

IL SUDAN NON È POI COSÌ LONTANO. CIRCONCISIONE E INFIBULAZIONE DEI MINORENNI TRA CULTURA, REPRESSIONE PENALE E AUTODETERMINAZIONE

di Gennaro Mastrangelo

Circoncisione ed infibulazione, fenomeni meno “esotici” di quanto possa apparire, pur numericamente significativi sono scarsamente rappresentati nei repertori giurisprudenziali, anche a causa della forte pregnanza culturale che li accompagna. L’analisi della giurisprudenza e della dottrina italiane, assieme ad alcune sentenze europee, consente di apprezzarne le variegate tipologie e di mettere in discussione il paradigma del consenso dell’avente diritto, individuato tradizionalmente nell’esercente la responsabilità genitoriale, quale causa di giustificazione. Passando per una ragionata critica all’uso penalistico dell’incapacità di agire, di diritto civile, è possibile individuare una serie di problemi, bisognosi dell’intervento legislativo, e proporre un criterio pratico per la decisione dei casi controversi pur nell’assetto attuale dell’ordinamento.

SOMMARIO: 1. Il Sudan non è poi così lontano. – 2. La circoncisione maschile. Una decisione della Corte di Cassazione e la Legge 8.3.1989, n. 101. – 3. La “circoncisione” femminile. L’art. 583-bis c.p. ed una decisione di merito. – 4. Esercizio della responsabilità genitoriale ed autodeterminazione del minorenne sul proprio corpo. – 5. Le scriminanti degli articoli 50 e 51 C.p.: una sentenza della Corte di Appello di Colonia e della Alta Corte d’Inghilterra e Galles. – 6. Due decreti del Tribunale dei Minorenni e le stime del fenomeno. – 7. Gli strumenti internazionali. Segue: Risoluzione O.N.U. 67/146 del 20.12.2012 Segue: Risoluzione del Parlamento Europeo sull’abolizione delle mutilazioni genitali femminili 2012/2684 del 14.6.2012 Segue: Risoluzione del Consiglio d’Europa sull’integrità fisica dei minori, Doc. 13042 del 2.10.2012 – 8. Conclusioni: la necessità di un confronto aperto sul consenso dell’avente diritto anche in ambito minorile.

1. Il Sudan non è poi così lontano.

È dei primi giorni di maggio la notizia giornalistica che il Sudan avrebbe sanzionato penalmente le pratiche di mutilazione genitale femminile¹, problema che interessa almeno ventisette Stati africani – tra i quali, principalmente Egitto, Etiopia,

¹ Tra i media internazionali:

<https://www.bbc.com/news/world-africa-52502489>;

<https://www.nytimes.com/2020/04/30/world/africa/sudan-outlaws-female-genital-mutilation-.html>;

<https://www.timesofisrael.com/women-hail-victory-as-sudan-moves-to-ban-genital-mutilation/>.

Kenya, Burkina Faso, Nigeria, Gibuti e Senegal –, nonché parte dell'Asia e del Medio Oriente. In realtà il Governo di transizione ha proposto un emendamento al codice penale per punire con la detenzione fino a tre anni le M.G.F.², che interessano l'88% delle donne tra i 14 ed i 49 anni³, riscontrando l'ineffettività della precedente previsione legale⁴.

Un problema di *law enforcement* si presenta molto spesso in quei contesti dove una condotta, benché vietata dalla legge, sia sentita come doverosa o consigliata a livello religioso o culturale.

In Egitto, ad esempio, dove il 92% delle donne tra i 15 ed i 49 ha subito una qualche forma di mutilazione genitale⁵, esiste un divieto di legge dal 2008 e nel 2016 un emendamento ha punito più severamente – fino a sette anni di carcere e fino a quindici nel caso di morte della paziente – i genitori o i medici coinvolti. Nonostante nel 2007 il Grand Mufti Ali Gomaa's abbia emesso una *fatwa* per condannare queste pratiche e che il Supremo Consiglio di Azhar abbia chiarito che esse non hanno basi nella Sharia, le M.G.F. continuano ed i processi sono ancora pochi; è del febbraio 2020 la notizia della morte, e del processo a carico del medico e dei genitori, di una dodicenne che era stata sottoposta ad una M.G.F. in Egitto⁶. Non dissimile la situazione nel Sudan. Sin dal 1946 sono vietate le forme più invasive di M.G.F., ammesse quelle con rimozione totale o parziale della clitoride, ma, con l'introduzione della Sharia nel 1983, il divieto è stato rimosso⁷; da allora si sono succeduti più tentativi di riforma a livello nazionale, ma senza esito, mentre le autonomie locali hanno proceduto in ordine sparso verso la penalizzazione⁸. Allo stato, dunque, la proposta di modifica del codice penale avanzata dal governo centrale rappresenta un sicuro passo in avanti.

Il fenomeno, come si vedrà, non è proprio delle sole culture musulmane ma, senza dubbio, i fenomeni migratori hanno fatto emergere, anche in Europa⁹, forme diverse e più pervasive di manomissioni del corpo dei minori: circoncisione ed infibulazione vengono infatti praticate, per lo più, durante la minore età. Lo stesso fenomeno ha comportato, ancora, il confronto tra culture giuridiche diverse; basti

² Acronimo che sta per mutilazioni genitali femminili. Nei documenti in lingua inglese citati si troverà l'acronimo F.G.M., *female genital mutilation*.

³ I dati statistici del fenomeno sono reperibili sul sito dell'*United Nations Population Fund*: <https://www.unfpa.org/data/fgm/SD>.

⁴ Per un ampio e recente studio sul fenomeno si può consultare anche il *report* dell'U.N.I.C.E.F. al sito https://www.unicef.org/evaldatabase/files/fgmc_sudan_final.pdf.

⁵ <https://egypt.unfpa.org/en/node/22544>.

⁶ <https://www.reuters.com/article/us-egypt-women-crime/doctor-parents-face-trial-in-egypt-for-girls-death-after-genital-cutting-idUSKCN20I0MT>.

⁷ AHMED SAMIRA et al, "*Sudan: An In-depth Analysis of the Social Dynamics of Abandonment of FGM/C*", Innocenti Research Centre Working Paper, May 2009.

⁸ Per dettagli si veda https://www.unicef.org/evaldatabase/files/fgmc_sudan_final.pdf.

⁹ "*Female genital mutilation in the European Union - Report*" del 2013, <https://eige.europa.eu/>.

Occorre ricordare che anche la cultura europea conosce questo fenomeno; basti pensare alla circoncisione maschile, oppure alla foratura dei lobi delle bambine. Nel diritto romano classico la circoncisione, pur se praticata su uno schiavo, era incriminata e punita con le pene della *lex Cornelia de sicariis*, dunque con la pena capitale.

pensare che nel diritto islamico la condotta non è suddivisa soltanto nelle due classi del “permesso” e del “vietato”, ma ricade in cinque classi: obbligatoria, raccomandata, neutra, disapprovata e vietata. Gli ordinamenti di arrivo hanno anche dovuto fare i conti con un dato esperienziale, messo in luce da un famoso comparatista: «occorre in primo luogo insinuare l'idea di fonte del diritto nel modo in cui la gente ritiene che debbano essere governate le loro vite, e ciò richiede un processo graduale; non si possono semplicemente creare le fonti del diritto in quanto tali: verrebbero viste come illegittime»¹⁰. La discussione, da un punto di vista penalistico, richiama alla mente il c.d. reato culturalmente motivato, cioè «un comportamento realizzato da un soggetto appartenente ad un gruppo culturale di minoranza, che è considerato reato dall'ordinamento giuridico del gruppo culturale di maggioranza. Questo stesso comportamento, tuttavia, all'interno del gruppo culturale del soggetto agente è condonato, o accettato come comportamento normale, o approvato, o addirittura è incoraggiato o imposto»¹¹.

Sembra necessario riconoscere, allora, che il discorso penalistico non può prescindere da aspetti civilistici e costituzionali, nel decidere, nella prospettiva nazionale, quale sia il limite che la responsabilità genitoriale incontra nella manomissione del corpo del minorenne. Gli strumenti di analisi del fenomeno delle agenzie internazionali, nonché gli strumenti normativi internazionali, si affidano a ricostruzioni empiriche, ad una analisi dei dati che il legislatore nazionale talvolta trascura. I motivi che inducono alla circoncisione, termine che racchiude diverse pratiche e che qui va inteso, al momento, come indifferente al sesso del paziente¹², possono essere medici¹³, igienici¹⁴ o culturali. In ambito religioso la pratica è conosciuta dalla cultura musulmana ed ebraica, dai cristiani copti ed abissini e da alcune popolazioni australiane, polinesiane ed indiane. Se la pratica in persone adulte può essere fatta rientrare

¹⁰ H. PATRICK GLENN, *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*; Fourth Edition, Oxford-New York, Oxford University Press, 2010; trad. It. *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, Bologna, Società Editrice “Il Mulino”, 2011 (il brano citato è a p. 226 dell'edizione italiana).

¹¹ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Giuffrè, 2010, p. 41-42, cui si rimanda anche per altre definizioni e per ulteriori approfondimenti.

¹² Dal latino *circumcidere*, “tagliare intorno”, è, in senso stretto, un'operazione chirurgica sul membro maschile, che, eseguita allo scopo di scoprire il glande, consiste nella rimozione parziale o totale, o nella sola incisione del prepuzio, ossia la pelle che ricopre il glande. In senso più lato, e piuttosto imprecisamente, si indicano come circoncisione anche altri tipi di interventi rituali sugli organi sessuali, sia maschili, sia femminili.

¹³ In ambito medico, la sola circoncisione maschile è indicata come terapia chirurgica per alcune patologie (fimosi, parafimosi, o quale tecnica di chirurgia plastica nei casi di ipospadia) mentre non risultano indicazioni terapeutiche per quella femminile.

¹⁴ Negli Stati Uniti, dove la circoncisione maschile è largamente praticata, l'*American Academy of Pediatric* reputa i benefici maggiori dei rischi; in particolare la circoncisione ridurrebbe le infezioni da HIV in maschi eterosessuali del 60%; a simili conclusioni è pervenuta la W.H.O. Si veda A. L. FREEDMAN, *The Circumcision Debate: Beyond Benefits and Risks*, in *Pediatrics* 2016, vol. 137, il cui articolo è stato pubblicato anche dall'*American Academy of Pediatric*. Non mancano posizioni differenti: *Circumcision Resource Center*, *Circumcision and HIV: Harm Outweighs Benefit*, Boston, www.circumcision.org/hiv.htm. V. anche D. L. GOLLAHER, *Circumcision: A History of the World's Most Controversial Surgery*, Basic Books, New York, 2000.

nell'ambito del diritto alla autodeterminazione¹⁵, i problemi più spinosi emergono nel caso di minorenni, qualora l'esito dell'intervento conduca alla morte nonché quando, per l'estensione delle aree fisiche interessate, si pongono problemi di compatibilità tra l'aspetto "culturale" dell'operazione ed il diritto.

2. La circoncisione maschile. Una decisione della Corte di Cassazione e la Legge 8.3.1989, n. 101.

Secondo le definizioni rinvenibili nei pareri del Comitato Nazionale per la Bioetica (C.N.B.)¹⁶, la circoncisione può essere rituale, terapeutico/profilattica o praticata per altri motivi. All'interno di quella rituale si distingue tra religiosa e tradizionale e da questa distinzione discendono conseguenze circa l'applicabilità della scriminante dell'esercizio del diritto – libertà religiosa – alla pratica circoncisoria. Secondo il C.N.B. la circoncisione ebraica avrebbe natura religiosa, mentre quella praticata dai musulmani sarebbe solo tradizionale. Nonostante si creda che tale pratica abbia un fondamento religioso anche per coloro che professano la religione islamica, il Corano non fa cenno alcuno alle mutilazioni genitali; l'unico riferimento si trova in un *hadit* – parere – che, secondo la tradizione, sarebbe stato reso dal Profeta¹⁷.

In materia non esiste una legislazione specifica, per cui si farà riferimento alla poca giurisprudenza e, in particolare, al caso deciso dal Tribunale di Padova, con sentenza del 9.11.2007¹⁸, confermata poi dalla Corte d'Appello di Venezia con sentenza del 12.10.2009¹⁹. Il procedimento è poi giunto in Cassazione, che si è pronunciata con la sentenza del 22.6.2011²⁰, annullando senza rinvio la sentenza di appello in quanto il fatto non costituisce reato. La decisione di legittimità è interessante anche perché, quasi in prevenzione di possibili accostamenti tra il fatto che aveva dato origine al processo ed

¹⁵ Il limite dell'art. 5 c.c. vieta, però, le forme più gravi di mutilazione genitale, anche se consentite dal soggetto maggiorenne. Il problema del coordinamento, anche storico, tra l'art. 5 c.c. e le norme penali, pure alla luce dei principi costituzionali, non può essere affrontato in questa sede. Si rimanda dunque a R. ROMBOLI, (a cura di), *Atti di disposizione del proprio corpo*, Edizioni Plus, 2007; S. SEMINARA, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, in S. RODOTÀ – P. ZATTI (diretto da) *Trattato di biodiritto*, Vol. I diritti in medicina, Giuffrè, 2011, p. 189 ss. ed all'ampia bibliografia ivi citata.

¹⁶ Comitato Nazionale per la Bioetica, pareri del 25.9.1998, *La circoncisione: profili bioetici* e del 16.1.2008, *Problemi bioetici in una società multiculturale*, disponibili su www.governo.it/bioetica/.

¹⁷ Essa, inoltre, a differenza di quella ebraica, non è accompagnata dalla pregna ritualità dell'altra ed è compiuta da un medico, che può anche non essere di fede musulmana.

¹⁸ V. PLANTAMURA, *Brevi note in tema di circoncisione maschile rituale, esercizio abusivo della professione e lesioni*, nota a Trib. Padova, sentenza 9 novembre 2007, in *Giur. Mer.*, 2008, p. 2590 ss.

¹⁹ Entrambe le decisioni di merito sono commentate da F. BASILE, *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583 bis c.p.*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, www.statoechiese.it, n. 24/2013.

²⁰ Sez. VI, 22 giugno 2011, n. 43646, in *Cass. Pen.*, 2012, p. 3706 ss., con commento di E. D'IPPOLITO, *Kulturnormen ed inevitabilità dell'errore sul divieto: la Corte di Cassazione riconosce l'errore determinato da "fattori culturali" come causa di esclusione della colpevolezza* ed in *Ind. Pen.*, 2014, II, p. 623, con commento di A. GABOARDI, *Il rigorismo salvato dall'indulgenza: la circoncisione "culturalmente motivata" tra lesione personale ed esercizio abusivo della professione medica*.

altre pratiche simili, effettua una evidente digressione per trattare della circoncisione ebraica. Come si vedrà in seguito, anche grazie ad una decisione tedesca, decidere se una pratica sia religiosa o semplicemente culturale/tradizionale può comportare grandi differenze, quanto alla sua liceità ed alla possibilità che gli esercenti la responsabilità genitoriale possano validamente prestare il consenso per il figlio minorenne: il diritto alla libertà religiosa sembra la carta vincente.

