

# GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI  
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

**Direzione scientifica**

Daniel Borrillo, Gilda Ferrando, Stefano Rodotà, Robert Wintemute

**Direzione editoriale**

Marco Gattuso (Magistrato, Tribunale di Bologna), Pina Palmeri (Università degli Studi di Palermo), Paolo Veronesi (Università degli Studi di Ferrara)

**Comitato di redazione**

Angioletta Sperti (Capo redattore – Università degli Studi di Pisa), Chiara Ragni (Internazionalizzazione – Università degli Studi di Milano), Denise Amram (Editing – Scuola superiore di studi universitari e di perfezionamento Sant'Anna, Pisa), Angelo Schillaci (Coordinamento esterno – Università di Roma, La Sapienza), Francesco Deana (Pubblicazione e distribuzione – Università degli Studi di Udine)

**Redazione**

*Diritto Internazionale:* Adriana Di Stefano, Luca Paladini, Chiara Ragni, Livio Scaffidi Runchella, Roberto Virzo, Chiara Vitucci

*Diritto dell'Unione Europea:* Carmelo Danisi, Francesco Deana, Alexander Schuster

*Diritto Costituzionale:* Ilaria Rivera, Angioletta Sperti

*Diritto Penale:* Luciana Goisis, Luca Morassutto, Marco Pelissero

*Diritto Civile:* Guido Noto La Diega, Stefania Stefanelli, Anna Maria Tonioni, Monica Velletti, Antonio Vercellone

*Diritto Comparato:* Denise Amram, Michele Di Bari, Francesca Brunetta d'Usseaux, Elena Falletti, Anna Maria Lecis Coccu Ortu, Mathias Moschel, Angelo Schillaci

*Diritto del Lavoro:* Laura Tomasi

*Filosofia del diritto e sociologia giuridica:* Thomas Casadei, Roberta Dameno, Francesca Poggi, Annalisa Verza, Giacomo Viggiani, Francesco Zanetti

**Referees**

Emanuela Abbatecola, Augusto Aguilar Calahorro, Rosalba Alessi, Francesca Angelini, Esther Arroyo Amayuelas, Chris Ashford, Federico Azzarri, Marzia Barbera, Vittoria Barsotti, Roberto Bartoli, Maria Caterina Baruffi, Elisabetta Bergamini, Roberto Bin, Nerina Boschiero, Pasquale Bronzo, Giuditta Brunelli, Frances Burton, Ruggiero Cafari Panico, Carlo Casonato, Massimo Cavino, Eleonora Ceccherini, Paolo Cendon, Nicola Cipriani, Roberta Clerici, Giovanni Comandé, Marco Cuniberti, Marilisa D'Amico, Cinzia De Marco, Maria Valeria Del Tufo, Valentina Di Gregorio, Marcella Distefano, Massimo Dogliotti, Emilio Dolcini, Ascensión Elvira Perales, Carla Facchini, Gianluca Famiglietti, Isabel Fanlo Cortes, Carla Faralli, Vincenzo Ferrari, Nuno Ferreira, Arianna Fusaro, Alfredo Galasso, Orsetta Giolo, Victor Luis Gutiérrez Castillo, Berta Esperanza Hernandez-Truyol, Juan Luis Jiménez Ruiz, Francesca Ippolito, Nicola Lucchi, Patrizia Magarò, Silvia Marino, Giuseppe Martinico, Antonella Massaro, Francesco Munari, Gaetano Natullo, Silvia Niccolai, Fernanda Nicola, Rosanna Pane, Luigi Pannarale, Baldassare Pastore, Irene Pellizzone, Mario Perini, Tamar Pitch, Salvatore Patti, Alessandra Pioggia, Ludovica Poli, Susanna Pozzolo, Antonio Prunas, Roberto Pucella, Andrea Pugiotto, Sabrina Ragone, Lucia Risicato, Roberto Romboli, Filippo Romeo, Giulia Rossolillo, Francesco Salerno, Amedeo Santosuosso, Giovanna Savorani, Anqi Shen, Scott Titshaw, Roberto Toniatti, Elena Urso, Antonio Vallini, Maria Carmela Venuti, Silvia Vida, Filippo Viglione, Alessandra Viviani, Chiara Volpato, Matteo Winkler, Danaya C. Wright, Andreas R. Ziegler

**Rivista scientifica di fascia A** (Delibera Consiglio Direttivo ANVUR n. 117 del 26/5/2022)

Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Rgvv 2023 n. 4089/14 cron.

Codice ISSN 2384-9495

Direttore responsabile: Beppe Ramina

Impaginazione: Samuele Cavadini

# Sommario

## Focus: Il ddl Zan tra diritto penale, democrazia e pluralismo

*a cura di Angelo Schillaci*

- 6 *Giuseppa Palmeri*: Brevi considerazioni introduttive
- 9 *Luciana Goisis*: Un diritto penale antidiscriminatorio?
- 19 *Mia Caielli*: Il DDL Zan tra diritto penale, democrazia e pluralismo. Profili di diritto costituzionale: pari dignità, principio pluralista, libertà di manifestazione del pensiero
- 28 *Alessio Lo Giudice*: Dal soggetto al sé situato. Sulla possibile filosofia dell'identità di genere
- 37 *Isabel Fanlo Cortés*: Il DDL Zan e il nodo dell'identità di genere
- 48 *Salvatore Curreri*: Il travagliato iter parlamentare del c.d. disegno di legge Zan
- 68 *Marco Pelissero*: Relazione conclusiva

## Interventi

- 74 *Angelo Schillaci*: Non imposta, né vietata: l'omogenitorialità a metà del guado, tra Corti e processo politico
- 102 *Anna Maria Lecis Cocco Ortu*: La "PMA pour toutes" in Francia: tante risposte e qualche interrogativo aperto

## Commenti

- 117 *Edoardo Formelli*: Lo status giuridico delle minoranze LGBTQ+ nella Repubblica Popolare Cinese: uno studio comparato. Dalla Cina imperiale alle esperienze attuali
- 130 *Dimitri Girotto*: Il diritto all'interruzione di gravidanza nell'ordinamento statunitense, con innovativi e controversi profili processuali. Le leggi del Texas e del Mississippi al vaglio della Corte Suprema
- 138 *Alessia Valongo*: Riflessioni in tema di violenza sulle donne migranti: un caso emblematico
- 153 *Juan Ocón García*: La captación subrepticia de imágenes íntimas en la vía pública (con ocasión del asunto A Maruxaina)

## Osservatorio documenti

*a cura di Marco Gattuso*

- 164 **INPS:** Circolare del 7 marzo 2022 n. 36
- 169 **Unione europea:** Colmare il divario digitale di genere: la partecipazione delle donne all'economia digitale
- 179 **Unione europea:** Prospettiva di genere nella crisi COVID-19 e nel periodo successivo alla crisi

## Osservatorio decisioni

*a cura di Marco Gattuso*

- 196 **Corte costituzionale:** Sentenza 23 febbraio 2022, n. 79
- 207 **Corte di cassazione, prima sezione civile:** Ordinanza del 18 ottobre 2021, depositata il 21 gennaio 2022
- 221 **Corte di cassazione prima sezione civile:** Ordinanza del 16 febbraio 2022 n. 6383
- 225 **Tribunale di Lucca:** Ordinanza del 14 gennaio 2022

---

*Focus*

*Il ddl Zan tra diritto penale,  
democrazia e pluralismo*

*Atti del convegno, 1 luglio 2021*

*Giuseppa Palmeri\**

## Brevi considerazioni introduttive

L'idea di dedicare un incontro di studio al disegno di legge n. 2005 approvato dalla Camera dei Deputati il 4 novembre 2020, noto come ddl Zan, si inserisce in modo naturale nel percorso di riflessione che da anni svolge GenIUS, una rivista di studi giuridici che partendo da ciò che emerge nella realtà vissuta dalle persone nell'interazione con gli altri e nello svolgimento delle complesse, articolate ed inestricabili relazioni sociali, ormai da molti anni ragiona, si interroga e si confronta su e con la rilettura degli istituti giuridici e dei concetti mediante i quali si è soliti inquadrare i fenomeni che interessano la definizione di sesso, di orientamento sessuale, di genere, ed anche di famiglie e filiazione.

Il tema dell'incontro è la tutela della persona contro ogni forma di violenza e sopraffazione e segnatamente contro le discriminazioni fondate sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità.

Quando insieme agli altri direttori della Rivista, Marco Gattuso e Paolo Veronesi, e ai componenti della redazione abbiamo deciso di organizzare un webinar nel pieno susseguirsi della discussione al livello politico e sociale sul ddl Zan non potevamo immaginare che a distanza di circa una settimana dalla data dell'incontro il dibattito, già molto acceso, venisse alimentato da un fatto così dirompente qual è la nota verbale della Santa sede, che a mio avviso configura una interferenza, per non dire un'ingerenza, non consentita nei confronti dello Stato italiano, il cui carattere laico è costituzionalmente sancito. E su questo punto probabilmente le relatrici e i relatori vorranno svolgere qualche riflessione, considerata anche la direzione in cui si orienta l'Europa dove ampi movimenti e organizzazioni della società civile si coagulano sempre più intorno ai temi e alle azioni di promozione e protezione delle soggettività individuali e delle identità delle persone e dove è sempre più evidente l'attenzione rispetto all'introduzione di norme specifiche di repressione dei crimini posti in essere per ragioni legate all'odio, all'orientamento sessuale, all'identità di genere.

Che, dunque, in Italia la questione non possa essere ignorata mi sembra un punto fermo; semmai ci si può interrogare su come procedere, ma non certo sul se procedere.

E in questa prospettiva il ddl Zan può essere oggetto di discussione, come dimostra la nostra presenza qui, e ciò va fatto mediante riflessioni quanto più possibile scevre da condizionamenti ideologici e da preconcetti.

Il compito a me assegnato non è di svolgere una relazione introduttiva che finirebbe soltanto per sottrarre tempo al più proficuo confronto tra le relatrici e i relatori sulle questioni maggiormente discusse del disegno di legge Zan. Mi limiterò quindi a porgere i saluti a nome della Rivista GenIUS, e a svolgere qualche breve considerazione che, in realtà, vuole essere una sollecitazione per il confronto che seguirà.

Il ddl Zan, come è noto, è idealmente articolato in due parti, una per così dire "repressiva" e una che potremmo definire "preventiva e promozionale" (di cui si parla meno), volta a sviluppare l'attenzione e la sensibilità sociale in tema di discriminazioni e violenze motivate dall'orientamento sessuale, dall'identità di genere, dalla disabilità.

L'incontro di oggi rappresenta un'occasione per osservare, e se è possibile per fare ordine su, le principali criticità emerse con riguardo a questo disegno di legge, a partire dalle scelte terminologiche. Sarebbe utile capire qual è il senso preciso dei termini adottati, quale la loro estensione e il loro confine, visto che esistono altri testi in cui si rinvengono definizioni quali quelle di genere e di donna e si vietano espressamente atti che possono dar luogo a condotte persecutorie e/o discriminatorie per motivi di sesso, di orientamento sessuale e di identità di genere (mi riferisco ad esempio alla Convenzione di Istanbul e alla normativa interna di matrice giuslavoristica, penitenziaria e in tema di immigrazione) senza che ciò abbia dato adito a critiche e dibattiti così serrati come sta accadendo in questo caso.

Mi sembra che il vero scoglio teorico sia rappresentato dall'identità di genere e soprattutto dal disagio avvertito e sottolineato da molti rispetto ad un concetto ritenuto ambiguo, sfuggente, non nitido, indeterminato. Disagio, in realtà, spesso legato all'esigenza di volere necessariamente ricondurre questa identità all'interno di un modello codificato sostanzialmente in modo binario, nel quale è invece

\* Professoressa ordinaria di diritto privato, Università di Palermo.

difficile, se non impossibile ingabbiarla. E di ciò si ha consapevolezza in altri ordinamenti dove la fluidità che connota l'identità individuale ha portato ad affermazioni forti e rilevanti in sede interpretativa (penso ad ordinamenti, quali Germania, Australia, Canada per fare solo alcuni esempi, in cui si è giunti a riconoscere il diritto della persona a non essere necessariamente identificata come maschio o come femmina). Mi chiedo, e soprattutto domando alle relatrici e ai relatori, se il ddl Zan, pur nella perfectibilità della riforma cui mira a realizzare e delle tecniche definitorie utilizzate, possa porsi quale primo passo verso l'affermazione esplicita e la tutela diretta di dimensioni identitarie che non possono o non vogliono essere chiuse in questo schema binario o più in generale che non possono o vogliono essere ricondotte dentro il paradigma di una soggettività delineata sulla base di criteri meramente oggettivi, imposti dall'esterno.

Accanto a questo primo profilo spinoso sul quale gli interpreti soffermano l'attenzione, altri punti nodali spingono a contestare il ddl Zan, anche nell'incursione della Santa Sede. Tra questi vi sono, innanzitutto, gli asseriti limiti posti alla libertà di manifestazione del pensiero e di espressione (e ciò malgrado la clausola di salvaguardia di tale libertà prevista all'art. 4 del disegno di legge), di cui sarebbe un esempio l'istituzione il 17 maggio della giornata nazionale contro la omo-transfobia, e la sostanziale non necessità o addirittura l'inutilità della legge, stante la presenza nel nostro ordinamento di altre disposizioni che ben potrebbero essere utilizzate per reprimere le singole e diverse condotte discriminatorie che il ddl Zan intende prevenire e contrastare. Altra critica mossa al ddl Zan è la violazione del principio di precisione e sufficiente determinatezza delle fattispecie penali incriminatrici.

Si tratta di critiche che, a mio avviso, devono essere considerate e valutate inquadrando con puntualità il ddl nella cornice sistematica di riferimento che connota il nostro ordinamento, normativa e giurisprudenziale, di rango primario interno e sovranazionale, tenendo conto dell'esistenza di specifiche previsioni costituzionali poste a presidio dei diritti e delle libertà fondamentali di ogni persona nel suo concreto modo di essere e nel continuo fluire del suo divenire; diritti e libertà che necessitano di essere resi effettivi anche mediante interventi ad hoc tutte le volte in cui è palese la loro quotidiana minaccia e la loro violazione nella pratica delle relazioni umane, come mostrano i numerosi fatti di cronaca in ambito di crimini di odio.

Il bilanciamento che deve essere compiuto deve tendere al punto di equilibrio che garantisca massimamente i valori e i principi indefettibili del nostro ordinamento - innanzitutto il rispetto della persona e della sua dignità, l'uguaglianza e la non discriminazione - ed in questa prospettiva è possibile porre temperamenti e limitazioni ad alcune libertà, nella misura in cui ciò sia necessario a salvaguardare posizioni di pari rango che altrimenti verrebbero irrimediabilmente pregiudicate insieme alle fondamentali stesse del nostro impianto costituzionale (sul punto v. gli approdi della giurisprudenza in ordine alla ricostruzione in termini di pericolo concreto dei comportamenti discriminatori e di contestualizzazione delle condotte istigatorie).

Nella direzione di un bilanciamento funzionale alla preservazione dell'identità della persona mi sembra si orienti anche la giurisprudenza della Corte Edu che in questo ambito si muove nella direzione di garantire una tutela rafforzata.

La strada alternativa al ddl Zan prospettata da più parti, ossia ricorrere alle norme già presenti nell'ordinamento, è insidiosa perché finisce col rendere invisibili fattori specifici, appiattendoli dentro altri differenti (odio religioso, etnico o razziale), negandosi in questo modo l'esistenza stessa delle molteplici, infinite, soggettività che animano la nostra società.

Ed è ciò che, a mio avviso, non deve accadere perché la garanzia della visibilità dell'identità di ogni persona, del rispetto e della valorizzazione delle differenze e dell'uguaglianza nella differenza, della dignità di ciascuno e di tutti, del pluralismo e della solidarietà è compito ineludibile del legislatore, che in taluni casi deve farsi pure promotore di un mutamento culturale in funzione del rispetto dell'altro, ossia di ogni persona considerata nella sua specificità e della sua dignità, come già accaduto in passato, ad esempio in ambito di diritto di famiglia.

Io credo che non sia superfluo, anzi che sia indispensabile, stagliare una disciplina specifica, di matrice anche penalistica in armonia con la legislazione antidiscriminatoria già vigente, come avviene al livello europeo, internazionale e nelle normative straniere che hanno fatto ricorso alle c.d. hate crime laws, e ciò non soltanto quando sia evidente un vuoto di protezione nell'ordinamento che, a mio avviso, in questo caso è pure facilmente riscontrabile, ma anche quando bisogna rimarcare, soltanto se del caso in funzione pedagogica, mi sia consentita questa espressione, l'esistenza e il ruolo di valori non negoziabili né rinunciabili di cui si fa portatore il nostro stesso ordinamento, qual è la pari dignità dinanzi alle differenze.

Questa strada è stata seguita in altre occasioni, ad esempio quando sono state introdotte autonome fattispecie di reato - come il reato di mutilazioni genitali femminili, di atti persecutori, il delitto di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso o di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti senza il consenso delle persone rappresentate, oltre che naturalmente il reato di propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica

e religiosa - ritenendosi di dovere compiere una precisa scelta di politica del diritto e di assumere una visibile posizione rispetto a condotte e pratiche diffuse, piuttosto che demandare al sistema generale la salvaguardia dei beni protetti e la repressione delle condotte incriminate.

D'altra parte, le parole come i silenzi, l'azione come l'inerzia, hanno un significato, anche simbolico, preciso. E se è vero che le norme giuridiche trasmettono messaggi comunicativi, questi messaggi devono essere, e non possono non essere, espressivi delle scelte valoriali effettuate dal legislatore le quali devono avere come punto primario di riferimento i principi costituzionali, a partire dal principio di uguaglianza. Ed in questa direzione può ben inserirsi una disciplina di maggior disvalore penale delle condotte ispirate da odio di genere, omo-transfobico e per disabilità.

Rimetto alle relatrici e ai relatori il compito di valutare l'incidenza che, a loro avviso, il ddl può avere nel progressivo e inarrestabile percorso di affermazione e attuazione dei diritti fondamentali della persona, ed in particolare se esso possa porsi quale tassello essenziale, in sinergia con altri interventi di sensibilizzazione ed altre strategie da intraprendere anche in ambito educativo, per contribuire a dar vita all'acquisizione, nella coscienza collettiva oltre che sul piano giuridico, del rispetto dell'altro e della cultura della diversità.

Prima di chiudere queste brevi riflessioni consentitemi soltanto di porgere un particolare ringraziamento ad Angelo Schillaci, anima di questa iniziativa e a Marco Pelissero, perché senza la loro passione, il loro impegno e la loro determinazione sarebbe stato impossibile realizzare questo incontro.

Il webinar, coordinato da Angelo Schillaci (Università di Roma "Sapienza"), è strutturato in tre panel, rispettivamente di matrice penalistica, di area costituzionalistica e di taglio filosofico-giuridico. Nel primo intervengono Giovanni Fiandaca (Università degli studi di Palermo) e Luciana Goisis (Università degli studi di Sassari), nel secondo si confronteranno Gaetano Azzariti ("Sapienza" Università di Roma) e Mia Caielli (Università degli studi di Torino) e nel terzo Isabel Fanlo Cortés (Università di Genova) e Alessio Lo Giudice (Università degli studi di Messina). Le conclusioni saranno affidate a Marco Pelissero (Università degli studi di Torino).

L'auspicio di GenIUS è di fornire alla comunità scientifica e al dibattito pubblico un'occasione di riflessione su un tema di centrale attualità, mettendo a confronto prospettive disciplinari diverse ed anche punti di vista differenti.

In linea con questo obiettivo è la scelta di pubblicare oggi i contributi che le relatrici e i relatori hanno voluto affidare alla nostra Rivista, insieme ad un ulteriore intervento che completa il focus, allo scopo di integrare la prospettiva di osservazione del ddl Zan. Si tratta del lavoro di Salvatore Curreri (Università degli Studi di Enna), che ha ad oggetto il complesso iter parlamentare del ddl, iter che – come è noto – si è definitivamente arrestato in Senato a seguito del ricorso alla procedura della c.d. "tagliola". Il Senato, con voto segreto (154 voti a favore, 131 contrari e 2 astenuti), ha espresso infatti la volontà di non passare all'esame dell'articolato, bloccando così la procedura di approvazione del disegno di legge.

