

Bologna 16 gennaio 2015

Intorno a *I giudici e il biodiritto*, di Roberto Conti, Aracne, 2° ed., 2015

David Cerri

Sacrificare il diletterantismo della beata ignoranza di una personale scelta d'amore per quello del folle sapere di un'arte presuntuosa è un sacrilegio sfacciato, per il quale il mondo presente e quello futuro dovranno pagare.

Hans Jonas, *Cloniamo un uomo: dall'eugenetica all'ingegneria genetica* (1974)

Vi parlerò di un libro, scritto in modo magistrale – prosa ricca e lucida – che tratta del lavoro e della vita di un magistrato, costretto da quel lavoro e da quella vita a confrontarsi con le questioni essenziali della nostra esistenza. Vita, morte, libertà, amore, dignità.

Un mestiere difficile quello di magistrato, scriveva un giurista come Giuseppe Pera, tanto che lo abbandonò per la carriera universitaria.

Tanto più difficile, aggiungerei, se sei una donna.

Eh già, mica mi riferivo al libro di Roberto Conti.

Io infatti voglio invece iniziare a parlare di Fiona Maye, giudice all'High Court, Family Division, che giusto durante la propria crisi matrimoniale deve trattare alcuni casi delicatissimi, come quello concernente due gemelli siamesi, o l'altro che riguarda un adolescente malato di leucemia che, insieme ai genitori, si oppone alla terapia con trasfusioni di sangue che il suo credo – quello dei Testimoni di Geova – gli proibisce, ma che gli salverebbe la vita.

E' la trama di *The Children Act*, l'ultima opera di Ian McEwan, che si apre con la citazione della Section I(A) del testo di legge del 1989:

When a court determines any question with respect to—

(a) the upbringing of a child; ...

the child's welfare shall be the court's paramount consideration.¹

non diverso, nelle intenzioni, da norme italiane come l'art.337 ter cod.civ. (l' "esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale" della prole).

Casi drammatici, sciolti – in particolare il secondo ricordato, che costituisce l'asse portante del romanzo – con un'assunzione di responsabilità ed un coinvolgimento di quel giudice che elimina alla radice ogni possibilità di considerare quel mestiere come uno tra tanti. Smentita clamorosa, grazie alla forza della narrativa di qualità, di ogni concezione burocratica del giudice mero "impiegato pubblico", e non soltanto dimostrazione della perdurante validità

¹ *Quando un tribunale decide qualsiasi questione relativa a...a) l'allevamento di un fanciullo, il benessere del fanciullo deve costituire la preminente preoccupazione del tribunale.*

della *boutade* di Hart che fa da motto alla Collana di Aracne *I Quaderni di biodiritto* (e cioè che il diritto è una cosa troppo importante per essere lasciata ai giuristi).

E' giusto allora partire da un romanzo per parlare di un testo scritto da un giurista, perché l'autore – un giudice – e l'uditorio – penso soprattutto ai giuristi pratici, ed in specie ai suoi colleghi ed agli avvocati – possano così meglio riconoscersi in una figura ed un ruolo che non è esagerato definire carismatici: se il carisma, però, lo si possiede e lo si esercita.

Le questioni oggetto dello studio di Roberto Conti mi sembrano allora aver necessità di essere illuminate da una luce particolare, e sono convinto che l'autore condivida questa opinione se inizia il suo percorso trattando di un "*concetto plurale ma insostituibile*" come la dignità (Parte I).

Credo quindi che sia preliminare il richiamo in primo luogo alla razionalità dell'essere umano, e quindi, appunto, alla sua dignità. Dignità che il giudice alle prese con questi temi non può, in primo luogo, che avere lui stesso; riconoscere agli altri – a tutti gli altri; e *gestire* al contempo come mezzo e come fine, a costo di contraddire Kant.

La dignità, almeno per noi europei, è oggi un riferimento di diritto positivo (vedi il Tit. I della Carta di Nizza) ma è difficile dire se sia da intendersi come un super-principio (secondo l'esperienza della Corte costituzionale tedesca, per capirci); come un canone interpretativo generale; come qualcosa di più e di diverso: come ha scritto Stefano Rodotà "*essa è venuta ad integrare principi fondamentali già consolidati – libertà, eguaglianza, solidarietà – facendo corpo con essi e impostandone una reinterpretazione in una logica di indivisibilità*".