Passando dunque ai fatti, un'immigrata nigeriana, di religione cattolica, fa sottoporre il figlio neonato alla circoncisione rituale, che viene effettuata in casa da una donna che è solita praticare questo tipo di interventi senza alcuna abilitazione. Il giorno dopo il bambino, in preda ad una grave emorragia, viene condotto dalla madre in pronto soccorso, in pericolo di vita. Si procede quindi per lesioni dolose gravi (art. 583, comma 1, n. 1, c.p.) e concorso in esercizio abusivo della professione medica (artt. 110 e 348 C.p.) nei confronti della sola madre del bambino, siccome la correa rimaneva ignota. Il giudice di primo grado, preliminarmente, qualifica la circoncisione come rituale/tradizionale e la ritiene in sé non illecita poiché essa può essere funzionale al raggiungimento della salute, questa intesa come integrazione di benessere fisico e psichico. Quanto alla imputazione di concorso nell'esercizio abusivo della professione medica, l'imputata, seppure immigrata, non poteva ritenersi scriminata da un errore scusabile, non poteva cioè affermare di aver ignorato che tale intervento, che nella sua cultura d'origine era praticato da personale non medico, in Italia doveva essere condotto da personale qualificato²¹. Ella, d'altronde, nemmeno poteva invocare, come scriminante, quale esercizio di un diritto, l'esistenza di usanze e tradizioni invalse nel proprio Paese d'origine poiché «l'ordinamento giuridico può e deve esigere che un genitore presti la massima attenzione alla salute del proprio figlio, e quindi chiedere che una legittima pratica tradizionale sia eseguita con modalità tali da garantire la sicurezza del minore»²². In sostanza, l'esistenza di precisi doveri di protezione dell'integrità psicofisica del figlio, in capo ai genitori, impone a costoro di agire, pur nell'effettuazione di una procedura rituale di per sé non illecita, secondo regole di prudenza e perizia, quale, nel caso di specie, far praticare la circoncisione da personale medico, non potendo essi invocare, come scriminante, l'esistenza di una diversa usanza nella propria cultura d'origine. L'imputata è assolta dall'imputazione di lesioni dolose gravi per la mancanza dell'elemento soggettivo del dolo: ella ha sicuramente voluto la circoncisione, ma non ha voluto né ha accettato il rischio della successiva emorragia.

La Corte d'Appello, confermando l'impianto della sentenza di primo grado, riconosce nella circoncisione un atto medico²³. Quanto alla natura della circoncisione, stante la religione cattolica dell'imputata, essa costituisce «una condotta in uso nella

²¹ In particolare, ella non aveva assunto informazioni prima di decidere di far praticare la circoncisione all'ignota conoscente, pur vivendo in una città nella quale tali problemi erano stati affrontati anche a livello di strutture sanitarie pubbliche. L'onere della prova sull'esistenza delle circostanze scriminanti è a carico di chi le invoca ma sul punto era stato sentito il responsabile del P.S. pediatrico.

²² Così Trib. Padova, sentenza 9 novembre 2007, cit.

²³ Ciò sia per la «materialità dell'atto», sia perché esso richiede «capacità tecniche e conoscenze di medicina tali da dover essere riservato solo ai soggetti abilitati alla professione medica» (cfr. Corte di Appello di Venezia).

comunità di appartenenza», dunque una circoncisione rituale/tradizionale, che le impedisce di invocare la scriminante dell'esercizio del diritto di professare liberamente la propria fede religiosa.

La Corte di Cassazione opera una premessa, ponendosi dal punto di vista del medico occidentale, per il quale la circoncisione è sicuramente un atto medico²⁴ e, in più, costituisce, sempre dal suo punto di vista, «una mutilazione genitale per il bambino ed una palese violazione del fondamentale comandamento che deve ispirare l'attività del sanitario: *primum non nocere*». «Tale percezione», osserva però la Corte, «non è, di per sé, decisiva [...] in quanto non tiene conto della complessa problematica connessa alle ragioni e al forte carico simbolico che connotano la pratica della circoncisione rituale in determinati contesti». Passa dunque a distinguere tra circoncisione rituale/religiosa e rituale/tradizionale.

Un esempio della prima è dato dalla circoncisione praticata dal *mohel*²⁵ nella religione ebraica che il parere del C.N.B. riconosce come religiosa. Essa è praticata l'ottavo giorno dalla nascita dei figli maschi con oggetti rituali²⁶, deriva da uno «specifico comando divino espressamente formulato nella Bibbia»²⁷, rappresenta in modo tangibile l'ingresso del soggetto nella comunità ebraica che, in questa occasione, riceve un nome biblico²⁸. La Legge 8.3.1989, n. 101, dando attuazione all'Intesa stipulata il 27.2.1987, implicitamente riconosce la circoncisione ebraica, che può essere fatta rientrare nei riti di quella religione, per cui essa, prosegue la Corte, non è in contrasto col nostro ordinamento ed ha una «preminente valenza religiosa che sovrasta quella medica, con l'effetto che giammai il *mohel* potrebbe incorrere nel reato di esercizio abusivo della professione medica e la sua condotta, che oggettivamente integra il reato di lesione personale, è scriminata»²⁹. Siccome il *mohel* non deve necessariamente essere un medico, e dato per incontestato che, anche secondo la sentenza che si sta riassumendo, la circoncisione è una operazione, un atto medico, il ragionamento della Corte, nel momento in cui esclude il reato di cui all'art. 348 c.p., lascia perplessi. In particolare, nella L. 101/1989, non c'è una espressa disciplina per questa pratica e far derivare la «abilitazione professionale» del *mohel*, oppure la liceità della sua condotta, dai principi generali di cui all'art. 2 della L. 101/1989, sembra un'operazione difficilmente sostenibile³⁰. Quanto al delitto di lesione personale, pur astrattamente configurabile, la

²⁴ «perché, pur in assenza di finalità terapeutiche, interferisce sull'integrità fisica della persona, presuppone un attento esame delle condizioni della medesima [...] richiede l'osservanza di determinate tecniche ed opportune precauzioni» (cfr. Corte di Appello di Venezia).

²⁵ Circoncisore, che di solito è un medico o comunque una persona specializzata nella circoncisione e nei relativi rituali.

²⁶ Un particolare coltello dotato di una lama particolare, un contenitore per il prepuzio ed uno scudo di protezione.

²⁷ Parere del 25.9.1998.

²⁸ Per approfondimenti si rimanda a P. LILLO, *La circoncisione ebraica: profili di diritto ecclesiastico*, in Arch. giur., 2001, in particolare p. 378.

²⁹ «se non determina una apprezzabile lesione permanente e non mostra segni di negligenza, imprudenza o imperizia», così precisa la Corte.

³⁰ Circa il rapporto tra la figura del *mohel* ed il reato di esercizio abusivo della professione medica si vedano anche i dubbi di A. LICASTRO, *La questione della liceità della circoncisione "rituale" tra tutela dell'identità religiosa*

condotta del circoncisore è ritenuta scriminata dalla causa di giustificazione del consenso dell'avente diritto, art. 50 c.p., «prestato validamente ed efficacemente dai genitori del neonato». La motivazione della Corte, circa la causa di giustificazione, perplime anche se si pone mente gli altri valori e diritti – sui quali la sentenza fa poco approfondimento –: quelli del minorenne. Essi, come si vedrà in seguito, possono essere ricostruiti in maniera più articolata rispetto a quanto avviene col solo riferimento all'art. 2 c.c.

La condotta dell'imputata deve, al contrario, rientrare nella circoncisione rituale/tradizionale giacché la religione da lei professata, quella cristiana, non annovera tale pratica tra quelle richieste ai fedeli; da ciò consegue che ella non può invocare la scriminante dell'esercizio del diritto di professare liberamente la propria fede religiosa. La Corte, a questo punto, fa espresso riferimento ai c.d. reati culturalmente orientati, ritenendo che, nel caso di specie, l'elemento del dolo, necessario per la configurazione del reato di concorso in esercizio abusivo della professione medica, manchi. Questo il punto centrale della decisione della Corte: «si tratta di cogliere, alla luce delle circostanze di fatto accertate dai giudici di merito, il processo di formazione di volontà dell'imputata, i suoi eventuali condizionamenti, la consapevolezza o meno in lei, nel decidere di far circoncidere il proprio bambino, di sottoporre lo stesso ad un intervento di chirurgia minore, che, secondo la nostra legislazione, è normalmente di competenza medica»³¹. Secondo il giudice di legittimità, «è certamente dato oggettivo incontestabile il difettoso raccordo che si determina tra una persona di etnia africana, che, migrata in Italia, non è risultata ancora integrata nel relativo tessuto sociale, e l'ordinamento giuridico del nostro Paese; non può tale situazione risolversi semplicisticamente a danno della prima, che, in quanto portatrice di un bagaglio culturale estraneo alla civiltà occidentale, viene a trovarsi in una oggettiva condizione di difficoltà nel recepire, con immediatezza, valori e divieti a lei ignoti». La Cassazione ritiene questi elementi non adeguatamente approfonditi nei precedenti gradi di giudizio e, valorizzando come l'imputata, accortasi dell'emorragia del figlio, non esitò a ricoverarlo in ospedale e a riferire ai sanitari, senza alcuna reticenza e con molta naturalezza, quanto era accaduto, annulla la sentenza mandando assolta l'imputata perché il fatto non costituisce reato, difettando il dolo³².

del gruppo e salvaguardia del diritto individuale alla integrità fisica, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, rivista telematica, n. 22, 2019, p. 54.

³¹ La Corte fa riferimento alla notissima sentenza additiva della Corte Cost. n. 364 del 1988, che ha precisato il contenuto dell'art. 5 c.p.

³² La massima della sentenza: «la valutazione dell'inevitabilità dell'errore di diritto, rilevante ai fini dell'esclusione della colpevolezza, deve tenere conto tanto dei fattori esterni che possono aver determinato nell'agente l'ignoranza della rilevanza penale del suo comportamento, quanto delle conoscenze e delle capacità del medesimo».

3. La “circoncisione” femminile. L’art. 583-bis c.p. ed una decisione di merito.

La Legge 9.1.2007. n. 7 ha introdotto nel Codice Penale l’art. 583-bis³³, “Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili”³⁴, termine col quale, nel linguaggio non giuridico, si fa riferimento a pratiche molto differenziate, a seconda della zona di riferimento, dell’età della donna, dell’invasività dell’operazione, motivazione, reversibilità o irreversibilità.

L’Organizzazione Mondiale della Sanità definisce quali M.G.F.³⁵ «tutte le pratiche che comportano la rimozione parziale o totale dei genitali esterni femminili o altri danni agli organi genitali femminili, compiute per motivazioni culturali o altre motivazioni non terapeutiche»³⁶. La mutilazione, per essere penalmente rilevante, deve essere effettuata «in assenza di esigenze terapeutiche», elemento negativo del fatto tipico. Data la condizione personale dei soggetti coinvolti nelle M.G.F., l’errore sul fatto tipico, ai sensi dell’art. 47 C.p., può spesso ricorrere, così escludendo il dolo: il genitore spesso crede di agire per finalità terapeutiche. A giudizio di chi scrive occorre però procedere con particolare cura nell’accertamento dell’errore e dunque dell’elemento psicologico, sia per evitare zone franche o facili paraventi a chi non voglia inserirsi in contesti normativi differenti da quello di provenienza, sia per non frustrare la faticosa opera di sensibilizzazione, svolta da insegnanti ed operatori socioassistenziali, verso questi argomenti, cui spesso molti si sottraggono. Sovente, nella ripetizione di schemi culturali originari, gli uomini non partecipano al processo di acculturazione mediato dalle agenzie pubbliche e vietano alle loro mogli di prendervi parte; la giurisprudenza ha già trattato il caso di un padre, di fede islamica, che dichiara falsamente al medico che anche la madre, assente, acconsente alla circoncisione del minore³⁷. Se si ripete uno

³³ Per un esaustivo commento alla nuova figura criminosa si veda F. BASILE, in E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, IPOSA, 2006, art. 583-bis, nonché G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali e pratiche rituali nel diritto penale*, in S. RODOTÀ – P. ZATTI (diretto da) *Trattato di biodiritto*, Vol. “I diritti in medicina”, cit., p. 715 ss, anche per profili comparatistica. Per una trattazione di ampio respiro, con riferimenti alle scienze non giuridiche ed alle fonti internazionali, si veda M. VENUTI, *Mutilazioni sessuali e pratiche rituali nel diritto civile*, in op. ult cit., p. 657 ss. Per le prime applicazioni giurisprudenziali, oltre a F. BASILE, *Il reato di “pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili” alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell’art. 583 bis C.p.. Nota a Corte d’Appello di Venezia 23 novembre 2012*, cit., anche C. PECORELLA, *La controversa interpretazione del dolo specifico del reato di lesioni agli organi genitali femminili*, in *www.immigrazione.it*, n. 196 del 15.7.2013

³⁴ Per i casi trattati dalla giurisprudenza antecedentemente si veda F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., pp. 224 e 225.

³⁵ Termine col quale, d’ora in poi, si indicheranno le mutilazioni genitali femminili.

³⁶ Cfr. F. BASILE, in E. DOLCINI- G. MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, cit.

Esse sono suddivise in quattro tipi. I Tipo: escissione del prepuzio con o senza escissione parziale o totale della clitoride; II Tipo: escissione del prepuzio e del clitoride, con escissione parziale o totale delle piccole labbra; III Tipo: escissione di parte o della totalità dei genitali esterni con cucitura o restringimento del canale vaginale (infibulazione); IV Tipo: forare, trapassare o incidere la clitoride e/o le labbra; produrre una tensione della clitoride o delle labbra; cauterizzare, mediante ustione, la clitoride ed i tessuti circostanti; raschiare i tessuti attorno all’orifizio vaginale o incidere la vagina; introdurre nella vagina sostanze corrosive, causandone il sanguinamento, oppure erbe, per serrarla o restringerla.

³⁷ Cass. pen., sez. V, 20 agosto 2015, n. 35026, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2015, n. 3, p. 977 ss.

schema di separazione di genere nell'accesso alle plurime fonti di conoscenza delle norme e dei costumi del paese di immigrazione, tale condotta appare quantomeno negligente ai fini della conoscenza degli elementi materiali del fatto, se non della ignoranza della legge penale.

L'art. 583 *bis* c.p. annovera due reati, in ragione delle diverse condotte contemplate ai commi primo e secondo, che si pongono, a loro volta, in rapporto di specialità con il reato di cui all'art. 582 c.p. per la speciale indicazione della parte del corpo attinta dalla condotta – gli organi genitali della donna – e, per il comma secondo, in relazione al dolo specifico.