Lo stallo che si è determinato, non deve, a mio avviso, far calare l'attenzione sul tema della salvaguardia della persona contro ogni forma di sopraffazione e di discriminazione fondata sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità; deve, al contrario, essere l'occasione per superare quelle criticità che sono state messe in luce in sede interpretativa e giungere alla ripresentazione di un articolato normativo che, tenendo conto dei suggerimenti formulati dagli interpreti anche in termini di efficacia definitoria, possa condurre ad una approvazione condivisa e porsi come testo di riferimento all'interno del percorso di contrasto ai delitti contro l'uguaglianza e di repressione dei crimini d'odio.



Luciana Goisis\*

## Un diritto penale antidiscriminatorio?

### Sommario

1. Un diritto penale antidiscriminatorio? – 2. Il dibattito sulle caratteristiche protette: una scelta valoriale. – 3. La legislazione penale antidiscriminatoria italiana e le obiezioni al d.d.l. Zan. Un diritto penale solidaristico.

### Abstract

Il saggio si interroga sull'esistenza di un diritto penale antidiscriminatorio, sottolineando come la scelta in ordine alle caratteristiche protette dalle legislazioni penali antidiscriminatorie sia una scelta valoriale. Preso atto del carente quadro legislativo italiano in materia di discriminazioni omotransfobiche e di genere, oltre che in fatto di abilismo, il saggio tematizza le numerose obiezioni mosse all'indirizzo del c.d. disegno di legge Zan, approvato alla Camera, per vagliarne la fondatezza, concludendo nel senso della esistenza di un diritto penale antidiscriminatorio, la cui legittimità si fonda sulla nuova categoria dei delitti contro l'uguaglianza, che mira a tutelare non solo le vittime intrinsecamente deboli, ma anche le vittime di orientamenti culturali discriminatori, *rectius* di una subcultura discriminatoria, e frutto di un diritto penale d'impronta solidaristica.

*The essay questions the existence of an anti-discrimination criminal law, underlining how the choice regarding the characteristics protected by anti-discrimination criminal laws is a value choice. Taking note of the lack of Italian legislative framework on homotransphobic and gender discrimination, as well as in terms of ableism, the essay discusses the numerous objections raised to the address of the so-called Zan draft law, approved in the Chamber, to assess its validity, concluding in the sense of the existence of an anti-discrimination criminal law, the legitimacy of which is based on the new category of crimes against equality, which aims to protect not only the intrinsically weak victims, but also the victims of discriminatory cultural orientations, *rectius* of a discriminatory subculture, and fruit of a criminal law with a solidarity footprint.*

### 1. Un diritto penale antidiscriminatorio?

Dibattuta è la questione in ordine all'esistenza e alla legittimazione di un diritto penale antidiscriminatorio. Occorre pertanto partire – lasciando sullo sfondo la questione della legittimità del diritto penale nelle materie eticamente sensibili che è spesso affermata ed è un dato attuale – dall'interrogativo in merito all'esistenza di un diritto penale antidiscriminatorio che era l'interrogativo di fondo di questo *panel*. Nel recente e magistrale *Manifesto per l'uguaglianza*, Luigi Ferrajoli si interroga sul "perché" dell'uguaglianza e sulla ragione dell'universalità di previsioni costituzionali a presidio di tale principio. L'autorevole studioso individua due risposte: "perché siamo differenti, inteso "differenza" nel senso di diversità

\* Professoressa associata di diritto penale, Università degli Studi di Sassari.

delle identità personali” e “perché siamo disuguali, inteso “disuguaglianza” nel senso delle condizioni di vita materiali”<sup>1</sup>.

In altre parole, “differenze e disuguaglianze” sono “concetti non soltanto diversi, ma addirittura opposti”, una opposizione, prosegue l’autore, cristallizzata nell’art. 3 della Costituzione. “Le differenze consistono nelle diversità delle nostre identità individuali: riguardano, come dice il 1° comma di questo articolo, le “distinzioni di sesso, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali” sulle quali si basano le identità di ciascuna persona. Le disuguaglianze consistono invece nelle diversità delle nostre condizioni economiche e materiali: riguardano, come dice il 2° comma, gli “ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana”<sup>2</sup>.

In questa ricostruzione è importante il legame biunivoco che si crea tra uguaglianza e dignità. Le differenze vanno innanzitutto “tutelate e valorizzate perché sono un tutt’uno con il valore e l’identità delle persone, sicché l’uguale valore ad esse associato altro non è, secondo le parole dell’articolo 3, 1° comma della Costituzione, che la “pari dignità delle persone”<sup>3</sup>.

Discriminazione è dunque violazione del principio dell’eguale valore delle differenze. Una discriminazione che può essere di diritto o di fatto, la quale si verifica a dispetto dell’enunciazione dell’uguaglianza formale<sup>4</sup>.

Ebbene si staglia, in tale esegesi, una definizione del concetto di discriminazione che si attaglia perfettamente al tema dei crimini d’odio: l’essenza di tali crimini è infatti la intrinseca discriminazione che si verifica laddove si nega l’uguaglianza delle differenze – di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali – e conseguentemente si nega, a dispetto dell’uguaglianza giuridica, la pari dignità sociale della persona.

Ecco perché si parla sempre più spesso di un diritto penale antidiscriminatorio con riferimento alle discipline penalistiche di contrasto ai crimini d’odio, crimini d’odio che possono essere definiti, accogliendo preliminarmente la definizione data autorevolmente dall’Osce, una delle maggiori organizzazioni impegnate nella lotta contro tali crimini, come quei crimini commessi nei confronti di determinati soggetti a cagione della loro appartenenza ad un particolare gruppo sociale, identificato in base alla razza, all’etnia, alla nazionalità, alla religione, nonché ad altre caratteristiche simili, tra le quali, benché se ne discuta, rientrano anche l’orientamento sessuale, l’identità di genere, il genere, e talvolta la disabilità<sup>5</sup>.

Si tratta di crimini i quali, nonostante esista un grave problema di cifra oscura, sono profondamente radicati nella realtà sociale. La testimonianza che tali delitti d’odio sono diffusi e che si tratta di un fenomeno fortemente radicato nella dimensione sociale ci è data dalle rilevazioni statistiche<sup>6</sup>. Mi limito a ricordare, con riferimento al contesto nazionale, il dato dell’Oscad, ossia dell’Osservatorio per la Sicurezza contro gli Atti Discriminatori, istituito presso la Polizia di Stato del Ministero dell’Interno, che, in collaborazione con l’Unar, l’Ufficio nazionale antidiscriminazioni razziali, raccoglie i dati sui soggetti che abbiano subito un reato in relazione alla razza/etnia, credo religioso, orientamento sessuale/identità di genere e disabilità<sup>7</sup>. Ebbene, nel 2019, secondo l’ultimo monitoraggio dell’Oscad 2020, sono 1.119 i

1 Cfr. L. Ferrajoli, *Manifesto per l’uguaglianza*, Roma-Bari, Laterza, 2018, p. 3 ss.

2 Così Id., *cit.*, p. 4.

3 Id., *cit.* p. 8.

4 Lo studioso esemplifica le più gravi discriminazioni a livello planetario nelle discriminazioni religiose, in quelle verso le minoranze etniche, nelle persecuzioni politiche e nella “gigantesca discriminazione delle donne”, nonché dei migranti nelle società occidentali. *Ibid.*, p. 22. Sul principio di uguaglianza formale, si veda A. S. Agrò, *Art. 3, 1° comma*, in *Commentario della Costituzione, principi fondamentali*, a cura di G. Branca, Bologna, Zanichelli, 1975, p. 123 ss. Sul rapporto fra uguaglianza e differenza di trattamento, in ottica filosofica, si veda P. Denaro, *Eguaglianza e differenza di trattamento*, in *Ragion Pratica*, 2011, 1, p. 31 ss.

5 Si veda per tale definizione generale, Osce, *Hate Crime Laws. A Practical Guide*, Osce Office for Democratic Institutions and Human Rights, 2009, *passim*; nonché F. M. Lawrence, *Punishing Hate: Bias Crimes under American Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1999, p. 1 ss.

6 Cfr. sul punto già L. Goisis, *Libertà d’espressione e odio omofobico. La Corte europea dei diritti dell’uomo equipara la discriminazione in base all’orientamento sessuale alla discriminazione razziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 418 ss., in part. p. 421.

7 Stando ai dati forniti dall’Oscad, si registrano in Italia fra il 10 settembre 2010 e il 31 dicembre 2018, 2.532 segnalazioni (un numero evidentemente non irrisorio). In particolare, per il 59,3% sono reati d’odio etnico/razziale, per il 18,9% si tratta di reati d’odio religioso, per il 13% di reati d’odio omofobico, per il 7,8% di reati contro disabili, per l’1% di reati d’odio di genere. Cfr. [www.interno.gov.it](http://www.interno.gov.it). Il dato aggiornato al 2019 testimonia di un incremento dei crimini d’odio: si tratta di 3.193 segnalazioni dal 2010. Cfr. [hatecrime.osce.org/italy](http://hatecrime.osce.org/italy).

crimini d'odio: 805 crimini d'odio razziale e religioso, 107 crimini d'odio verso l'orientamento sessuale, 207 crimini d'odio verso disabili.

A dispetto del problema della cifra oscura, vorrei assicurare, tuttavia, rispetto a quanto detto da chi mi ha preceduto, sul fatto che vi sono dati criminologici abbastanza chiari in ordine all'effettività delle *hate crime laws*, quindi dati criminologici che testimoniano, insieme alle conoscenze della psicologia sociale, che le leggi antidiscriminatorie hanno la capacità di ridurre il pregiudizio. Come scrive infatti icasticamente Allport: "possiamo essere pienamente sicuri che le leggi discriminatorie aumentano il pregiudizio – perché dunque non dovrebbero le legislazioni di segno opposto ridurre il pregiudizio?"<sup>8</sup>.

Quanto ai crimini d'odio, si può dunque affermare che si tratta di *crimini simbolici*, crimini che, se volessimo ricalcare le parole di Martha Nussbaum, violano la pari dignità degli esseri umani<sup>9</sup>. Ed è questa la ragione per cui l'Osce ha ritenuto che i crimini d'odio costituiscano una categoria a parte di crimini: essi violano infatti il principio che sta alla base di ogni società civile, ossia il principio dell'uguaglianza e della pari dignità di tutti gli esseri umani, principio che, come chiarito anche da William Schabas, costituisce "il cuore della tutela dei diritti umani"<sup>10</sup>.

Si aggiunge che questi crimini, stigmatizzando un gruppo, causano maggior danno dei crimini ordinari. La vittima prima del crimine può subire conseguenze psicologiche nefaste, ma al tempo stesso la comunità cui la vittima appartiene viene intimidita e colpita, specie se si tratta di comunità storicamente fatte oggetto di discriminazione: rispetto ai crimini ordinari viene vittimizzato un numero maggiore di persone, soprattutto viene minata alla radice la coesione sociale<sup>11</sup>.

Se dunque si tratta – come anticipato – di crimini "a parte", di crimini "speciali", in quanto crimini simbolici, quale trattamento deve essere loro riservato dal diritto? Quali strumenti di tutela a favore delle vittime di crimini d'odio dovranno apprestare le legislazioni nazionali? Soprattutto, sarà legittimo il ricorso al diritto penale nella lotta contro tali crimini?

Sono questi gli interrogativi che si pongono nell'attuale dibattito sui crimini d'odio.

La dottrina appare oggi divisa fra chi si fa fautore del ricorso, sebbene a certe condizioni, alla legge penale<sup>12</sup>, e chi, in ragione delle peculiarità dei crimini ispirati dall'odio, nega alla radice la possibilità di un intervento del diritto penale, chi, infine, invoca il ricorso a strumenti ispirati ad una giustizia riparativa<sup>13</sup>.

Nel primo senso si pronuncia l'Osce. Scrive l'organizzazione paneuropea: "le *hate crimes laws* sono importanti (...). Riconoscendo il danno provocato alla vittima, esse veicolano verso la vittima e verso il suo gruppo il messaggio che il sistema della giustizia penale li protegge"<sup>14</sup>.

8 Così G. W. Allport, *The Nature of Prejudice*, Reading, MA, Addison-Wesley, 1954, p. 469. Benchè Allport ammonisse sulla differenza fra la *law on the books* e la *law in action*. Ivi, p. 470. Cfr. altresì G. W. Allport, *La natura del pregiudizio*, Firenze, La Nuova Italia, 1973, p. 642. Su queste risultanze criminologiche, si veda L. Goisis, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Napoli, Jovene, 2019, *passim*.

9 M. Nussbaum, *Disgusto e umanità. L'orientamento sessuale di fronte alla legge*, Milano, Il Saggiatore, 2011, p. 96 ss. L'A. afferma il principio di *non-dominaton*: il principio di uguaglianza e il rispetto della pari dignità della persona, di cui sono garanzia le previsioni costituzionali come la nostra, comportano non solo che non si effettui alcuna discriminazione fra i consociati, ma anche che i legislatori si adoperino al fine di evitare che i germi dell'odio sedimentino.

10 Così W. A. Schabas, *War Crimes and Human Rights. Essays on the Death Penalty, Justice and Accountability*, London, Cameron May Publishing, 2008, nell'Introduzione. Sul punto Osce, *op. cit.*, p. 19.

11 Osce, *Hate Crime*, cit., p. 20.

12 In dottrina, in tal senso, per esempio sul terreno dei crimini d'odio omofobico, E. Dolcini, *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 28 ss., nonché nello stesso senso, alla luce di un'indagine comparata, L. Goisis, *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2012, pp. 3-4.

13 Si esprimeva in tal senso nella propria relazione, nell'ambito del Convegno dal titolo *Preventing and Responding to Hate Crimes: the Italian Experience*, tenutosi presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano il 17 dicembre 2012, C. Mazzucato, *Il diritto penale italiano e gli hate crimes*. Per una tesi analoga, relativa agli effetti mimetici della violenza, v. anche Id., *La giustizia dell'incontro. Il contributo della giustizia riparativa al dialogo tra responsabili e vittime della lotta armata*, in G. Bertagna, A. Ceretti, C. Mazzucato, (a cura di), *Il libro dell'incontro*, Milano, Il Saggiatore, 2015, p. 251 ss., in part. p. 260 s., nonché sulla via della mediazione per i reati a sfondo razziale, etnico e religioso, Id., *Offese alla libertà religiosa e scelte di criminalizzazione. Riflessioni de iure condendo sulla percorribilità di una politica mite e democratica*, in G. De Francesco, C. Piemontese, E. Venafro, *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 96 ss., in part. p. 134 ss. Cfr. sul tema, nella letteratura straniera, M. A. Walters, *Hate Crimes and Restorative Justice*, London, Oxford University Press, 2014, p. 32 ss.

14 Osce, *Hate Crime Laws. A Practical Guide*, Osce Office for Democratic Institutions and Human Rights, 2009, cit., p. 7, nonché p. 21 ss.

Dinanzi a crimini “simbolici”, dunque, la necessità di una legislazione penale simbolica: argomento, quest’ultimo, spesso invocato quale legittimazione politico-criminale delle *hate crime laws*<sup>15</sup>.

Le argomentazioni addotte a sostegno di una tale conclusione da parte dell’organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione sono sia di ordine pratico che di ordine teorico. Da un lato, il fatto che spesso legislazioni penali contro i crimini d’odio sono precedute da lunghi dibattiti parlamentari e all’interno della società civile, dibattiti i quali possono sensibilizzare rispetto al tema degli *hate crimes*; una volta approvate, le legislazioni penali sarebbero capaci di aumentare la conoscenza e le informazioni in merito a tali crimini grazie ad una raccolta di dati quantitativi e di casistica giurisprudenziale<sup>16</sup>.

Sotto il profilo teorico, un trattamento sanzionatorio aggravato riservato ai crimini d’odio dal diritto penale sarebbe giustificato quale strumento per esprimere con forza la condanna della società rispetto a tali crimini per la loro maggior “dannosità sociale” e soprattutto per il grado maggiore di colpevolezza dell’autore, in considerazione del motivo d’odio che lo anima<sup>17</sup>.

In effetti, le argomentazioni spese dall’Osce non appaiono prive di fondamento.

Un delitto commesso per motivi d’odio (sia esso razziale, religioso, omofobico, o d’altra natura) espone l’agente ad un rimprovero più intenso rispetto ad un delitto commesso per un motivo differente: applicare dunque un aggravamento di pena non appare in contrasto con i principi penalistici, nemmeno con la scelta per un diritto penale oggettivistico, il quale, benché centrato sull’offesa a beni giuridici, non può nemmeno rinunciare a valorizzare le componenti soggettive del reato (accade spesso che le circostanze del reato siano imperniate sui motivi)<sup>18</sup>.

Né appare priva di rilievo, sotto l’angolazione di una funzione morale-pedagogica o di orientamento culturale della pena, l’argomentazione dell’utilizzo dello strumento penale nella lotta ai crimini d’odio.

Si pensi, a *fortiori*, benché si tratti di categorie giuridiche differenti, che gli *hate crimes* vengono talora avvicinati, quanto a gravità, al crimine di genocidio, il più grave tra i crimini internazionali. Il genocidio richiede infatti l’intento di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso<sup>19</sup>. Ragione per la quale abbiamo scelto di optare per la dicitura “crimini d’odio”, anziché “reati d’odio”, pur consapevoli che di reati e non di crimini internazionali in senso stretto si sta trattando, ciò al fine di segnalare, come chiarisce l’Osce, la “natura speciale” di tali forme di manifestazione delittuosa. Non è un caso che la medesima dicitura venga adottata dagli illustri penalisti che hanno tradotto la Guida, più volte da noi citata, predisposta dall’Osce sugli *Hate Crimes*<sup>20</sup>.

Significativo che nella direzione del ricorso al diritto penale si ponga invariabilmente la normativa internazionale ed europea, nonché il diritto straniero<sup>21</sup>. Occorre dunque chiedersi come abbia operato il legislatore italiano dinanzi a tali fenomenologie delittuose.

15 Sulla legislazione penale simbolica, in chiave correttamente critica, v. S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, ESI, 2000, nonché C. E. Paliero, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 890 ss. Si veda altresì di recente sull’uso simbolico del diritto penale e sui suoi rischi, A.a. V.v., *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2016, p. 2 ss. Scrive L. Risicato, “un diritto penale “liquido” si forgia sempre più spesso su esigenze politiche di consenso, di assicurazione sociale, dimenticando le sue caratteristiche di *Magna Carta* del reo”. *Ibidem*.

16 Così Osce, *op. cit.*, p. 22.

17 *Ibid.*, pp. 22-23.

18 In tal senso molto efficacemente già E. Dolcini, *Omofobia e legge penale*, cit., pp. 33-34.

19 In via preliminare si può dire che il genocidio consiste nell’uccisione, la distruzione, lo sterminio di gruppi o membri di un gruppo in quanto tali. Quanto all’elemento oggettivo suindicato esso è contemplato nell’art. II della Convenzione sul genocidio del 1948 e ripreso dall’art. 6 dello Statuto di Roma. Peculiare nel delitto di genocidio è l’atteggiarsi dell’elemento soggettivo: l’agente deve aver agito con dolo specifico, ossia con l’intenzione di distruggere in tutto o in parte un gruppo etnico, nazionale, razziale o religioso. Nonostante l’art. 6 non lo preveda espressamente, perché siano punibili gli atti di genocidio è necessario che siano commessi in quanto parte di un attacco ampio e sistematico o di un piano ampio e generalizzato di distruzione di un gruppo. Cfr. A. Cassese, *Lineamenti di diritto internazionale penale, I, Diritto sostanziale*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 121 ss. Sui vari genocidi perpetrati nel XX secolo in Europa, si veda N. M. Naimark, *La politica dell’odio*, Bari, Laterza, 2002, p. 3 ss.

20 Cfr. Osce, *Perseguire Giudizialmente i Crimini d’Odio. Una guida pratica*, 2016, traduzione ad opera di A. M. Dell’Osso e V. Dell’Osso (Centro Studi “Federico Stella” sulla Giustizia penale e la Politica criminale, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano) e di Mattia F. Ferrero (Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano).

21 Per un’ampia panoramica sul diritto straniero e sulla normativa internazionale ed europea, sia consentito il rinvio a L. Goisis, *Crimini d’odio*, cit., rispettivamente p. 45 ss., p. 24 ss.



