdos del Consejo se plasmarán a través de recomendaciones que se aprobarán, en su caso, por consenso*».

²⁴ Dal quarto Considerando, pag. 13: «*En este marco legal, y solo en él, sitúan tanto la Orden comunicada del Ministro de Sanidad de 30 de septiembre de 2020, como la Orden 1273/2020 de 1 de octubre, de la Consejería de Sanidad, la habilitación para la adopción de las medidas sanitarias restrictivas del derecho fundamental a la libertad de circulación, al prohibir la entrada y salida de personas de los municipios incluidos en su ámbito de aplicación*».

rispettare la riserva di legge prevista dagli artt. 81.1 e 53.1 della Costituzione²⁵ ed i requisiti di adeguatezza e proporzionalità.

Per delinearne ciascuno dei presupposti per una legittima limitazione dei diritti, vengono citate varie sentenze del Tribunale Costituzionale spagnolo.

Il primo requisito, il perseguimento di una finalità costituzionalmente legittima, consente al legislatore di sacrificare o imporre dei limiti al contenuto di un diritto purché ciò sia giustificato “per la protezione di altri diritti o valori costituzionali”²⁶.

Sul requisito della proporzionalità, viene menzionata la sentenza del Tribunale Costituzionale n. 60/2010, la quale distingue ben 3 caratteristiche: la misura dev'essere idonea e adeguata allo scopo; la misura dev'essere altresì necessaria, nel senso che non sussistano altre misure, meno stringenti, per raggiungere la finalità desiderata; infine la misura dev'essere proporzionata, nel senso che non risulti un eccessivo o irragionevole disequilibrio tra la portata della limitazione ed il grado di soddisfazione dello scopo perseguito, quindi si esige una ponderazione ben calibrata per identificare le condizioni per cui un interesse costituzionale può prevalere su un altro.

I giudici dell'Alta Corte di Madrid si soffermano infine sulla previsione della riserva di legge, distinguendo quando sia necessaria una c.d. legge organica, da approvarsi con una maggioranza assoluta, e quando sia sufficiente la legge ordinaria; anche in questo caso si avvalgono della giurisprudenza del Tribunale Costituzionale già consolidata in materia e riportano sia la sentenza n. 5/1981 sull'interpretazione stretta del termine riserva di legge²⁷, sia la n. 169/2001 sulla previsione legislativa come condizione essenziale di legittimità costituzionale di una misura limitativa dei diritti:

Questa riserva di legge, alla quale la Costituzione Spagnola sottopone con carattere generale la disciplina dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche riconosciute nel suo Titolo I, svolge una doppia funzione: da un lato assicura che i diritti che la Costituzione attribuisce ai cittadini non si vedano toccati da nessuna

²⁵ Art. 81 CE: «1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. 2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá la mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto». Per il testo dell'art. 53.1 CE cfr. nota 4.

²⁶ Dal quinto Considerando, pag. 14, ove si cita la sentenza del Tribunale Costituzionale n. 76/2019.

²⁷ Dal quinto Considerando, pag. 15, citando la STC n. 5/1981 del 13 febbraio: «cuándo la imposición de límites a un derecho fundamental cae en la reserva de Ley orgánica (art. 81,1 CE) y cuándo se puede considerar una regulación del ejercicio del derecho (art. 53.1 CE) no reservado a aquella forma legal. Dijimos entonces que los límites legales o bien pueden ser restricciones directas del derecho fundamental mismo, o bien pueden ser restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental».

ingerenza statale non autorizzata dai loro rappresentanti parlamentari; dall'altro, in un ordinamento giuridico come il nostro, costituisce in definitiva l'unico modo efficace per garantire l'esigenza della certezza giuridica²⁸.

Dunque la legittimità costituzionale si misura anche attraverso il canone della sicurezza e della certezza del diritto; ed a tal proposito, viene fatto riferimento alla giurisprudenza della Corte europea di diritti umani sul requisito della certezza e prevedibilità, cui rimanda lo stesso Tribunale Costituzionale spagnolo quando afferma che una norma, per essere prevedibile, dev'essere redatta con la sufficiente precisione per consentire all'individuo di regolare la propria condotta conformemente ad essa e «per apportare all'individuo una protezione adeguata contro l'arbitrarietà»²⁹.

La mancanza di precisione nella previsione normativa comporterebbe incertezza e così la legge perderebbe la sua funzione di garanzia, al di là di ogni ragionevole interpretazione: non solo lederebbe il principio della certezza del diritto, ma andrebbe a ledere il contenuto essenziale dello stesso diritto fondamentale da proteggere.

I giudici dell'Alta Corte di Madrid infine si soffermano anche sull'intensità della limitazione dei diritti e, sempre riportandosi alla dottrina del Tribunale Costituzionale, distinguono quando la limitazione al diritto riguardi il suo contenuto sostanziale, con la riserva di legge organica, o quando riguardi la modalità del suo esercizio in circostanze specifiche o per soggetti e tempi determinati, nel qual caso è sufficiente una legge ordinaria, anche senza la necessità di ricorrere a ipotesi eccezionali implicant la dichiarazione dello stato di allarme, come previsto dall'art. 116 della Costituzione³⁰.

Dopo la dettagliata illustrazione dei criteri di legittimità costituzionale, si passa alla disamina della copertura legale delle misure oggetto di causa: la natura di legge ordinaria della Legge n. 16/2003, unico fondamento legislativo delle misure sanitarie adottate dall'*Ajuntamiento* della Comunità Autonoma di Madrid, non sarebbe di per sé ostativo purché le sue disposizioni non preveda-

²⁸ Sempre dal quinto Considerando, pag. 15, citando la STC n. 169/2001 del 16 luglio: «*Esa reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución Española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un ordenamiento jurídico como el nuestro, en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos únicamente al imperio de la ley y no existe, en puridad, la vinculación al precedente, constituye en definitiva el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas.*».

²⁹ Dal quinto Considerando, pag. 16, sempre citando la STC n. 169/2001 del 16 luglio.

³⁰ Cfr. nota 3.

no delle restrizioni dirette al contenuto essenziale dei diritti interessati³¹.

Viene subito evidenziato come in quella disposizione non si rinvenga però alcuna menzione né diretta né indiretta, tra le funzioni legalmente demandate al Comitato Inter-territoriale del Sistema Nazionale Sanitario, alla possibilità di limitare i diritti fondamentali dei cittadini³².

Basterebbe questa affermazione, ma i giudici continuano nella loro disamina.

Quella legge neppure prevede i presupposti materiali di un'eventuale limitazione dei diritti, mancando pertanto certezza e sicurezza giuridica.