Al primo comma si rinvencono le condotte più gravi, che cagionano vere e proprie mutilazioni, puntualmente individuate dal legislatore «clitoridectomia, escissione, infibulazione e qualsiasi altra pratica che cagiona effetti dello stesso tipo» per la cui individuazione in concreto si può fare riferimento alla scienza medica per la clitoridectomia ed alle indicazioni dell'O.M.S. per le altre pratiche. Trattasi di reato a consumazione istantanea ad effetti permanenti, siccome la mutilazione integra la materialità del fatto.

Il secondo punisce chiunque «provoca, al fine di menomare le funzioni sessuali, lesioni agli organi genitali femminili diverse da quelle indicate al primo comma, da cui derivi una malattia nel corpo o nella mente», dunque delle lesioni. La formula utilizzata è identica a quella di cui all'art. 582 c.p. per cui, in base al più recente orientamento della Corte di Cassazione, occorre una limitazione funzionale o un significativo processo patologico o l'aggravamento di esso ovvero una compromissione delle funzioni dell'organismo, anche non definitiva, ma comunque significativa³⁸. In base alle classificazioni dell'O.M.S. possono rientrare in questa ipotesi quelle di cui al tipo IV (forare, trapassare o incidere la clitoride e/o le labbra; produrre una tensione della clitoride o delle labbra; cauterizzare, mediante ustione, la clitoride ed i tessuti circostanti; raschiare i tessuti attorno all'orifizio vaginale o incidere la vagina; introdurre nella vagina sostanze corrosive, causandone il sanguinamento, oppure erbe, per serrarla o restringerla), in alcuni casi certamente, in altri verificando il concreto insorgere della malattia. Le condotte vietate dal comma secondo, per essere penalmente rilevanti, debbono interessare gli organi genitali esterni³⁹.

L'unica sentenza nota a chi scrive è del Tribunale di Verona⁴⁰ che ha ritenuto sussistente il reato nel caso di «incisione della faccia antero-superiore del clitoride», effettuata su una minore in assenza di esigenze terapeutiche e per menomarne le funzioni sessuali.

³⁸ V. da ultimo, Sez. V, 15 maggio 2019, n. 33492, Rv. 276930 - 01. Questo orientamento restrittivo è seguito solo per le lesioni personali ma non, ad esempio, in tema di abuso dei mezzi di correzione o di disciplina (v. Sez. VI, 22 gennaio 2020, n. 7969, Rv. 27835201).

³⁹ F. BASILE, in E. DOLCINI – G. MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, cit.

⁴⁰ Sentenza del 14 aprile 2010, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, p. 838-866, con nota di C. PECORELLA, *Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna*.

L'imputata, cittadina nigeriana ed ostetrica⁴¹, in realtà è condannata per due episodi, commessi in danno di due minorenni nigeriane, nella forma consumata per una bambina di due mesi e tentata – grazie all'arresto in flagranza – per una neonata di due settimane. Sono tratti a giudizio anche la madre della prima minore ed il padre della seconda. La richiesta dell'intervento della connazionale ostetrica è fatta per continuare una pratica diffusa nel Paese di origine e presso l'etnia Edo-bini; una delle madri riferisce delle forti pressioni della famiglia del marito affinché la figlia venga sottoposta all'operazione. L'istruttoria si concentra soprattutto sul dolo specifico e, in particolare, sui fini della pratica: occorre verificare se l'azione avesse lo scopo di «menomare le funzioni sessuali». Sebbene i testi più qualificati sentiti dal giudice – una docente di antropologia dell'educazione, una di pedagogia della mediazione ed un prete della Chiesa pentecostale appartenente all'etnia Edo-bini, alla quale aderiscono anche i genitori delle minori – riconducano la mutilazione ad un rito di inserimento della donna nella comunità, il Tribunale condivisibilmente dà maggiore peso alle dichiarazioni dei genitori delle minori: entrambi, infatti, confermano che l'intervento era stato richiesto per assicurare alle figlie una minore libidine sessuale in modo che i futuri sposi potessero essere sicuri della loro fedeltà; senza la pratica, inoltre, le due bimbe avrebbero rischiato l'esclusione sociale o il rifiuto delle nozze⁴², aspetto, quest'ultimo, che attiene però ai motivi dell'azione e non al dolo. Nel caso in esame, come risulta dall'accurata esposizione dei fatti in sentenza, che ha pure riconosciuto la diminuzione della lieve entità di cui all'ultima parte dell'art. 583 *bis*, c. 2, c.p., seppure, in via ipotetica, le lesioni non avrebbero necessariamente causato la limitazione della libertà sessuale, ciò non toglie nulla alla consumazione del delitto, poiché l'effettiva limitazione della libertà sessuale è estranea alla fattispecie. Quanto alla ignoranza scusabile della legge penale il Tribunale di Verona, pur dando atto che le condotte erano di pochi mesi successive all'introduzione della nuova fattispecie⁴³, ha stigmatizzato il mancato assolvimento dei doveri informativi e l'assenza di qualsivoglia fattore positivo esterno che abbia tratto in errore l'agente. Potrebbe aggiungersi anche che, pur prima dell'introduzione dell'art. 583 *bis* c.p., la condotta era vietata e sanzionata come lesione personale.

L'esigenza di coniare una disposizione *ad hoc* non è, dunque, frutto di un vuoto di tutela⁴⁴ ma risponde all'esigenza di dare uno specifico segnale circa la illiceità penale di tali comportamenti, fornendo una risposta sanzionatoria che è parsa, al legislatore, più adeguata: i beni giuridici tutelati, integrità psico-fisica, dignità e sessualità della donna, avevano bisogno di una norma che avesse una efficacia, anche simbolica, maggiore di quella offerta dal delitto di lesioni personali aggravate; una norma apposta, inoltre, manda un messaggio diretto alle donne, specialmente immigrate, facendo

⁴¹ La donna svolgeva questa professione nel solo Paese di origine ma non in Italia ed era stata imputata per un fatto identico, plausibilmente sussunto sotto la fattispecie della lesione personale per la sua data di commissione, poi dichiarato prescritto. Nel caso deciso dal Tribunale di Verona ella rispondeva anche di esercizio abusivo della professione.

⁴² In questo punto le deposizioni dei testi qualificati sostanzialmente convergono con quelle degli imputati.

⁴³ Questo elemento, assieme ad altri, è stato recuperato nel bilanciamento delle circostanze e nella commisurazione della pena.

⁴⁴ Il delitto di lesioni personali gravi o gravissime ben avrebbe potuto punire le medesime condotte.

percepire loro quale sia la regola di condotta vigente in Italia, così sollecitandole alla denuncia di comportamenti penalmente rilevanti. È infatti dato acquisito che nessuna religione impone esplicitamente queste pratiche, per cui esse ricadono nella categoria delle circoncisioni rituali/tradizionali e sono spesso segno evidente, *in corpore alieno*, della superiorità dell'uomo sulla donna e la sentenza scaligera dimostra anche quanto possa essere insidioso il ricorso a canoni ricostruttivi necessariamente astratti e lontani, anche geograficamente, dal territorio di provenienza – la testimonianza di esperti seppur molto qualificati –. Per queste considerazioni e per quanto risulta dai dati empirici e delle organizzazioni internazionali cui si è fatto riferimento nel primo paragrafo, non sembrano condivisibili le opinioni di chi ha stigmatizzato, nel reato di cui all'art. 583 *bis* c.p., l'aspetto "culturalmente dis-orientato" quale mezzo per imporre scelte di valore eurocentriche⁴⁵.

Ai sensi del comma n. 3, «la pena è aumentata di un terzo quando le pratiche di cui al primo e al secondo comma sono commesse a danno di un minore», così apprestando una tutela rafforzata ai minorenni, chiunque sia il soggetto attivo del reato, ed anche se il reato è nella forma concorsuale. Così, ad esempio, nel caso di M.G.F. su bambina minorenne, risponderanno del delitto, nella forma aggravata di cui al terzo comma, non solo chi materialmente pratica l'intervento, sia esso medico o meno, ma anche i genitori che lo hanno richiesto. Gli esercenti la responsabilità genitoriale, inoltre, possono rispondere del reato anche qualora la pratica non sia stata da loro richiesta, a titolo di causalità omissiva in base all'art. 40. c.p., per la posizione di garanzia costituita dall'art. 147 c.c. a tutela della integrità psicofisica della prole. Un esempio potrebbe essere quello delle nozze combinate laddove la pratica sia richiesta al "medico" dalla famiglia del futuro sposo, nulla opponendo i genitori della minorenne.

La dottrina ha anche evidenziato, forse con maggiore fondamento, l'asprezza del trattamento sanzionatorio⁴⁶. A giudizio di chi scrive deve però osservarsi come l'introduzione di fattispecie autonome sottragga al bilanciamento le circostanze attenuanti dell'art. 583 c.p. – come avveniva nell'applicazione delle lesioni personali dolose. Il fenomeno, inoltre, da un punto di vista giudiziario, emerge difficilmente e spesso per puro caso: esso solitamente è portato alla luce o da un'indagine per altri reati – come accaduto, ad esempio, nel caso deciso dal Tribunale di Verona, grazie ad una fortuita intercettazione – o quando si debba ricorrere alle cure mediche per scongiurare la morte del minore. Una pena edittale contenuta condannerebbe alla sicura ineffettività la sanzione penale per via della prescrizione. Tale eventualità non sarebbe scongiurata nemmeno dal comma 2 *bis* dell'art. 158 c.p., introdotto dalla L. n. 103/2917, dal momento

⁴⁵ In particolare, E. CESQUI, *Le mutilazioni genitali femminili e la legge*, in *Questione giust.*, 2005, e L. MIAZZI, *Il diverso trattamento giuridico delle modificazioni genitali maschili e femminili, ovvero: dai reati culturali ai reati coloniali*, in *Dir., Imm., Citt.*, 2010.

⁴⁶ F. BASILE, *Società multiculturali, immigrazione e reati 'culturalmente motivati' (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2007, IV, p. 1343; A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTA, (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto oggi. Un percorso interdisciplinare*, Giuffrè Editore, 2008. Non mancano in dottrina voci favorevoli ed alla penalizzazione specifica ed al trattamento sanzionatorio scelto, con un'attenta analisi alla concreta realtà fenomenica e dei lavori preparatori: C. PECORELLA, *Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna*, cit., p. 860 e ss.

che l'articolo 583 *bis* c.p. non è contenuto nell'art. 392, c. 1 *bis* c.p.p., al quale la prima delle norme citate fa riferimento per fare decorrere il termine prescrizione dalla maggiore età del minore persona offesa. Nella condotta di mutilazione non c'è soltanto un "fatto di lesione personale" ma uno specifico intento penalizzante della donna e, talvolta, del minore, che merita un trattamento sanzionatorio differenziato rispetto a quello di cui all'art. 582 c.p.⁴⁷ Ad ogni modo, e per concludere in punto di dosimetria della pena, l'ultima parte del comma n. 2 dell'art. 583 *bis* c.p. prevede un'attenuante ad effetto speciale «se la lesione è di lieve entità» e la sentenza veronese ha saputo ricondurre, con appropriatezza, all'interno della forma più mite gli elementi "culturali" del fatto e dei suoi autori.

Il comma n. 4 prevede che «le disposizioni del presente articolo si applicano altresì quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano o da straniero residente in Italia, ovvero di cittadino italiano o di straniero residente in Italia. In tal caso, il colpevole è punito a richiesta del Ministro della giustizia». Questa disposizione è particolarmente opportuna giacché le pratiche di cui si discorre sono praticate all'estero, nel Paese di origine, spesso durante una vacanza o un soggiorno *ad hoc*, e ciò avviene non solo per condividere tale momento con la comunità di appartenenza, ma anche nella speranza di sottrarsi ai rigori della legge penale dello Stato di residenza⁴⁸.

All'esercente una professione sanitaria ritenuto responsabile del delitto è applicabile la sanzione accessoria dell'interdizione dalla professione «da tre a dieci anni» (art. 583 *ter*, c.p., che prevede anche la comunicazione della sentenza all'Ordine di appartenenza).

4. Esercizio della responsabilità genitoriale ed autodeterminazione del minorenni sul proprio corpo.

Gli argomenti a cui si è fatto cenno, comportando la manomissione del corpo, possono essere riguardati in un'altra prospettiva, quella della responsabilità genitoriale e del consenso dell'avente diritto. La sentenza di legittimità che ha trattato, seppure incidentalmente, della circoncisione ebraica ritiene che il consenso prestato dal genitore renda lecita la pratica e tale affermazione è ricorrente in giurisprudenza⁴⁹. Si può provare a mettere in discussione quella che appare una opinione non sempre approfondita a sufficienza: il rapporto tra rappresentanza – dei genitori – ed incapacità – del minorenni. Se nel caso di interventi di tipo medico viene in rilievo il problema del rapporto medico paziente, dunque del diritto alla salute ed all'autodeterminazione, per tutte le altre

⁴⁷ Vedi anche le considerazioni di R. FATTIBENE, *Verso una Risoluzione dell'Onu per l'abolizione delle mutilazioni genitali femminili a livello mondiale. Il trattamento giuridico di questa pratica tra atti internazionali, modelli culturali e normative nazionali*, in *www.aic.it*, 4/2012, p. 8, che si esprime in senso favorevole al trattamento sanzionatorio.

⁴⁸ I due casi precedenti all'introduzione dell'art. 583 *bis* c.p. sono avvenuti in effetti all'estero. Vedi Trib. Milano, sez. IV penale, sent. 25.11.1999, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, II, 2000, pp. 148 ss.; la massima è pubblicata anche in *Gui. Dir.*, V, 2006, p. 23.

⁴⁹ V. anche, in motivazione, Sez. 3, n. 49778 del 18/05/2018 - dep. 31/10/2018, V, Rv. 27396401.

pratiche si dovrà fare riferimento ai diritti di volta in volta pertinenti, quali professare la religione o autodeterminarsi sul proprio corpo⁵⁰.

Il minorenni, seppur soggetto alla regola dell'art. 2 c.c., ma "paziente" nella pratica circoncisoria o infibulatoria, può esprimere un consenso? Se sì, in che termini e facendo riferimento a quali disposizioni?

La dottrina tradizionale ritiene che la regola dell'art. 2 c.c. sia insuperabile per cui l'infradiciottenne sarebbe rappresentato dai propri genitori anche per prestare il consenso ad un atto di natura medica e per qualsiasi manomissione del proprio corpo⁵¹. Questa opinione sembra però fortemente influenzata dal tempo storico in cui il Codice civile vide la luce, quello del fervore teorico intorno alla categoria del negozio giuridico: la concezione della volontà come elemento essenziale del contratto e, dunque, incapacità di agire in relazione alla invalidità contrattuale. L'incapacità, travolta dal profilo economico, taglia i ponti con gli altri aspetti per atteggiarsi come principio generale, funzionale all'intera categoria del negozio che, per ragioni di coerenza sistematica, va applicato sia alla dimensione patrimoniale che a quella personale, tanto che le disposizioni sulla capacità, gli artt. 1 e 2 c.c., vengono poste all'apertura del Codice, quali attributi della persona.