## 2. Il dibattito sulle caratteristiche protette: una scelta valoriale

Tuttavia, prima di delineare il quadro legislativo italiano, occorre aggiungere un tassello a quello che è il dibattito sugli *hate crimes*: in proposito, se vi è accordo in dottrina in ordine alla definizione stipulativa di crimine d'odio che ho pocanzi fornito, vi è una discussione aperta in merito alle caratteristiche protette e da proteggersi da parte delle *hate crime laws*. Sicuramente razza, etnia, nazionalità, lingua e religione sono caratteristiche tradizionalmente protette e tutelate in quanto appartenenti a gruppi storicamente oggetto di discriminazione. Si dibatte maggiormente in ordine alla estensione della tutela con riferimento ad altre caratteristiche quali l'orientamento sessuale, l'identità di genere, il genere e talvolta la disabilità.

Risulta evidente che i legislatori nazionali, nel dirimere tale nodo, dovranno compiere una scelta di valore<sup>22</sup>.

Non vi è dubbio che i legislatori nazionali non potranno esimersi dal compiere una scelta valoriale laddove dovranno decidere se includere, accanto alle tradizionali e indiscusse caratteristiche protette (razza/etnia, nazionalità, colore, religione), anche altre caratteristiche oggetto di dibattito quali, in particolare, il genere e l'orientamento sessuale (oltre ad altre categorie). Si tratta di una scelta molto complessa: non manca infatti chi ritiene che tale criminalizzazione basata sull'identità di gruppo possa esacerbare i conflitti fra gruppi e suggerisce pertanto un generico riferimento a tutte le vittime deboli, una opzione, quest'ultima, in nome della quale tuttavia la precisione della legge penale verrebbe completamente pretermessa<sup>23</sup>.

L'Osce ha suggerito alcuni criteri direttivi ai fini di questa delicata scelta: secondo tale organizzazione andrebbero tenute in considerazione le condizioni storiche, i problemi sociali contemporanei e l'incidenza di particolari tipologie di crimini, nonché le possibilità di implementazione di particolari *hate crime laws*<sup>24</sup>.

Per quanto utili suggerimenti in ottica politico-criminale, è nostra ferma convinzione che, nell'ambito di una simile scelta valoriale, un peso preponderante debba essere attribuito alle previsioni costituzionali relative al principio di uguaglianza. Se infatti la Costituzione rappresenta il referente al quale guardare per ricostruire i beni giuridici meritevoli di protezione<sup>25</sup>, essa deve costituire a nostro avviso il sistema di valori al quale rifarsi anche nella intricata materia dei crimini d'odio. I legislatori penali dovranno cioè leggere il dettato costituzionale relativo al principio di eguaglianza per trarre indicazioni in ordine alle categorie meritevoli di protezione.

Il principio di uguaglianza, come apertamente riconosce la nostra Corte Costituzionale, è un "principio generale che condiziona tutto l'ordinamento nella sua obiettiva struttura", risultando dunque il primario limite costituzionale della funzione legislativa ordinaria<sup>26</sup>.

Da questo punto di vista, mi pare indubbio – guardando al contesto nostrano – che il legislatore italiano dovrà considerare non solo le caratteristiche tradizionali, come in parte ha già fatto nella c.d. legge Reale-Mancino, ora trasposta nell'ambito dei delitti contro l'uguaglianza (e la classificazione è significativamente intitolata al principio di uguaglianza), a seguito della riserva di codice, ma anche le caratteristiche, maggiormente oggetto di dibattito: segnatamente il genere e l'orientamento sessuale.

Che tali caratteristiche siano degne di tutela è dimostrato, a nostro avviso e seguendo tale paradigma, sol che si pensi alla formulazione dell'art. 3 il quale prevede che "tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali": il riferimento al sesso e alle condizioni personali e sociali mi sembra renda indiscutibile l'esigenza di una tutela rafforzata anche contro i crimini d'odio di genere e omotransfobico (oltre che per disabilità) nel nostro Paese<sup>27</sup>.

In definitiva, ritengo che, in un ordinamento laico, secolarizzato e pluralista, come quello delineato dalla nostra Carta costituzionale, sia l'art. 3 il punto di riferimento a cui il legislatore italiano deve guar-

22 F. M. Lawrence, *cit.*, p. 18 e 19 per la citazione.

23 Sul punto e sui discussi effetti delle *hate crime laws*, si rimanda diffusamente a L. Goisis, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, *cit.*, p. 231 ss.

24 Osce, *cit.*, p. 38 ss.

25 Per tutti in dottrina G. Marinucci-E. Dolcini-G. L. Gatta, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 10.

26 Cfr. sul punto e su tale affermazione della Corte Cost. 25/1966, G. Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 17 s., in part. p. 18.

27 Cfr. G. Dodaro, *cit.*, p. 32 ss., per il significato da attribuire alla locuzione "condizioni personali e sociali", nella quale senz'altro va fatto rientrare l'orientamento sessuale, oltre all'identità di genere e alla disabilità.

dare per cogliere se sia necessario contemplare all'interno della categoria dei crimini d'odio non solo le caratteristiche tradizionali, da sempre presidiate dalla tutela penalistica, ma anche le caratteristiche emergenti, come l'orientamento sessuale, l'identità di genere, il genere e la disabilità, le quali rientrano fra le condizioni personali e sociali di cui parla la nostra Costituzione, all'art. 3, comma 1 Cost.

### 3. La legislazione penale antidiscriminatoria italiana e le obiezioni al d.d.l. Zan. Un diritto penale solidaristico

Veniamo alla legislazione penale antidiscriminatoria italiana. In proposito, è noto che i reati di matrice razzista sono contemplati nel combinato disposto della legge Reale-Mancino, ora parzialmente trasfuso, a seguito della c.d. riserva di codice, nell'ambito del codice penale tra i delitti contro l'uguaglianza.

Diversamente, soprattutto se paragonata con il panorama legislativo straniero, l'esperienza italiana in materia di discriminazioni a sfondo omotransfobico e di genere è desolante. Il nostro Paese non dispone di alcuna legge antiomofobia, né contempla norme penali, di rango ordinario, che incriminino o aggravino il trattamento sanzionatorio per la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere, nonché sul genere della vittima. Scarne anche le norme in materia di abilismo.

Tuttavia, il quadro legislativo italiano sembra oggi destinato a mutare, a seguito dell'approvazione alla Camera del disegno di legge Zan *et Alii*, dal nome del relatore – oggetto di esame oggi – varato, come testo unificato (A.A. C. 107, 569, 868, 2171 e 2255), il 30 luglio 2020 in Commissione Giustizia e recante “Modifiche agli artt. 604-bis e ter c.p., in materia di violenza o discriminazione per motivi di sesso, di genere, di orientamento sessuale e di identità di genere”.

Il d.d.l., come noto, si compone di 10 articoli, attraverso i quali si punta sia sulla strategia repressiva che su quella preventiva, al fine di contrastare le forme di discriminazione e violenza omotransfobica e misogina e da ultimo, l'abilismo, posto che il 4 novembre 2020, il d.d.l. ha superato il vaglio dell'Assemblea, con una doverosa estensione della disciplina, da noi già in altra sede auspicata, anche alla disabilità. Gli attuali artt. 2 e 3 del d.d.l. modificano i delitti contro l'uguaglianza previsti agli artt. 604-bis e ter c.p. per aggiungere alle discriminazioni per motivi razziali, etnici, nazionali e religiosi gli atti discriminatori fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità. L'estensione riguarda le fattispecie di istigazione al compimento o di compimento di atti discriminatori e violenti, nonché la fattispecie associativa, mentre non si opera, opportunamente, l'ampliamento della fattispecie di propaganda (nonché dell'ipotesi del negazionismo), evitando così di entrare in potenziale collisione con la libertà d'espressione. L'art. 3 estende l'aggravante c.d. dell'odio razziale alle condotte fondate sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità. L'art. 4, frutto del c.d. emendamento Costa, reca una clausola dedicata al pluralismo delle idee e alla libertà delle scelte. L'art. 5 modifica l'art. 1 della l. 25 giugno 1993, n. 205 prevedendo il lavoro di pubblica utilità, già pena accessoria, anche nell'ipotesi di sospensione condizionale della pena e di sospensione del procedimento con messa alla prova. L'art. 6 modifica coerentemente l'art. 90-*quater* c.p.p. Infine, gli artt. 7, 8, 9 prevedono politiche di promozione della pari dignità delle persone LGBT e azioni di sostegno a favore delle vittime di reato. L'art. 10 prevede un sistema di rilevazione statistica sulle discriminazioni e sulla violenza.

Veniamo, entrando in *medias res*, alle obiezioni più di frequente mosse a tale disegno di legge. Innanzitutto esaminiamo l'obiezione, che è già stata evocata da chi mi ha preceduto, relativa alla violazione del principio di precisione o tassatività normativa: viene in rilievo la norma definitoria da ultimo inserita nel testo di legge all'art. 1, che delinea, secondo le concezioni ermeneutiche correnti, le nozioni di sesso, genere, orientamento sessuale, identità di genere<sup>28</sup>. Sul punto, devo dire, concordo con parte della dottrina penalistica e con il Prof. Fiandaca in merito alla complessità di questa definizione: in realtà, io sottolineerei la non necessità di una norma di tale natura, poiché, a mio avviso, i termini in questione sono termini che hanno dei referenti consolidati nel nostro ordinamento giuridico. Mi riferisco senz'altro alla legislazione giuslavoristica, ma anche allo stesso ordinamento penitenziario, al linguaggio della

28 Il testo del disegno di legge approvato alla Camera prevede infatti una dettagliata norma definitoria dei termini “sesso”, “genere”, “orientamento sessuale” ed “identità di genere”, ricostruiti secondo gli indirizzi ermeneutici prevalenti del seguente tenore: Art. 1 (Definizioni) - “1. Ai fini della presente legge: a) per sesso si intende il sesso biologico o anagrafico; b) per genere si intende qualunque manifestazione esteriore di una persona che sia conforme o contrastante con le aspettative sociali connesse al sesso; c) per orientamento sessuale si intende l'attrazione sessuale o affettiva nei confronti di persone di sesso opposto, dello stesso sesso, o di entrambi i sessi; d) per identità di genere si intende l'identificazione percepita e manifestata di sé in relazione al genere, anche se non corrispondente al sesso, indipendentemente dall'aver concluso un percorso di transizione”.

Consulta, oltre che al linguaggio delle Corti sovranazionali, nonché a quello dei documenti internazionali, che evidentemente svolgono un ruolo centrale nell'ermeneutica del giudice penale. Si tratta quindi di una norma, voluta dal Comitato per la Legislazione e dalla Commissione Affari Costituzionali, che tuttavia, a mio avviso, è pleonastica.

Residua invece, ed anche su questo punto concordo con le osservazioni di parte della dottrina e con il Prof. Fiandaca, un profilo di sospetta violazione del principio di legalità nella forma della precisione con riferimento alla mancata definizione della nozione di "atto di discriminazione"<sup>29</sup>. Tuttavia ritengo, in ciò dissentendo dal contrario avviso del Collega, che si possa prendere esempio dai Paesi stranieri che si sono impegnati – penso in particolare al diritto francese e spagnolo – in una definizione di ciò che costituisce discriminazione penalmente rilevante.

Da questo punto di vista è significativo il disposto del codice penale francese. La legislazione francese si caratterizza, infatti, per la previsione della discriminazione quale autonoma figura di reato (artt. 225-1 e 225-2 c.p.): qualsiasi distinzione operata fra le persone fisiche, sulla base dei fattori protetti, è punita con la pena di tre anni d'*imprisonnement* e la pena dell'*amende* pari a 45.000 euro.

La definizione della nozione di discriminazione si ritrova nell'art. 225-2 c.p.: "*La discrimination définie aux articles 225-1 à 225-1-2, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste: 1. A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service; 2. A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque; 3. A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne; 4. A subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue aux articles 225-1-1 ou 225-1-2; 5. A subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue aux articles 225-1-1 ou 225-1-2; 6. A refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale. Lorsque le refus discriminatoire prévu au 1° est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende*"<sup>30</sup>.

La fattispecie, in particolare, si impernia, oltre che su concetti giuslavoristici, sulla nozione di rifiuto di fornire beni o servizi in condizioni di parità, per le ragioni discriminatorie della più diversa natura, che diviene il bene giuridico di categoria.

Analogamente, anche il codice penale spagnolo va in questa direzione. La legislazione spagnola, all'art. 511 del *Código Penal*, punisce la discriminazione commessa da un incaricato di pubblico servizio e consistente nel rifiuto ad uno o più individui del beneficio di un diritto accordato dalla legge sulla base delle motivazioni razziste, antisemitiche, religiose, omofobiche, sessiste o di genere, ideologiche o legate alle convinzioni personali, alla situazione familiare, alla disabilità o infermità. È prevista una pena da sei mesi a due anni di *prisión* ed una multa (*días-multa*) da dodici a ventiquattro mesi oltre ad una speciale interdizione dal pubblico impiego o posizione per un periodo da uno a tre anni. Se l'autore della discriminazione è un pubblico ufficiale, il reato sarà punito con una pena più elevata (del doppio) e con l'interdizione dal pubblico impiego per un periodo da due a quattro anni. È prevista inoltre all'art. 512 l'incriminazione del rifiuto da parte di privati nell'esercizio delle loro attività professionali o manageriali di fornire prestazioni a soggetti che ne abbiano diritto per i motivi di cui sopra<sup>31</sup>.

Le esperienze comparate testimoniano quanto emerge da una attenta lettura della norma di cui all'art. 604-bis, 1° comma, lett. a), c.p., ossia della fattispecie di atti discriminatori – un chiaro esempio di *hate crime* – e dalla stessa interpretazione che ne dà la giurisprudenza: il bene giuridico in gioco sul terreno di tale fattispecie è il diritto ad accedere ad un bene della vita in condizioni di parità. Una lettura teleologicamente orientata della norma che la rende, sia pur nella imprecisione normativa, parzialmente intellegibile.

L'esempio del diritto straniero comprova, in definitiva, la reale possibilità per il legislatore di superare, in ottica *de lege ferenda*, il profilo della imprecisione normativa, attraverso una tipizzazione delle condotte integranti reato che faccia perno su quest'ultimo bene giuridico, espressione della pari dignità/uguaglianza, che rappresenta il bene giuridico su cui si fonda l'attuale "diritto penale antidiscriminatorio".

29 Sotto il profilo del rispetto del principio di precisione della fattispecie penale, pur ponendosi la questione della mancata definizione della nozione di "atto di discriminazione", si trae attualmente una indicazione definitoria, in via interpretativa, nell'applicazione giurisprudenziale dei delitti contro l'uguaglianza, dal ricco quadro della normativa antidiscriminatoria sovranazionale e interna. Sia consentito sul punto, e sulla categoria dei delitti contro l'uguaglianza, il rinvio al nostro già citato lavoro L. Goisis, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Napoli, Jovene, 2019, *passim*.

30 Sull'ordinamento francese, si rinvia a L. Goisis, *op. ult. cit.*, p. 111 ss.

31 Sulla legislazione spagnola, si veda Id., *cit.*, p. 120 ss.

Che cosa voglio dire? Che effettivamente una definizione della nozione di atto di discriminazione potrebbe consentire di superare i profili di sospetta illegittimità costituzionale della norma alla luce del principio di precisione – soprattutto con riferimento all’ipotesi dell’istigazione all’atto di discriminazione, che è l’ipotesi più problematica, dove potrebbero sorgere contrasti con la libertà d’espressione – come anche recenti sentenze della Corte Suprema americana (per esempio da ultimo nel noto caso *Fulton et Alii* del 2020) hanno adombrato. Si potrebbe in altre parole introdurre una definizione normativa a fini penali della discriminazione che in questo caso non sarebbe pleonastica, ma pregnante, così superando il problema della indeterminatezza della fattispecie penale.

Vi è poi una seconda obiezione che viene mossa al disegno di legge e questa attiene alla sua presunta natura liberticida, invocata, come noto, nel dibattito pubblico, da esponenti delle forze conservatrici, nonché dalla stessa CEI in alcune esternazioni recenti e condivisa da chi mi ha preceduto. Ebbene, si tratta di obiezione che, per quanto seria e fondata, a mio avviso, può essere in parte superata. Perché?

Perché, in primis, la proposta di legge non estende la tutela alla fattispecie di propaganda, che è la forma di hate speech, il reato d’opinione per eccellenza.

L’obiezione è superabile altresì perché – su questo punto dissento dalla opinione del Prof. Fiandaca – se si tiene conto degli approdi giurisprudenziali consolidati nel nostro ordinamento giuridico ci si avvede come sia pacifico che la giurisprudenza costituzionale, nonché quella ordinaria, ha costantemente interpretato le fattispecie istigatorie – le uniche per cui di fatto c’è l’estensione della tutela, con un potenziale conflitto con la libertà di manifestazione del pensiero – alla luce del pericolo concreto, bilanciando gli interessi in gioco – libertà di espressione e dignità umana – a favore della seconda, la pari dignità appunto, il bene giuridico tutelato dai delitti contro l’uguaglianza<sup>32</sup>.

Segnalo altresì che la giurisprudenza più recente ritiene oggi inattuale una ricostruzione alla luce del pericolo astratto di queste fattispecie, in favore di una ermeneusi alla luce del pericolo concreto e della contestualizzazione, contestualizzazione, a mio avviso, imprescindibile per cogliere la pericolosità della parola, come del resto dimostra anche l’esperienza in materia di delitti contro l’onore. Tanto che sull’esempio del modello di bilanciamento utilizzato sul terreno dei delitti contro l’onore, a mio parere, si potrebbe operare anche in questa materia.

Certamente è essenziale la saggezza giudiziale: da questo punto di vista, personalmente, nutro maggior fiducia rispetto al Prof. Fiandaca nella magistratura e ritengo che in un campo in cui il bilanciamento tra i beni in gioco è così delicato – come lo è, nessuno lo nega – evidentemente il pericolo concreto è una tecnica conforme al principio di offensività e dunque costituzionalmente legittima. Si rammenti inoltre che si tratta di tecnica pacificamente accolta ed anzi suggerita dalla giurisprudenza della Corte EDU, nonché da quella di molti ordinamenti stranieri in materia di discorsi d’odio<sup>33</sup>. Aggiungo che io ravviso la sussistenza di un pericolo concreto laddove il bene giuridico di cui stiamo discutendo si delinea come il diritto inviolabile a non essere discriminati di persone concrete, di persone in carne ed ossa<sup>34</sup>.

Ciononostante, ritengo – perché lo studio comparato mi ha dato un simile spunto – che, al pari di quanto avviene nei sistemi di *common law*, ove più forte è l’ancoraggio al *free speech*, sarebbe opportuno ed auspicabile prevedere, onde fugare ogni dubbio sul punto, una clausola di salvaguardia della libertà d’espressione: in questa direzione, si è salutato con favore, pur nella perfettibilità della formulazione, il citato emendamento Costa che, accogliendo il suggerimento della Commissione Affari Costituzionali, ha inserito l’art. 3 (oggi art. 4) nel testo di legge unificato, recante una clausola siffatta. Certo è che, in ottica penalistica, una simile clausola – che potrà essere costruita come una causa di non punibilità, oppure come una causa di esclusione dell’antigiuridicità o ancora come una causa di esclusione della tipicità – dovrà rispettare il principio di precisione in materia penale.

Vi è infine un’ulteriore obiezione mossa nei confronti della proposta di legge attualmente all’esame del Parlamento ed essa si appunta sulla natura non necessitata dell’intervento legislativo. A mio avviso, ci sono quattro ragioni dirimenti che depongono, al contrario, nel senso della irrinunciabilità della riforma in gestazione: la presenza di un obbligo internazionale alla criminalizzazione, obbligo corroborato dalla giurisprudenza della Corte EDU, il dato vittimologico, nonché ragioni di costituzionalità.

32 Sia consentito, per un approfondimento sul rapporto fra *hate speech* e libertà d’espressione, il rinvio nuovamente a L. Goisis, *Crimini d’odio*, cit., p. 202 ss.

33 Sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, diffusamente L. Goisis, *op. ult. cit.*, p. 225 ss. Sulla giurisprudenza dei Paesi stranieri, *ivi*, p. 144 ss.