Rischio inevitabile è riuscire astratti. Per questo l'impatto emotivo del romanzo è un buon viatico, se ci riporta alla concretezza della vita, e non è un limite il particolare coinvolgimento personale del giudice inglese – anzi: è la *scuola delle emozioni*, per la quale tanto dobbiamo a Marta Nussbaum. Basti ricordare anche soltanto qualche tema di recente interesse e che chiede a tutti una scelta di campo, oltre che una riflessione.

Penso ad esempio alla questione dell'eutanasia neonatale: perché abbiamo una istintiva ritrosia ad ammettere tale possibilità? ² Oppure al graduale passaggio da una impostazione basata sull' "assetto proprietario" ad altra fondata sulle prospettive (anche commerciali) della condivisione della conoscenza, nelle decisioni della Corte Suprema americana a proposito di protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, e le apparenti o presumibili divergenze dall'atteggiamento della Corte di Giustizia europea,³. Per non parlare della vicenda Stamina, a proposito della quale mi limito a ricordare le severe parole del Pres.Lupo sugli "*effetti di disordine normativo e di disorientamento dell'opinione pubblica che possono derivare da una applicazione giudiziaria del diritto fatta da giudici civili che ignorino tale regola prudenziale*"⁴, quella che Conti individua nella "*presa di coscienza*

² Sulla quale mi sembra abbia scritto parole chiare e lucide N.RIVA, *Legalizzare l'eutanasia neonatale?*, in *Materiali per la storia della cultura giuridica*, 1/2014, 237 ss.

³ Per gli U.S.A. da No. 10-1150, 20.03.2012, Mayo Collaborative Services, Dba Mayo Medical Laboratories, et Al., Petitioners V. Prometheus Laboratories, Inc., 566 U.S. (2012), a No. 12-398, 13.06.2013, Association For Molecular Pathology, Et Al., Petitioners V. Myriad Genetics, Inc., et Al., 569 U.S. (2013); per la Corte europea da C-428/08, 06.07.2010, MonsantoTechnology LLC. v. Cefetra BV and Others, a C-34/10, 18.10.2011, Oliver Brüstle v. Greenpeace Ev., alla recente C-364/13, 18.12.2014, International Stem Cell Corporation / Comptroller General of Patents.

⁴ E.LUPO, *Relazione* nella 2° ediz. del volume a p.34.

delle rilevanti ricadute che l'operato giudiziario produce nel sistema, oltre che nella singola vicenda" (p.338).

Sono tutti temi ognuno dei quali meriterebbe un autonomo convegno, in particolare forse per quanto concerne l'ingegneria genetica, a proposito della quale ritengo ancora valide le indicazioni generali di Hans Jonas – le cui parole ci hanno fatto da epigrafe - riassunte da un suo cultore italiano come Paolo Becchi: "*in dubio contra projectum*"⁵; ed ancora Jonas – da filosofo e non da costituzionalista – parlava dell'opportunità di "*norme costituzionali preventive*", che "*sottraggano all'arbitro del mercato innovazioni tecniche particolarmente gravide di conseguenze, dagli effetti forse irreversibili sulla vita delle generazioni future, e che le riservino alla specifica decisione legislativa...*"⁶

Ho tradito finora il titolo dell'intervento che mi era stato assegnato, avendo parlato davvero poco dell'avvocato. Ma forse non è così, almeno per due motivi.

Il primo è questo: sono partito dal romanzo, dove il giudice inglese "è" avvocato: lo è stato, è stato nominato proprio per questa sua esperienza, e mantiene rapporti anche personali con i *barrister* che attraversano le pagine di McEwan.