Ma ancora: quella disposizione disciplina il coordinamento e la cooperazione tra le diverse amministrazioni pubbliche con competenze sanitarie e non può qualificarsi come un'autorizzazione implicita all'adozione di misure di tale portata, limitative di diritti fondamentali.

Viene attentamente esaminato anche il decreto-legge³³ che aveva modificato l'art. 65 della Legge n. 16/2003 e aveva aggiunto l'art. 65-*bis*: neanche tale decreto-legge ha autorizzato i poteri pubblici all'emanazione di misure restrittive della libertà di circolazione o di altri diritti fondamentali dei cittadini.

Esso aveva previsto l'attivazione di piani e strategie per affrontare l'emergenza sanitaria ed i meccanismi per attuare il coordinamento, stabilendo le misure urgenti per prevenire e contenere la diffusione dei contagi in vista del superamento della Fase III alla scadenza dello stato d'allarme, dichiarato con il Real Decreto del 14 marzo 2020³⁴ e più volte prorogato fino al 21 giugno 2020.

Il decreto-legge n. 21/2020 del 9 giugno aveva come sua finalità peculiare, come si legge nel suo preambolo³⁵, di prevenire e contenere la pandemia con una serie di misure preventive, una volta concluso il periodo dello stato d'allarme e delle misure straordinarie di contenimento comprese quelle limitative della libertà di circolazione; e prosegue indicando l'esigenza dell'elaborazione di piani e strategie tramite le azioni coordinate in materia di sanità pubblica, proprie del Comitato Inter-territoriale.

Sempre nel preambolo di quel decreto-legge si afferma che esso «non

³¹ Come esposto, in tal caso la Costituzione spagnola prevede la riserva di legge organica.

³² Dal sesto Considerando, pag. 17: «*Ninguna mención se hace en el precepto, ya sea de forma directa o indirecta, a la posible limitación de derechos fundamentales con motivo del ejercicio de las funciones legalmente encomendadas al Consjo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud*».

³³ Real Decreto-ley 21/2020 del 9 giugno.

³⁴ Real Decreto n. 463/2020 del 14 marzo.

³⁵ Dal sesto Considerando, pag. 19: «*A ese fin responde el presente real decreto-ley con el establecimiento de un deber general de cautela y protección que afiance comportamientos de prevención en el conjunto de la población, y con la adopción de una serie de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación, dirigidas a garantizar el derecho a la vida y a la protección de salud mientras perdure la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, una vez expirada la vigencia del estado de alarma y de las medidas extraordinarias de contención, incluidas las limitativas de la libertad de circulación, establecidas al amparo de aqueb*».

riguarda le materie vietate a questo strumento normativo»³⁶, pertanto non vi si può rinvenire la base legale che giustifichi le attuali misure restrittive della libertà di circolazione.

In definitiva la Legge sulla Coesione e Qualità del Sistema Sanitario Nazionale³⁷ non contiene il legittimo fondamento per quelle misure contenute nell'Ordinanza n. 1273/2020, emanata in esecuzione all'Ordinanza ministeriale del 30 settembre 2020, che costituisce quindi un'ingerenza dei poteri pubblici sui diritti fondamentali dei cittadini, «non autorizzata dai loro rappresentanti in Parlamento e quindi non passibile di ratifica giudiziale»³⁸.

Nell'ultimo Considerando, data la rilevanza e le prevedibili ripercussioni di una tale pronuncia, vengono presi in esame *ad abundantiam* una ad una anche le altre allegazioni del Pubblico Ministero: viene ben spiegata la differenza della presente questione rispetto alle precedenti decisioni, nelle quali le norme sottoposte alla valutazione dei giudici erano state adottate sulla base della Legge Organica sulle Misure Speciali in materia di sanità pubblica³⁹, e viene esclusa la possibilità che in questo caso il fondamento normativo possa trovarsi in altre leggi⁴⁰ né nel Decreto del 14 marzo⁴¹ che aveva dichiarato lo Stato d'Allarme nella nazione.

La conclusione è pertanto il rigetto della domanda di ratifica giudiziale del paragrafo 3 dell'Ordinanza n. 1273/2020, pur nella consapevolezza della gravità della crisi sanitaria in atto, ricordando che l'ordinamento prevede strumenti giuridici di diversa natura per poter limitare o sospendere i diritti ma nel rispetto delle garanzie.

Ciò offre all'Alta Corte l'opportunità di una solenne affermazione:

«Nel nostro ordinamento costituzionale spetta ai rappresentanti dei cittadini, nel Parlamento, la delimitazione o la modulazione dei diritti fondamentali della persona, nel rispetto della riserva di legge prevista dagli articoli 81.1 e 53.1 della Costituzione Spagnola, nel rispetto delle esigenze di proporzionalità, certezza e prevedibilità e, in ogni caso, nel rispetto del loro contenuto essenziale»⁴².

³⁶ Dal sesto Considerando, pag. 21: «*El presente real decreto-ley, por una parte, no afecta a las materias vedadas a este instrumento normativo y, por otra, responde al presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad que justifica la utilización de este tipo de norma.*»

³⁷ È la Legge n. 16/2003, cfr. nota 10.

³⁸ Dal sesto Considerando, pag. 21: «*constituyen una injerencia de los poderes públicos en los derechos fundamentales de los ciudadanos sin habilitación legal que la ampare, es decir, no autorizada por sus representantes en las Cortes Generales, por lo que no puede ser ratificada.*»

³⁹ Ley Orgánica n. 3/1986 del 14 aprile, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública.

⁴⁰ Il P.M. aveva invocato anche la legge sulla Protezione Civile, Ley n. 15/2015 del 9 luglio.

⁴¹ Cfr. nota 34.

⁴² Dal settimo Considerando, pag. 23: «*En nuestro orden constitucional corresponde a los representantes de los ciudadanos en las Corte Generales, bajo la reserva de ley prevista en los artículos 81.1 y 53.1 CE, la delimitación y la modulación de los derechos fundamentales*

Conclusioni

Alla sua pubblicazione, la notizia⁴³ di questa importante sentenza ha travalicato i confini della Spagna⁴⁴, risvegliando in tutta Europa⁴⁵ quella sete di costituzionalità, se così possiamo definirla, ossia quell'esigenza di veder rispettate le carte costituzionali e di ricercare, pur nella crisi emergenziale della pandemia, i mezzi e i modi più opportuni nelle restrizioni ai diritti ed alle libertà fondamentali delle persone, per trovare il giusto equilibrio tra la lotta contro la diffusione dei contagi e la democrazia⁴⁶.