34 Cfr. in senso analogo L. Picotti, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale tra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in Riondato S., (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, Cedam, 2006, p. 117 ss., p. 135.



Sotto il primo profilo vorrei chiarire, posto che sono stata chiamata in causa da chi mi ha preceduto, che quando parlo di obblighi di incriminazione io mi riferisco agli obblighi internazionali di incriminazione e non certo ad un obbligo costituzionale di incriminazione. I documenti internazionali in ordine all'omofobia consentono di evincere la sussistenza di un obbligo di incriminazione quantomeno implicito per i crimini d'odio omofobico e sicuramente un obbligo esplicito per quanto riguarda il gender hate crime.

Il complesso delle disposizioni internazionali contempla i numerosi documenti pattizi che prevedono un divieto di discriminazione (art. 14 CEDU; art. 2 Trattato sull'Unione europea; art. 21 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; art. 10/art. 19 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea). Vi sono altresì importanti strumenti di soft law: le Risoluzioni sull'omofobia del Parlamento europeo del 2006 e 2012 che impongono l'intervento del diritto penale nella lotta contro l'omofobia. Tali strumenti, se non comportano un obbligo espresso di incriminazione, rappresentano tuttavia un monito non trascurabile per il legislatore nazionale. Vi è unanimità di vedute in sede internazionale sull'opportunità del ricorso al diritto penale nella lotta ai discorsi d'odio, laddove essi si rivelino concretamente pericolosi: ciò per l'operare della Convenzione di New York del 1965, della CEDU, dello stesso Statuto della Corte penale internazionale. Tanto che si potrebbe ritenere che un obbligo di incriminazione, sulla base di siffatte norme, sussista anche per i crimini d'odio omotransfobico<sup>35</sup>.

Quanto alla violenza di genere, sono noti gli obblighi di criminalizzazione provenienti dalla Convenzione di Istanbul.

Non solo. L'analisi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di omofobia consente di cogliere l'orientamento verso una tutela rafforzata delle minoranze sessuali. Basti citare il noto caso *Vejdeland*: al pari dei crimini d'odio razziale, anche i crimini d'odio omofobico devono essere contrastati tramite il ricorso al diritto penale. In direzione analoga – sancendo la prevalenza della dignità sulla libertà – si pongono i recentissimi casi *Liellendahl v. Islanda* e *Beizaras e Leivickas v. Lituania*. Non è pertanto da escludere che il Governo italiano sia esposto al rischio di una condanna della Corte europea, laddove si palesasse un caso di violenza omofoba, in considerazione del fatto che non si è ancora intervenuti a legiferare in materia. Oltre al fatto che la giurisprudenza della Corte EDU, ai sensi dell'art. 117, comma 1 Cost., è parametro di costituzionalità anche nell'ordinamento italiano.

Pacifico è inoltre l'orientamento della Corte nella lotta alla violenza di genere, considerata un trattamento disumano e degradante (art. 3 CEDU).

Da ultimo, depone nel senso della irrinunciabilità di una legge in materia di omofobia e misoginia, nonché di abilismo, il dato vittimologico, ricordato nell'*incipit*<sup>36</sup>.

Con riferimento alla *violenza di genere* basti ricordare, secondo le ultime rilevazioni Istat, che essa interessa 6 milioni e 788 mila donne che hanno subito violenza fisica o sessuale nel corso della vita. "Lo zoccolo duro della violenza", scrive l'ente di ricerca, "non è intaccato: stupri e tentati stupri sono stabili così come le forme più efferate di violenza fisica. La gravità delle violenze sessuali e fisiche è aumentata". Dati che trovano rispondenza anche nell'indagine dell'Osservatorio per i diritti (Vox) sull'odio verso le donne in rete: si scatena anche quando la cronaca narra casi di femminicidio (dal 2000 al 2018, in media più di 3 a settimana).

La testimonianza della diffusione del fenomeno dell'omofobia è data dalle rilevazioni statistiche dell'Oscad e dall'Unar: si registrano in Italia fra il 2010 e il 2019, 3.193 segnalazioni, di cui una parte costituenti reato. Per la maggior parte si tratta di reati d'odio etnico/razziale, a seguire di reati d'odio religioso, d'odio omofobico, nonché reati contro disabili, e infine reati d'odio basati sull'identità di genere. Anche se il numero oscuro fa presumere cifre molto più significative. A corroborare i dati statistici, sono intervenuti i dati raccolti da Vox, aggiornati al 2019, che confermano una lieve decrescita dell'odio omofobico, ma segnalano che, laddove si dibatte di famiglie omosessuali, l'odio riemerge e l'aggressività dei messaggi d'odio omofobico è forte. La recrudescenza degli atti di violenza omotransfobica è pertanto un fenomeno presente in Italia: il che dimostra la vulnerabilità dei soggetti LGBT.

Molto consistenti, secondo i dati riferiti, anche i crimini d'odio ai danni dei disabili, soggetti fragili colpiti in ragione della loro diversità.

Tutto ciò rende, a mio avviso e di parte della dottrina penalistica, urgente e pienamente giustificato l'intervento del legislatore penale, il quale, proprio in ragione del "trattamento differenziato dei distinti", imposto dall'art. 3 Cost., declinato alla luce del principio di ragionevolezza, dovrà approntare una tutela rafforzata dei soggetti in condizioni di debolezza (v. Direttiva UE 29/2012). Provvido pertanto

35 Per una tematizzazione sul punto, si veda da ultimo L. Goisis, *Brevi riflessioni sulla recente proposta di legge in materia di crimini d'odio omotransfobico, di genere, per disabilità*, in *Giustizia Insieme*, 10 novembre 2020, Forum a cura di Corrado Caruso e Vincenzo Militello: *L'omo-transfobia diventa reato: la Camera dà il via libera* - B. Liberali, A. Schillaci, L. Goisis e G. Dodaro, *passim*.

36 Sul dato vittimologico, sia permesso il rinvio a L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., p. 16 ss., p. 154 ss., nonché *supra*, par. 1.

l'ultimo emendamento al d.d.l., con conseguente nuova intitolazione del provvedimento legislativo e adeguamento delle relative disposizioni, che contempla anche la *disabilità* fisica e psichica fra i fattori di discriminazione (occorrerebbe tuttavia un coordinamento con la l. 104/1992). Cosicché il testo di legge oggi approvato alla Camera titola così: "Misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità": esso, contemplando anche la disabilità, si pone all'avanguardia rispetto ad altre legislazioni europee.

Sui delitti contro l'uguaglianza – è sotto gli occhi di tutti – incombe attualmente un sospetto di illegittimità costituzionale poiché ancora la disciplina non contempla tutte le caratteristiche protette dall'art. 3 Cost., pur ispirandosi dichiaratamente a tale principio fondante che sancisce la "pari dignità dinanzi alle differenze"<sup>37</sup>.

Per questa ragione di costituzionalità, a mio avviso ineludibile, unitamente agli obblighi internazionali e ai moniti della Corte EDU, al dato vittimologico, nonché al maggior disvalore penale delle condotte ispirate da odio omotransfobico e di genere, oltre che per disabilità, si legittima pienamente – pur nella perfettibilità della formulazione – l'attuale riforma di legge, ora destinata all'esame del Senato, che mira, da un lato, a combattere due fenomeni – l'omotransfobia e la misoginia – i quali sono frutto di una medesima visione patriarcale, non più accettabile né per le società moderne, né per le scienze giuridiche e segnatamente per il diritto penale contemporaneo, dall'altro, a completare il quadro di tutela verso i disabili – un gruppo storicamente oggetto di discriminazione – che sino ad ora prevedeva, quale norma *ad hoc*, la sola circostanza aggravante di cui all'art. 36 l. 104/1992.

Solo imboccando questa strada, a mio avviso, potrà affermarsi un diritto penale autenticamente antidiscriminatorio – la cui legittimità si fonda sulla nuova categoria dei delitti contro l'uguaglianza – il quale mira a tutelare non solo le vittime intrinsecamente deboli, ma anche le vittime di orientamenti culturali discriminatori, *rectius* di una subcultura discriminatoria. Come icasticamente afferma Francesco Palazzo, siamo di fronte a una "nuova", per quanto problematica, "frontiera della tutela penale dell'uguaglianza" e, aggiungerei, ad una nuova frontiera del diritto penale, che si ispira ad un'ottica di solidarietà sociale<sup>38</sup>.

37 Per questa argomentazione si veda L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., p. 286 ss., p. 289.

38 F. Palazzo, *La nuova frontiera della tutela penale dell'uguaglianza*, in *Sistema Penale*, 2020, p. 8. Chiarisce l'autorevole studioso: "È dunque facile comprendere come la frontiera della tutela penale dell'uguaglianza sia non soltanto nuova ma anche mobile e tenda a conquistare sempre nuovi spazi e nuove categorie personali e sociali".

Mia Caielli\*

## Il DDL Zan tra diritto penale, democrazia e pluralismo. Profili di diritto costituzionale: pari dignità, principio pluralista, libertà di manifestazione del pensiero

### Sommario

1. Premessa – 2. Sulla necessità di una interpretazione evolutiva della libertà di manifestazione del pensiero - 3. L’approccio della Corte europea dei diritti umani sui discorsi d’odio omofobico – 4. Brevi considerazioni conclusive: punire l’hate speech per una democrazia inclusiva, anche delle donne.

### Abstract

Il contributo intende riflettere in maniera critica, a partire dal dibattito politico-giuridico sollevato dalla presentazione del disegno di legge c.d. Zan, sui dubbi di costituzionalità che continua a porre la repressione penale dei discorsi d’odio. La presente analisi riguarda essenzialmente l’annosa questione dei possibili limiti alla libertà di manifestazione del pensiero quale pilastro fondante ogni assetto democratico e sostiene la necessità di una rilettura del free speech che tenga conto delle esigenze proprie degli ordinamenti europei quali stati di diritto sociali e pluralisti. In particolare, l’analisi si concentra su quello che si ritiene essere il vero danno delle espressioni di intolleranza, ovvero un danno da disconoscimento tale da precludere sia alle donne, sia a minoranze oggi ancora poco tutelate dal diritto antidiscriminatorio vigente come quelle sessuali, la partecipazione effettiva alla vita pubblica.

*This contribution seeks to critically investigate the problematic issues related to the limits of freedom of expression, starting from the current political and legal debate over the so-called Zan Bill. It aims at emphasizing that contemporary social democracies should regulated hate speech as part of their constitutional commitment to human dignity, respect for the members of vulnerable minorities and pluralism. In particular, the analysis will focus on the harm of hateful discourses, namely the misrecognition and silencing of women and subaltern groups, preventing them to fully and actively participate in political and public life.*

### 1. Premessa

Con il presente scritto si intende contribuire al dibattito sulla legittimità costituzionale della repressione penale dei discorsi d’odio prevista dal c.d. Ddl Zan, approvato dalla Camera dei deputati il 4 novembre 2020 ma il cui *iter* di approvazione si è fermato al Senato nel mese di ottobre 2021.

Non ci si soffermerà nel dettaglio sui contenuti di tale articolata proposta normativa, per limitarsi a riflettere sull’estensione degli artt. 604 *bis* e *ter* del Codice penale alle condotte motivate da sesso, genere, orientamento sessuale, identità di genere e disabilità della persona offesa.

\* Professoressa Associata di Diritto Pubblico Comparato, Università di Torino.

Ora, vale la pena premettere che la riflessione sul potenziale conflitto del Ddl Zan con la libertà di manifestazione del pensiero debba essere condotta assumendo come presupposto che qualora i dubbi di costituzionalità sollevati da una parte della dottrina dovessero rivelarsi fondati, non si vede come questi possano riguardare solo la tutela contro le discriminazioni fondate su tali ulteriori caratteristiche personali e non le norme che puniscono i discorsi d'odio etnico-razziale, nazionale e religioso vigenti in Italia da decenni. La l. n. 654 del 1975 (c.d. Legge Reale) di ratifica della Convenzione di New York del 1965 sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, aveva già previsto, all'art. 3 la sanzione penale per l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. La legge di conversione del d.l. n. 122 del 1993, l. 25 giugno 1993, n. 205 (c.d. Legge Mancino), recante: "Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa" aveva modificato tale art. 3, estendendo alle discriminazioni religiose l'azione di repressione penale, disposizione ulteriormente emendata dalla l. 85 del 2006, alleggerendo il quadro sanzionatorio originario e sostituendo la condotta di «incitamento» con quella di «istigazione» e la condotta di «diffusione delle idee» con quella di «propaganda». Da ultimo, il d.lgs. n. 21 del 2018 ha inserito nel Codice penale l'art. 604 *bis*, rubricato "Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale, etnica e religiosa", e introdotto l'art. 604 *ter* contenente disposizioni sulle circostanze aggravanti e attenuanti dei crimini d'odio sempre guidati dall'appartenenza etnica o religiosa della vittima.

Ora, tanto la giurisprudenza di merito, quanto quella di legittimità, hanno in più occasioni dichiarato la manifesta infondatezza delle questioni di costituzionalità sollevate con riferimento al divieto di diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio etnico-razziale<sup>1</sup>. La Corte costituzionale, però, pur non essendo mai stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità della disciplina vigente in materia di crimini d'odio – ampia categoria cui l'*hate speech* può ritenersi ascritto – con l'art. 21 della Costituzione, ha più volte ribadito la possibilità per il legislatore di limitare la libertà di espressione per ragioni non più e non solo riconducibili al "buon costume", tanto che la dottrina si è interrogata sulla opportunità di una eventuale revisione costituzionale volta a chiarire, anche solo mediante una clausola aperta riferita a una generica necessità di tutela di altri diritti e interessi di rilievo costituzionale, la possibilità per il legislatore di porre restrizioni all'esercizio della libertà di espressione<sup>2</sup>. Sono infatti numerose e ormai risalenti nel tempo le pronunce in cui la Corte costituzionale ha inteso il diritto di manifestazione del pensiero sottoposto a più limiti impliciti: ci si limita a ricordarne una, la n. 20 del 1974 che, richiamando diversi precedenti, ha chiarito che la tutela del buon costume «non costituisce il solo limite alla libertà di manifestazione del pensiero, sussistendo invece altri limiti - impliciti - dipendenti dalla necessità di tutelare beni diversi, che siano parimenti garantiti dalla Costituzione (sentenze nn. 19 del 1962; 25 del 1965; 87 e 100 del 1966; 199 del 1971, 15, 16 e 133 del 1973), di guisa che, in tal caso, l'indagine va rivolta all'individuazione del bene protetto dalla norma impugnata ed all'accertamento se esso sia o meno considerato dalla Costituzione in grado tale da giustificare una disciplina che in qualche misura possa apparire limitativa della fondamentale libertà in argomento»<sup>3</sup>.

La giurisprudenza italiana si muove dunque lungo una traiettoria che vanno da tempo percorrendo anche le corti sovranazionali, nonché i giudici costituzionali della maggior parte delle democrazie europee, rendendo pertanto inevitabile una rivisitazione della portata odierna della libertà di espressione, più aderente non solo agli obiettivi di tutela dell'eguaglianza sostanziale e di salvaguardia della dignità umana posti a fondamento del costituzionalismo liberal-democratico, ma anche di un riconoscimento del diritto alla differenza che implica un superamento dei limiti del pensiero liberale che poneva l'accento sull'aspetto individualistico delle libertà – compresa quella di parola – con inevitabili conseguenze sulla effettività del pluralismo della rappresentanza e sul perpetuarsi delle dinamiche di esclusione e assimilazioniste esplorate dai teorici del multiculturalismo<sup>4</sup>.

- 
- 1 Ad esempio, la Corte di cassazione - sez. III, con la sentenza n. 37581 del 7 maggio 2008, ha ritenuto manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 3, legge 13 ottobre 1975, n. 654, come successivamente modificata, laddove vieta la diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale, per asserito contrasto con l'art. 21 Cost., argomentando come la libertà di manifestazione del pensiero cessi qualora sfoci in istigazione alla discriminazione ed alla violenza di tipo razzista.
  - 2 Cfr. al riguardo M. Orofino, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti. Il dinamismo dei diritti in una società in continua trasformazione*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 215-218. Per un'analisi critica della evoluzione giurisprudenziale in materia, soprattutto con riferimento alla teoria sostanzialistica di Esposito e ai limiti impliciti della libertà di espressione, si veda C. Caruso, *La libertà di espressione in azione: contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, Bologna, BUP, 2013, spec. pp. 91-95.
  - 3 Corte costituzionale, sentenza del 30 gennaio 1974, n. 20, Punto 5 del *Considerato in diritto*.
  - 4 Cfr. soprattutto C. Taylor, *The Dynamics of Democratic Exclusion*, in *Journal of Democracy*, 1998, pp. 143-156, laddove sottolinea come «*The entry of new kinds of people into the country, or into active citizenship, poses a challenge. The exact content of the mutual understanding, the bases of the mutual trust, and the shape of the mutual commitment all have to be redefined or reinvented*», p. 146.



## 2. Sulla necessità di una interpretazione evolutiva della libertà di manifestazione del pensiero

Partendo quindi dalla premessa per cui la libertà di espressione possa subire restrizioni derivanti dalla repressione penale dell'*hate speech*, interessa soffermarsi pur brevemente sui principi di eguaglianza sostanziale e pari dignità sociali quali fondamenti costituzionali delle norme incriminatrici come quelle contenute nel Ddl Zan e sul bene giuridico che queste mirano a proteggere. Questo non è più rinvenibile nell'ordine pubblico che miravano a proteggere i reati di opinione<sup>5</sup>, non ha la stessa matrice del reato di istigazione all'odio tra classi sociali previsto dall'art. 415 del Codice penale dichiarato incostituzionale nel 1978<sup>6</sup>, ma negli interessi riconducibili alla dignità dei gruppi. Di particolare interesse pare al riguardo una pronuncia con cui i giudici di legittimità hanno collegato il reato di diffusione di idee fondate sulla superiorità etnico-razziale al divieto di discriminazione sancito dal D.lgs. n. 215 del 2003 che, all'art. 2, fa esplicito riferimento alla dignità della persona, chiarendo come l'oggetto specifico della tutela penale «non è costituito dall'ordine pubblico, il quale ha rilevanza indiretta»<sup>7</sup>. Pertanto, come è stato ben argomentato, «l'esercizio della libertà individuale non si confronta più con le esigenze di autoconservazione del pubblico potere ma con quelle "regole di civiltà" promosse dall'ordinamento per tutelare quella particolare forma di organizzazione sociale (la "comunità") che concorre a strutturare l'identità culturale della persona»<sup>8</sup>. Del resto, è bene notare, la vigente normativa in materia di crimini d'odio di matrice razzista, religiosa e nazionale è collocata nel Codice penale alla Sezione I bis del Capo III dedicata a "I delitti contro l'uguaglianza", così consentendo di rintracciare il fondamento costituzionale dei suoi artt. 604 *bis* e *ter* negli artt. 2 e 3 Cost.<sup>9</sup>. Come sostenuto da una giurisprudenza che va sempre più arricchendosi e consolidandosi, la dignità invocata come limite al discorso d'odio è intesa quale valore, per alcuni "superconstituzionale"<sup>10</sup> e quindi tale da prevalere in un potenziale conflitto con la libertà di espressione, la cui dimensione individualistica è destinata a soccombere in nome di quella collettiva<sup>11</sup>: e se tale comprensione del valore della dignità, per alcuni, sarebbe da rifiutare in quanto non aderente alla lettera della Costituzione che, proclamando la "pari dignità sociale" ne propone il carattere relazionale<sup>12</sup>, non può trascurarsi che la dignità umana proclamata come inviolabile dall'art.1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e sempre più sovente invocata dalla Corte europea dei diritti umani nonostante la mancanza di qualsivoglia riferimento ad esso nella Convenzione<sup>13</sup>, va affermandosi non tanto come valore a carattere relativo, quanto come autonomo diritto fondamentale che porta con sé una non trascurabile valenza collettiva<sup>14</sup>. Ciò che più interessa ai fini della presente trattazione è come tale tendenza sia riscontrabile soprattutto nella giurisprudenza in materia di discorsi d'odio e, in particolare, di quella in materia di odio omofobico, di cui si farà cenno nel paragrafo seguente. Insomma