Il secondo è che l'avvocato è un presupposto necessario del giudice; *simul stabunt, simul cadent*, almeno nei nostri sistemi democratici. Come abbiamo appreso dalla viva voce dei colleghi albanesi nel corso della collaborazione instaurata per istituire in quel paese un sistema di formazione forense efficace, sotto il regime di Enver Hoxha si decise ad un certo punto di abolire l'avvocatura: totalmente inutile, quando c'era già un giudice, nominato dal partito. Ma c'era davvero un giudice ? od un suo simulacro ?

In poche parole, tutto quello che si è detto sul ruolo del giudice presuppone e piuttosto *fonda* la figura del suo interlocutore, l'avvocato.

Tutto ciò capisco che ancora non mi esima del tutto da qualche osservazione.

Consentitemi allora di focalizzare l'attenzione su un solo (ma decisivo) profilo, quello deontologico.

Pochi altri ambiti di studio e di attività professionale richiedono non solo una scrupolosa osservanza delle regole deontologiche, ma un costante dovere di aggiornamento come quello del biodiritto. Nel dir ciò intendo affermare che raramente la preparazione tecnica dell'avvocato deve sposarsi con l'etica professionale – che è qualcosa di più della deontologia, intesa tradizionalmente come raccolta di prassi e consuetudini – più che nel trattare dei temi che ci hanno oggi appassionato.

Un esempio paradigmatico ed attuale, anche per la novità apportata dal vigente Codice Deontologico in vigore dal 15 dicembre, è quello dell'ascolto del minore.

Se mi è consentita un'autocitazione, lasciatemi allora parlare a questo proposito di una "deontologia della competenza"⁷. Dopo il consolidamento normativo dell'istituto⁸

⁵ P.BECCHI, *Prefazione a H.JONAS, Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio responsabilità*, Einaudi, 1997, xix.

⁶ H.JONAS, *Tecnica, libertà e dovere* (1987), in *op.ult.cit.*, 247.

⁷ D.CERRI, *Il ruolo dell'avvocato nell'ascolto del minore: la deontologia della competenza*, in *Cultura e diritti*, 2014, n.3, in corso di stampa.

l'esigenza di una previsione esplicita dal punto di vista deontologico è stata quindi determinata dalla ricorrente frequenza di casi disciplinari – frutto della già avviata diffusione giurisprudenziale dell'ascolto - e dall'invito alla tipizzazione di fattispecie e sanzioni disciplinari portato dall'art.3, 3 c., u.p., della L.n.247/2012, attraverso il filtro dell'attenzione da tempo portata al tema da parte delle associazioni forensi specialistiche.

Non intendo fare opera di esegesi della nuova norma (l'art.56 del Codice) quanto rimarcare come la base delle considerazioni fatte prima dal legislatore statale e poi da quello deontologico è ancora una volta la dignità da riconoscere al minore, "persona" da ogni punto di vista.

E' lecito gettare uno sguardo sui modi nei quali si atteggia l'intervento dell'avvocato nel processo civile, per sottolineare come in ciascuno la speciale preparazione del professionista debba rispondere contemporaneamente all'interesse dell'assistito e comunque al rispetto del minore.

Seguendo allora sommariamente una consueta suddivisione in tre fasi del momento istruttorio del processo civile, nella fase preliminare dell'*ammissione*, la capacità tecnica dell'avvocato può e deve manifestarsi intanto sia al momento della richiesta (e quindi della possibilità ed opportunità) dell'ascolto, sia nella scelta della metodologia: ascolto diretto, con l'assistenza dell'esperto o meno, od ascolto indiretto tramite consulente (ipotesti quest'ultima che sebbene dettagliatamente prevista in alcuni Protocolli appare statisticamente minoritaria⁹).