All'inizio del fenomeno pandemico, qui in Italia, abbiamo osservato ed accettato tutta una serie di provvedimenti che hanno fortemente limitato non solo i nostri diritti ma anche settori importanti della nostra società, come la scuola e la cultura, in uno stato che qualche autore ha definito non di emergenza, ma di vera e propria «eccezione, una zona intermedia tra il giuridico e l'extragiuridico»⁴⁷.

La paura, purtroppo, è la prima nemica della democrazia.

Ed in nome della salvaguardia della salute, personale o pubblica che sia, ogni azione o attuazione appariva necessaria, indispensabile, prima ancora che lecita.

Si è parlato di tirannia della salute⁴⁸, ma contro la pandemia non c'è rivoluzione.

Occorre allora ricordare, ogni momento, che qualsiasi emergenza o urgenza può ben essere affrontata e regolamentata conformemente alle nor-

de las personas, bajo las exigencias de proporcionalidad, certeza y previsibilidad y, en todo caso, respetando su contenido esencial.

⁴³ Cfr. *Elpaís.com* 8.10.2020: «El TSJM anula las restricciones impuestas por Sanidad en Madrid para frenar los contagios de covid-19. La Justicia deniega la ratificación de las medidas al verse afectados los derechos y las libertades fundamentales:»

⁴⁴ Cfr. *Ansa.it* 8.10.2020 NEWS: «nell'intento di contenere i contagi da coronavirus, a fronte di un tasso più che triplo rispetto al resto del Paese. Il lockdown parziale [...] limitava la libertà di movimento fuori dal proprio Comune di residenza se non per motivi di lavoro, studio o salute. Una imposizione subito respinta con forza dalla Presidente della Comunità di Madrid Isabel Díaz Ayuso che aveva denunciato una invasione di poteri, presentando un ricorso in tribunale. Ora la Corte Superiore di Giustizia giudica illegittima la decisione governativa, e le relative sanzioni, perché lede i diritti e le libertà fondamentali».

⁴⁵ Cfr. *Lemonde.fr* 9.10.2020: «Dans leur décision, les six magistrats soulignent que les restrictions imposées à Madrid et à neuf communes proches affectent des droits et libertés fondamentales». Cfr. *Irishtimes.com* 8.10.2020: «A Spanish court has ruled that a partial lockdown introduced a week ago in Madrid was illegal... Madrid's high court of justice ruled that restrictions which sought to prevent non-essential travel into and out of the capital and nine surrounding cities violated the fundamental rights of inhabitants».

⁴⁶ Si rileva come, dopo la pubblicazione della sentenza, la Presidentessa della Comunità Autonoma di Madrid abbia comunque invitato i cittadini a non spostarsi se non per necessità.

⁴⁷ Cfr. A. MANTOVANO «È molto più di uno stato di emergenza. Troppe eccezioni inaccettabili accettate senza troppe eccezioni», in *Tempi*, n. 1° gennaio 2021, pag. 14.

⁴⁸ Cfr. C. SARTEA, *La tirannia della salute. Riflessioni giusfilosofiche sulla pandemia*, in *Società e Diritti*, rivista elettronica, 2020 anno V, n. 10, pp. 100-126.

me delle Costituzioni e delle Convenzioni internazionali che devono trovare applicazione e che rappresentano sempre la cornice all'interno della quale i poteri pubblici statali possono agire, ed i diritti e le libertà fondamentali dei cittadini possono, devono essere tutelati e rispettati.

Desidero concludere questo commento con le parole della prof.ssa Cartabia, già Presidente della nostra Corte costituzionale e attuale Ministro della Giustizia, dalla sua relazione del 28 aprile 2020:

Il nuovo anno è stato aperto da una contingenza davvero inedita e imprevedibile... *omissis*... La nostra Costituzione non contempla un diritto speciale per lo stato di emergenza sul modello dell'art. 48 della Costituzione di Weimar o dell'art. 16 della Costituzione francese, dell'art. 116 della Costituzione spagnola o dell'art. 48 della Costituzione ungherese. Si tratta di una scelta consapevole. Nella Carta costituzionale non si rinviengono clausole di sospensione dei diritti fondamentali da attivarsi nei tempi eccezionali, né previsioni che in tempi di crisi consentano alterazioni nell'assetto dei poteri...*omissis*... Anche nel tempo presente, dunque, ancora una volta, è la Carta costituzionale così com'è – con il suo equilibrato complesso di principi, poteri, limiti e garanzie; diritti, doveri e responsabilità – a offrire a tutte le istituzioni e a tutti i cittadini la bussola che consente di navigare per l'alto mare aperto dell'emergenza⁴⁹.

Abstract

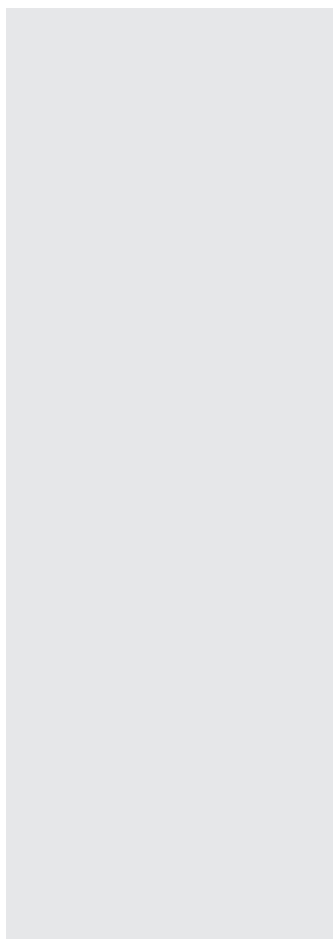
In response to Covid-19 pandemic after the period of first alert, in early October Spain's central government introduced measures preventing non-essential travels into and out of the capital region; the local government was bound to execute them; furthermore, the court's ratification was required for their application.

According to the Spanish Constitution, fundamental rights and freedoms can be restricted only by law: a "ley orgánica" is required in order to limit the essence of the rights while an ordinary law is sufficient to regulate their exercise. In this case, the discussed legal provision (art. 65 L. n. 16/2003) only regulated actions of coordination and cooperation between the central government and the regional authorities in public health, to curb the infections and to ensure the stability of the health system, but it didn't authorize restrictive measures by the executive power.

So, the 8th October 2020, the High Court of Justice of Madrid judged that those measures were unlawful since they limited citizens' freedom of movement without a legal basis that guarantees legal certainty against arbitrary interferences; being in violation of a fundamental right, those emergency measures weren't ratified. Even during a pandemic crisis, the fundamental rights have to be respected.