- 
- 5 Un «ordine pubblico inteso in un'accezione ideale, quale necessaria adesione della persona ad un dato sistema di valori» (C. Caruso, *op. cit.*, p. 183).
- 6 Corte costituzionale, sentenza del 23 aprile 1978, n. 108.
- 7 Corte di Cassazione, Sez. III pen., sentenza del 13 dicembre 2007, n. 13234. Non trascurabile pare in ogni caso l'appunto critico di quella dottrina che rinviene «una tendenza degli attuali ordinamenti liberaldemocratici a considerare la dignità umana edulcorato sostituto dell'ordine pubblico ideale» (C. Caruso, *op. cit.*, p. 249).
- 8 C. Caruso, *op. cit.*, p. 84.
- 9 Su cui si veda diffusamente L. Goisis, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Napoli, Jovene 2019, spec. pp. 263-288.
- 10 Così definito da A. Ruggeri, A. Spadaro, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Politica del diritto*, 1991, pp. 343 ss., nonché da L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione: l'istigazione all'odio razziale*, Padova, Cedam, 2009, che rinviene il carattere "superconstituzionale" del valore della dignità «nei confronti delle libertà positivamente protette e degli stessi diritti inviolabili dell'uomo come "con-fine" degli ordinamenti» (p. 239).
- 11 C. Caruso, *op. cit.*, p. 112.
- 12 *Ibidem*.
- 13 La tutela della dignità umana fa infatti il suo ingresso nel diritto del Consiglio d'Europa nel 2002, con il *Protocollo alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali n.13*, relativo all'abolizione della pena di morte in qualsiasi circostanza del 2002 laddove si afferma che «l'abolizione della pena di morte è essenziale per la protezione di questo diritto ed il pieno riconoscimento della dignità inerente a tutti gli esseri umani».
- 14 Sul frequente riferimento alla dignità umana da parte dei giudici di Strasburgo cfr. C. McCrudden, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, in *The European Journal of International Law*, vol. 19, no. 4, 2008, pp. 655-724. Più in generale, la questione dei molteplici significati attribuiti a tale diritto (o valore) si rinvia ai contributi in C. McCrudden (a cura di), *Understanding Human Dignity*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

ma, pare sempre più convincente la definizione di dignità umana proposta da Jeremy Waldron, che la intende «come il più basilare diritto di una persona a far parte della società a pieno titolo, come persona a cui non è preclusa l'effettiva interazione sociale in ragione della sua appartenenza a una determinata categoria o gruppo minoritario»<sup>15</sup>. Waldron non è del resto l'unico, nella letteratura giusfilosofica nordamericana, a ripensare l'impostazione tradizionale in tema di *hate speech*, proponendo un esercizio della libertà d'espressione proclamata nel I Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti, che non sfugga a un'interpretazione *dignity oriented*. La legge fondamentale del 1787, naturalmente intrisa del pensiero liberale settecentesco, viene dunque riletta rifuggendo ogni interpretazione originalista del suo testo, per sostenere la repressione penale delle c.d. "parole che feriscono"<sup>16</sup>, lasciando che entrino in gioco, nella riflessione sulla ammissibilità costituzionale delle normative in materia di discorsi d'odio, i principi fondanti non solo lo stato liberale classico che ha partorito la libertà di espressione, ma dello stato sociale o liberaldemocratico. Forma di stato, quest'ultima, per tornare in Italia e al dibattito sul Ddl Zan, che la Costituzione italiana ha espressamente instaurato, mirando a perseguire la giustizia sociale e a tutelare i soggetti più vulnerabili: ecco allora che l'*hate speech* si ritiene che ben possa, anzi debba, essere punito non tanto o non solo in quanto manifestazione del pensiero che rischia di trasformarsi in azione, ma anche solo in quanto esternazione percepita come umiliante e offensiva da parte degli appartenenti a gruppi tradizionalmente marginalizzati e oppressi che il legislatore ritenga bisognosi di particolare tutela in ragione della loro vulnerabilità.

Al riguardo, non può non convenirsi come la diffusione di messaggi non solo razzisti, ma anche sessisti, omo-transfobici, oppure fondati sulla disabilità e l'appartenenza religiosa, abbia come inevitabile effetto quello che la dottrina nordamericana indica come *silencing*: detto altrimenti, essi determinano un danno che non è solo la potenziale commissione di fatti già previsti come reati contro gli individui che ne sono destinatari, quanto, *in primis*, il c.d. danno di disconoscimento, che consisterebbe nella creazione di un ambiente ostile e di diffidenza idoneo a perpetuare la condizione di subordinazione sociale e l'assenza dal dibattito pubblico di certe categorie di individui<sup>17</sup>.

L'affermarsi dell'universalità del suffragio, del principio della parità di genere, etnico-razziale e religiosa, e più recentemente, dal riconoscimento del rango costituzionale del diritto a non subire discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale e sulla identità di genere richiede quindi una rivisitazione della basilare libertà di manifestazione del pensiero fondante ogni democrazia. I grandi classici, non solo statunitensi, ma anche italiani, in materia di libertà di espressione risentono infatti del momento storico-culturale in cui sono stati scritti: un momento in cui la libertà di parola interessava – almeno di fatto – una parte estremamente esigua della popolazione: maschile, bianca, eterosessuale, cisgenere, sia con riferimento a chi la esercitava, sia con riferimento all'*audience*, posto che l'accesso alla carta stampata era privilegio di pochi.

Il costituzionalismo novecentesco della seconda e dalla terza ondata di democratizzazione presenta, invece, tra le sue caratteristiche essenziali quella di attribuire rilevanza all'ingresso di nuove soggettività nella cittadinanza attiva. Da un lato, il riconoscimento del suffragio femminile avvenuto solo negli anni immediatamente precedenti, ha portato all'adozione di specifiche disposizioni relative ai diritti politici e civili delle donne che accompagnano e ribadiscono l'esplicito divieto di discriminazione in ragione del sesso: ed è a partire da queste che sono stati compiuti alcuni tentativi di disvelamento della matrice patriarcale della costruzione della categoria dell'individuo sessualmente neutro<sup>18</sup> ed è stata affrontata anche dal punto di vista giuridico la questione della «*two-track citizenship model for men and women on the basis of a theory of separate spheres*»<sup>19</sup>, ovvero la sfera domestica e quella pubblica. Dall'altro, la precisazione dell'eguaglianza etnico-razziale e religiosa è il risultato della ferma reazione alle sistematiche violazioni di diritti umani messe in atto dai regimi nazista e fascista. Il riconoscimento delle minoranze sessuali – ovvero delle persone LGBT- come membri a pieno titolo della società, è invece sicuramente più recente e codificato esplicitamente solo nelle leggi fondamentali degli ultimi decenni. Il legame tra sessualità e cittadinanza è divenuto oggetto di analisi solo a partire dalla fine dello scorso secolo: dopo la riflessione di Carole Pateman su come la cittadinanza sia stata costruita sul modello maschile, ulteriori critiche sono mosse alla teoria liberale classica caratterizzata dalla implicita definizione del citta-

15 J. Waldron, *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, Cambridge, Ma - London, 2012, p. 105 (tr. mia).

16 Il riferimento è al titolo del celebre volume di C.R. Lawrence, M. J. Matsuda, R. Delgado, K.W. Crenshaw, *Words that Wound. Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment*, Taylor & Francis, New York, 1993.

17 Così E. Galeotti, *Hate speech: un dibattito lungo due decenni*, in *Biblioteca della Libertà*, 2019, n. 224, pp. 3-18.

18 C. Pateman, *Il contratto sessuale. I fondamenti nascosti della società moderna*, Moretti & Vitali, Bergamo, 2015 (ed. originale *The Sexual Contract*, Oxford, Stanford University Press, 1988).

19 R. Rubio-Marín, *On Constitutionalism and Women's Citizenship*, in *Current Legal Problems*, 2021, pp. 1- 42, p. 2.

dino come maschio adulto eterosessuale dalla letteratura sociologica che ha ragionato sulla nozione di “cittadinanza sessuale”, indagando l’eteronormatività come modello prevalente che assume molteplici dimensioni e che rileva per la sua capacità di condurre alla marginalizzazione sociale di coloro che non vi si conformano<sup>20</sup>. V’è di più. L’annosa e sempre attuale questione del dualismo tra pubblico e privato, che occupa un posto centrale nell’articolato pensiero della differenza sessuale, ma anche nella indagine appena menzionata sulla rilevanza pubblica delle vite sessuali degli individui che ha dato vita al concetto di cittadinanza intima (o sessuale), interessa anche la riflessione sulle ragioni della repressione del discorso d’odio. La tradizionale dicotomia (liberale) tra stato e società, pubblico e privato e così via tende a rafforzare l’idea per cui gli «*existing social arrangements are just, natural, inevitable, legitimate, thereby denying our capacity to conceive of new forms of human relations and to challenge existing forms of domination*»<sup>21</sup>. Al riguardo, pare di estremo interesse e attualità l’attenzione posta da Mari Matsuda sulla significativa restrizione della possibilità effettiva di partecipare alla vita politica riguardante certi gruppi minoritari quale conseguenza del silenzio dei pubblici poteri in materia di propaganda di idee razziste dalla sfera privata. Ecco, allora, che il contrasto tra la sacralità del *free speech* e gli obiettivi costituzionali di libertà ed eguaglianza possa essere risolto spostando «*the societal response from the private to the public realm*»<sup>22</sup>, così supportando l’argomento proposto da Richard Delgado relativo agli effetti dannosi che i discorsi d’odio hanno non soltanto per i loro destinatari, ma per la società complessivamente intesa<sup>23</sup>.

Ecco, quindi, perché si ritiene che la libertà di manifestazione del pensiero così come concepita nel passaggio dallo stato assoluto a quello liberale, strettamente legata alla tutela della libertà religiosa, vada ripensata e aggiornata alla luce dei principi della liberaldemocrazia e letta in combinato disposto con le disposizioni che proclamano l’eguaglianza sostanziale e la dignità umana. È del resto, questa, un’operazione che tanto il diritto internazionale, quanto quello europeo, vanno compiendo da alcuni anni, attraverso l’adozione di convenzioni, dichiarazioni e documenti talvolta di *soft-law*, che impongono o suggeriscono ai legislatori nazionali la repressione di determinate forme di discorso d’odio, odio fondato su caratteristiche personali che certo non si esauriscono più nell’appartenenza etnica e religiosa<sup>24</sup>. Documenti, almeno i più recenti, che tengono in debito conto la pervasività e l’effetto moltiplicativo dei messaggi d’odio che caratterizza l’era digitale, in cui i *social media* rappresentano il principale luogo in cui la libertà di parola viene esercitata<sup>25</sup>.

- 
- 20 Ci si limita in questa sede a richiamare T.D. Evans, *Sexual Citizenship: The Material Construction of Sexualities*, London-New York: Routledge, 1993 e K. Plummer, *Intimate Citizenship: Private Decisions and Public Dialogues* Seattle, WA, University of Washington Press, 2003: in particolare, quest’ultimo si sofferma sulle implicazioni dell’inclusione del corpo e dell’intimità nella dimensione della cittadinanza, sottolineando la crucialità dell’accesso alle rappresentazioni, alle relazioni e agli spazi pubblici.
- 21 N. Rose, *Beyond the Public/Private Division: Law, Power and the Family*, in *Journal of Law and Society*, vol. 14, n. 1, 1987, pp. 61–76, p. 63.
- 22 M.J. Matsuda, M.J., *Public Response to Racist Speech: Considering the Victim’s Story*, in *Michigan Law Review*, Vol. 87, No. 8, pp. 2320-2381, p. 2321.
- 23 R. Delgado, *Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name Calling*, in C.R. Lawrence, M.J. Matsuda, R. Delgado, K. Crenshaw, *Words that Wound. Critical Race Theory, Assaultive Speech, And the First Amendment*, New York, Taylor & Francis, 1993, pp. 89-110.
- 24 Su tali normative si rinvia alla recente ricostruzione di I. Spadaro, *Il contrasto allo Hate Speech nell’ordinamento costituzionale globalizzato*, Giappichelli, Torino, 2020, spec. pp. 189-225.
- 25 L’analisi delle molteplici problematiche sottese alla diffusione dei discorsi d’odio su internet esula dai confini di questo breve contributo: ci si limita pertanto a rinviare, nella dottrina italiana, a O. Pollicino, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell’era di internet*, in *MediaLaws. Rivista di diritto dei media*, n. 1, 2018, pp. 48-82 e L. Goisis, *Hate Crimes, Social Media and Criminal Law. Hints on the Recent Italian Legislative Proposal Against Incitement to Discrimination and Hate*, in *Genius*, n. 1, 2021, pp. 67-86.

### 3. L'approccio della Corte europea dei diritti umani sui discorsi d'odio omofobico

Nel 1952 la Corte Suprema degli Stati Uniti, con la pronuncia *Beauharnais v. Illinois*<sup>26</sup>, aveva ammesso la possibilità degli stati di vietare la propaganda razzista in quanto diffamazione di gruppo (*group libel*), sottolineando come la legge in considerazione nel caso di specie che puniva gli spettacoli o l'esposizione di immagini lesive dell'identità culturale, razziale o religiosa dei cittadini tenesse in debita considerazione «il forte impatto emotivo» che simili abusi della libertà di espressione potevano avere sui loro destinatari, con il risultato di «privarli dell'eguale diritto a esercitare le proprie libertà»<sup>27</sup>. Pur nella consapevolezza del superamento di tale precedente già negli anni immediatamente successivi<sup>28</sup>, Waldron ritorna sugli argomenti utilizzati dal giudice Frankfurter, estensore della opinione di maggioranza ed è difficile non scorgere assonanze tra questa superata giurisprudenza e gli approdi della Corte europea dei diritti umani in materia di repressione dell'odio omofobico dell'ultimo decennio, in cui emerge una analoga concezione della natura del danno provocato dai discorsi d'odio<sup>29</sup>.

Nella prima controversia relativa alla compatibilità della repressione penale del discorso d'odio omofobico con la libertà di espressione garantita dall'art. 10 della Convenzione europea dei diritti umani (d'ora in poi CEDU), i giudici di Strasburgo colgono l'occasione per ammettere che l'esercizio del diritto di parola possa subire restrizioni volte alla tutela della reputazione e dei diritti della comunità omosessuale. Particolarmente degna di nota in questa decisione di ormai un decennio fa, *Vejdeland v. Svezia*<sup>30</sup>, è la concezione di *hate speech* accolta dalla maggioranza della Corte, che non esita ad affermare che la sanzionabilità dello stesso prescinde dal suo configurarsi come incitamento o istigazione all'odio o alla violenza, dovendosi, invece, ricondurre semplicemente alla sua natura pregiudizievole<sup>31</sup>. Ancora, pur non invocando il valore della dignità umana, la Corte rinviene nella restrizione della libertà di parola uno strumento utile ai fini del contrasto alle discriminazioni nei confronti degli appartenenti a determinati gruppi, così lasciando emergere la opportunità di un diritto penale antidiscriminatorio: «*When a particular group is singled out for victimisation and discrimination, hate-speech laws should protect those characteristics that are essential to a person's identity and that are used as a evidence of belonging to a particular group*»<sup>32</sup>.

Con la più recente pronuncia *Beizaras e Levckas c. Lituania*<sup>33</sup>, la Corte europea dei diritti umani sembra spingersi oltre nel motivare la decisione di condanna del Paese convenuto in giudizio per non aver condotto indagini effettive sui gravi commenti omofobi e sugli incitamenti alla violenza postati su Facebook a danno dei ricorrenti. Assai significativo pare, infatti, in questa decisione, tanto il richiamo alla giurisprudenza precedente in materia di negazionismo, finalizzato a ribadire l'essenzialità del rispetto della diversità nelle società democratiche pluralistiche, implicante quella «*harmonious interaction of per-*

26 *Beauharnais v. People of the State of Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

27 *Ivi*, p. 261.

28 Già a partire 1964, infatti, con la decisione *New York Times v. Sullivan* 376 U.S. 254 (1964), la Corte Suprema ha negato che il legislatore possa sanzionare le espressioni offensive o denigratorie che non rappresentino incitamenti a commettere azioni illecite. La letteratura sulla giurisprudenza statunitense in materia di I Emendamento è sterminata: ci si limita qui a rinviare alla dottrina italiana e, in particolare, alle ricostruzioni di C. Caruso, *Teoria e "ideologia" della libertà di espressione. La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sulla freedom of speech*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2013, I. Spigno, *Speech is powerful. La Corte suprema statunitense e il I Emendamento*, in *Diritticomparati.it*, 2011, e L. Scaffardi, *op. cit.*, pp. 107-127.

29 J. Waldron, *op. cit.*, spec. pp. 47-52.

30 Corte europea dei diritti umani, sentenza del 9 febbraio 2012, *Vejdeland v. Svezia*, ricorso n. 1813/07, pubblicata in *Articolo29*: <http://www.articolo29.it/decisioni/corte-europea-dei-diritti-delluomo-prima-sezione-vejdeland-e-altri-contro-svezia-decisione-del-9-febbraio-2012/>.

31 *Dec. cit.*, § 55. L'interpretazione della *ratio* sottesa alla repressione del discorso d'odio pare quindi ben più ampia di quella accolta dalla Corte di Cassazione italiana che, con la sentenza del 22 maggio 2015, sez. I, n. 42727, ha sì ritenuto che il reato di incitamento alla violenza ed atti di provocazione commessi per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, sia un reato di pericolo che, quindi, si perfeziona indipendentemente dalla circostanza che l'istigazione sia accolta dai destinatari, ma ha affermato la necessità di valutare la concreta e intrinseca capacità della condotta a determinare altri a compiere un'azione violenta.

32 *Dec. cit.*, § 46.

33 Corte europea dei diritti umani, sentenza del 14 gennaio 2020, *Beizaras e Levckas c. Lituania*, ricorso n. 41288/15.



*sons and groups with varied identities»<sup>34</sup> che l'implicita legittimazione del discorso d'odio di fatto minaccia, quanto l'attenzione al "valore costituzionale" della dignità espressamente richiamato per descrivere le espressioni di odio rivolte ai giovani ricorrenti lesive del loro benessere psicologico e della loro dignità<sup>35</sup>.*

Infine, pochi mesi dopo, la Corte di Strasburgo è tornata ad esprimersi sull'*hate speech* omofobico non rinvenendo alcuna violazione della libertà di espressione nella condanna penale inflitta al ricorrente per avere formulato commenti di tenore diffamatorio e denigratorio nei riguardi delle persone omosessuali durante una trasmissione radiofonica soprattutto riferite a iniziative volte all'inclusione delle diversità intraprese da alcuni istituti scolastici della sua città. Con la decisione *Liellendahl v. Iceland*<sup>36</sup>, la Corte insiste, ancora una volta, sulla rilevanza pubblica delle espressioni di intolleranza, ribadendo come il necessario bilanciamento tra il diritto individuale alla libertà di manifestazione del pensiero ben può retrocedere dinanzi al «*more general public interest in the case encompassing the rights of gender and sexual minorities*»<sup>37</sup>.

#### 4. Brevi considerazioni conclusive: punire l'hate speech per una democrazia inclusiva, anche delle donne

Nei paragrafi precedenti si è inteso contribuire al dibattito costituzionalistico in materia di discorsi d'odio rivolgendolo l'attenzione alla opportunità, oltre che legittimità, di limitazioni della libertà di manifestazione del pensiero volte a renderla non tanto funzionale, quanto finalizzata all'attuazione di tre principi fondanti le liberal-democrazie contemporanee che non figuravano tra quelli caratterizzanti la forma di stato entro la quale tale libertà era stata concepita e proclamata: il pluralismo, l'eguaglianza sostanziale e la dignità umana. Vale però la pena domandarsi se quanto scritto riguardi il Ddl Zan. Detto altrimenti: davvero è possibile dubitare della costituzionalità di tale proposta normativa in ragione di un suo possibile contrasto con l'art. 21 Cost.? Non pare, infatti, sia stato sufficientemente sottolineato nel lungo e acceso dibattito degli ultimi due anni che il disegno di legge mira a punire esclusivamente l'istigazione alla discriminazione: la sanzionabilità della propaganda di cui all'articolo 604 *bis* rimarrebbe, infatti, circoscritta alle idee fondate sulla superiorità etnica o sull'odio razziale. Inoltre, come è già stato ben evidenziato in dottrina, la formulazione della disposizione induce a ritenere condotta istigatoria penalmente rilevante solo quella idonea a determinare il concreto pericolo che, in conseguenza dell'istigazione, possano essere compiuti atti discriminatori o violenti<sup>38</sup>. Non solo, ma ammesso e non concesso che ve ne sia bisogno, l'art. 4 del disegno di legge si premura altresì di far salve «la libera espressione di convincimenti od opinioni nonché le condotte legittime riconducibili al pluralismo delle idee o alla libertà delle scelte», con il solo limite dell'idoneità di quelle condotte e di quelle opinioni a «determinare il concreto pericolo del compimento di atti discriminatori o violenti».