Le radici dell'opinione tradizionale sono state magistralmente illustrate, anche da un punto di vista linguistico e filosofico, osservando che «l'*auctoritas* è la proprietà dell'*auctor*, cioè della persona *sui iuris* (il *pater familias*) che interviene – pronunciando la formula tecnica *auctor fio* – per conferire validità giuridica all'atto di un soggetto che da solo non può porre in essere un atto giuridico valido. Così l'*auctoritas* del padre «autorizza», cioè rende valido, il matrimonio del figlio *in potestate* [...] il termine deriva dal verbo *augeo* [...] il significato originario del verbo [...] non è semplicemente «accrescere qualcosa che già esiste» ma «produrre qualcosa dal proprio seno, far esistere» [...] l'atto dell'*auctor* non si fonda su qualcosa come un potere giuridico di rappresentanza cui egli è investito (rispetto al minore o all'incapace): esso scaturisce direttamente dalla sua condizione di *pater*»⁵². La dottrina giuridica, dal canto suo, ha riconosciuto da tempo un'evidente commistione, nell'opinione tradizionale, che ha ascendenze romanistiche⁵³, tra aspetti patrimoniali e personali, con prevalenza dei primi⁵⁴. È però dubbio che la regola generale dell'incapacità di agire sino al compimento della maggiore età sia utilizzabile anche in ambiti non patrimoniali. Più in generale, se

⁵⁰ L'argomento, piuttosto complesso, qui può essere solo abbozzato, rinviando alla bibliografia in nota per maggiori approfondimenti.

⁵¹ G. IADECOLA, *Potestà di curare e consenso del paziente*, C.E.D.A.M., 1998, p. 59. In ambito civilistico, seppure non con specifico riferimento alla questione qui trattata, si veda la posizione di A. TRABUCCHI, *Il «vero interesse» del minore e i diritti di chi ha l'obbligo di educare*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, p. 716 ss., sui cui testi si sono formate generazioni di operatori del diritto. Recentemente F. RUSCELLO, *Minore età e capacità di discernimento: quando i concetti assurgono a "supernorme"*, commento a Trib. Min. Milano, Decreto 15.2.2010, in *Fam. Dir.*, n. 4, 2011, p. 717 ss.

⁵² G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Milano, Bollati Boringhieri, ristampa 2012, p. 97-99.

⁵³ V. A. GUARINO, *Pagine di diritto romano*, Napoli, Jovene, 1993, 105 ss.

⁵⁴ Si rimanda alle magistrali esposizioni di F. GIARDINA, *La Maturità del minore nel diritto civile*, in *Nuova. Giur. civ. Comm.*, 2004, p. 95 ss. e di P. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, Giuffrè, 2009, p. 124.

può essere messo in discussione, in base a dati testuali, che la regola dell'art. 2 c.c. abbia valore generale a fronte delle innumerevoli ipotesi di "anticipazione" dell'età richiesta per il compimento di singoli atti⁵⁵, risulta difficile costruire in maniera coerente il rapporto tra la regola e l'eccezione⁵⁶, quasi che la tradizione codicistica impedisca un ragionamento non condizionato dal profilo patrimoniale.

Per giustificare l'incapacità del minorenni anche negli aspetti personali si fa leva pure sull'art. 320 c.c., facendo rientrare nella dizione «atti civili» i profili di rappresentanza per le questioni non patrimoniali⁵⁷. Anche in ambito medico avviene tale spostamento poiché, in assenza di disposizioni speciali relative ai trattamenti sanitari, è sembrato inevitabile rifarsi all'unica regola certa, quella della maggiore età, anche a tutela del sanitario, ma essa è apparsa insoddisfacente, proprio perché ritagliata sul traffico giuridico e non sulle esigenze di cura e salute⁵⁸. A dire il vero già il dato testuale, «atti civili», inserito in un corpo di norme che fa unico e diretto riferimento ad aspetti patrimoniali, prova meno di quanto gli si voglia far dire⁵⁹. L'art. 320 c.c. se letto anche in relazione al successivo art. 321 c.c., sistematicamente, e sulla scorta dell'intenzione del

⁵⁵ L'incapace può compiere quegli atti che non richiedano una attività negoziale, come acquisire diritti per invenzione ed occupazione, oppure testimoniare, nonché quelli che, pur richiedendo attività negoziale, siano di poco rilievo economico, come l'acquisto di riviste, libri e vestiario; occorrerà invece valutare la sua capacità caso per caso per gli atti non negoziali, ammettendosi quelli volti a tutelare i propri interessi (messe in mora, diffide, interruzione della prescrizione), oppure quelli dovuti (es. l'adempimento). Relativamente agli aspetti personali, l'infanciotta deve prestare il proprio assenso al riconoscimento tardivo, può chiedere al giudice la nomina di un curatore speciale per promuovere l'azione di disconoscimento della paternità o di impugnazione del riconoscimento falso, può riconoscere il figlio naturale. Il minore dai quattordici ai sedici anni acquista la capacità lavorativa (l. 67/77), sebbene non quella per alcuni atti ad essa connessi come quietanze, rinunzie e transazioni; può decidere in merito all'insegnamento religioso confessionale, partecipare agli organi elettivi della scuola ed alla vita associativa in generale (anche politica); a quattordici anni può, ai sensi dell'art. 4, c. 3, D.P.R. 31 agosto 1994, n. 394, rinunciare alle comunicazioni all'autorità consolare previste dall'art. 7, D.L.vo 286/1998.

Dalla ricognizione di queste norme si evince che prima della maggiore età l'ordinamento riconosce al minorenni una serie variegata di "capacità anticipate", sia in ambito patrimoniale che personale, e che pertanto la sola considerazione dell'art. 2 c.c. è limitativa.

⁵⁶ «Comunemente si afferma che l'ordinamento giuridico, in virtù dell'articolo in esame, riconosce all'individuo la capacità di agire nel momento in cui questi raggiunge la maggiore età, sì che le altre situazioni comprese nell'espressione "età diverse" degradano ad eccezioni [...] se la legge consente di porre in essere un atto giuridico a un'età inferiore, si è di fronte a un'ipotesi di capacità d'agire speciale», così P. STANZIONE, sub art. 2, in G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice civile annotato*, U.T.E.T., 1980, p. 174.

⁵⁷ Anche dottrina molto attenta alle indicazioni costituzionali e di certo non tacciabile di posizioni conservatrici fa propria questa ricostruzione: L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, in S. RODOTÀ - P. ZATTI (diretto da) *Trattato di biodiritto*, Vol. "I diritti in medicina", cit., p. 417.

⁵⁸ G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Giuffrè, 2008, p. 148 ss.; C. VIGNALI, *La tutela della salute del minore*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2005, p. 1430.

⁵⁹ Secondo G.T. Parma, dec. 7.6.2011, in *Fam. Dir.*, 2011, p. 791: «non sussiste un principio generale secondo cui al sostituto ex lege nell'attività giuridica (cioè al rappresentante legale) va riconosciuto sempre e comunque il potere di esprimere il consenso informato in nome e per conto del rappresentato, peraltro difficilmente conciliabile con l'orientamento giurisprudenziale di legittimità che neppure nella più grave ipotesi dell'interdizione per infermità di mente riconosce al Tutore il potere di compiere gli atti c.d. personalissimi in mancanza di una specifica attribuzione normativa, non rinvenibile nella generica rappresentanza dell'interdetto in tutti gli atti civili».

legislatore, fa esplicito riferimento alle sole questioni patrimoniali.⁶⁰ Ma, a monte, è proprio l'interpretazione tradizionale della norma a non convincere, poiché essa è rimasta ferma, quanto a teoria delle fonti, evoluzione legislativa, acquisizioni psicologiche, all'epoca dell'emanazione del Codice. Esistono innumerevoli ipotesi in cui il minore, per espressa disposizione di legge o per interpretazione sistematica, può – e deve – prestare personalmente il consenso ad un trattamento sanitario e dunque alla manomissione del proprio corpo⁶¹.

Dando per scontato che l'operatore sanitario debba rifiutarsi di intraprendere qualunque intervento che, pur assentito dai genitori e dal minore, sia pregiudizievole per quest'ultimo⁶², possono essere individuate alcune macro-aree.

Nel caso di minore incapace di autodeterminarsi l'unica volontà giuridicamente rilevante è quella dei soggetti che ne hanno la legale responsabilità. Il potere rappresentativo legalmente attribuito assurge a strumento di protezione di un soggetto che, sebbene sia titolare di diritti, non può ancora esercitarli. Progredendo nella maturazione, possono aversi soggetti che, sebbene non del tutto incapaci, non siano ancora però del tutto maturi. In questa ampia e scivolosa zona possono individuarsi diverse categorie di atti: per alcuni il soggetto ha una sufficiente capacità di autodeterminarsi, per altri non ancora. «Il rapporto tra la potestà genitoriale e la libertà

⁶⁰ In questi termini P. DI MARZIO, *Istituti di protezione del figlio naturale minorenni e consenso alla donazione di midollo osseo*, nota a T. M. Perugia, dec. 26.4.1999, in *Dir. Fam. Pers.*, 2000, p. 645 ss. e, in giurisprudenza, Corte d'Appello di Ancona, dec. 26.3.1999, in *Dir. Fam. Pers.*, 1999, p. 665. L'opinione è ritenuta abbandonata da autorevole dottrina (cfr. L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, cit., 429, anche per ulteriori riferimenti bibliografici) che, per giustificare tale conclusione, fa riferimento all'art. 155, c. 3, c.c., come novellato dalla L. 54 del 2006. In realtà l'articolo distingue sì tra decisioni di ordinaria e straordinaria amministrazione, ma non fa riferimento al potere rappresentativo per gli atti civili e dunque non supera il rilievo secondo cui gli articoli 320 e 321 c.c., ed il relativo potere di rappresentanza, sono riferibili ai soli aspetti patrimoniali della potestà e non a quelli di natura personale.

⁶¹ Per una disamina più approfondita, che è impossibile in questa sede, si rimanda a V. SELLAROLI, F. CUCCA, A. SANTOSUOSSO, *Shared genetic data and the rights of involved people*, in *“Revista de Derecho y Genoma Humano/Law and the Human Genome Review”*, Universidad de Deusto di Bilbao, Spagna, 2007, n. 26, pp. 193-23; G. LA FORGIA, *Il consenso informato del minore “maturo” agli atti medico-chirurgici: una difficile scelta d'equilibrio tra l'auto e l'etero-determinazione*, in *Fam. Dir.*, 2004, p. 413; L. NANNIPIERI, *Il corpo (ovvero la salute) dei minori: il difficile e dinamico equilibrio tra libertà e potestà, autonomia ed eterodeterminazione*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Atti di disposizione del proprio corpo*, cit.; M. PICCINNI, *Il consenso al trattamento medico del minore*, CEDAM, 2007; G. MASTRANGELO – V. SELLAROLI, *Trattamento medico e lesioni dell'integrità fisica del minore. Autodeterminazione, tutela, responsabilità dei genitori, dei professionisti sociosanitari e delle forze dell'ordine*, Maggioli, 2014.

Fuori dal giuridico si segnalano le bellissime pagine di P. CARBONE (a cura di), *L'adolescente prende corpo*, Il Pensiero Scientifico, 2010 nonché R. BRANCATELLA, *Problematiche medico legali legate all'infezione da Hiv per i minori che si rivolgono ai servizi pubblici*, in *Minorigiustizia*, 2/2009.

In giurisprudenza, sebbene con riferimento al T.S.O. ma con una esaustiva trattazione del problema, Trib. Min. Milano, Decreto 15.2. 2010, in *Fam. Dir.*, n. 4, 2011, p. 717 ss., con commento di F. RUSCELLO, *Minore età e capacità di discernimento: quando i concetti assurgono a “supernorme”*; Trib. Min. Milano, Decreto 21.1.2011, in *Fam. Min.*, n. 3, 2011, p. 63 ss., con commento di F. BILOTTA, *Il rappresentante legale non può imporre la sua volontà sulla salute del ragazzo*.

⁶² Pregiudizievole perché dannoso alla salute, inadatto alla patologia, sintomatico di uno scorretto esercizio dei compiti dei genitori, sintomatico di maltrattamento, ecc.

dei minori, nella sfera degli atti personali tra i quali rientrano certamente il diritto alla salute e la libertà di disporre del proprio corpo, risulta inevitabilmente dinamico, sotto una duplice prospettiva: diacronica (affievolendosi progressivamente la potestà con il progredire dell'età) e sincronica (essendo possibile che, in un dato momento, il minore sia "capace" per un certo atto ed "incapace" per un altro)⁶³. L'individuazione di quali siano, in concreto, gli atti rientranti in ciascuna delle due categorie non potrà prescindere da una valutazione caso per caso di vari indici⁶⁴. L'apprezzamento della capacità sarà operato, in prima battuta, dai soggetti, diversi dall'autorità giudiziaria, coinvolti nel caso. Quando permanga il dissidio, il caso potrà essere segnalato all'autorità giudiziaria minorile oppure ordinaria che, per il tramite di un provvedimento limitativo della responsabilità genitoriale, definirà il contenuto ed i limiti dei diritti in questione. Se si rinuncia, come appare ormai doveroso, a ritenere lo sbarramento posto dall'art. 2 c.c. insuperabile, deve ammettersi la capacità del minorenni ad autodeterminarsi in alcuni aspetti relativi alla cura di sé, con innegabili riflessi anche sui nostri temi. L'art. 336 c.c., "Ascolto del minore", introdotto dal D.L.vo 28.12.2013 n. 154, offre ulteriori argomenti in tal senso.

5. Le scriminanti degli articoli 50 e 51 c.p.: una sentenza della Corte di Appello di Colonia e della Alta Corte d'Inghilterra e Galles.

Se ci si pone in una prospettiva diversa rispetto al rapporto tra la rappresentanza legale ed i diritti del minorenni, è possibile rileggere i problemi affrontati dalla giurisprudenza a cui si è fatto cenno.

Per la circoncisione ebraica, la Cassazione ritiene che la condotta astrattamente configurabile il reato di lesioni personali sia scriminata dalla causa di giustificazione del consenso dell'avente diritto, «prestato validamente ed efficacemente dai genitori del neonato»⁶⁵. Tale opinione, *de iure condito*, condivisibile circa il limitato aspetto della titolarità al consenso, nel caso di un bambino entro gli otto giorni di vita⁶⁶, non può essere seguita qualora il paziente abbia un'età maggiore e certamente qualora esso sia capace di esprimere un aperto dissenso. Allargando la visuale ad altri aspetti – intangibilità del corpo, libertà religiosa⁶⁷, libertà sessuale –, se è pur vero che gli articoli della Costituzione 19 e 30 offrono protezione alla scelta di far circoncidere i figli, il rispetto dei diritti

⁶³ L. NANNIPIERI, *Il corpo (ovvero la salute) dei minori*, cit., p. 270.