⁴⁹ M. CARTABIA, *L'attività della Corte Costituzionale nel 2019*, Palazzo della Consulta, pp. 25-26

PROFESSIONI, CULTURA E SOCIETÀ



Ulisse

Michele Salazar

Nell'ottava bolgia del cerchio ottavo dell'*Inferno*, destinata ai consiglieri fraudolenti, condannati ad ardere come lingue di fuoco, Dante incontra Ulisse (Canto XXVI, 52 ss.). Desidera intensamente interrogarlo ma Virgilio ne modera lo slancio facendosi carico di intervenire come mediatore tra i due: «lascia parlare a me che ho intuito cosa vuoi sapere da lui» dice il maestro all'impaziente allievo. Appellandosi quindi alla sua qualità di poeta si rivolge ad Ulisse perché dica come si compì il suo destino. Virgilio e Dante conoscono quanto hanno scritto i poeti dell'antichità sulle travagliate vicende terrene di quell'anima dannata, ma Dante non vuole farsi sfuggire l'occasione di sentire dalla voce dell'eroe greco come sono andate effettivamente le cose; non gli è chiaro infatti perché i capi degli Achei, una volta espugnata Troia, sono rientrati in tempi ragionevoli alle rispettive dimore e lui, solo lui, Ulisse, ha peregrinato dieci anni per mari procellosi e per terre sconosciute prima di baciare la sua pietrosa Itaca.

Ulisse aderisce prontamente alla richiesta di Virgilio ed espone la sua versione dei fatti che è assai diversa da quella che i due compagni di viaggio conoscono per averla appresa dai poeti.

La narrazione di Ulisse comincia dalla separazione da Circe che per più di un anno lo aveva trattenuto nel luogo che successivamente Enea avrebbe chiamato Gaeta¹. Dichiarò che si è messo volontariamente in viaggio per l'alto mare aperto con un manipolo di compagni spinto dall'irresistibile desiderio di conoscere il mondo e di fare esperienza dei vizi e delle virtù degli uomini. Nel corso della lunga navigazione ha toccato i lidi dell'Europa e dell'Africa sino alla Spagna e al Marocco; ha visto le isole del Mediterraneo e ha raggiunto l'estremo confine del mondo conosciuto segnato dalle colonne d'Ercole. Ha quindi esortato i suoi compagni, ormai vecchi e stanchi, che avrebbero voluto tornare indietro, a non fermarsi e a proseguire il viaggio per mare oltre quei confini per seguitare, con un ultimo sforzo generoso, nell'esplorazione e nella

¹ L'imposizione da parte di Enea al territorio posseduto da Circe del nome di Gaeta per onorare la nutrice, ivi morta e degnamente sepolta, è un'invenzione frutto della fantasia poetica di Virgilio (*Eneide*, libro VII, 1-9). Ulisse nel richiamare l'evento dimostra di conoscere il poema e rende così omaggio a Virgilio che lo sta ascoltando.

sperimentazione fin lì condotte ed essi lo hanno seguito nell'impresa, ma pochi mesi dopo quell'arduo passaggio² verso l'ignoto una turbinosa tempesta li ha inabissati ponendo fine al loro ideale e alla loro vita.

Ulisse non dice altro. Dante rimane in silenzio. Virgilio licenzia l'interlocutore. Né l'uno né l'altro manifestano alcuno stupore per ciò che hanno sentito. Eppure il personaggio che ha appena finito di ricostruire a loro richiesta il suo appassionato itinerario umano e spirituale non corrisponde alla rappresentazione letteraria che di lui e delle sue vicende gli antichi poeti hanno donato ai posteri, attingendo al mito. Tacciono perché sanno bene, sia Dante, sia Virgilio, che il compito dei poeti è diverso da quello degli storici di professione. Questi ultimi hanno il dovere di narrare i fatti come sono realmente accaduti, senza nulla aggiungere e senza nulla levare. I poeti sono liberi, invece, di esprimersi come comanda la loro fantasia creatrice e di interpretare il mito senza vincoli, né condizionamenti, perché il mito non fa parte della Storia.

Ulisse, dunque, può avere avuto più volti e più anime a seconda degli occhi dei poeti che lo hanno guardato: è l'astutissimo e ingegnoso figlio di Laerte nell'*Iliade* (III); è il nobile guerriero che conosce molteplici astuzie e ha scaltri pensieri (*ivi*); è pari a Zeus in saggezza (*ivi*, II); è il furfante che primeggia in perfidi inganni (*ivi*, IV); è il fruitore dell'iniqua sentenza sull'attribuzione delle armi di Achille ottenuta «con senno astuto e col favor di regi» ai danni di Aiace (Sofocle, Ovidio); è, allo stesso tempo, il generoso difensore del diritto alla sepoltura del suo avversario, impazzito e suicida per quella sconfitta; è l'esperto in frodi e trucchi (*dolis instructus*), nonché l'inventor d'ogni mal'opra (*scelerumque inventor*) nell'*Eneide* (II, 152 e 164); è l'uom dal multiforme ingegno nell'*Odissea* (I,1); è l'ardito navigante che sfida le sirene ammaliatrici e ne ascolta senza danno il periglioso canto facendosi legare all'albero maestro della nave (*ivi*, XII)³; è il sanguinario sterminatore di Proci nella reggia di Itaca, assetato di vendetta («Io questa man non riterrei dal sangue / che la vendetta mia piena non fosse»; *ivi*, XXII, 79-80); è l'iniqua volpe nell'*Aiace* di Sofocle; è l'infelice compagno di Archemenide nel libro II dell'*Eneide*; è l'uomo dalla loquela piena di fascino nelle *Metamorfosi* di Ovidio (XIII); è il cinico suggeritore di menzogne e inganni nel *Filottete* di Sofocle; è lo spietato concorrente morale del sacrificio di Polissena immolata dai vincitori sull'ara di Achille nell'*Ecuba* di Euripide; è l'istigatore, nell'assemblea dei Greci, dell'eliminazione fisica di Astianatte, superstite figlio di Ettore e Andromaca, nelle *Troiane* di Euripide; è il naufrago che sui lidi assiso e sui romiti scogli di Ogigia versa lagrime di nostalgia (*Odissea*, V); è insomma uno, nessuno⁴ e centomila! La sua figura lette-

² «Il varco folle di Ulisse» lo definisce Dante nel XXVII canto del *Paradiso* (vv. 82-83).