Insomma, tanto rumore per nulla? Forse no, perché la questione della compressione della libertà di parola potrebbe essere sollevata anche con riferimento alle forme che<sup>39</sup> può assumere la discriminazione: del resto, già si sono levate voci critiche con riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sin dai tempi della sentenza *Feryn*, con cui si era ampliato il raggio d'azione della Direttiva 43/2000/CE in materia di eguaglianza etnico-razziale alle dichiarazioni discriminatorie, aprendo la strada a ulteriori pronunce degli stessi giudici di Lussemburgo, ma anche nazionali, che hanno ricondotto al divieto di discriminazione diretta le esternazioni pubbliche di potenziali datori di lavoro sia a contenuto razzista, sia omofobico, adducendo motivazioni spesso utilizzate per motivare la repressione penale dei discorsi d'odio<sup>40</sup>.

34 *Ivi*, § 107.

35 *Ivi*, § 117.

36 Corte europea dei diritti umani, sentenza del 11 giugno 2020, *Liellendahl v. Islanda*, ricorso n. 29297/18.

37 *Ivi*, § 47.

38 Cfr. A. Schillaci, *Riconoscere pari dignità promuovendo coesione: per una difesa del d.d.l. Zan*, in *Giustizia Insieme*, 13 luglio 2021 (<https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-penale/1855-riconoscere-paridignita-promuovendo-coesione-per-una-difesa-del-d-d-l-zan-di-angelo-schillaci>).

39 Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 10 luglio 2008, *Firma Feryn*, Causa C- 54/07.

40 Ci si limita qui a menzionare la recente decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 23 aprile 2020 *NH c. Rete Lenford*, Causa-507/18. Per un'analisi dell'impatto del diritto antidiscriminatorio europeo sull'esercizio della libertà di

Ciò premesso, tornando alla opportunità e legittimità costituzionale di un contrasto alle discriminazioni che preveda anche il ricorso al diritto penale, si intende in queste ultime righe esaminare brevemente la questione della lotta alla misoginia inclusa nel Ddl Zan, ribadendo come la sanzione dei discorsi odiosi, stigmatizzanti e denigratori debba intendersi come finalizzata al raggiungimento di una democrazia inclusiva. Democrazia, quest'ultima, che può essere qui intesa come 'deep democracy' per utilizzare l'espressione coniata da Iris Marion Young nella sua analisi critica delle dinamiche di esclusione proprie del modello tradizionale di democrazia deliberativa<sup>41</sup> e nella sua riflessione sugli strumenti volti a rendere effettive l'inclusione sociale e la partecipazione collettiva in condizioni di reale parità della cittadinanza<sup>42</sup>, tra i quali occupa un posto non trascurabile la repressione dell'*'hate speech'*<sup>43</sup>.

Ora, il rapporto tra donne e democrazia è tutt'altro che semplice e risolto. L'intervento del diritto nella lotta alle discriminazioni tra i sessi è iniziato decenni fa, almeno da quando il fattore "sesso" è entrato nel nucleo forte del principio di eguaglianza. Ma si tratta di una lotta condotta sul piano legislativo per lo più attraverso interventi nel settore del lavoro, della tutela della maternità, della parità di accesso a tutte le cariche pubbliche, senza però una adeguata attenzione alla tutela delle differenze e alle ragioni profonde, antiche e nascoste che hanno determinato la subordinazione del femminile al maschile.

La violenza maschile contro le donne, le manifestazioni di odio nei confronti delle donne e delle ragazze che hanno assunto proporzioni allarmanti, ovviamente anche a causa di internet, hanno messo in luce in modo inequivocabile il ruolo che gioca la misoginia nell'attuale perpetuazione dei rapporti di potere tra i sessi e delle asimmetrie che non vanno risolvendosi. Se questo è innegabile, perché sono state diverse le voci del femminismo italiano contrarie alla inclusione nel Ddl Zan dei fattori "sesso" e "genere"? Ad esempio, aspre critiche sono state rivolte alla tendenza di riferirsi al sesso utilizzando il termine "genere" in quanto potenzialmente idoneo a indebolire la protezione dei diritti delle donne ed erodere le conquiste ottenute da queste nel corso di decenni<sup>44</sup>. Molte parole si potrebbero spendere sul complesso concetto di genere e, soprattutto, sulla molteplicità di significati che questo può assumere. Ma ciò che preme qui sottolineare è come le battaglie femministe che si sono succedute non solo nei decenni, ma nei secoli, non sono affatto state condotte esclusivamente ragionando in termini di subordinazione fondata sul sesso biologico ma anche, e soprattutto, in base al genere. Quest'ultimo, non sempre menzionato, certo: ma essenzialmente perché nei movimenti suffragisti prima e, poi, in quelli della seconda metà del Novecento l'idea di genere era in via di elaborazione. Con una certa semplificazione, si può ritenere che il "genere" faccia la sua comparsa solo nel 1975 quando Gayle Rubin pubblica il celebre *The Traffick in Women*. È dunque, forse, questa la ragione per cui nell'art. 3, I c., Cost., esso non figura accanto al termine "sesso" (o al suo posto)<sup>45</sup>: certo, però, non si può affermare che la legge fondamentale italiana ignori la rilevanza e la problematicità dei ruoli e delle aspettative sociali e culturali associate al sesso biologico che costituiscono il genere<sup>46</sup>.

Davvero il Ddl Zan presuppone il modello Hegel secondo cui «il corpo è un nulla – un dato biologico, in effetti, non pensa e non sente – da cui si può prescindere con le sole operazioni della mente (l'auto-percezione o identità di genere)»<sup>47</sup>? Non mi pare, in quanto difficile è scorgere nella proposta normativa in esame una implicita obliterazione del *Manifesto di Rivolta femminile* di Carla Lonzi e del suo celebre

---

espressione si veda, *ex pluribus*, P. Quinn, *The problem of stigmatizing Expressions: The Limits of Anti-discrimination Approaches*, in *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 17, n. 1, 2017, pp. 23 ss.

41 I.M. Young, *Inclusion and Democracy*, New York, Oxford University Press, 2001 ed Ead., *Activist Challenges to Deliberative Democracy*, in *Political Theory*, vol. 29, n. 5, 2001, pp. 670-690.

42 Per un approfondimento e una discussione del modello di democrazia teorizzato da Young si rinvia a E. Piromalli, *Una democrazia inclusiva. Il modello di Iris Marion Young*, Milano, Mimesis, 2017.

43 I.M. Young, *Inclusion and Democracy*, cit., p. 48.

44 Il riferimento è alla "Dichiarazione dei Diritti delle Donne Basati sul Sesso" sottoscritta da accademiche e attiviste appartenenti alle organizzazioni femministe RadFem Italia, SeNonOraQuandoLibere, Arcilesbica e Udi che hanno aderito alla rete globale che aveva stilato la versione inglese di tale manifesto, la *Declaration on Women's Sex-Based Rights*, reperibile al link <https://www.womensdeclaration.com/en/>.

45 Cfr. sul punto anche T. Pitch, *Sul disegno di legge Zan*, in *Studi sulla questione criminale*, 6 maggio 2021 consultabile al link: <https://studiquestionecriminale.wordpress.com/2021/05/06/sul-disegno-di-legge-zan/> (si apre in una nuova scheda) che opportunamente precisa come decostruzione dell'istituzione genere non deve essere intesa come operazione finalizzata alla sua scomparsa quanto alla necessità che possano essere diversi e plurali i modi di intenderlo.

46 Su cui si veda diffusamente B. Pezzini, *Costruzione del genere e costituzione*, in B. Pezzini (cur.), *La costruzione del genere. Norme e regole. Corso di analisi di genere e diritto antidiscriminatorio*, vol. I, Studi, Bergamo University Press, Bergamo, 2012.

47 S. Niccolai, *La legge Zan e le ragioni del femminismo della differenza*, in *Il Manifesto*, 21 maggio 2021.

*Sputiamo su Hegel*<sup>48</sup>. Difficile è scorgere un ritorno a un passato ormai lontano in cui il pensiero della differenza non si era ancora affermato, in cui il c.d. soggetto imprevisto non aveva ancora fatto la sua comparsa: insomma, le perplessità di quella parte del femminismo italiano preoccupata che l'identità basata sul genere dichiarato si sostituisca all'identità basata sul sesso biologico, con una sorta di nuova forma di *silencing* delle donne che evidenziano l'importanza dell'elemento biologico sulla costruzione del sé sono tutt'altro che irrilevanti e, anzi, meriterebbero riflessioni ben più approfondite di quelle che si limita a proporre in questa sede. Ciò perché, solo per menzionare una delle critiche mosse al Ddl Zan, è senz'altro vero che non sta al legislatore «stabilire se il corpo è solo biologia, o se esso è senso, storia e intelligenza perché tutto questo è, per ognuna e ognuno, la materia viva del nostro proprio esistere»<sup>49</sup>. Ma dove si trova davvero traccia di tale operazione? Il “sesso” non scompare, ma è espressamente previsto come motivo dei crimini d'odio sanzionati accanto al “genere” e non è da questo sostituito. Ed è allora proprio la definizione di genere che viene proposta a non convincere e, forse, a inasprire il dibattito interno al pensiero femminista sulla repressione penale della misoginia. Il genere – a differenza della “identità di genere” – non è infatti da intendere come «qualunque manifestazione esteriore di una persona che sia conforme o contrastante con le aspettative sociali connesse al sesso» (art. 1) quanto, secondo la comune definizione condivisa nelle scienze sociali, diritto incluso, come «l'insieme dei comportamenti, doveri, credenze, aspettative che un particolare gruppo culturale ritiene definisca la condizione della donna e quella dell'uomo»<sup>50</sup>. Insomma, genere e identità di genere sono concetti assai diversi pur nelle loro molteplici sfaccettature: accostarli fino quasi a sovrapporli è un errore costato particolarmente caro al Ddl Zan.

48 C. Lonzi, *Sputiamo su Hegel. La donna clitoridea e la donna vaginale e altri scritti. Scritti di Rivolta Femminile*, Libreria delle donne, Milano, 1978, pp. 19-62.

49 S. Niccolai, *op. cit.*

50 Così V. Tripodi, *Convenzioni e generi. Donna (o uomo) si nasce o si diventa?*, in *Rivista di Estetica*, 2009, vol. 49, n. 2, pp. 39-57, p. 44.

*Alessio Lo Giudice\**

## Dal soggetto al sé situato. Sulla possibile filosofia dell'identità di genere

### Sommario

1. L'identità di genere come concetto contestato – 2. L'orizzonte anti-sostanzialista – 3. L'incompiutezza dell'identità – 4. Sulla crisi dell'idea moderna di soggetto – 5. Verso il modello del sé situato

### Abstract

In questo articolo, l'autore analizza il paradigma filosofico che potrebbe essere posto a fondamento del concetto di identità di genere richiamato dal cosiddetto Disegno di legge Zan. In particolare, esplorando la concezione anti-sostanzialista dell'identità individuale, quale ampio orizzonte teoretico coerente con un concetto di identità di genere di tipo costruttivista e narrativo, l'autore descrive la portata della crisi dell'idea moderna di soggetto e l'inadeguatezza di tale idea a interpretare la diffusa auto comprensione degli individui nelle società complesse. L'idea di un sé situato è dunque proposta come modello adatto a cogliere il senso dei processi contemporanei di identificazione individuale.

*In this article, the author analyses the philosophical paradigm that could make sense of the concept of gender identity included in the so-called Zan Bill. In particular, exploring the anti-substantialist conception of individual identity as the wide theoretical horizon consistent with a constructivist and narrative concept of gender identity, the author describes the scope of the crisis of the modern idea of subject and its inadequacy to interpret the widespread contemporary self-understanding of individuals living within complex societies. Then, the idea of a situated self is proposed since it seems apt to read the contemporary processes of individual identification.*

### 1. L'identità di genere come concetto contestato

Com'è noto, il Disegno di legge che ha per oggetto «Misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità», comunemente noto come Ddl Zan dal nome di uno dei suoi promotori, ha suscitato reazioni di segno opposto e un dibattito politico e culturale di ampio respiro. Il testo è stato approvato dalla Camera dei Deputati il 4 novembre del 2020 per poi arenarsi in Senato senza giungere, sin qui, all'approvazione definitiva.

Tra i concetti più discussi, in quanto richiamati esplicitamente dal Disegno di legge in questione, vi è senza dubbio quello di identità di genere. L'art. 1, lettera d, del Ddl Zan, definisce come identità di genere «l'identificazione percepita e manifestata di sé in relazione al genere, anche se non corrispondente al sesso, indipendentemente dall'aver concluso un percorso di transizione».

Dal punto di vista della politica legislativa, l'inclusione dell'identità di genere tra i motivi di discriminazione che si intendono contrastare, risponde chiaramente all'esigenza di ampliare il novero delle identità da proteggere e tutelare in quanto oggetto di discriminazione. La critica più ricorrente,

\* Professore Ordinario di Filosofia del diritto, Università di Messina.

nei confronti di tale scelta operata dai promotori del Disegno di legge, coglie invece nell'introduzione del concetto di identità di genere il sintomo di una deriva identitaria ed etichettante che, moltiplicando le differenze, creerebbe le condizioni per una sorta di *self-service* normativo fondato sul presunto valore giuridico di mere percezioni individuali.

Ma siamo davvero di fronte a tale deriva? Si può realmente leggere il riferimento all'identità di genere come espressione di un processo esponenziale di etichettamento che condurrebbe al riconoscimento di una serie indefinita di soggettività? Più a fondo, la categoria filosofica e giuridica della soggettività ci consente di leggere adeguatamente processi di identificazione paragonabili a quelli compresi nel concetto di identità di genere?

Dal punto di vista filosofico-giuridico, va prestata particolare attenzione al nesso, che la definizione di identità di genere sopra richiamata stabilisce, tra l'identificazione personale e, da una parte, l'auto-percezione che ciascuno ha di sé, e, dall'altra, il modo in cui ciascuno manifesta se stesso, in relazione, naturalmente, al genere. Si tratta di un nesso che esprime, a ben vedere, un concetto di identità diverso da quello tradizionalmente ancorato al paradigma moderno della soggettività. Il rapporto tra identificazione, auto-percezione e manifestazione è, infatti, comprensibile adeguatamente nella misura in cui si fa riferimento ad un concetto costruttivista di identità che chiama in causa l'idea di un sé situato più che quella di soggetto. Proprio sullo slittamento semantico da soggetto a sé situato, a partire da una ricognizione teoretica del concetto di identità, occorre dunque soffermarsi se si intende comprendere, in termini generali, il significato giuridico e culturale della proposta compresa nel Ddl Zan.

## 2. L'orizzonte anti-sostanzialista

In relazione al tema dell'identità, ed in termini immediatamente filosofici, la molteplicità si pone entro un livello intrasoggettivo. Ha a che vedere, in altre parole, con l'esigenza individuale – chiaramente non sempre soddisfatta come nel caso della schizofrenia – di ricondurre a unità, cioè di imputare a un unico referente, la molteplicità delle manifestazioni caratteriali, dei comportamenti, dei percorsi esistenziali e dei "gesti" corporei, riferibili allo stesso individuo<sup>1</sup>. I processi di identificazione svolgono quindi proprio una funzione sintetica di autoriconoscimento soggettivo. In questo caso, i concetti logici di identità in senso numerico e in senso qualitativo sono simultaneamente operativi. La sintesi identitaria è infatti sia una via per l'identificazione e la fissazione di un'individualità, sia un processo teso a sottolineare i fattori attraverso cui due enti possono dirsi identici<sup>2</sup>. La genesi di un'identità è quindi condizione tanto dell'inconfondibilità quanto della confondibilità tra due entità.

Per specificare questo livello logico dei processi di identificazione si può fare riferimento alla riflessione di Paul Ricoeur sul problema dell'identità personale. Per Ricoeur la questione dell'identità è legata alla questione della medesimezza a se stesso di un ente *x* entro un intervallo spazio-temporale *y*. Nell'ambito di uno scarto temporale limitato, per Ricoeur, l'identità-medesimezza si declina certamente secondo la tipologia numerica: «Di due occorrenze di una cosa, designata con un nome invariabile nel linguaggio ordinario, noi diciamo che esse non formano due cose differenti ma "una sola e medesima" cosa<sup>3</sup>». Ma d'altra parte, questo tipo di identità si articola anche in senso qualitativo, in termini di estrema somiglianza, al punto che di due enti si possa dire come sia «indifferente che li si scambi l'uno per l'altro<sup>4</sup>». Un diverso discorso riguarda la necessità, avvertita da Ricoeur, di introdurre un ulteriore

1 Naturalmente, il rapporto tra corpo e identità acquista una problematicità inedita in un contesto, quale quello contemporaneo, in cui, come sottolinea S. Amato, *Biogiurisprudenza. Dal mercato genetico al self-service normativo*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 106, le possibilità tecnologiche sembrano legittimare una pretesa manipolativa nei confronti del corpo stesso, conducendo a una soggettivizzazione del vincolo d'appartenenza a esso associato: «Il rapporto con il corpo si frammenta: abbiamo tutta una serie di tensioni che spingono ora dall'indisponibilità verso l'appartenenza (donazioni di organi, aborto, eutanasia, transessualismo) ora dalla disponibilità verso l'appartenenza (fecondazione artificiale, clonazione) ora dall'appartenenza verso l'indisponibilità (brevettabilità del vivente), delineando particolari forme di identità che non fanno ancora parte, in modo evidente ed esplicito, dell'esperienza giuridica, ma trovano riscontro in specifiche rivendicazioni, in attese di politica legislativa, in un modo complessivo di considerare il rapporto dell'uomo con se stesso».

2 A questo proposito C. Luzzati, *Cittadinanze immaginarie*, in *Filosofia giuridica della guerra e della pace*, V. Ferrari (a cura di), Milano, Franco Angeli, 2008, p. 223, parla di un'ambiguità interna al concetto stesso di identità, «quella tra l'identità come la corrispondenza ad uno stesso modello e l'identità come l'insieme delle caratteristiche che rendono un determinato individuo unico e irripetibile».

3 P. Ricoeur, *Sé come un altro*, Milano, Jaca Book, 1993 (ed. or. 1990), p. 204.

4 Ivi, p. 205.



fattore costitutivo dell'identità nel caso in cui la permanenza nel tempo di un ente – in particolare di un individuo – rinvii a un notevole lasso temporale. In una tale situazione, secondo Ricoeur, occorrerebbe riferirsi anche all'elemento della continuità ininterrotta fra gli stadi di sviluppo della medesima cosa.

In ogni caso, il livello logico-teoretico della questione identitaria sembra indicare una contrapposizione di tipo paradigmatico che condiziona la storia, e in particolare la semantica, dell'idea di identità<sup>5</sup>. È la contrapposizione tra un modello sostanzialista e un modello anti-sostanzialista. Nel caso del modello sostanzialista, l'identità è concepita come ciò che rimane identico nonostante tutti i cambiamenti, come espressione reale e materiale di un'unità ontologica, nonché come espressione di una sostanza pensante. Cartesio, come è noto, parla ad esempio dell'identità di un sé razionale. Questo paradigma si fonda sia sulla presupposizione di una sostanza ontologica preidentitaria espressa da un'identità biomateriale, sia sulla presupposizione di un'identità ideale e metafisica che ne precede l'espressione sociale e culturale. Nell'ambito invece del modello anti-sostanzialista, ci si può riferire all'approccio costruttivista (in un'ampia accezione dello stesso). L'identità sarebbe una creazione umana prodotta attraverso il metodo dell'autorappresentazione. Questa visione tende a radicare l'idea di identità nell'esperienza concreta. Si presuppone in tal modo una filosofia dell'impermanenza integrata da un'idea di identità (avanzata sia da Hume che da Locke, seppur con diversi presupposti filosofici) come coscienza di percezioni multiple o come coscienza di un sé nel tempo. Del resto, l'inserimento della tradizione fenomenologica, più o meno su quest'ultima base concettuale, conduce a concepire il sé come costruzione che si ottiene attraverso l'incontro delle coscienze in un teatro del riconoscimento reciproco. Ma l'identità per "noi" non corrisponde necessariamente all'identità per gli altri e i "giochi" identitari si svolgono proprio all'interno di questo scarto. Quindi, l'identità non è mai data, è sempre costruita e ricostruita.