⁶⁴ Quali età, esperienze di vita, educazione ricevuta, famiglia d'origine, precedenti esperienze in ambito sanitario, stato della tecnica, reversibilità o meno dell'intervento. Per numerose esemplificazioni sia consentito rimandare a G. MASTRANGELO – V. SELLAROLI, *Trattamento medico e lesioni dell'integrità fisica del minore*, cit.

⁶⁵ Cfr. Sez. VI, 22 giugno 2011, n. 43646. Anche da ultimo la III sezione penale (n. 49778 del 18/05/2018 - dep. 31/10/2018, V, Rv. 27396401) ha ritenuto, sebbene sotto altro profilo, che ai fini del consenso ad un tampone vaginale fosse sufficiente il consenso del genitore, senza motivare specificamente il convincimento.

⁶⁶ Termine entro il quale tale pratica culturale deve essere praticata.

⁶⁷ Critico sulla prevalenza della libertà di culto rispetto ai diritti dei minori si mostra R. BOTTA, *La condizione degli appartenenti a gruppi religiosi di più recente insediamento in Italia*, in *Dir. Eccl.*, 2000, p. 362 ss.

inviolabili di costoro deve prevalere qualora il minore abbia gli strumenti per manifestare proprie idee al riguardo. La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989⁶⁸ riconosce al minore il diritto alla libertà di coscienza e di religione e la Legge del 18.6.1986, n. 141, all'art. 1, regola la scelta circa l'insegnamento della religione cattolica, riconoscendo tale diritto allo studente minorenni.

Non possono sottacersi, inoltre, le concrete difficoltà di gestire un'eventuale disparità di opinioni tra gli esercenti la responsabilità genitoriale. Le ipotesi di soggetto talmente piccolo da ritenere scriminante il consenso prestato dai genitori possono risultare complicate nei casi di affidamento esclusivo del minore ad uno solo di essi dal momento che, sia in dottrina che in giurisprudenza, si registrano due opinioni divergenti. Per un primo orientamento⁶⁹, salva diversa indicazione nel provvedimento che decide in ordine all'affidamento, le scelte sanitarie, ed in tal caso anche religiose, sarebbero comunque da effettuarsi col consenso di entrambi i genitori. Altri sostengono che il genitore affidatario in via esclusiva possa assumere tale decisione in tutta autonomia, proprio perché l'altro è stato ritenuto inadatto ad una condivisione delle responsabilità genitoriali⁷⁰; questo ultimo, dunque, potrà agire solo nei limiti del potere di vigilanza sulle condizioni di vita del figlio⁷¹, comunque riconosciutigli, eventualmente attivandosi, anche in via d'urgenza, qualora l'altro genitore metta in pericolo il figlio – ad esempio avendo intenzione di far circoncidere in casa e da personale non medico il figlio neonato – oppure non ne rispetti i diritti personali – qualora il minore rifiuti l'operazione di circoncisione che il genitore affidatario esclusivo voglia fargli praticare ad ogni costo. Nel caso di contrasto tra genitori conviventi circa l'opportunità dell'operazione o le modalità della sua effettuazione, la norma di riferimento è l'art. 316 c.c., novellato.

Il consenso dell'avente diritto, di cui all'art. 50 c.p., può scriminare il comportamento illecito nelle altre ipotesi, quali la circoncisione non sorretta da motivi religiosi e le pratiche di M.G.F.?

Iniziando dal paziente minorenne naturalisticamente incapace, le ipotesi di cui al primo comma dell'art. 583-bis c.p. non possono essere mai scriminate dal consenso eventualmente prestato dai suoi genitori. Innanzitutto l'art. 5 c.c. vieta gli atti di disposizione «del proprio corpo» quando cagionino «una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico ed

⁶⁸ Ratificata dall'Italia con la Legge 176/1991.

⁶⁹ T. M. Catania, dec. 23.5.2007; T. M. Trento, dec. 11.4.2006 e da ultimo, seppure *obiter*, Cass. Civ. sez. I., sent. 10 Maggio 2011, n. 10265, in *Fam. e dir.*, 2011, p. 1095 ss., con commento di G. MANSI, *Figli naturali e potestà genitoriale tra l'art. 317-bis c.c. e la L n. 54/2006*. In dottrina G. CASABURI, *Il nuovo regime dell'affidamento*, in *Giur. mer.*, 2006, p. 51; G. DE MARZO, *L'affido condiviso. Profili sostanziali*, in *Foro It.*, 2005, p. 91.

⁷⁰ Trib. Catania, ord. 1.6.2006; T. M. Cagliari, dec. 16.4.2007, in *Fam. Min.*, 2007, p. 82. In dottrina, M. SESTA, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: profili sostanziali*, in *Fam. Dir.*, 2006, p. 380.

⁷¹ Per i problemi che si pongono per il minore convivente con un solo genitore, in mancanza di provvedimenti di affidamento Trib. Min. di Milano, Decreto 7.2.2012, in *Fam. Dir.*, n. 6/2012, p. 607-611, con commento di M. SESTA, *Per l'esercizio comune della potestà dei genitori naturali occorre la convivenza*; in *Nuov. Giur. Civ. Comm.*, n. 9/2012, pp. 736-742, con commento di G. MANSI, *L'art. 317 bis cod. civ. resta il referente normativo primario per l'esercizio della potestà sui figli naturali*.

al buon costume». Ciò che è vietato sul proprio corpo lo è, a maggior ragione, sul corpo di soggetti di cui si ha la responsabilità. Le suddette pratiche inoltre, provocano, indubbiamente, una diminuzione permanente dell'integrità fisica e, se praticate su minori, possono essere ritenute contrarie al buon costume⁷². I genitori rivestono una posizione di garanzia a tutela dell'integrità psicofisica dei figli minori, non solo in ambito sessuale⁷³, per cui le pratiche di mutilazione sono assolutamente da escludere, anche perché, a ben vedere, il genitore che le facesse praticare sui propri figli ben potrebbe essere limitato nella responsabilità genitoriale⁷⁴.

Più dubitativa è la soluzione per le ipotesi di lesione di cui al comma n. 2, art. 583-bis c.p. e per le pratiche circoncisorie. A giudizio di chi scrive, pur nella consapevolezza di autorevoli opinioni discordanti⁷⁵, esse non possono comunque essere autorizzate dai genitori, e dunque non sono scriminate. Trattasi, pur sempre, di interventi sul corpo del figlio minore, spesso praticati senza anestesia, anche per la valenza iniziatica di tali pratiche, non sorretti da giustificazioni religiose, e comunque non utili alla salute del minore. Di fronte alla valenza meramente culturale/tradizionale di tali pratiche, al loro collegamento con il diritto del genitore ad impartire al figlio la cultura che egli desidera⁷⁶, dunque all'attinenza alle esigenze dell'adulto, alla possibilità di trasmettere valori con strumenti forse più aggiornati e certamente meno invasivi, ed alla possibilità del figlio, una volta naturalisticamente o giuridicamente capace di

⁷² La nozione di ordine pubblico e di buon costume, termini non riferibili alla sola dimensione sessuale, è molto discussa; per diffusi riferimenti si veda R. SACCO, in R. SACCO- G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, U.T.E.T., 2004, Tomo II, 66). La dottrina sta tentando, da tempo, una lettura del concetto più in linea con i valori costituzionali; in argomento si veda L. CRUCIANI, *Limiti agli atti di disposizione del corpo: dal binomio ordine pubblico-buon costume alla dignità*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Atti di disposizione del proprio corpo*, cit., p. 197 ss.

⁷³ Sez. III, sentenza 1.12.2005, n. 3124, in *Riv. Pen.*, 2006, p. 684: «la posizione di garanzia verso i propri figli, costituita dall'art. 147 cod. civ. in capo al genitore, comporta l'obbligo per costui di tutelare la vita, l'incolumità e la moralità sessuale dei minori contro altrui aggressioni».

⁷⁴ Si veda T. M. Torino, decreto 17 Luglio 1997, in *Min. Giust.*, 1999, p. 145.

⁷⁵ S. SEMINARA, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, cit., p. 204, afferma che «rispetto a queste lesioni [...] la loro natura non permanente consente di affermare l'efficacia scriminante del consenso dell'interessata e, nel caso di condotta praticata – come di consueto avviene – su minore, non esclude in linea di principio il valido consenso dei genitori». A favore dell'opinione esposta nel testo si esprime M. VENUTI, *Mutilazioni sessuali e pratiche rituali nel diritto civile*, cit., p. 678 ss.

⁷⁶ Seppure sussiste un diritto dei genitori ad educare i figli secondo le proprie convinzioni religiose e filosofiche, come riconosciuto anche dalla C.E.D.U., caso *Folgerø*, 29.6.2007, parimenti sussiste, in capo ai figli, seppur minori d'età, quella che in dottrina è stata definita "libertà di formarsi una coscienza", di cui l'ordinamento reca traccia in alcune previsioni sull'istruzione – libertà di coscienza degli alunni, libera scelta dell'ora di religione, che diventa personale dal quattordicesimo anno d'età ex artt. 2 e 310 del T. U. sull'istruzione, d.lgs. 297/1994, divieto di insegnamenti religiosi "diffusi", ex art. 9, L. 449/1984 –, nonché nella tutela dei minori nella disciplina radiotelevisiva – art. 4, c. 1, T. U. della radiotelevisione, D.lgs. 177/2005 – e nelle fonti internazionali (Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989, resa esecutiva in Italia con la L. 176/1991, che riconosce al minore sia il diritto alla libertà di coscienza che di religione). Prima della L. 7/2006 il rapporto tra questi due fasci di diritti è stato affrontato da T. M. Torino, decreto 17.7.1997, cit., sul quale si sono espressi A. FACCHI, *Politiche del diritto, mutilazioni genitali femminili e teorie femministe: alcune osservazioni*, in *Dir., Imm. e Citt.*, 2004, p. 13; A. GUAZZAROTTI, *Giudici e Islam. La soluzione giurisprudenziale dei «conflitti culturali»*, in *Studium Iuris*, 2002, p. 871.

accedere, seppure in seguito, a tali riti, la tutela della persona minore da interventi di terzi, seppure genitori, sembra prevalente. Nella giurisprudenza inglese, la *England and Wales High Court (Family Division)*, sebbene per superare le contrapposte idee dei genitori, si è dato rilievo alla necessità di attendere che i due minorenni acquisissero la maturità richiesta per dare il loro eventuale consenso all'intervento⁷⁷.

Del resto, e concludendo sul punto, lo stesso art. 5 c.c., nelle letture più aggiornate⁷⁸, deve essere interpretato alla luce del principio della dignità umana e della realizzazione del pieno sviluppo della personalità: ora, se è pur vero che la trasmissione di valori tradizionali e/o culturali è indubbiamente un fattore di arricchimento e di sviluppo della personalità, quantomeno in termini identitari, ciò non toglie che la trasmissione di tali valori per il tramite della manomissione del corpo su soggetti di cui si ha la responsabilità appare comunque lesiva della dignità di costoro e, a fronte della possibilità di ottenere i medesimi scopi con misure meno cruento⁷⁹, questa seconda modalità sembra più conforme al diritto e dunque prevalente. Tale opinione sembra rafforzata se si confronta quanto detto coi limiti all'intervento sul corpo del minorenne per la tutela del diritto alla salute. La Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina, nota come Convenzione di Oviedo⁸⁰ all'art. 6, Protezione delle persone che non hanno la capacità di dare consenso, dispone che «[...] un intervento non può essere effettuato su una persona che non ha capacità di dare consenso, se non per un diretto beneficio della stessa». L'interpretazione più convincente della disposizione tutta e del sintagma «diretto beneficio» è quella che lo intende: medico, quindi con esclusione di interventi che non abbiano una valenza terapeutica⁸¹, e volto alla esclusiva e diretta tutela di un interesse del minore, con esclusione di benefici anche indiretti, quale può essere il riferito processo di trasmissione di valori.

Per le medesime ragioni non può ritenersi operante la scriminante prevista dall'art. 51 c.p., qualora invocata dal genitore. A titolo di esempio valga l'argomento del genitore che, intendendo adempiere ad un dovere sentito come inderogabile nella propria cultura d'origine, faccia circoncidere la figlia minore, giacché senza tale pratica ella sarebbe esclusa da matrimoni con correligionari o comunque destinata ad una sorte nuziale deteriore. Siccome il diritto da esercitare o il dovere da adempiere debbono essere valutati alla stregua dell'intero ordinamento, la giustificazione avanzata dal genitore, per i motivi già esposti, non potrebbe trovare accoglimento⁸².

Se si aderisce all'opinione secondo cui l'infradiciottenne è titolare del diritto ad autodeterminarsi, seppure con i limiti visti in precedenza, occorre domandarsi se egli

⁷⁷ England and Wales High Court (Family Division), 5 aprile 2016, [2016] EWHC 849 (Fam).

⁷⁸ R. ROMBOLI (a cura di), *Atti di disposizione del proprio corpo*, cit.

⁷⁹ Si pensi alla trasmissione dei valori tradizionali/culturali con l'esempio, la trasmissione orale e scritta.

⁸⁰ Ratificata dall'Italia con la L. 28.3.2001, n. 145.

⁸¹ Ad esempio, un intervento di chirurgia estetica.

⁸² Da un punto di vista civilistico, sul piano risarcitorio il pregiudizio arrecato al minore sarebbe risarcibile, grazie al combinato operare degli articoli 2043 c.c., 2, 3, 13, 32 Cost.

Il genitore, inoltre, non potrebbe invocare le norme del proprio Paese d'origine, scritte o consuetudinarie, che eventualmente ammettano le pratiche suddette, poiché l'art. 31 della L. 218/1995 impedisce l'ingresso di tali norme in quanto contrarie all'ordine pubblico.

possa esprimere un valido consenso alle “pratiche circoncisorie”. Quanto alle ipotesi più gravi di cui al primo comma dell’art. 583-bis c.p. deve escludersi una tale possibilità, siccome esse contemplanò una lesione permanente dell’integrità fisica⁸³. Le ipotesi, più lievi, di cui al secondo comma, a giudizio di chi scrive, possono essere autorizzate dal minorennè naturalisticamente capace⁸⁴. Occorrerà valutare attentamente la maturità della minore che voglia sottoporsi a tale pratica, specialmente per escludere qualsiasi condizionamento da parte di soggetti diversi, specialmente i genitori. Per la circoncisione ebraica, se è vero che la Cassazione ne ha riconosciuto la liceità in base all’esercizio del diritto alla libertà religiosa, non può non rilevarsi come, di fronte a pratiche che sono sia religiose che culturali, la scelta dell’una o dell’altra categoria da parte del giudice sia insidiosa e – come visto a proposito del caso trattato dal Tribunale di Verona – fondata su elementi ricostruttivi, dal punto di vista antropologico, non sempre affidabili⁸⁵.

Nella giurisprudenza tedesca sembra molto interessante, anche per il profilo dell’errore inevitabile, un caso infine deciso dalla Corte di Appello di Colonia⁸⁶.