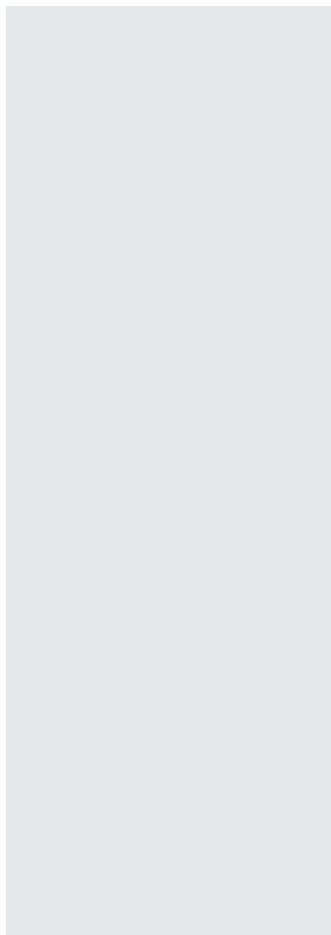
³ Nel canto XIX del *Purgatorio* (18-21) Dante richiama l'incontro avventuroso di Ulisse, nel suo *cammin vago*, con le sirene.

⁴ Proprio con questo nome si era presentato a Polifemo per beffarlo: «Nessuno è il nome; me la madre e il padre /Chiamano Nessuno e tutti gli altri miei» (*Odissea*, libro IX, 468-469).

raria non può dunque ridursi ad unità né fermarsi ad una sola delle molteplici immagini tramandate dalla fantasia dei poeti.

Nel rivisitarne il mito Dante non prende quindi posizione a favore di alcuna immagine precostituita dell'eroe "dall'anima paziente" (*Iliade*, V) e non racconta i fatti a nome proprio: dà la parola all'infelice Ulisse perché narri di sé e del suo destino e dica il vero in una prospettiva a ruoli rovesciati nella quale è il personaggio del mito a occupare la scena e a rivolgersi, come per magia, in un gioco di specchi, al suo occasionale cantore perché proclami al mondo intero, con la forza della poesia, che vince di mille secoli il silenzio, il valore della dignità della persona umana.

BIBLIOTECA



Recensione a *Dona Flor e i suoi due mariti*, di Jorge Amado*

Michele Salazar

Nel romanzo *Dona Flor e i suoi due mariti* Jorge Amado reinterpreta in chiave moderna e assai originale il mito di Orfeo e Euridice, componendo, a modo suo, nel realismo magico che pervade il racconto, la contraddizione ineluttabile e irresolubile tra l'amore e la morte, contraddizione che infonde sempre negli uomini – come è stato detto – l'idea e poi il desiderio ardente della resurrezione.

Dona Flor, vivace, avvenente e scanzonata ragazza di Bahia, dopo la morte del marito Vadinho, incallito giocatore di carte, eccezionale ballerino e amante inesausto, reagisce alla disgrazia gettandosi a capofitto nell'arte culinaria che esercita nella scuola di cucina *Sapore e Arte* di cui è proprietaria. Passata a nuove nozze con l'aitante, serio e tranquillo farmacista del paese che le assicura una vita agiata e serena, non abbandona l'attività, nonostante le reiterate richieste del marito, al quale, ancor prima delle nozze, aveva detto chiaro e tondo che avrebbe preferito rinunciare al nuovo matrimonio piuttosto che chiudere la scuola.

Ma l'attività di insegnamento e la preparazione di gustosi piatti non basteranno a far dimenticare il passato. La nostalgia di Vadinho è dura a morire e Dona Flor, desiderosa della sua bocca «con l'odore della cipolla cruda», ne invoca in cuor suo il ritorno, come Orfeo aveva fatto con Euridice. Rivuole intensamente quel primo marito, così pieno di vita, di ardore e di passione rispetto al grigio conformismo del compassato farmacista.

Proprio al termine del ricevimento da lei organizzato a casa propria per celebrare l'anniversario del secondo matrimonio, avvenne il prodigio.

Rimasta sola, Dona Flor voltò le spalle a tutti: i dolci, le bottiglie, il disordine delle stanze, gli echi delle conversazioni sui marciapiedi. Andò verso la sua camera, aprì la porta, accese la luce:

«Tu? Disse con voce affettuosa, ma senza sorpresa, come se l'avesse aspettato».

Per Dona Flor è normale che Vadinho sia lì, che sia tornato da lei, tant'è che si preoccupa di non essere scoperta con lui dal marito, al quale peraltro intende

* Jorge Amado, *Dona Flor e i suoi due mariti*, Garzanti, Milano 1997.

mantenersi fedele. Non vuole essere trattata da Vadinho come una donna di facili costumi, ma lui le rinfaccia che è stata lei a chiamarlo, e la copre di complimenti, pure alla sua maniera, dicendole: «Sei così bella che non te lo immagini neppure... Sembri una cipolla, carnosa e piena di succo, buona da mordere...».

Amore, passione, nostalgia, desiderio, emergono con spontanea semplicità dal gustoso accostamento della bellezza di Flor al saporito cibo dei poveri, all'umile cipolla, carnosa e piena di succo, buona da mordere, che l'innamorato redivivo, resuscitato dalla passione e dalla nostalgia, dedica alla donna amata, intonando per lei con quelle parole un canto d'amore, nell'ebbrezza del sogno comune che avvince gli amanti oltre il limite del tempo, dell'esistenza e della realtà.

Dona Flor non commette tuttavia l'imprudenza fatale di Orfeo, non si volge indietro, non si assoggetta all'evidenza, rifiuta la regola che ciò che c'è dietro non torna più, che il passato è passato, che il tempo vissuto è irreversibile e che un mortale deve accettare la propria condizione. Non lascia dunque ripartire Vadinho e lo trattiene all'interno del suo sogno, che per lei è diventato magica realtà. Avvinghiata per l'eternità al suo indimenticabile sposo in un incantesimo senza spazio e senza tempo, pare voglia dirci, con occhi carichi di serena malizia, che l'amore, quando nasce veramente dalle scaturigini intime e segrete della vita, è di necessità universale come la vita stessa. «Senz'amore non posso vivere – dirà a se stessa – senza il suo amore. Se non lo avrò vicino a me, andrò, piena di disperazione, a cercarlo in tutti gli uomini che mi passeranno dinanzi, cercherò il sapore della sua bocca in ogni bocca; ululante, affamata lupa correrò le strade. La mia virtù è lui».

L'amore – per Dona Flor – va oltre la morte.