Qui subito (ma, del resto, anche in tutte le altre fasi) sembra indispensabile non solo l'acquisizione sia pure a livello di base di altre conoscenze (*in primis* quelle della psicologia e della comunicazione) ma anche la seria considerazione del ricorso ad altre professionalità, per la valutazione di quegli elementi atti a sostenere o meno dapprima l'esistenza di una "capacità di discernimento" del minore infra dodicenne, o di una delle ipotesi di deroga previste dallo stesso art.336 bis c.c. (la manifesta superfluità ed il contrasto con l'interesse del minore), e quindi a sconsigliarne o suggerirne il ricorso; in caso affermativo, a scegliere la forma di ascolto preferibile. Elementi derivati dall'osservazione delle personalità e delle altre condizioni del minore (come, per citarne uno, la fascia d'età, che può giustificare alcune presunzioni cognitive: ma ricordiamo come si ritenga autorevolmente che anche il bambino non ancora in grado di esprimersi verbalmente possa essere soggetto di un ascolto

⁸ già dalla riforma dell'adozione (con la L.149/2001), e dall'introduzione dell'art.155 sexies c.c. con la L. 54/2006, ai "nuovi" artt.316, 336, 336 bis, 371 di cui al d.lg. 154/2013⁸; ma in realtà e come noto, oltre alle prassi già riconosciute sul territorio è stato determinante soprattutto l'impulso delle fonti sovranazionali: da la Convenzione sui diritti del fanciullo approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1989 (ratificata dall'Italia con la L.176/1991), la Convenzione di Strasburgo del 1996 sull'esercizio dei diritti dei minori (L.77/2003), la Convenzione dell'Aia del 1993 per la tutela dei minori (L.476/1998), al Regolamento CE n. 2201/2003 (c.d. Bruxelles II bis), relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, fino alla Carta Europea dei diritti fondamentali (c.d. Carta di Nizza, del 2000, equiparata ai Trattati dal 1.12.2009 in virtù dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona) che all'art. 24 stabilisce tra l'altro che "*I bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità. In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente*"

⁹ Così ad es. quello del Tribunale di Pordenone più avanti citato.

¹⁰) e che saranno stati portati all'attenzione del legale dal genitore o dallo stesso minore, quando vi sia stato un lecito contatto, od anche in via documentale.

A cavallo tra *ammissione* ed *assunzione* sta poi la segnalazione dei temi sui quali il giudice dovrebbe orientare l'incontro con il minore, che – naturalmente – dovrebbero concernere soprattutto ed in primo luogo i rapporti personali e quelli endofamiliari (anche se credo che non si possa realisticamente escludere *a priori* ogni riferimento a fatti che in ultima ipotesi possano influire su decisioni di carattere patrimoniale ed economico). Ed ancor prima si tratterebbe di verificare con quali modalità il giudice debba provvedere alla preventiva “informazione” del minore, come previsto ad esempio nelle Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minore, adottate il 17 novembre 2010 (Linea guida 48 e § 111 della relazione esplicativa), modalità auspicabilmente da regolare preventivamente secondo prassi riconosciute e rese pubbliche dall'ufficio.

Sulle modalità materiali dell'*assunzione* molto si è scritto e fortunatamente spesso si sono trovati punti di incontro tra gli operatori della giustizia: è la storia dei numerosi Protocolli per l'ascolto, adottati dai Tribunali, che registrano le modalità preferibili (ma non ci si può nascondere che i documenti rischiano di restare lettera morta per motivi talvolta banalmente pratici - come l'alternarsi dei magistrati - e giuridici - la ovvia carenza di caratteristiche cogenti – e forse a questo proposito una forte motivazione deontologica da parte della magistratura potrebbe fare molto... senza contare le perplessità legittimamente manifestabili sulla natura giuridica e le possibili distorsioni applicative).

Se c'è un carattere comune è l'esclusione della presenza personale delle parti e dei professionisti che le assistono dall'ascolto, condotto comunque dal giudice: presenza quindi relegata a *momenti* (precedenti e successivi) ed a *luoghi* “esterni” all'audizione.