Onde evitare fraintendimenti, occorre sottolineare il valore puramente orientativo dei modelli indicati. Non si tratta, naturalmente, di modelli onnicomprensivi e l'alternativa che la loro contrapposizione suggerisce non è certamente esclusiva. Nondimeno, la ricorrenza del riferimento, più o meno esplicito, a tali modelli in molteplici "luoghi" del pensiero occidentale sull'identità, induce a considerare l'alternativa tra sostanzialismo e anti-sostanzialismo alla stregua di una piattaforma semantica da cui non si può prescindere nell'ambito di una riflessione, seppur sintetica e generale, sul tema dell'identità.

Ebbene, il concetto di identità di genere pare riconducibile al modello anti-sostanzialista inteso in senso ampio, intercettabile all'interno di una sorta di pragmatismo sociale e di un approccio narrativo. L'identità di genere rinvia, infatti, a un concetto di identità quale prodotto delle relazioni tra attori sociali profondamente radicati nell'esperienza concreta. Si tratta di un modello costruito intorno alla tensione tra la pluralità nel tempo di contingenze identificanti e l'esigenza di inquadrare in senso unitario la molteplicità di questi eventi; di ricostruire il passato al fine di garantire la continuità dell'identità. Di conseguenza, abbiamo a che fare con un modello di identità narrativa secondo cui la struttura biografica sarebbe una condizione di pensabilità dell'identità stessa. A ben vedere, è il riferimento precedente alla dinamica dell'intrasoggettività e dell'intersoggettività a indicarci come sia razionalmente accettabile e comprensibile, ai nostri occhi (postmoderni?), soltanto un'identità *costruita* (anti-sostanzialista) attraverso una molteplicità di processi anziché un'identità data e faticosamente *scoperta* (sostanzialista) dopo una lunga ricerca.

D'altra parte, è il percorso stesso della filosofia moderna ad aver indotto, gradualmente, a porre in discussione il sostanzialismo in sé come presupposto cognitivo dei modelli epistemologici. Si tratta di un processo che ha chiaramente per origine filosofica generale la crisi della dimensione sostanzialistica del soggetto così come si è consolidata quanto meno attraverso le analisi di Locke e Hume sul tema dell'identità personale. In effetti, definendo l'identità personale, Locke rende marginale proprio il tradizionale rilievo attribuito all'elemento sostanzialistico, sottolineando invece la centralità del fattore della coscienza quale consapevolezza di sé nel tempo garantita dalla facoltà della memoria. L'identità personale consiste allora «nel fatto che un essere razionale sia sempre il medesimo; e di quel tanto che questa consapevolezza può venir portata al passato, a qualunque passata azione e pensiero, fin là giunge l'identità di quella persona<sup>6</sup>».

D'altra parte, l'idea dell'identità della coscienza in cui consisterebbe l'identità personale secondo Locke, in contrapposizione all'idea dell'identità della sostanza, trova in seguito un significativo riscontro negli scritti di Hume, sebbene sulla scorta di una severa critica al mito dell'Io. In realtà, per Hume l'identità non è che una finzione unificatrice poiché «noi non siamo altro che fasci o collezioni di diffe-

5 Per un'ampia ricostruzione del percorso storico, filosofico, sociale e anche letterario che caratterizza i modelli moderni dell'identità individuale, cfr. il noto testo di C. Taylor, *Radici dell'io. La costruzione dell'identità moderna*, Milano, Feltrinelli, 1993 (ed. or. 1989).

6 J. Locke, *Saggio sull'intelligenza umana*, tomo I, libro II, Roma-Bari, Laterza, 1988 (ed. or. 1690), p. 371.

renti percezioni che si susseguono con una inconcepibile rapidità, in un perpetuo flusso e movimento<sup>7</sup>». Occorrerebbe comunque chiedersi che cosa renda inclini gli individui ad attribuire e attribuirsi un'identità nonostante l'evidente carattere incompiuto, variabile e contingente di tutte le esperienze, di tutte le percezioni usando il linguaggio humeano, che si presume caratterizzino la soggettività.

Hume avverte l'esigenza di rispondere a una tale questione e ritiene di poter individuare la causa di questa inclinazione, che conduce a risultati fallaci, nella diffusa confusione concettuale tra l'idea di identità come medesimezza di un ente entro un intervallo temporale, e la successione di oggetti differenti sebbene connessi da una stretta relazione. La somiglianza tra l'idea dell'identico in sé e quella della relazione tra oggetti in successione sarebbe la causa dell'errore su cui si fonda la teoria dell'identità. Ma pur consci dell'errore, di un errore che ci rapisce prima di qualsiasi consapevolezza, non saremmo in grado di liberarcene, di indicare con lucida razionalità, secondo Hume, l'illusione dell'unità soggettiva e «l'ultimo nostro ripiego, allora, è di arrenderci e affermare sfacciatamente che questi differenti oggetti in relazione sono in verità la stessa cosa, per quanto interrotti e variabili [...] così ci fingiamo una continuata esistenza delle nostre percezioni sensibili per negarne l'interruzione, e ricorriamo alla nozione di un'anima, di un io, di una sostanza, per mascherare la variazione<sup>8</sup>».

Ebbene, secondo Hume, pur assumendo la consapevolezza della natura fittizia dell'identità personale, occorre nondimeno capirne la struttura concettuale, sottolineando come l'identità non appartenga alle differenti percezioni bensì si presenti come qualità attribuita alle percezioni stesse in virtù dell'unione delle idee associate alle percezioni nell'immaginazione. Sulla base di questa struttura, nel caso dell'identità personale, secondo Hume, le qualità che possono unificare le idee attraverso l'immaginazione coincidono con le relazioni di rassomiglianza e di causalità tra le varie percezioni. E come abbiamo già visto ricostruendo l'analisi di Locke, la memoria svolge un ruolo determinante nell'instaurare questa serie di relazioni, «la memoria non soltanto scopre l'identità, ma contribuisce anche alla sua produzione, producendo fra le percezioni la relazione di rassomiglianza<sup>9</sup>», e inoltre «poiché la memoria, sola, ci fa conoscere la continuità e l'estensione di questa successione di percezioni, essa deve essere considerata, per tal ragione principalmente, l'origine dell'identità personale. Se non avessimo la memoria, non si potrebbe avere nessuna nozione della causalità, né, per conseguenza, di quel concatenamento di cause ed effetti che costituisce il nostro io, o la nostra persona<sup>10</sup>».

Una concezione così connotata, seppur anche attraverso le importanti distinzioni tra il pensiero di Locke e quello di Hume, conduce comunque a sottolineare un tratto di fondo dell'orientamento che qui si sta analizzando, consentendo quindi, entro certi limiti, una prudente generalizzazione. Mi riferisco all'idea dell'incompiutezza di qualsiasi identità. Un'idea che traspare, ad esempio, dal contesto della riflessione postanalitica sul tema dell'identità. La tesi della pluralità degli "io" nel tempo, efficacemente esposta ad esempio da Derek Parfit<sup>11</sup>, o dell'irriducibile molteplicità sincronica delle identità del sé, magistralmente indicata da Jon Elster<sup>12</sup>, convergono nel sottolineare come ogni esperienza identitaria abbia un che di incompiuto, come sia espressione non soltanto di un nesso indissolubile tra identità e contesti storico-sociali di per sé mutevoli, ma anche di una strutturale disomogeneità e inessenzialità della categoria dell'identità.

### 3. L'incompiutezza dell'identità

Il riferimento all'incompiutezza permette, del resto, di precisare ulteriormente lo statuto concettuale di un'identità che non sia sostanziale, onde evitare il rischio di un dogmatismo postanalitico e decostruzionista che conduca alla frammentazione e alla disarticolazione di qualsiasi identità. L'identità come processo incompiuto segnala infatti il potenziale del concetto di identità correttamente inteso e non certo il suo esaurimento. Pensare l'identità come esperienza mai definitivamente compiuta equivale a comprendere come l'identità sia espressione di una possibilità e, per converso, della possibilità stessa di un altrimenti. L'incompiutezza, così intesa, indica come il risultato identitario non sia frutto della

7 D. Hume, *Trattato sulla natura umana*, libro I, in Id., *Opere filosofiche 1*, VII ed., Roma-Bari, Laterza, 2004 (ed. or. 1739), p. 264.

8 Ivi, p. 266.

9 Ivi, pp. 272-273.

10 Ivi, p. 273.

11 Cfr. D. Parfit, *Ragioni e persone*, Milano, il Saggiatore, 1989 (ed. or. 1984).

12 Cfr. J. Elster, *L'io multiplo*, Milano, Feltrinelli, 1991 (ed. or. 1985).

necessità bensì di una libertà esistenziale che ha inverato una possibilità tra le altre. Naturalmente, non si tratta di una possibilità sospesa in aria, di una possibilità astrattamente assoluta, bensì di una possibilità che si nutre di una pluralità di fattori anche di natura biologica. L'incompiutezza identitaria, che non equivale di certo a discontinuità ma che anzi comporta la continua ricerca di elementi di continuità così come si evince dalle riflessioni di Locke e di Hume, veicola comunque il carattere progettuale di ogni processo di formazione identitaria come esistenza "infondata" eppure possibile. In tal senso, l'idea dell'incompiutezza sottolinea l'assenza di un fondamento sostanziale compiuto e definitivo per l'identità individuale. Ma ciò non deve di certo condurre verso una sorta di negazionismo identitario cui potrebbe approdare un anti-sostanzialismo estremo. Occorre evidenziare invece l'intimo carattere umano ed esistenziale di ogni identità, «proprio per questa sua fisiologica fragilità, proprio in quanto risultato di un cum-tangere, di una serie non-lineare di congiunzioni singolari e non replicabili, ogni identità [...] rappresenta un bene prezioso da salvaguardare e custodire: annientarla o lasciarla morire significa infatti spegnere una volta per sempre una luce, uno sguardo, una finestra sul mondo<sup>13</sup>».

L'incompiutezza, allora, assume le caratteristiche di una chiave di lettura che consente di aprire un ulteriore varco nella comprensione concettuale della categoria dell'identità. In particolare, consente di cogliere la natura intrinsecamente relazionale di qualsiasi identità, così come si evince dalla costellazione di significati evocata dall'identità di genere. L'aspetto relazionale si dispiega attraverso due rapporti principali, quello tra il soggetto e se stesso nel tempo, nel passato come nel futuro, e quello tra il soggetto e l'"altro". Si tratta chiaramente delle già indicate dinamiche intrasoggettive e intersoggettive.

Queste due dinamiche, che seguendo un ragionevole approccio interazionista non possono essere mai del tutto scisse e analizzate autonomamente, costituendo al contrario fattori intersecantesi di costruzione identitaria<sup>14</sup>, corrispondono a due logiche di identificazione. La prima dinamica corrisponde alla logica dell'autoriconoscimento mentre la seconda implica la logica dell'eteroriconoscimento; «la prima è la dimensione integrativa in quanto, integrando aspetti diversi, conferisce stabilità e continuità nel tempo al soggetto. La seconda è la dimensione locativa, in quanto – attraverso processi di classificazione e di riconoscimento sociale – consente di collocare l'individuo entro categorie più ampie, entro confini che lo rendono affine agli altri che con lui li condividono<sup>15</sup>».

L'aspetto relazionale è senza dubbio legato a una teoria sociale dell'identità, o radicalmente sociale quale quella di George H. Mead, il cui pensiero può essere considerato come la fonte di ispirazione principale, nel novecento, delle più influenti concezioni relazionali e comunicative<sup>16</sup>. Del resto, il rapporto tra dimensione integrativa e dimensione locativa esprime al meglio la dialettica Io/Me nei termini in cui è presentata proprio da Mead<sup>17</sup>. Cioè la dialettica tra l'autoriconoscimento del sé come soggetto e l'eteroriconoscimento del soggetto operato dagli altri, dagli altri significativi in particolare.

È bene sottolineare come le concezioni relazionali vadano lette soprattutto alla luce del contesto contemporaneo degli studi fenomenologici sull'interazione sociale. Sarebbe quindi azzardato e fuorviante, sulla base della semplice e apparente affinità terminologica di tali impostazioni con una più generale dialettica del riconoscimento, associare acriticamente, come è accaduto anche in sede di commento critico del Ddl Zan, le concezioni relazionali a una tradizione filosofica imponente e impegnativa come è quella hegeliana. In quest'ultimo caso, la categoria del riconoscimento andrebbe infatti inquadrata correttamente nella più ampia prospettiva dello storicismo hegeliano e quindi alla luce del movimento di realizzazione dello Spirito Assoluto nella Storia. Nello specifico, come è noto, la categoria del riconoscimento deriva dal rapporto tra coscienza e autocoscienza per come è pensato da Hegel, soprattutto nelle celebri pagine della *Fenomenologia dello spirito* dedicate alla dialettica tra signoria e servitù. Pur non potendosi soffermare in questa sede su un "luogo" così significativo della filosofia moderna,

13 G. Marramao, *Passaggio a Occidente. Filosofia e globalizzazione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003, p. 99.

14 Di tale inscindibilità appare perfettamente consapevole J. Habermas, *Per la ricostruzione del materialismo storico*, Milano, Etas Libri, 1979 (ed. or. 1974), p. 76, quando afferma che: «La riflessività dell'Io viene a formarsi contemporaneamente con l'intersoggettività del reciproco riconoscimento».

15 L. Sciolla, *Dimenticare l'identità o le concezioni riduzioniste dell'identità? Note sull'oscillazione di un concetto*, in *La società degli individui*, 2007, vol. 29, n. 2, p. 43.

16 È importante sottolineare come l'essenzialità dell'aspetto relazionale, in primo luogo tra l'individuo e il contesto sociale di riferimento, per cogliere la struttura dei processi di formazione identitaria, sia stata recepita e sviluppata anche da orientamenti psicanalitici che per questi aspetti si distanziano da certa tradizione freudiana. Cfr. S. Mitchell, S. *Gli orientamenti relazionali in psicoanalisi. Per un modello integrato*, Torino, Bollati Boringhieri, 1993 (ed. or. 1988).

17 Cfr. G.H. Mead, *Mente, sé e società: dal punto di vista di uno psicologo comportamentista*, Firenze, Giunti Barbera, 1966 (ed. or. 1943). A questa dialettica, sempre attraverso la relazione tra autoriconoscimento ed eteroriconoscimento, può aggiungersi quella Io/Noi come espressione storicamente caratterizzata dei modelli di identità sociale che si consolidano nel tempo. Per una ricostruzione in tal senso si veda il noto testo di N. Elias, *La società degli individui*, Bologna, il Mulino, 1990 (ed. or. 1987).



che meriterebbe ben altra analisi anche al fine di coglierne lo scarto con i riferimenti contemporanei ai processi di riconoscimento sociale, occorre comunque sottolineare che nell'analisi hegeliana pare avvertirsi la critica dell'idea dell'originarietà dell'autocoscienza, in quanto quest'ultima deve presupporre, come sua condizione di pensabilità, il riconoscimento da parte di un'altra autocoscienza. Come scrive infatti Hegel nella *Fenomenologia dello spirito*, senza un tale riconoscimento, l'autocoscienza non sa di sé e quindi non è tale: «L'autocoscienza è in sé e per sé solo quando e in quanto è in sé e per sé per un'altra autocoscienza, cioè solo in quanto è qualcosa di riconosciuto<sup>18</sup>».

In ultima analisi, occorre dunque sottolineare come ciò che la concezione relazionale, attraverso il suo intreccio con l'interazionismo sociale<sup>19</sup>, ci permette di sottolineare, sia proprio la complessità di ogni processo di formazione identitaria.

#### 4. Sulla crisi dell'idea moderna di soggetto

Alla luce di questa ricostruzione, necessariamente generica, dell'orizzonte anti-sostanzialista di riflessione sul concetto di identità, si comprende bene come un processo di identificazione, come è quello relativo al genere, incentrato sulla percezione e sulla manifestazione momentanee di sé, sia riconducibile ad un approccio costruttivista, narrativo, fondato sul carattere determinante dei contesti relazionali, sociali e culturali, e sulla dialettica tra autoriconoscimento ed etero-riconoscimento. Un concetto di identità che vede nel rapporto irrisolto tra molteplicità e unità il problema dell'identità e la sua condizione logico-teoretica di pensabilità in un processo che resta inesorabilmente incompiuto. L'identità di genere non evoca dunque una prospettiva etichettante e cristallizzante. Evoca, al contrario, la fluidità dei processi individuali identitari non riducibili ad alcuna gabbia concettuale. Certamente condizionati dal dato biologico ma, ancora una volta, non riducibili ad esso. In tal senso, non bisogna confondere la rivendicazione dell'identità di genere con rivendicazioni che appartengono ad altre declinazioni della politica delle differenze. Declinazioni, in particolare, di tipo culturalista, come sono quelle legate a certo multiculturalismo sostanzialista e all'affermazione dei cosiddetti diritti collettivi culturali.

In realtà, il concetto di identità di genere testimonia la crisi dell'idea moderna di soggetto e quindi di soggetto giuridico (astratto, pensato in universale, disincarnato e indipendente) di ascendenza cartesiana e, socialmente, borghese. Si tratta di una crisi risalente, le cui ragioni di fondo sono già presenti nelle riflessioni filosofiche di taglio critico che seguono la parabola moderna della soggettività. In questo senso, l'astrattezza del soggetto razionale nello stato di natura che precede l'istituzione è oggetto di critiche filosofiche serrate sin dalla sua comparsa e per i secoli a seguire. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla linea storicista, inaugurata dalla critica hegeliana alle teorie contrattualistiche<sup>20</sup>, tesa ad affermare come l'individuo sia pensabile come soggetto soltanto nello Stato, nell'autocoscienza di appartenere all'ente collettivo che realizza lo spirito oggettivo, la verità nella storia. Proprio nelle pagine dei *Lineamenti di filosofia del diritto* dedicate alla critica del contrattualismo, Hegel infatti scrive: «Ma lo stato ha un rapporto del tutto diverso con l'individuo; giacché lo stato è spirito oggettivo, l'individuo stesso ha oggettività, verità ed eticità soltanto in quanto è un membro del medesimo»<sup>21</sup>. Quindi il soggetto individuale non può essere pensato quale fondamento ultimo dello Stato in quanto la volontà singola (che tanto Hobbes quanto Rousseau isolano come presupposto razionale fondativo) «contiene soltanto uno dei momenti, perciò unilaterale, dell'idea della volontà razionale, la quale è ciò soltanto grazie al fatto che essa è tanto in sé, quanto è per sé<sup>22</sup>».

18 G.W.F. Hegel, *Fenomenologia dello spirito*, Milano, Rusconi, 1995 (ed. or. 1807), p. 275. Tra le varie interpretazioni della teoria del riconoscimento proposta da Hegel, si segnala la celebre analisi di K. Marx, *Manoscritti economici-filosofici del 1844*, VII ed., Torino, Einaudi, 1980 (ed. or. 1932), che interpreta strumentalmente l'opera hegeliana come comprensione dello statuto dell'uomo reale quale prodotto del suo lavoro, e l'altrettanto nota interpretazione di A. Kojève, *Introduzione alla lettura di Hegel*, Milano, Adelphi, 1996 (ed. or. 1947), che sottolinea alcuni tratti esistenziali legati al desiderio della lotta, dell'amore e della morte. Per un ulteriore e noto contributo che trae spunto dalla teoria hegeliana del riconoscimento, cfr. A. Honneth, *Lotta per il riconoscimento. Proposte per un'etica del conflitto*, Milano, il Saggiatore, 2002 (ed. or. 1992).

19 Per un'espressione significativa di tale approccio cfr. E. Goffman, *Modelli di interazione*, Bologna, il Mulino, 1971 (ed. or. 1967).

20 Un'altrettanto nota critica alle teorie del contratto sociale, fondata sulla irriducibilità dello Stato all'unione di interessi soggettivi, è quella avanzata da E. Burke, *Riflessioni sulla rivoluzione francese e sulle deliberazioni di alcune società di Londra ad essa relative: in una lettera destinata ad un gentiluomo parigino*, in Id., *Scritti politici*, Torino, Utet, 1963, pp. 144-443 (ed. or. 1790).