Recensione a *La signora di Ellis Island*, di Mimmo Gangemi*

Michele Salazar

Al centro della produzione letteraria di Mimmo Gangemi (*Un anno in Aspromonte*, *Quell'acre odore di aglio*, *Pietre nel levante*, *Il passo del cordaio*, *25 Nero*, *Il giudice meschino*, *Il patto del giudice*, *La verità del giudice meschino*) c'è la Calabria, quella di ieri e quella di oggi, incastrata nelle pietre dell'Aspromonte e sempre uguale a se stessa, con le sue passioni, le sue sventure, la sua miseria, la sua forza d'animo, pur nello scorrere del tempo, ora calmo, come le notti stellate del suo cielo, ora irruente come le fiumare che corrono dalle montagne al mare facendo davvero navigare la terra sulle acque. È la Calabria che già Corrado Alvaro, Leonida Repaci, Fortunato Seminara e altri illustri Autori hanno cantato nelle loro opere e che ritorna, prepotente ed altera, nelle pagine di Mimmo Gangemi, erede dunque di una eccelsa tradizione letteraria quanto mai bisognosa di continuità dopo un lungo periodo di quiescenza. Riappare così ne *La signora di Ellis Island* il realismo magico di Corrado Alvaro, che tanti apprezzamenti ha ottenuto fuori dai nostri confini, specie presso Autori dell'America latina, quali, ad es., Jorge Amado. Una misteriosa signora vestita di azzurro – che sembra evocare la stupenda figura dell'Annunziata di Antonello da Messina – fa entrare furtivamente in America Giuseppe – il protagonista del romanzo – quando quell'ingresso, per i rigidi controlli a cui sono sottoposti gli emigranti a Ellis Island, era divenuto per lui irrimediabilmente interdetto. La donna gli appare all'improvviso come un provvidenziale intervento salvifico soprannaturale in una annebbiata visione che confonde il divino con l'umano, la realtà con il sogno, la terra con il cielo. Su questa magia, incarnatasi in un corpo di donna, si snoda la vicenda umana di una famiglia di contadini dell'Aspromonte, che offre all'Autore materia amplissima, nel tempo e nello spazio (dalla Calabria all'America e dall'America alla Calabria) per un racconto lungo e avvincente che si inserisce nella travagliata storia dell'Italia dai primi del Novecento fin quasi ai giorni nostri. La miseria, l'emigrazione, la vita dei minatori nella lontana America, il ritorno al natio borgo selvaggio, il matrimonio, la nascita dei figli, la Grande Guerra, il fascismo, la Seconda guerra

* Mimmo Gangemi, *La signora di Ellis Island*, Einaudi 2011.

mondiale, la nascita della Repubblica, scorrono, attraverso la figura del protagonista, Giuseppe, e di numerosi comprimari, tra cui i suoi fratelli Francesco e Saverio, le sue sorelle e gli altri componenti della famiglia, in un succedersi di avvenimenti nei quali si alternano la vita e la morte, la sintesi del mondo, attraverso una rappresentazione corale che si allarga via via fino a raggiungere una dimensione lirica senza confini. Un grande affresco, dunque, in cui la Calabria è onnipresente, anche oltre Oceano, con i suoni, i colori, le voci, le visioni, i sapori, le speranze, le gioie, le lacrime che hanno sempre caratterizzato la sua essenza e il suo divenire.

Notizie sugli autori

Mara Giuseppina Bottone

Avvocato

Stefano Di Matteo

Avvocato

Silvia Fanari

Avvocato

Antonella Forgione

Avvocato

Chiara Fusi

Avvocato

Veronica Gaffuri

Avvocato

Dario Manna

Avvocato

Gabriella Matalone

Avvocato

Maria Grazia Passerini

Avvocato

Maria Rita Salvatore

Avvocato

Franco Scarpelli

Ordinario di Diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Milano-Bicocca, avvocato

Michele Salazar

Avvocato, già componente CNF

Norme di Autodisciplina del Comitato dei revisori

1. I contributi inviati alla rivista per la pubblicazione sono soggetti necessariamente ad approvazione dei revisori.
2. La revisione è affidata, in conformità alle linee di politica editoriale della Rivista, a due membri del Comitato dei revisori all'interno di liste per area tematica formate in base alle indicazioni di settore.
3. È assicurato l'anonimato dei valutatori.
4. In caso di pareri contrastanti, la Direzione assume la responsabilità della decisione.
5. Ove dalle valutazioni emerga un giudizio positivo condizionato a revisione o modifica del contributo, la Direzione promuove la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del saggio, assumendosi la responsabilità della verifica.

CRITERI REDAZIONALI

Si chiede agli autori di osservare i seguenti criteri redazionali.

I testi devono essere corredati da

- nome e cognome dell'autore
- qualifica (2 righe di presentazione, max 150 caratteri spazi inclusi)
- istituto universitario o ente di appartenenza
- recapiti (indirizzo completo, anche di posta elettronica, e numero di telefono)
- breve abstract in inglese (6/10 righe)

1. Sia il testo sia le note devono essere trasmessi via e-mail in formato Word all'indirizzo: redazione@scuolasuperioreavvocatura.it.
2. Si raccomanda che gli **articoli** siano contenuti in **25.000 battute note comprese**.
È preferibile che il testo sia suddiviso in parti o paragrafi non numerati
Per le **recensioni** il testo va contenuto in **7.500 battute note comprese** e, solo in casi eccezionali per l'importanza del libro recensito, in circa 10.000 battute note comprese.
3. Le **note a piè di pagina** devono essere possibilmente contenute in poche righe.

INDICAZIONI TIPOGRAFICHE

FORMATO PAGINA

Si prega di impostare la pagina con i seguenti margini:

- margine inferiore 2,5
- margine superiore 2,5
- margine destro 2,5
- margine sinistro 2,5

I rientri sono da impostare a 1 cm.

CARATTERI ED INTERLINEA

Il testo dell'articolo e delle note eventuali va impostato con interlinea 1 e in carattere Garamond sia in tondo che in corsivo.

TITOLI

I titoli degli articoli devono essere stampati in carattere Garamond, grandezza 13.

I titoli dei paragrafi, o delle parti del testo, in carattere Garamond, corsivo, grassetto, grandezza 11.

PARAGRAFI

Le parti o i paragrafi in cui è suddiviso il testo non vanno numerati.

NOTE A PIÈ DI PAGINA

Le note a piè di pagina vanno numerate progressivamente nel testo.

L'interlinea deve avere valore 1 e non devono essere impostati rientri.