Un bambino viene sottoposto ad una circoncisione effettuata secondo la migliore arte medica e col consenso di entrambi i genitori, musulmani, ma, dopo qualche giorno, per una emorragia, è condotto in ospedale e da lì la incriminazione del medico - anch’egli musulmano. La sentenza di primo grado è di piena assoluzione: la circoncisione da un lato assicura al minore l’appartenenza alla comunità⁸⁷ ed evita che egli sia escluso dai suoi pari, dall’altra, sotto l’aspetto dell’integrità fisica del paziente, essa è giustificata dai vantaggi igienici e profilattici. Anche in appello il medico viene assolto ma per un’altra ragione: di fronte alla giurisprudenza che ammetteva, seppur incidentalmente tale pratica, egli sarebbe incorso in un errore di diritto inevitabile. In secondo grado – ed è questo il punto interessante della decisione – i giudici affermano che il diritto di educare i figli non può prevalere sul diritto, del minore, all’autodeterminazione ed alla integrità fisica. La decisione ha suscitato vive polemiche in Germania e, come si vedrà, ha reso necessario un intervento legislativo apposito.

⁸³ In pratica, debbono applicarsi gli stessi principi elaborati per le lesioni personali.

⁸⁴ G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali e pratiche rituali nel diritto penale*, cit., p. 720, limita tale possibilità alla «donna maggiorenne».

⁸⁵ Si veda I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, FrancoAngeli, Milano, 2012.

⁸⁶ È disponibile il testo in italiano della decisione, *Landgericht Köln*, 7 maggio 2012, assieme alla nota di W. BEULKE, A. DIEßNER, “... Un piccolo taglio per un uomo, una grande tematica per l’umanità”. *Perché la sentenza del Landgericht di Colonia sulla circoncisione di un minore per motivi religiosi non convince*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 2, 2013, p. 839 ss. Su questa decisione v. inoltre A. RATTI, [Circoncisione rituale maschile: riflettendo su una recente decisione della corte distrettuale di Colonia](#), in *diritticomparati.it*, 17 settembre 2012.

⁸⁷ Certo il minore, un domani, volendo decidere a quale credo accedere, si sarebbe trovato con un ben evidente segno dell’appartenenza all’Islam.

6. Due decreti del Tribunale dei Minorenni e le stime del fenomeno.

Premesso che le decisioni assunte circa l'esercizio della responsabilità genitoriale si basano su valutazioni diverse da quelle prese in sede penale, possono essere brevemente esaminati alcuni casi partendo da quanto deciso dal T. M. di Torino nel 1997⁸⁸.

Una bimba di sei mesi viene condotta in Nigeria dai genitori e sottoposta ad intervento di escissione che interessa le piccole labbra e parte del clitoride. Rientrata in Italia è ricoverata per le complicità dell'intervento. Il T.M. l'affida ai servizi socioassistenziali del Comune, disponendo che alle dimissioni dal nosocomio fosse collocata in comunità, potendo incontrare i genitori con modalità protette. Viene disposta un'istruttoria per verificare le competenze genitoriali, anche con la consulenza di una mediatrice culturale⁸⁹ e la minore riaffidata ai genitori⁹⁰. Il T.M. di Bologna nel 2006⁹¹ si è occupato di un caso analogo: famiglia di origine egiziana in cui il padre esercita sulle figlie e la moglie un potere tradizionale ed autoritario, in adesione a suoi codici culturali. La maggiore, sedicenne, allontanatasi da casa, aveva subito una infibulazione in Egitto ed è promessa sposa di un connazionale ventinovenne, la sorella dodicenne è in predicato per un intervento simile, la più piccola subisce l'atteggiamento dispotico del padre⁹². Il Tribunale, dunque, colloca la maggiore in una comunità stabilendo incontri osservati e protetti con i genitori, subordinati al suo consenso. Il profilo di maggiore interesse è rappresentato da una specifica limitazione della potestà⁹³ consistente nel divieto di sottoporre le minori a «pratiche che comportano lesioni corporali e mutilazioni»⁹⁴.

Sembra sussistere uno scollamento tra la realtà sociale dell'infibulazione sui minori e le decisioni assunte dall'A.G. minorile in proposito.

A fronte di due precedenti editi e delle ricerche sui motori di ricerca, le cifre riportate da altre fonti sembrano suggerire la presenza di un fenomeno assai più

⁸⁸ T. M. Torino, decreto 17.7.1997, cit., sul quale si sono espressi A. FACCHI *Politiche del diritto, mutilazioni genitali femminili e teorie femministe*, cit., p. 13; A. GUAZZAROTTI, *Giudici e Islam*, cit., p. 871.

⁸⁹ Il parere si può leggere in *Minorigiustizia*, 1999, p. 144 ss; E. AGHATISE, *Parere in ordine alla circoncisione femminile in uso presso l'etnia Edo Benin del sud-ovest della Nigeria*.

⁹⁰ Nel provvedimento si sottolineano le ragioni culturali della scelta, il fatto che l'intervento era stato praticato in una struttura sanitaria nigeriana e dunque da medici, che la bimba era stata condotta in ospedale in Italia ai primi sintomi.

⁹¹ T. M. Bologna, decreto 8.5.2006, in *Dir. Imm. Citt.*, 2006, p. 175 ss.

⁹² Divieto di studiare, matrimoni combinati, percosse quali metodo educativo.

⁹³ In tali casi, a dire il vero, i genitori potrebbero essere addirittura dichiarati decaduti dalla stessa. Il problema sta nell'applicazione di eventuali norme straniere di diritto internazionale privato (L. 218/1995, art. 36, "Rapporti tra genitori e figli": «I rapporti personali e patrimoniali tra genitori e figli, compresa la responsabilità genitoriale, sono regolati dalla legge nazionale del figlio») che, qualora non consentissero limitazioni nel lato paterno o la sua ablazione, dovrebbero essere dichiarate contrarie all'ordine pubblico (L. 218/1995, art. 16). Per quanto a conoscenza di chi scrive non esistono provvedimenti di tal genere.

⁹⁴ A ciò il T.M. aggiungeva il divieto di condurle all'estero, ma tale limitazione della responsabilità genitoriale è ricorrente nei casi di genitori stranieri che possano sottrarre i figli alla giurisdizione italiana.

diffuso⁹⁵, che però sfugge alla giurisdizione e che, stando ai rapporti delle Nazioni Unite, riguarda minori sempre più piccoli, perché così è più facilmente nascosta. Stando al *“Female genital mutilation in the European Union - Report” -2013*, secondo uno studio statistico nel 2011:

A) sarebbero giunte in Italia 3.095 donne provenienti da Paesi in cui si praticano le M.G.F.;

B) l'Italia, dopo Malta, sarebbe la nazione con la più alta percentuale sul totale di donne richiedenti asilo;

C) l'Italia, dopo la Svezia e la Francia, avrebbe il numero più alto (1.092), di richiedenti asilo a cui, nei Paesi di origine, sarebbe stata praticata una M.G.F.

Data la forte trasmissione culturale di queste pratiche, è facile comprendere il numero di minorenni che, in Italia, hanno subito queste pratiche. Nessuno dei Paesi europei ha un sistema di raccolta dati affidabile e le decisioni giudiziarie disponibili sono sparute per tutta l'Unione; sebbene il Regno Unito sia stato il primo Paese europeo a proibire le mutilazioni genitali femminili col *Prohibition of Female Circumcision Act del 1985* la stampa ha denunciato, anche lì, una enorme differenza tra la realtà giudiziaria ed il costume sociale⁹⁶. Il caso trattato dal Tribunale di Verona dimostra come, in fase d'indagine, a questi reati ci si arrivi per pura casualità o, come dimostrato dalle altre decisioni, in seguito ad un accesso in ospedale.

7. Gli strumenti internazionali.

Da tempo gli strumenti internazionali si occupano di questi problemi, forse anche nella piena consapevolezza del significato culturale delle mutilazioni femminili⁹⁷. Esse possono considerarsi come un «“marcatore sessuale”, che incide sui corpi delle donne la loro appartenenza di genere. Da una parte provvedono ad asportare la parte “maschile” dell'apparato genitale femminile, la clitoride [...] dall'altra, oltre a manipolarne il corpo,

⁹⁵ http://www.conquistedellavoro.it/cdl/it/Diritto_Rovescio/Immigrati/info-428374962.htm,
<http://www.ausl.bologna.it/news/archivio-2013/ausnews.2013-02-05.3367974893>,
<http://www.qelsi.it/2012/infibulazione-una-pratica-atroce-e-disumana-sulla-donna-da-debellare-in-italia-e-nel-mondo/>,
<http://www.angelilli.it/it/page.asp?VisImg=S&Art=2839&Cat=1&IdTipo=0&TB=&CCA=23&IdMenu=&IdMenu2>,
<http://www.assistentsociali.org/immigrazione/infibulazione-e-mutilazioni-dei-genitali-femminili-3.htm>.

La Risoluzione O.N.U. 67/146 del 20.12.2012 sottolinea il dato statistico: «evidence of an increase in the incidence of female genital mutilations being carried out by medical personnel in all regions in which they are practised». Un dato è ancora più allarmante: l'età della pratica si è abbassata di molto nei Paesi che la sanzionano penalmente poiché quanto più essa è precoce tanto più può essere nascosta. Nel 2015 chi scrive ha contattato tutti i T.M. d'Italia per chiedere se fossero state assunte decisioni limitative della responsabilità genitoriale in ragione di MGF ricevendo risposta negativa.

⁹⁶ *Hidden world of female genital mutilation in the UK*, BBC Newsnight.

Cfr. <http://www.bbc.co.uk/news/health-18900803>.

⁹⁷ Per un'ampia ed aggiornata rassegna dei principali strumenti si segnala questo sito:
<https://www.saperidoc.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/823>.

le Mgf costruiscono anche l'aspetto fisico di ogni donna, le proporzioni e l'armonia tra le sue varie parti, l'*exis*, le posture e il portamento, dotandola di quegli automatismi corporei che in maniere diverse rappresentano in ogni cultura la "femminilità". Le Mgf sono dunque una forma di disciplinamento del corpo femminile, attraverso cui viene perseguita una strategia di assoggettamento delle donne, in vista dello scambio matrimoniale»⁹⁸.

Il problema risulta avvertito già nel 1979, Convenzione ONU sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti della donna⁹⁹, che impegna ciascun Stato firmatario a prendere ogni misura adeguata «al fine di modificare gli schemi ed i modelli di comportamento socioculturale degli uomini e delle donne e di giungere ad una eliminazione dei pregiudizi e delle pratiche consuetudinarie o di altro genere, che siano basate sulla convinzione dell'inferiorità o della superiorità dell'uno o dell'altro sesso o sull'idea di ruoli stereotipati degli uomini e delle donne» (art. 5, lettera a)¹⁰⁰. Con specifico riferimento ai minori, la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo¹⁰¹, impegna i suoi firmatari ad adottare «ogni misura efficace atta ad abolire le pratiche tradizionali pregiudizievoli per la salute dei minori»¹⁰². Passando agli strumenti non vincolanti¹⁰³, deve segnalarsi la Risoluzione ONU n. 48/104 del 1993 sull'eliminazione della violenza contro le donne che, nel definire tale fenomeno, include le mutilazioni genitali¹⁰⁴. Questi primi interventi a livello internazionale hanno aumentato la consapevolezza del problema sia nei Paesi di provenienza delle pratiche mutilatorie che in quelli di immigrazione. Tre strumenti recentissimi appaiono particolarmente interessanti.

⁹⁸ C. PASQUINELLI, *Donne africane in Italia (Mutilazioni dei genitali femminili, identità di genere e appartenenza etnica)*, in *Quest. Giust.*, 2001, p. 487. Qui è possibile solo accennare anche ad un altro problema: l'impatto della pratica di M.G.F. e delle sue ragioni culturali su una minore lesbica o con disturbo dell'identità di genere.

⁹⁹ Del 18.9.1979, firmata dall'Italia e ratificata con la L. 14.3.1985, n. 132.

Le Convenzioni ONU sono trattati internazionali veri e propri che vincolano gli Stati firmatari al loro rispetto, come comunemente accade per gli accordi bilaterali o plurilaterali tra Stati al di fuori dell'Organizzazione delle Nazioni Unite.

¹⁰⁰ Il testo integrale è consultabile sul sito www.onuitalia.it.

¹⁰¹ Del 20.11.1989, firmata dall'Italia e ratificata con la L. 27.5.1991, n. 176

¹⁰² Il testo integrale è consultabile sul sito

http://www.camera.it/_bicamerali/leg14/infanzia/leggi/Legge%20176%20del%201991.htm.

¹⁰³ Le risoluzioni dell'Assemblea Generale dell'O.N.U. non sono vincolanti. Hanno però, a determinate condizioni, valore come prassi degli Stati oppure come veri e propri trattati qualora equiparino la loro violazione alla violazione della Carta O.N.U. Sul punto si veda B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, Napoli, E.S., 2006, p. 54 ss. e, dello stesso Autore, *Le Nazioni Unite*, Padova, CEDAM, 1996, p. 285 ss.

¹⁰⁴ «La violenza contro le donne dovrà comprendere, ma non limitarsi a, quanto segue: a) La violenza fisica, sessuale e psicologica che avviene in famiglia, incluse le percosse, l'abuso sessuale delle bambine nel luogo domestico, la violenza legata alla dote, lo stupro da parte del marito, le mutilazioni genitali femminili e altre pratiche tradizionali dannose per le donne, la violenza non maritale e la violenza legata allo sfruttamento [...]» (art. 2). «Gli Stati dovrebbero condannare la violenza contro le donne e non dovrebbero appellarsi ad alcuna consuetudine, tradizione o considerazione religiosa al fine di non ottemperare alle loro obbligazioni quanto alla sua eliminazione. Gli Stati dovrebbero perseguire con tutti i mezzi appropriati e senza indugio una politica di eliminazione della violenza contro le donne» (art. 4).

Per il testo in italiano: http://unipd-centrodirittiumani.it/it/strumenti_internazionali/Dichiarazione-sulleliminazione-della-violenza-contro-le-donne-1993/27.