La prevalente esperienza dell'ascolto diretto, assistito o meno dall'esperto, impone quindi la pressante considerazione della necessità di una adeguata competenza del giudice, che – lo possiamo dire senza ipocrisia – non è finora certamente assicurata dalla consueta formazione professionale del magistrato (che dovrebbe però avere anche a questo proposito un forte stimolo deontologico: basti pensare agli artt.3 ed 11 del Codice etico dell'Associazione Nazionale Magistrati, ed al *Value* n.6 “*Competence and Diligence*” dei Principi di Bangalore). Se al riguardo sono preziosi, e ben noti, i decaloghi di Piercarlo Pazè (gli “alfabeti” della relazione e delle emozioni)¹¹, vorrei tornare per un momento ancora al romanzo di McEwan, per invitare alla rievocazione di un “ascolto” davvero profondo ed indimenticabile, ed alle amare considerazioni di quel giudice su come tale esperienza si sia ristretta in quell'ordinamento ad ipotesi eccezionali. Giustamente quindi Roberto Conti sottolinea nel suo volume l'esigenza della “*specializzazione delle figure professionali chiamate a svolgere funzioni che riguardano la materia del biodiritto*” (p.172-173).

La fase finale della *valutazione* è forse quella che richiede il maggior impegno al giurista pratico, che deve munirsi di conoscenze certamente non curriculari, e che probabilmente non saranno comunque sufficienti se non sorrette dall'ausilio di un esperto. Riflessione che rimanda all'opportunità di quelle tecniche – a cominciare dalla registrazione video ed audio, se rispettosa del minore – che consentano un ri-esame meditato e completo, non consentito dalla mera lettura di un verbale (oltretutto redatto, di fatto, da chi ?) nel quale difficilmente

¹⁰ Il Comitato sui diritti dell'infanzia, istituito dalla Convenzione ONU cit. (art. 43), ha pubblicato il 20 luglio 2009 il *Commento generale n. 12 sul diritto del bambino e dell'adolescente di essere ascoltato*: cfr. il § 21.

¹¹ P.PAZÈ, *L'ascolto del bambino*, sul sito www.minoriefamiglia.it dell'Associazione Italiana Magistrati per i Minorenni e per la Famiglia.

si darà atto dell'atteggiamento non verbale del minore, pure così rilevante nella comunicazione. Come riconoscere, ad esempio, l'esistenza di una PAS¹² o di un caso di mobbing genitoriale ? ed è certamente un problema delicato quello del possibile intervento dei difensori "durante" l'ascolto; intervento che, se viene prevalentemente escluso dalle prassi applicative affermatesi con una interpretazione rigorosa del 2 c. dell'art.336 bis c.c., dovrebbe comunque trovare una qualche possibilità di ingresso, giacchè si tratta di un momento sostanzialmente irripetibile¹³. Si capisce allora l'importanza del contesto fisico dell'ascolto, dalle aule munite di specchio unidirezionale, agli auricolari per la comunicazione tra difensori, giudice e consulente (si legga ad esempio il Protocollo per l'ascolto del minore nei procedimenti civili del Tribunale di Pordenone, § 3): e non si tratta di "quisquilie" ma di sostanza.

Etica e tecnica professionali del giudice e dell'avvocato, dovere di competenza dell'uno e dell'altro, in conclusione, non sono che aspetti diversi di uno stesso ruolo che non può fare a meno della passione, ma neppure della consapevolezza dei limiti del proprio agire, come Conti mostra chiaramente di intendere (ad es. p.228, 294).

Primo compito di *ogni* libertà, anzi condizione del suo sussistere, è di porsi dei limiti.

Hans Jonas, *Tecnica, libertà e dovere*
(1987)

¹² Sindrome da alienazione parentale: senza voler affatto, con il cenno fatto, dar per presupposta la stessa configurabilità di un simile disturbo – non inserito nel DSM V - Diagnostic and statistical manual of mental disorders - sul quale si è giustamente molto perplessi: v. da ultimo Cass. civ., sez. I, 20-03-2013, n. 7041, in *Foro it.*, 2013, I, 1484, n. G.CASABURI; Cass. civ., sez. I, 08-03-2013, n. 5847.

¹³ Anche nel senso che la stessa domanda, ripetuta, "sollecita" una diversa risposta del soggetto immaturo: considerazione credo scontata per gli psicologi. Sulla ripetizione dell'ascolto v. Cass. civ., sez. I, 02-07-2014 n.15143; Cass., sez.I, 10-09-2014 n.19006; Cass. sez.I, 11-09-2014 n.19202.