CRITERI REDAZIONALI

I **nomi di enti, istituti, organizzazioni**, e simili, siano essi italiani o stranieri, vanno scritti in tondo senza virgolette e con l'iniziale maiuscola. Esempio: Camera di Commercio, Commissione Tributaria Centrale, Comunità Europea, Corte di Cassazione, Corte Costituzionale, Corte dei Conti, Ministero delle Finanze, Tribunale, Unione Europea, Università di Milano, Associazione Italiana Giovani Avvocati, Scuole forensi, Paesi, Facoltà di giurisprudenza.

Nei **nomi composti** da più parole e la maiuscola va usata di norma solo per la prima parola. Esempio: Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, Corte di giustizia dell'U.E., ecc.

Negli acronimi l'uso delle maiuscole determinata dalla normalità della scrittura. Esempio: AIGA, UCPI, CNF, Coa.

Tale criterio vale anche per la punteggiatura. Esempio: CEDU, D.M., C.E.D. Cass.

Le **espressioni in lingua straniera** fatte proprie dall'autore nel contesto del discorso vanno scritte in corsivo: es. *iter, status, tout court, fair play*.

Non vanno scritte in corsivo le parole straniere entrate stabilmente nel lessico italiano (es., standard, leader, computer, common law).

Le parole latine vanno sempre in corsivo, salvo che si tratti di una citazione riportata tra virgolette (in tal caso andrà in tondo tra virgolette).

Per rispettare la **correttezza ortografica** nell'uso di ciascuna lingua, si segnala quanto segue:

- l'uso degli accenti, anche per quanto riguarda l'italiano («perché», non «perchè»; «poiché», non «poichè»; «cioè», non «cioé»; «è», non «é»);
- la è maiuscola non va scritta con apostrofo, ma: È (su Word: Inserisci - Simbolo);
- va rispettato l'uso degli spazi: per esempio, non inserire lo spazio prima dei segni di interpunzione, inserire lo spazio prima della parola che segue i segni. (... Assenza: allora...);
- per lo slash usare solo / e non \;

Si raccomanda infine di uniformare l'uso delle virgolette:

- virgolette basse o caporali («...»): per citazioni di testi e discorsi diretti.
- virgolette alte (“...”): per sottolineare parole alle quali si intende attribuire un particolare significato.

Termini quali avvocatura, consiglio dell'ordine ecc. vanno in minuscolo.

Le date devono essere scritte per esteso (Esempio: 9 febbraio 1995).

Citazioni: le citazioni in italiano o in lingua straniera vanno scritte **fra virgolette basse** («...») negli stessi caratteri del testo in cui sono inserite (tondo, se il testo è in tondo, corsivo, se il testo è in corsivo).

I **riferimenti** possono essere fatti fra parentesi nel testo (es., M. FUMAROLI, 2002, p. 402), se vi è bibliografia pubblicata in fondo all'articolo, oppure inserendo le note a piè di pagina.

Quando c'è un'omissione all'interno di una citazione, va segnalata non con i soli puntini, ma con puntini tra parentesi quadra [...]

Si prega di evitare le sottolineature e il neretto.

I **titoli** delle opere letterarie, cinematografiche, teatrali citati nel testo vanno indicati in corsivo (es. *Codice dei Diritti umani e fondamentali, Trattato dell'argomentazione, La lingua, la legge, la professione forense, Il verdetto*).

Per le citazioni di volumi: in maiuscolo l'iniziale del nome e, per esteso, il cognome dell'autore, titolo in corsivo, casa editrice, luogo di pubblicazione, anno di pubblicazione, volume o parte, pagina o pagine citate (p. / pp. – non pag. o pagg.): es. R. DANOVI, *Commentario del Codice deontologico forense*, Giuffrè, Milano 2001, p. 82.

La stessa regola vale per:

- i volumi collettivi, per i quali va aggiunta la segnalazione: (a cura di). Per esempio: A. MARIANI MARINI (a cura di), *La lingua, la legge, la professione forense*, Giuffrè, Milano 2003;
- i titoli di opere autonome pubblicate in raccolte generali o in volumi di *opera omnia*. Per esempio: S. CHIARLONI, *Giudice e parti nella fase introduttiva del processo civile di cognizione*, in N. PICARDI - B. SASSANI - F. TREGGIARI (a cura di), *Diritto e processo. Studi in memoria di Alessandro Giuliani*, E.S.I., Napoli 2001, p. 127.

Per le citazioni di articoli contenuti in riviste o pubblicazioni periodiche: iniziale del nome e, per esteso in maiuscolo, cognome dell'autore, titolo in corsivo, titolo della rivista o del periodico abbreviato in corsivo, volume, anno, numero del fascicolo e delle pagine: es., M. ROSSI, *Ordinamento professionale e accesso alla professione*, in *Rass. forense*, I/1995, p. 139.

La stessa regola vale per le citazioni di articoli o saggi contenuti in volumi collettivi: es., A. MARIANI MARINI, *L'argomentazione dell'avvocato*, in U. VINCENTI - A. MARIANI MARINI - F. CAVALLA, *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, PLUS, Pisa 2004.

Per la **ripresa di citazioni**, va usato il corsivo per le espressioni: *ibid.* e *op. cit.*, che non sono precedute dal titolo dell'opera; il tondo, per l'espressione: *cit.*, che è preceduta dal titolo dell'opera.

Per le citazioni di **opere su internet** l'indirizzo va scritto in tondo. Ad es. www.un.org/News/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf.

Le citazioni dei **testi normativi** vanno abbreviate e scritte in tondo o in corsivo minuscoli secondo il carattere del testo (es.: l., d.lgs., d.P.R., reg.).

Recensioni: in testa vanno indicati gli elementi bibliografici completi del testo che si recensisce, sia esso libro o articolo, cioè il nome per esteso dell'autore o degli autori, il titolo completo (compreso il sottotitolo, se esiste), il luogo e la data di pubblicazione e il numero delle pagine: es., HERBERT L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 1965, pp. 329.

I titoli in lingua che usano un alfabeto non latino o in lingua non alfabetica vanno citati nella traslitterazione scientifica in lettere latine, seguita dalla traduzione nella lingua in cui è scritto il saggio.

Le tabelle e i grafici vanno numerati progressivamente, con l'indicazione del titolo in corsivo: (es., *Tabella 1. Scuole forensi italiane*; *Figura 1. Scuole forensi italiane*). L'indicazione della fonte da cui i dati sono tratti va posta in calce alla tabella o al grafico.

Le abbreviazioni delle riviste e pubblicazioni periodiche e di dizionari ed enciclopedie vanno eseguite secondo la prassi editoriale comune.