7.1. Segue: Risoluzione O.N.U. 67/146 del 20.12.2012.

Richiamando quanto già detto sul valore legale delle risoluzioni, quella che ci interessa¹⁰⁵, la risoluzione dell'O.N.U.:

1) segue un approccio pragmatico, evidenziando la materialità del problema: *«female genital mutilations are an irreparable, irreversible abuse that impacts negatively on the human rights of women and girls, affecting about 100 million to 140 million women and girls worldwide, and that each year an estimated further 3 million girls are at risk of being subjected to the practice throughout the world [...] female genital mutilations are a harmful practice that constitutes a serious threat to the health of women and girls, including their psychological, sexual and reproductive health, [...] and that the abandonment of this harmful practice can be achieved as a result of a comprehensive movement that involves all public and private stakeholders in society, including girls and boys, women and men»*;

2) dà esatto e grande rilievo all'educazione di tutti i soggetti coinvolti nel problema¹⁰⁶ nonché al diretto coinvolgimento dei minori in azioni positive a loro tutela: *«calls upon States to strengthen advocacy and awareness-raising programs, to mobilize girls and boys to take an active part in developing preventive and elimination programs to address harmful practices, especially female genital mutilations, and to engage community and religious leaders, educational institutions, the media and families »*;

3) sottolinea la necessità di intervenire sul versante dei servizi socioassistenziali nonché sul processo di acculturazione verso una sensibilità maggiormente consapevole delle tematiche relative al genere¹⁰⁷;

4) valorizza i mezzi di comunicazione come veicolo per la trasmissione, anche all'interno delle famiglie, di una immagine adeguata della donna;

5) richiede una verifica degli impegni assunti e delle strategie di contrasto alle mutilazioni femminili di modo che i principi siano tradotti in fatti – *« to put in place adequate accountability mechanisms at the National and local levels to monitor adherence to and implementation of these legislative frameworks»* – evidenziando, come già rappresentato circa i provvedimenti della giurisdizione minorile, la necessità di sviluppare metodi

¹⁰⁵ Consultabile integralmente in lingua inglese :

http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/67/146&Lang=E.

¹⁰⁶ *«Calls upon States to enhance awareness-raising and formal, non-formal and informal education and training in order to promote the direct engagement of girls and boys, women and men and to ensure that all key actors, Government officials, including law enforcement and judicial personnel, immigration officials, health-care providers, community and religious leaders, teachers, employers, media professionals and those directly working with girls, as well as parents, families and communities, work to eliminate attitudes and harmful practices, in particular all forms of female genital mutilations, that negatively affect girls»*.

¹⁰⁷ *«Reviewing and revising school curricula, educational materials and teacher-training programmes and elaborating policies and programmes of zero tolerance for violence against girls, including female genital mutilations, and to further integrate a comprehensive understanding of the causes and consequences of gender-based violence and discrimination against women and girls into education and training curricula at all levels»*.

affidabili di rilevazione e misurazione delle forme di violenza e discriminazione contro le ragazze *«especially forms that are underdocumented, such as female genital mutilations»*.

L'approccio seguito, multidisciplinare, a vasto raggio, non concentrato sulle sole misure penali ma esteso all'acculturazione, agli interventi socioassistenziali ed alla partecipazione attiva delle comunità interessate alla risoluzione del problema sembra però poco in linea con il *modus operandi* dei legislatori nazionali, troppo spesso disorganici; inoltre dovrebbe riflettersi anche circa le dotazioni dei servizi socioassistenziali per farsi carico, tra i mille problemi della minore età, anche di questo. Gli imputati nel caso trattato dal Tribunale di Verona – par. n. 3) –, per dimostrare la ignoranza incolpevole del precetto, avevano fatto leva sul fatto che, sebbene la L. n. 7 del 2006, assieme all'introduzione dell'art. 583 *bis* c.p., prevedesse anche campagne di informazione, queste non fossero state fatte nel loro territorio.

7.2. *Segue: Risoluzioni del Parlamento Europeo sull'abolizione delle mutilazioni genitali femminili 2012/2684 del 14.6.2012 e 2014/2511 del 6.2.2014.*

La risoluzione è un atto privo di valore legale vincolante, risolvendosi in un documento del Parlamento europeo con valore di raccomandazione rivolto al Consiglio o alla Commissione europea. Data però la legittimazione politica del Parlamento europeo, eletto direttamente dai cittadini degli Stati membri, nonché i rapporti tra questa assise e gli altri Organismi dell'Unione Europea, la sua forza "persuasiva", da un punto di vista politico, è maggiore di quella della raccomandazione delle Nazioni Unite.

Questi i punti di maggiore interesse della risoluzione del 2012:

1) si sottolinea, ancora una volta, l'estraneità della mutilazione a ragioni mediche di sorta – *«injury to female genitals for non-medical reasons»* –;

2) il fenomeno, allarmante in Europa, è sottostimato dalle statistiche ufficiali¹⁰⁸;

3) esso, *«cannot be considered part of a religion»* e l'eventuale giustificazione da un punto di vista antropologico culturale è inammissibile – *«such violations can under no circumstances be justified on grounds of respect for cultural traditions of various kinds or for initiation ceremonies»* –;

4) è necessaria un'opera di sensibilizzazione multilivello¹⁰⁹, come già richiesta dai documenti O.N.U. cui il Parlamento Europeo fa ampio richiamo, nonché l'impiego di appropriate risorse economiche.

¹⁰⁸ *«At least 500 000 women and girls in Europe are living with female genital mutilation and an estimated 180 000 girls are at risk, according to the WHO; whereas, according to experts, these figures are underestimated and do not take into account second-generation or undocumented migrants».*

¹⁰⁹ *«[...] the Commission [...] stresses the importance of awareness-raising, community mobilization, education and training [...] the full involvement of all key actors, including religious and community leaders and those working directly with girls, including parents, families and communities».*

Nella risoluzione del 2014¹¹⁰ il Parlamento Europeo si è mosso ancora in avanti, consapevole anche di una maggiore forza e legittimazione politica. Oltre a quanto c'è di comune con la risoluzione precedente, sembra importante sottolineare questi aspetti:

1) l'affermazione, nel considerando B, che la M.G.F. costituisce una «violazione dei diritti fondamentali» di donne e bambine ed è «contraria ai principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea»;

2) lo scollamento tra la diffusione del fenomeno e la sua repressione penale¹¹¹ e l'invito ad un sistema effettivo di rilevazione dei dati che permetta anche una comparazione tra i dati di ciascun Paese;

3) il pressante invito rivolto alla Commissione affinché assuma «una posizione rigida nei confronti dei paesi terzi che non condannano la mutilazione genitale femminile».

7.3. *Segue: Risoluzioni del Consiglio d'Europa sull'integrità fisica dei minori, n. 13042 del 2.10.2012 e n. 1952 del 2013.*

Nonostante anche questi documenti non siano vincolanti, essi riguardano un numero di Stati ben maggiore di quelli dell'Unione Europea e si segnalano per la loro accuratezza¹¹². La trattazione delle mutilazioni genitali è inserita in un contesto più ampio, che permette di raccordare, in questo paragrafo, i vari temi trattati sinora. La necessità di tale atto del Consiglio d'Europa risiede nella scarsa attenzione prestata al fenomeno dalle politiche e dalla legislazione europea¹¹³.

Si fa qui riferimento principalmente alla prima delle due risoluzioni, anche perché la seconda non se ne discosta di molto. La risoluzione si concentra sulle «*violations of the physical integrity of children*», realizzabili in diversi modi: MGF, circoncisione maschile per ragioni religiose, «*medical interventions during the early childhood of intersex*

¹¹⁰ Disponibile in italiano <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0105+0+DOC+XML+V0//IT>.

¹¹¹ «Il numero delle donne che hanno subito mutilazioni genitali o ne sono a rischio in Europa è stimato a 500 000, mentre le azioni penali contro tali reati sono ancora rare».

¹¹² <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-EN.asp?FileID=20057&lang=EN>; <https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Normativa/Consiglio-d-Europa-Risoluzione-1952-2013-integrita-fisica-dei-minori>.

¹¹³ «*The Assembly points out, however, that a certain category of human rights violations against children is not yet explicitly covered by any international or European policy or legal instrument: the medically unjustified violations of children's physical integrity as specified in Assembly Resolution 1952 (2013) on "Children's right to physical integrity"*» (3., Recommendation).

children»¹¹⁴, *piercing*, tatuaggi e chirurgia plastica¹¹⁵. Essa riconosce che il semplice dato della minore età è insufficiente per ritenere scriminante il consenso manifestato dagli esercenti la responsabilità genitoriale, laddove esorta gli Stati ad adottare «*specific legal provisions to ensure that certain operations and practices will not be carried out before a child is old enough to be consulted*» (7.7, Resolution)¹¹⁶. Gli Stati sono esortati ad esaminare le «*non-medically justified operations and interventions impacting on the physical integrity of children [...] and to carefully consider them in light of the best interests of the child in order to define specific lines of action for each of them*» (7.1, Resolution).

Il criterio discrezionale per valutare l'ammissibilità delle pratiche manomissorie del corpo del minore è il suo miglior interesse. La categoria del “*best interest*”, tradotto in italiano, anche grazie alla formula utilizzata nella lingua francese, come “miglior interesse” del minore o “superiore interesse del minore”, non è nuova ed è ampiamente utilizzata dalle convenzioni internazionali. Le clausole aperte sono scivolose non solo nel diritto penale ma, sebbene per altre ragioni, anche nel diritto civile: «nell'interpretazione giurisprudenziale, l'interesse del minore è spesso servito per far entrare nel giudizio l'ideologia dell'interprete o è stato utilizzato come vuota clausola di stile»¹¹⁷. Chi scrive riterrebbe più opportuno parlare di diritti¹¹⁸ perché la clausola aperta dell'interesse del minore si presta a manipolazioni e fraintendimenti, tanto che ne è dubbia la sua legittimità costituzionale. Il punto critico del criterio di soluzione improntato sull'interesse del minore risiede nella «ambiguità del rapporto tra interesse del minore e suoi diritti (è l'interesse del minore strumento di attuazione o sostitutivo rispetto ai diritti del minore?)»¹¹⁹.

La risoluzione richiama la necessità di penalizzare le condotte stigmatizzate, prevedendo clausole di punibilità anche per i fatti commessi all'estero, come ha fatto il legislatore italiano nell'articolo 583 *bis* c.p.

Per quanto concerne le pratiche circoncisorie, a valenza religiosa e dunque ritenute scriminate nell'ordinamento italiano, la risoluzione raccomanda un quadro operativo più preciso, a garanzia dei minori, ritenendo necessario «*clearly define the*

¹¹⁴ «The term “intersex” refers to atypical and internal and/or external anatomical sexual characteristics, where features usually regarded as male or female may be mixed to some degree. This is a naturally occurring variation in humans and not a medical condition. It is to be distinguished from transsexuality, a phenomenon where someone has an evident sex, but feels as if he or she belongs to the other sex and is therefore ready to undergo a medical intervention altering his or her natural sex. The notion of intersex however, does not clearly indicate whether one needs to speak about a third sex between the two others or if a clear indication of a sex is simply renounced» (49., Explanatory Memorandum).

¹¹⁵ Elementi contenuti nel *Summary*. Si tralasceranno qui i problemi relativi a *piercing*, tatuaggi, chirurgia plastica, emotrasfusioni nei minori figli di Testimoni di Geova.

¹¹⁶ Anche la *Recommendation* contiene uno specifico riferimento alla «*child participation*» tra i «*main pillars of effective child rights strategies*» (1.)

¹¹⁷ M. PICCINNI, *Informazione e consenso nel caso del paziente minore*, in *Curare e prendersi cura. Temi di bioetica e di biodiritto*, a cura di P. FUNGHI, FrancoAngeli, 2009, p. 171.

¹¹⁸ Invero il riferimento ai diritti – *rights* – dei minori è presente nell'*Explanatory Memorandum* della risoluzione.

¹¹⁹ M. PICCINNI, *op. loc. ult. cit.* Non sono mancate riflessioni per definire che cosa sia l'interesse del minore, come, recentemente, AA.VV., *L'interesse del bambino: proviamo a ripensarlo davvero in ogni situazione*, in *Min. Giust.*, FrancoAngeli, 2011, III.

medical, sanitary and other conditions to be ensured for practices which are today widely carried out in certain religious communities, such as the non-medically justified circumcision of young boys» (7.5.2, Resolution). Nei casi di circoncisione maschile il miglior interesse del minore può essere inteso in maniera così ampia da comprendere il diritto a «not to be discriminated against or marginalised within the own religious community» (21., Explanatory Memorandum), e questa è la posizione dei rappresentanti religiosi, dimentica però che i minori sono titolari di diritti¹²⁰ e dunque non dovrebbero essere oggetto di interventi non strettamente necessari alla tutela di diritti fondamentali o il cui esercizio, se rimandato all'acquisizione della capacità di autodeterminarsi, possa risultare comunque utile.

L'Explanatory Memorandum dedica grande attenzione ad un fenomeno di solito negletto e sul quale le riflessioni sono forse state più medico scientifiche che giuridiche: i minori intersex.

In Italia sembra esserci stato un solo caso giudiziario, deciso dal T.M. di Potenza nel 1993¹²¹, relativo ad un minore con pseudoermafroditismo¹²². La condizione personale dei soggetti intersex è trattata con vari tipi di interventi, chirurgici ed ormonali¹²³, ciascuno dei quali è comunque fortemente impattante sul paziente e spesso l'assegnazione chirurgica prematura del sesso – cioè nei primi anni o mesi di vita – si rivela errata da un punto di vista psicologico¹²⁴. Ancora una volta il consenso del minore appare qualificante: gli interventi dovrebbero essere effettuati «at an age where children can give their consent. Legal loopholes therefore need to be overcome in most countries, now that

¹²⁰ «children are subjects of rights», (21., Explanatory Memorandum).

¹²¹ T. M. Potenza, dec. 29 Luglio 1993, in *Dir. Fam. Pers.*, 1993, p. 1199 ss.

¹²² T. M. Potenza, ult. cit. I dati statistici non sono numerosi; in Svizzera si calcola che ogni anno tra i 20 ed i 30 bambini nascano con tali problemi, cfr. *Swiss National Advisory Commission on Biomedical Ethics, Zum Umgang mit Variationen der Geschlechtsentwicklung (On the Handling of Variations of Sex Development)*, Stellungnahme No. 20/2012, Bern, November, 2012.

¹²² Complesso di condizioni patologiche in cui non si ha completa concordanza tra l'aspetto degli organi genitali esterni ed il tipo delle gonadi. In altre parole, in questi soggetti si possono avere organi genitali esterni di tipo maschile, mentre le gonadi sono di tipo femminile, cioè ovaie (p. femminile), oppure organi genitali esterni di tipo solo parzialmente maschile, o incerto, e le gonadi di tipo maschile, cioè testicoli (p. maschile). Questo termine si contrappone a quello di ermafroditismo, condizione in cui coesistono nello stesso individuo gonadi di entrambi i sessi, o con caratteri bisessuali. Lo pseudoermafroditismo femminile è una condizione patologica più frequente di quella maschile.

¹²³ «Different empirical studies in Germany have shown that until now 96% of all intersex persons across different categories had received hormonal therapy. 64% of persons concerned had received a gonadectomy, 38% a reduction of their clitoris, 33% vaginal operations and 13% corrections of their urinal tract. Many had been submitted to a series of operations and were confronted with post-operative complications. Relevant treatment was traumatising for them and often involved humiliating procedures such as being exposed to large groups of medical professionals and students studying this curious phenomenon. For many, the interventions linked to their syndrome had long-term effects on their mental health and well-being» (54., Explanatory Memorandum).