Es.: OSTI, voce "Contratto", in *Noviss. Dig. It.* IV, Torino 1959, 462.

Cass. 29 settembre 1977, in *Riv. Pen.*, 1977, p. 952.

Sigle

cap. e capp. = capitolo e capitoli

cfr. = confronta: rimanda genericamente a un testo, senza indicare un punto preciso

cit. = citato

ed. = edizione

et al. = e altri

fig. e figg. = figura e figure

ibid. = nello stesso testo che è stato citato nella nota precedente, ed esattamente nella stessa pagina; seguito dal numero di pagina se queste ultime sono diverse

infra = vedi più avanti

n. e nn. = nota e note

[N.d.A.] = nota dell'autore

[N.d.C.] = nota del curatore

[N.d.R.] = nota del redattore

[N.d.T.] = nota del traduttore

p. e pp. (e non: pag. o pagg.) per indicare la singola pagina o le pagine

par. e parr. = paragrafo e paragrafi

passim = in diversi punti (quando il concetto a cui si fa riferimento è espresso in una fonte non in una pagina precisa ma qua e là)

s. e ss. = seguente e seguenti

s.d. = senza data (nel caso in una fonte non sia riportata la data di edizione)

s.l. = senza luogo (nel caso in una fonte non sia riportato il luogo di edizione)

sez. = sezione

[sic] = proprio così. Si usa quando si riporta una citazione che contiene una parola strana o sbagliata, facendo così capire che non si tratta di errore proprio ma dell'autore della citazione.

tab. = tabella

tav. = tavola

tr. o trad. = traduzione

vol. e voll. = volume e volumi

Abbreviazioni

FONTI E VOCI ATTINENTI

Corte eur. dir. uomo = Corte europea dei diritti dell'uomo
G.U.P = Giudice dell'udienza preliminare
Atti parl. Cam. = Atti parlamentari della Camera dei deputati
Atti parl. Sen. = Atti parlamentari del Senato
circ. = circolare
d. interm. = decreto interministeriale
d.C.p.S. = decreto del Capo provvisorio dello Stato
disp. prel. = disposizioni sulla legge in generale (preliminari al codice civile)
disp.reg. = disposizioni regolamentari
d.l. = decreto-legge
d.lgs. = decreto legislativo
d.m. = decreto ministeriale
d.P.R. = decreto del Presidente della Repubblica
d.p. giunta reg. = decreto del presidente della giunta regionale
l. = legge
l. cost. = legge costituzionale
l. rg. = legge regionale
l. prov. = legge provinciale
r.d.l. = regio decreto-legge
r.d.lgs. = regio decreto legislativo
r.d. = regio decreto
reg. = regolamento
r.m. = risoluzione ministeriale
t.u. = testo unico

ORGANI GIUDICANTI

App. = corte di appello
App. mil. = corte militare di appello
Ass. = corte di assise
Ass. app. = corte di assise di appello
BGH = Bundesgerichtshof
BverfG = Bunderverfassungsgericht
Cass. = Corte di cassazione
Cass., sez. un. = Corte di cassazione, sezioni unite
Cass. civ. = Corte di cassazione civile
Cass. pen. = Corte di cassazione penale
C. conti = Corte dei conti
C. cost. = Corte costituzionale
C. giust. CEEA = Corte di giustizia della Comunità europea del carbone e dell'acciaio
C. giust. CE = Corte di giustizia delle Comunità europee
C.I.J. = Court internationale de justice
Coll. Arb. = Collegio Arbitrale
Comm. centr. imp. = commissione centrale delle imposte
Comm. tribut. 1° = commissione tributaria di 1° grado
Comm. tribut. 2° = commissione tributaria di 2° grado
Com. tribut. centr. = Commissione tributaria centrale
Cons. reg. sic. = Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana
Cons. St. = Consiglio di Stato
Cons. St., ad. gen. = Consiglio di Stato, adunanza generale
Cons. St. ad. plen. = Consiglio di Stato, adunanza plenaria
G.U.P. = Giudice dell'udienza preliminare
Giud. Pace = Giudice di pace
G.I. = Giudice istruttore
G.I.P. = Giudice per le indagini preliminari

Giud. Tut. = Giudice tutelare
Lodo arb. = Lodo Arbitrale
Proc. Rep. = Procura della Repubblica
Proc. Gen. App. = Procura generale presso la Corte d'appello
P.M. = Pubblico ministero
Pret. = pretura
TAR = tribunale amministrativo regionale
Trib. = tribunale
Trib. acque = tribunale regionale delle acque pubbliche
Trib. Ce = tribunale di I grado delle Comunità europee
Trib. mil. = tribunale militare territoriale
Trib. sup. acque = Tribunale superiore delle acque pubbliche
Trib. sup. mil. = Tribunale supremo militare

DIZIONARI ED ENCICLOPEDIE

Digesto Pen. = Digesto IV ed. Disciplinare penalistiche
Digesto Civ. = Digesto IV ed. Disciplinare privalistiche - Sezione Civile
Digesto Comm. = Digesto IV ed. Disciplinare privalistiche - Sezione Commerciale
Digesto Pubbl. = Digesto IV ed. Disciplinare pubblicistiche
Enc. Dir. = Enciclopedia del Diritto
Enc. forense = Enciclopedia forense
Enc. giur. = Enciclopedia giuridica, Treccani
Enc. giur. Lav. = Enciclopedia giuridica del lavoro
N.D.I. = Nuovo digesto italiano
Nss. D.I. = Novissimo digesto italiano

COSTITUZIONE, CODICI e ATTI INTERNAZIONALI

Accordo = Accordo
c.c. 1865 = Codice civile del 1865
c. cons. = Codice del consumo
c. nav. = Codice della navigazione
c. p.i. = Codice della proprietà industriale
c.str. = Codice della strada
c. comm. = Codice di commercio
c.p.c. = Codice di procedura civile
c.p.p. 1930 = Codice di procedura penale del 1930
c.p.p. = Codice di procedura penale
c.p.m.g. = Codice penale militare di guerra
c.p.m.p. = Codice penale militare di pace
c.p. = Codice penale
Conv. = Convenzione
Cedu = Convenzione europea dei diritti dell'uomo
Cost. = Costituzione della Repubblica
Dir. = Direttiva
Disp. Att. = Disposizione di attuazione
L. inv. = Legge invenzioni
L. fall. = Legge fallimentari
Trattato = Trattato

Finito di stampare nel mese di gennaio 2022
da Digital Team Srl – Fano (PU)
per conto di Pisa University Press - Polo Editoriale CIDIC - Università di Pisa