¹²⁴ Occorre infatti tenere presente che la percezione della propria sessualità è data non solo dai caratteri sessuali fisici, ma anche da una componente psicologica, come appare evidente nei casi di transessualismo. Queste le considerazioni della relatrice sul problema: «where such conditions appear, they have a considerable impact on people's lives, especially if sex-determining operations are undertaken at an early age and without asking children's consent. Next to medical complications and subsequent suffering, there are cases where the "wrong" sex had been assigned to children at an early age, which did not correspond to their own feeling» (55., Explanatory Memorandum).

more medical knowledge about the phenomenon is available, in particular to differentiate between the few cases where operations in early childhood are acceptable or appropriate and the great number of cases where the children concerned must participate in decisions concerning their sex in order to be heard about their personal perceptions and feelings» (56., Explanatory Memorandum).

La discussione sui problemi accennati coinvolge diverse posizioni giuridiche, *in primis* i diritti dei minori, quelli dei genitori ed in particolare il diritto alla libertà culturale e religiosa; la relatrice, Ms. Rupperecht, riassume benissimo i problemi di queste intersezioni: *«the rights of parents (and their possible limits) need to be examined closely, as they are generally the ones giving their consent to the interventions in question. Some of the central questions to be examined in this respect are: under which circumstances can it be justified to interfere with the physical integrity of children and under which conditions? Through which means (political or legal) shall these conditions be guaranteed, in other words should parents' possibilities to decide on behalf of their children be limited by law and how could they be made aware of risks and alternatives through other means?» (8., Explanatory Memorandum).* Il diritto al rispetto della vita privata e familiare e quello alla libertà di pensiero, coscienza e religione, rispettivamente tutelati dagli articoli 8 e 9 della CEDU costituiscono un limite all'intervento legislativo: non può esservi ingerenza di una pubblica autorità nell'esercizio di tali diritti a meno che essa, oltre ad essere prevista per legge, costituisca *«una misura che, in una società democratica, è necessaria alla [...] protezione della salute [...] o dei diritti e delle libertà altrui»*¹²⁵.

Il conflitto tra i diritti dei minori e quelli di chi ne ha la responsabilità deve essere risolto casisticamente, senza gerarchie di valori precostituite, ma tenendo chiari alcuni punti:

1) *«“children are not mini human beings with mini human rights” but enjoy the full set of human rights just like any adult person, and that, additionally, they benefit from the right to special protection and support for their development as set out by various international standards and national legislations» (71., Explanatory Memorandum);*

2) il *munus* genitoriale, da un lato strumento di protezione e dall'altro di limitazione dei diritti altrui, si giustifica se e solo se è diretto a tutelare o implementare i diritti del minore¹²⁶;

3) nel rispetto dei diritti dei genitori, lo Stato deve operare un bilanciamento tra le posizioni coinvolte, anche munendo di sanzione penale alcuni comportamenti particolarmente gravi.

¹²⁵ Questa clausola di salvaguardia, contenuta in entrambi gli articoli, ha numerose sfaccettature; si veda C. PITEA, L. TOMASI, *sub art. 8, II*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, CEDAM, 2012

¹²⁶ Sulle ragioni giustificatrici delle autorità private si veda C. M. BIANCA, *Le autorità private*, Jovene, 1977; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. II, *La famiglia, Le successioni*, Giuffrè, 2005, 5 ss, sottolinea come la potestà perda spazio «di fronte al prevalere dell'autonomia personale dei figli nella condotta e nelle scelte di vita».

8. Conclusioni: la necessità di un confronto aperto sul consenso dell'avente diritto anche in ambito minorile.

Se il consenso dell'avente diritto viene liberato, come sembra necessario, dagli aspetti storici, dalle incrostazioni della tradizione – quelle patrimoniali –, mostra un volto ben poco teorico e, potremmo dire, drammaticamente pratico; i numeri forniti dalle associazioni internazionali mostrano un fenomeno statisticamente assai significativo che però gli Stati europei, non solo l'Italia, faticano a calare in dati concreti e sui quali modellare politiche – non solo giudiziarie – d'intervento. Il Parlamento Europeo, nella risoluzione 2014/2511 del 6.2.2014, invita tutti gli Stati a porre in essere un sistema effettivo di rilevazione dei dati che permettesse anche una comparazione tra i Paesi; ad oggi non risultano passi in avanti in questa direzione. I repertori di giurisprudenza, d'altro canto, mostrano, anch'essi, la sottostima del fenomeno: se le agenzie di rilevamento delle pratiche circoncisorie e di M.G.F. – scuola, servizi sociali, medici in primo luogo – non sono attrezzate, anche culturalmente, ad intercettare e segnalare il fenomeno, ciò non può non comportare la ineffettività della sanzione penale e degli strumenti giurisdizionali a tutela dei minorenni. Non solo il Sudan ed i Paesi africani hanno un problema di *law enforcement*.

Come visto la Germania, per note ragioni storiche, ha mostrato una particolare sensibilità all'argomento della circoncisione maschile¹²⁷ e, dopo la sentenza della Corte di Appello di Colonia, il Parlamento ha approvato una legge, *Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes*, che autorizza i genitori a far sottoporre i propri figli ad interventi di circoncisione da parte di personale sanitario qualificato dopo i sei mesi di età, con 434 voti a favore, 100 voti contrari e 46 astensioni. E negli altri Paesi chi decide la soglia del lecito? Se la Germania, con una votazione parlamentare, ha effettuato una scelta, è possibile accettare che altrove agisca la sensibilità del singolo, con le sue idee sui confini tra diritti dei figli e dei genitori o dei limiti o dei vantaggi del multiculturalismo, nel momento in cui stabilire cosa segnalare all'autorità giudiziaria e cosa no?

Sembra dunque necessaria una discussione aperta a diversi saperi che renda noto il fenomeno – così permettendo un dibattito quanto più condiviso possibile¹²⁸ –, faccia i

¹²⁷ Il presidente della conferenza dei rabbini europei e rabbino di Mosca, Pinchas Goldschmidt, ha definito la decisione "il più grave attacco alla comunità ebraica dai tempi dall'Olocausto".

¹²⁸ In alcuni ricorsi per la protezione internazionale i migranti invocano proprio la necessità di sottrarre la prole minore alla circoncisione nei Paesi di origine (v. Corte di Appello Napoli, sentenza del 3.5.2018, n. 2021, inedita), le minacce subite per essersi fatti promotori di un movimento contro le M.G.F. (v. Corte di Appello Bologna sez. I, sentenza 26.2.2018, n. 572, inedita) o le conseguenze giudiziarie dell'appartenenza a tali movimenti (Corte di Appello Brescia sez. II, sentenza 12.5.2017, n. 698, inedita).

Come osservato in dottrina, «le donne vittime di questo abuso possono inoltre – e questo è importantissimo – essere considerate, a tutti gli effetti, delle rifugiate in forza dell'art. 1, c. 2, Convenzione ONU. L'articolo citato stabilisce che è rifugiato colui che trovandosi al di fuori dello Stato a cui appartiene non ha la possibilità di rientrarvi a causa di una motivata paura derivata da persecuzione dovuta alla religione, nazionalità, razza, in quanto membro di un gruppo sociale o per le sue idee. Nel 1985 l'UNHCR ha, infatti, dato la possibilità di riconoscere le donne a rischio infibulazione come appartenenti a un gruppo sociale», così C. COLOMBO, *L'articolo 583 bis c.p. un illecito compiuto in nome della religione?*, in *Riv. Crim. Vitt. Sic.*,

conti con l'evidente scollamento tra la realtà e la sua percezione e con le implicazioni "culturali" delle pratiche ci cui si è detto, per fornire, finalmente, una normativa specifica sul rapporto tra la minore età e la manomissione del corpo. Ciò è stato fatto per l'interruzione volontaria di gravidanza ed aborto farmacologico, plasma ed emoderivati, prelievi ed innesti di cornea¹²⁹, per fare alcuni esempi. Proprio sull'I.V.G. la scelta legislativa è stata da un lato necessitata dal bisogno di sottrarre alla clandestinità ed ai rischi sanitari un fenomeno invalso nella pratica, dall'altra frutto di un acceso confronto politico e valoriale. Entrambi questi aspetti sono propri anche delle M.G.F. e della circoncisione.

Un orientamento al dibattito giuridico potrebbe rinvenirsi, tra l'altro, in una decisione della Corte Costituzionale. Con la sentenza n. 238 del 9.7.1996¹³⁰ la Corte ha dichiarato parzialmente illegittimo l'art. 244 c.p.p. «nella parte in cui consente che il giudice, nell'ambito delle operazioni peritali, disponga misure che comunque incidano sulla libertà personale senza determinare la tipologia delle misure esperibili e senza precisare i casi ed i modi in cui esse possono essere adottate». In un passaggio della motivazione, la Corte, spostandosi dal paramento della libertà personale, dà specifico rilievo al consenso quale presupposto per ogni intervento sul corpo: «il prelievo ematico comporta certamente una restrizione della libertà personale quando se ne renda necessaria la esecuzione coattiva perché la persona sottoposta all'esame peritale non acconsente spontaneamente al prelievo. E tale restrizione è tanto più allarmante – e quindi bisognosa di attenta valutazione da parte del legislatore nella determinazione dei casi e modi in cui può esser disposta dal giudice – in quanto non solo interessa la sfera della libertà personale, ma la travalica perché, seppur in minima misura, invade la sfera corporale della persona [...] e di quella sfera sottrae [...] una parte che è, sì, pressoché insignificante, ma non certo nulla». Se nel dibattito sulla circoncisione ebraica si sottolinea, per giustificare la liceità, anche la minima invasività¹³¹, questo argomento sembra poco sostenibile ad un'analisi più approfondita¹³². Come notato in dottrina¹³³, «all'interno degli atti genericamente limitativi della libertà personale, si è iniziato a distinguere l'atto coercitivo, ossia limitativo 'soltanto' della libertà personale intesa in senso tradizionale – come può essere l'ispezione o la perquisizione – rispetto all'atto

Maggio-Agosto 2009, p. 63.

¹²⁹ Per l'analisi degli ambiti in cui la legge stabilisce un rapporto tra minore età e trattamento sanitario e quelli in cui ciò manca sia permesso di rinviare a G. MASTRANGELO – V. SELLAROLI, *Trattamento medico e lesioni dell'integrità fisica del minore*, cit.

¹³⁰ In *Giur. Cost.*, 1996, 2142 ss.

¹³¹ Che appare minima però solo al momento e nella sua componente materiale, giacché il segno dell'appartenenza è irreversibile ed accompagnerà il paziente per tutta la vita.

¹³² Come notato da M. BORDIERI, *Sul valore probatorio del rifiuto ingiustificato dell'imputato di sottoporsi al prelievo di DNA*, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 4169: «La giurisprudenza e la dottrina, sulla scia di quella decisione, hanno esteso il divieto di prelievo coattivo – fino a che non venga approntata una apposita legge – con riferimento a ogni materiale biologico, anche quello la cui acquisizione non è propriamente invasiva della sfera corporale dell'individuo: asportazione di capelli, unghie, materiale di desquamazione della pelle o del cavo orale».

¹³³ M. GIALUZ, *L'accesso al corpo tramite strumenti diagnostici*, in *Le indagini atipiche*, a cura di A. SCLAFATI, Giappichelli, 2014.

invasivo, all'accertamento corporale, limitativo anche della libertà corporale, come può essere il prelievo ematico». In mancanza di un celere intervento legislativo, l'interprete veniva chiamato ad una difficile distinzione, spesso casistica, tra atto invasivo ed atto non invasivo¹³⁴ e questi dubbi, allargando il campo d'indagine oltre le "circoncisioni", sono propri di qualunque operatore sociosanitario che abbia a che fare con i minorenni, quantomeno quelli adolescenti¹³⁵. Anche per tale ragione un intervento legislativo sulla materia, su ogni spetto, sembra necesario.

Anche la Corte di Cassazione, pronunciandosi proprio sul T.U. immigrazione, rivolge un invito, quanto mai attuale, ad una visione integrata e propulsiva dei diritti dei minorenni quando afferma che «è scelta ben condivisibile quella della Costituzione [...] di porre il minore sul medesimo piano di ogni altro cittadino [...]. Da un lato, è il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, come singolo e nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità, dall'altro l'impegno pubblico a rimuovere gli ostacoli che – limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini – impediscono il pieno sviluppo della persona umana. Significativamente, nell'una e nell'altra norma è presente il riferimento alla personalità e al suo sviluppo: un'indicazione siffatta, se appare diretta a tutti i cittadini o, ancor di più, a tutti gli individui, pure, come si è detto, si attaglia particolarmente al fanciullo [...] Dunque, tutela dei diritti fondamentali del minore (come di ogni individuo) anche nelle formazioni sociali in cui egli è inserito (si pensi alla famiglia, alla scuola, all'organizzazione del lavoro, all'istituto di assistenza ecc.) ed impegno (che è dello Stato: il legislatore, innanzitutto, ma pure di tutta l'organizzazione pubblica, amministrativa e giudiziaria – e, specificatamente della magistratura minorile – e più in generale dell'intera società) a garantire (e rimuovere in tal senso ogni ostacolo ad) un compiuto ed armonico sviluppo della sua personalità»¹³⁶.

¹³⁴ Ad esempio, se il limite della invasività è individuato nel superamento della barriera fisica del corpo, l'analisi di parti distaccate – quali capelli, peli, sangue già prelevato per accertamenti medici, saliva – non è soggetta ai limiti individuati dalla Corte Costituzionale, così come il prelievo di tali parti, seppur ancora adese al corpo, siccome tale operazione attiene a parti non sensibili del corpo. L'inserimento di un sondino che leda la cute sarebbe un atto invasivo, ma altrettanto potrebbe sostenersi per una micro-sonda da deglutire. Dubitativa la soluzione per gli accertamenti radiologici, effettuati senza lesione della cute o inserimento di sonde di qualsiasi tipo, in quanto solo la loro ripetizione, allo stato delle conoscenze scientifiche, sembra comportare una mutazione delle strutture biologiche interne. Si veda in dottrina G. UBERTIS, *Attività investigativa e prelievo di campioni biologici*, in *Cass. Pen.*, n. 1 del 2008, p. 7; R. G. CILIBERTI e F. DE STEFANO, *L'ispezione corporale e l'accertamento radiografico coattivo. Considerazioni etiche e medico-legali*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2007, 1, 87.

¹³⁵ Nel caso trattato da Cass. pen., sez. V, 20 agosto 2015, n. 35026, cit., il medico aveva invocato la scriminante putativa del consenso dell'avente diritto in base alle assicurazioni del padre del minore circa la sussistenza del consenso anche della madre del bambino.

¹³⁶ Cass. civ., sez. I, n. 22080 del 2009, Rv. 610065, in *Fam. Dir.*, 2010, III, p. 225, con commento di F. ASTIGGIANO, *Superiore interesse del minore ed immigrazione: sull'interpretazione dell'art. 31 D.Lgs. n. 286/1998*.