21 G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2001, § 258, p. 196 (ed. or. 1821).

22 Ivi, p. 197.

Sul piano della dialettica materialista poi, e dal punto di vista dei rapporti di produzione, la critica all'idea del soggetto razionale presociale, isolato e autonomo, come fondamento della società civile, è naturalmente e ulteriormente sviluppata nella dottrina marxiana. Marx non può infatti che sottolineare la genesi storico-sociale dell'individuo così pensato, falsificando di conseguenza la validità teoretica del soggetto come atomo isolato: «Solo nel XVII secolo, nella "società civile", le differenti forme dei nessi sociali si presentano al singolo come un puro mezzo per i suoi fini privati, come una necessità esteriore. Ma l'epoca che crea questo modo di vedere, il modo di vedere del singolo isolato, è proprio quella dei rapporti sociali (generalmente per questo modo di vedere) finora più sviluppati<sup>23</sup>».

Nonostante il vigore di tali critiche, l'impressione è che la crisi del soggetto razionale pensato in universale sia dovuta, soprattutto, alle molteplici svolte, dal punto di vista storico e culturale, che hanno minato la sostanza concettuale dell'idea del soggetto come astrazione fondatrice. In questa sede mi limiterò a indicare in modo schematico e non esaustivo due possibili cause generali, rispettivamente in prospettiva sociale e storica<sup>24</sup>.

Dal punto di vista sociale, la svolta rilevante è data dall'irrompere culturale e politico della massa nello scenario europeo<sup>25</sup>. I processi innescati con la rivoluzione industriale, con la coscrizione obbligatoria culminante nella chiamata alle armi della massa nella prima guerra mondiale, quindi con il progressivo ampliamento del suffragio, determinano il protagonismo sociale di un aggregato informe e indistinto, disorganizzato, privo di qualsiasi autocoscienza di gruppo, economicamente subalterno, che stravolge le coordinate urbane e culturali dell'Europa moderna. Da non confondere con i partiti di massa (che a una classe sociale autocoscienza del proprio ruolo storico nel perseguire un interesse generale comunque fanno riferimento), la massa è composta da uomini sradicati che vivono come atomi, politicamente passivi, in balia del flusso sociale ed emotivo di una folla. È evidente quindi come la singolarità dell'uomo-massa<sup>26</sup> sia esattamente il contrario della soggettività razionale.

Anzi, si può ben dire che l'esperienza storica della massa (in cui gli individui non agiscono certo quali enti autonomi e liberi ma piuttosto secondo una passiva conformità a movimenti di folle irresponsabili) si riflette sulla pensabilità stessa del soggetto razionale. La massa esprime infatti un che di controfattuale rispetto alla possibilità di pensare a un soggetto dotato di volontà autonoma.

Quanto alla svolta sul piano storico, non a caso la cesura determinante rispetto a qualsiasi filosofia della soggettività è favorita, se non determinata, dallo stesso avvento delle masse. Mi riferisco al fenomeno dei totalitarismi<sup>27</sup>. Come Hannah Arendt<sup>28</sup> ha acutamente mostrato, l'uomo-massa è infatti inevitabilmente attratto dai movimenti totalitari che vengono percepiti come una direzione di senso

23 K. Marx, *Introduzione alla critica dell'economia politica*, Macerata, Quodlibet, 2010, p. 12 (ed. or. 1902-1903).

24 Ovviamente, tale idea filosofica è messa in discussione anche da prospettive diverse da quella sociale e storica che, per l'economia del testo, non possiamo trattare in questa sede. Basti pensare a come il soggetto pensato in universale sia posto in bilico anche dall'evoluzione del pensiero scientifico in senso stretto. In particolare, ciò che è oggetto ormai di un'annosa discussione è l'effettiva pensabilità della dimensione della libertà soggettiva a fronte degli studi, soprattutto nel campo delle neuroscienze, che avallano una concezione deterministica dei processi mentali e quindi delle azioni conseguenti. Per un'analisi filosofica di tali questioni, alla luce di posizioni comunque differenti, si segnalano, tra gli altri: J. Searle, *Libertà e neurobiologia. Riflessioni sul libero arbitrio, il linguaggio e il potere politico*, Milano, Bruno Mondadori, 2005 (ed. or. 2004); D. C. Dennet, *L'evoluzione della libertà*, Raffaello Cortina, Milano 2004 (ed. or. 2003). Ma si pensi anche all'impatto dei processi tecnologici che hanno reso possibile la scomposizione del corpo umano con tutte le conseguenze immaginabili sulla raffigurazione del soggetto come unità sintetica (cfr. S. Amato, *Biogiurisprudenza. Dal mercato genetico al self-service normativo*, cit.).

25 La letteratura su tale concetto è ovviamente sterminata. Qui ci si limita a segnalare alcuni celebri testi chiave, che presentano però posizioni notevolmente differenziate, per la comprensione del ruolo della massa nel XIX e nel XX secolo dal punto di vista, rispettivamente, psicologico, sociologico e storico culturale: S. Freud, *Psicologia delle masse e analisi dell'io*, in Id., *Il disagio della civiltà e altri saggi*, Torino, Bollati Boringhieri, 1971 (ed. or. 1921); W. Kornhauser, *The Politics of Mass Society*, New York, The Free Press, 1959; E. Canetti, *Massa e potere*, Milano, Adelphi, 1981 (ed. or. 1960).

26 Di uomo-massa parla J. Ortega Y Gasset, *La ribellione delle masse*, Milano, SE, 2001 (ed. or. 1930), riferendosi all'uomo medio che in modo acritico si cura esclusivamente del proprio benessere senza tener conto dell'alterità e di qualsiasi dimensione autenticamente intersoggettiva entro cui realizzare la propria autonomia individuale. Significativa a questo proposito una definizione psicologica del concetto di massa che il filosofo spagnolo propone (p. 50): «Massa è tutto ciò che non valuta se stesso – né in bene né in male – mediante ragioni speciali, ma che si sente "come tutto il mondo", e tuttavia non se ne angustia, anzi si sente a suo agio nel riconoscersi identico agli altri».

27 Per una riflessione generale sul totalitarismo si veda, tra gli altri, D. Fisichella, *Analisi del totalitarismo*, Messina-Firenze, D'Anna, 1978. Per una riflessione dal carattere provocatorio sull'indulgenza nei confronti delle prospettive totalitariste che sarebbe tipica della critica proveniente da sinistra alla società liberale, cfr. J.-F. Revel, *La tentazione totalitaria*, Milano, Rizzoli, 1976 (ed. or. 1976).

28 È d'obbligo, in questo caso, il richiamo a H. Arendt, *Le origini del totalitarismo*, Torino, Einaudi, 2004 (ed. or. 1951).

irresistibile per chi vive nell'anomia della massificazione sociale. Quest'ultimo processo è alimentato dagli stessi programmi politici dei regimi totalitari volti a eliminare tutti gli spazi di autonomia, associativa o individuale, che consentano al soggetto di pensarsi come tale. Una siffatta strategia raggiunge poi proporzioni inaudite attraverso il trattamento nei campi di concentramento e lo sterminio. Prima ancora dell'eliminazione fisica, il trattamento dei deportati mira in sé ad annichilire l'identità soggettiva, attraverso l'eliminazione di tutto ciò che è personale e soggettivo (nome, capelli, vestiti...) sostituendolo con il carattere omologante e massificante di una divisa, di un numero di matricola, di condizioni di vita inumane.

L'annichilimento dell'identità individuale (con le conseguenze di natura esistenziale che esso comporta proprio rispetto alla possibilità, per una civiltà, di pensare ancora l'idea di soggetto<sup>29</sup>) si riflette anche sulla tenuta politica della soggettività. I totalitarismi sono infatti da una parte espressione della massima tracotanza dell'uomo artefice del proprio destino, che pensa di realizzare la verità nella storia, di rendere immanente il popolo, di giungere all'identità governanti-governati, non ammettendo di conseguenza alcun dissenso in quanto coincidente, dal suo punto di vista, con un rifiuto della verità<sup>30</sup>. Ma sono dall'altra anche l'emblema della capacità dell'uomo di autodistruggere se stesso.

Il soggetto è messo in discussione, nella sua realtà materiale e immateriale, dallo Stato-potenza – dalla macchina che egli stesso ha costruito, messo in moto, e di cui fa parte. Si tratta, come è evidente, di una contraddizione radicale (il fondamento che uccide se stesso) che, una volta esplosa durante la II guerra mondiale, complica qualsiasi pensiero sulla soggettività autonoma e fondatrice<sup>31</sup>. Ciò che rimane da una tale esplosione storica non può allora che essere la mera singolarità immanente, un pulviscolo di individui storicamente differenziati, le cui specificità materiali si tramutano inevitabilmente in fattori identitari. Si tratta di individui che non possono più pensarsi in universale come soggetti, pena il rischio di una nuova autodistruzione. Individui sempre più propensi a rinunciare a forme di riconoscimento universale (la soggettività appunto) per approdare invece a esperienze di riconoscimento particolare e momentaneo, costruite a partire dall'auto-percezione contingente che ciascuno ha di sé e dal modo in cui ciascuno si manifesta agli altri.

## 5. Verso il modello del sé situato

Ciò che l'esplosione delle differenze produce sempre più, nell'auto-comprensione individuale, è dunque un slittamento di senso dal modello del soggetto a quello del sé situato. In particolare, dal modello del soggetto al modello del sé situato in un contesto relazionale, sociale e culturale. Uno slittamento già registrato, in realtà, dalla nostra Costituzione, nel suo impianto, nella sua trama, nel suo tessuto etico e antropologico. Basti pensare, a titolo di esempio, al primo comma del terzo articolo della Costituzione

29 Sulla portata di tali conseguenze sono oltremodo significative le riflessioni di T. W. Adorno, *Metafisica. Concetto e problemi*, Torino, Einaudi, 2006, pp. 124-125 (ed. or. 1998), elaborate in un corso di lezioni tenute nel 1965 presso l'Università di Francoforte. Come ogni metafisica, anche la metafisica della soggettività non può che essere infatti intaccata dalla difficoltà, post-totalitaria, di affermare ciò che è, nel nostro caso di affermare l'esserci del soggetto: «Questa tesi secondo cui ciò che è ha un senso, intesa come una tesi ontologica, con le esperienze che si sono fatte non solo ad Auschwitz ma anche con l'introduzione della tortura come istituzione duratura e con la bomba atomica – tutte queste cose formano una specie di connessione, di unità infernale – rispetto a queste nuove esperienze è una beffa l'affermazione di un senso di ciò che è, il carattere affermativo che si addiceva quasi senza eccezione alla metafisica».

30 B. Montanari, *Itinerario di filosofia del diritto*, Padova, Cedam, 1999, p. 87, individua proprio nell'ipertrofia del soggetto una causa della sua eclissi, della sofferenza del soggetto per il soggetto: «Alla fine dell'epoca moderna il soggetto è risultato così filosoficamente ingigantito, è diventato un "Io" così grande, invadente e onnicomprensivo, da aver fatto propria la stessa dimensione "metafisica" (la c.d. "metafisica della soggettività") fino a trasformare la violenza come una sua espressione valorativa».

31 Ritengo che questa lettura sia compatibile, se non affine, con la celebre analisi proposta da T.W. Adorno, M. Horkheimer, *Dialettica dell'illuminismo*, Torino, Einaudi, 1997 (ed. or. 1944) in cui si afferma che i totalitarismi non sono un incidente storico ma, al contrario, l'esito di un processo avviato con il razionalismo illuminista. A lungo andare, la ragione-calcolo, estesa alla costruzione dell'ordine politico e sociale, ha infatti condotto a una amministrativizzazione totalizzante della società stessa, in cui gli uomini sono ridotti a cose come altre. Una società che li ha quindi privati della possibilità di pensarsi come soggetti. Dal progetto di emancipazione degli uomini, in base al quale l'illuminismo «ha perseguito da sempre l'obiettivo di togliere agli uomini la paura e di renderli padroni» (p. 11), si è giunti a ipostatizzare l'astrazione soggettiva ponendola a fondamento di un puro calcolo che non tiene conto dell'umanità materiale e che dunque conduce alla progressiva distruzione dell'uomo-soggetto da cui tutto è partito: «L'astrazione, lo strumento dell'illuminismo, opera con i suoi oggetti come il destino di cui elimina il concetto: come liquidazione» (p. 21).

in cui vi è un esplicito riferimento alle “condizioni personali e sociali” dei cittadini. Riferimento ribadito poi nel secondo comma attraverso il richiamo all’obbiettivo del “pieno sviluppo della persona umana”.

Del resto, nell’ambito del dibattito filosofico-giuridico e filosofico-politico, in anni relativamente recenti, il modello del sé situato quale orizzonte alternativo a quello incarnato dalla soggettività astratta è al centro della contrapposizione tra *liberals* e *communitarians*. Basti pensare al testo di Michael Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice* del 1982<sup>32</sup>, considerato il punto di partenza del dibattito tra liberalismo e comunitarismo. Le posizioni in esso assunte da Sandel si apprendono in negativo attraverso le contestazioni mosse alla concezione del soggetto proposta da John Rawls in *A Theory of Justice*<sup>33</sup>, riconducibile alla tradizione moderna della soggettività giuridica astratta. Una delle tesi di Sandel è che il soggetto, nell’accezione rawlsiana, sia pensato come un’unità o un’identità esistente precedentemente a (e indipendentemente da) le scelte personali relative ai valori da sostenere e ai fini da perseguire. In una battuta, il sé rawlsiano sarebbe un sé “antecedentemente individuato”. In positivo, Sandel attribuisce invece una valenza costitutiva all’elemento valoriale e teleologico sul piano personale. In questo senso, sarebbe inammissibile un sé interamente “non gravato” dalle influenze determinanti delle proprie aspirazioni fondamentali, pur se permanentemente aperto alla crescita e alla trasformazione personale frutto del processo di autocomprensione individuale.

Sandel contesta la visione dell’individuo come soggetto del possesso. Essa implica un particolare rapporto del sé con i propri fini, un rapporto in cui il soggetto sarebbe capace di distanziarsi totalmente dagli obiettivi che si pone: «Una conseguenza di questa distanza [quella tra ciò che il soggetto del possesso è e ciò che vuole] è che l’io va messo oltre la portata dell’esperienza, per renderlo invulnerabile, per fissarne l’identità una volta per tutte. Nessun impegno dovrebbe coinvolgermi così profondamente da non potermi riconoscere senza di esso. Nessuna trasformazione degli scopi e dei progetti di vita potrebbe essere tanto sconvolgente da mandare in frantumi i contorni della mia identità. Nessun progetto potrebbe essere così essenziale che l’allontanamento da esso possa mettere in discussione la persona che io sono. Data la mia indipendenza dai valori che non mi sono propri, posso sempre stare separato da loro; la mia identità pubblica in quanto persona morale “non è influenzata dai mutamenti del tempo” che intervengono nella mia concezione del bene<sup>34</sup>».

Ma l’idea del sé situato emerge con chiarezza anche in un luogo classico della filosofia politica novecentesca, come è il capitolo nono del già citato *Le origini del totalitarismo* di Hannah Arendt, in cui è avanzata una critica serrata alla logica soggettivista dei diritti umani. Ciò che la Arendt critica, in particolare, è la riduzione dell’identità personale al dato biologico. Alla nuda vita dell’uomo o della donna intesi come semplici appartenenti ad una specie con la conseguente svalutazione del vissuto, della storia, degli affetti, delle appartenenze e di tutto ciò che situa una persona concreta entro determinate coordinate di vita: «La concezione dei diritti umani è naufragata nel momento in cui sono comparsi individui che avevano perso tutte le altre qualità e relazioni specifiche, tranne la loro qualità umana. Il mondo non ha trovato nulla di sacro nell’astratta nudità dell’essere-uomo<sup>35</sup>».

Ebbene, queste riflessioni, a cui se ne potrebbero aggiungere altre, mostrano quanto sia storicamente e teoreticamente coerente il richiamo normativo all’identità di genere quale espressione dei processi di auto-riconoscimento delle persone in quanto sé situati. Il diritto e la scienza giuridica, in particolare, dovrebbero dunque fare i conti con le condizioni antropologico-sociali del contesto contemporaneo, differenti rispetto a quelle che condussero all’affermazione del soggetto nella prima modernità. Non si tratta più, infatti, di lottare contro la gerarchia e le discriminazioni dovute al particolarismo degli status premoderni in nome dell’affermazione antropologica dell’*homo faber* e dell’*homo oeconomicus*. Oggi occorre invece lottare, sempre più, contro il carattere sostanzialmente discriminante dell’omologazione e del misconoscimento delle differenze. Merito del Ddl Zan, attraverso il richiamo all’identità di genere, è dunque aver reso ulteriormente esplicita questa esigenza in coerenza con i processi storico-sociali che, materialmente, conducono ad una auto-comprensione degli individui sempre più distante da quella sintetizzata dal modello soggettivo. Compito del diritto e della scienza giuridica, se intendono intercettare in maniera significativa le esperienze concrete degli individui, è tener conto in maniera adeguata di tali processi costruendo una dogmatica a partire dalla consapevolezza del carattere situato della vita delle persone. Il richiamo all’identità di genere potrebbe quindi essere inteso come un importante elemento di questa nuova e necessaria dogmatica giuridica.

32 M. Sandel, *Il liberalismo e i limiti della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1994 (ed. or. 1982).

33 J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 1982 (ed. or. 1971).

34 M. Sandel, *Il liberalismo e i limiti della giustizia*, cit., p. 75.

35 H. Arendt, *Le origini del totalitarismo*, cit., p. 415.



**Isabel Fanlo Cortés\***

## II DDL Zan e il nodo dell'identità di genere

### Sommario

1. Sesso/genere e natura/cultura: elementi critici – 2. Le scelte definitorie del DDL Zan - 3. Identità di genere e differenza sessuale.

### Abstract

Il contributo intende analizzare le definizioni di 'sesso', 'genere', 'orientamento sessuale' e 'identità di genere' contenute nel DDL Zan (art.1). L'analisi è condotta alla luce del complesso dibattito sul rapporto tra sesso e genere, che costituisce una questione estremamente divisiva nell'ambito degli studi femministi (e non solo). Particolare attenzione è riservata alla definizione di identità di genere, che include la nozione di sesso e genere, e alle critiche a questa rivolta, anche da parte di alcune voci minoritarie ma autorevoli del femminismo italiano.

*The paper aims to analyze the definitions of 'sex', 'gender', 'sexual orientation' and 'gender identity' contained in the DDL Zan (art. 1). The analysis is conducted in the light of the complex debate on the relationship between 'sex' and 'gender', which is a very divisive issue in feminist studies (and not only). Particular attention is paid to the definition of gender identity, which includes the notions of sex and gender, and to the criticisms addressed to this definition, also by some minority but authoritative voices of Italian feminism.*

### 1. Sesso/genere e natura/cultura: elementi critici

Uno degli aspetti più controversi del DDL Zan riguarda l'elenco di definizioni con cui, nell'articolo di apertura del testo normativo<sup>1</sup>, vengono individuati i vari moventi dei crimini d'odio sanzionati nei successivi articoli. In particolare, come noto, le polemiche più accese hanno coinvolto il concetto di 'identità di genere', da intendersi, ai sensi della lettera *d* del citato articolo 1, come «l'identificazione percepita e manifestata di sé in relazione al *genere*, anche se non corrispondente al *sesso*, indipendentemente dall'aver concluso un percorso di transizione»<sup>2</sup>.

\* Professoressa associata di Sociologia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Genova.

1 Art. 1. (Definizioni) Ai fini della presente legge: a) per sesso si intende il sesso biologico o anagrafico; b) per genere si intende qualunque manifestazione esteriore di una persona che sia conforme o contrastante con le aspettative sociali connesse al sesso; c) per orientamento sessuale si intende l'attrazione sessuale o affettiva nei confronti di persone di sesso opposto, dello stesso sesso, o di entrambi i sessi; d) per identità di genere si intende l'identificazione percepita e manifestata di sé in relazione al genere, anche se non corrispondente al sesso, indipendentemente dall'aver concluso un percorso di transizione.

2 Nell'elenco previsto all'art. 1 manca il richiamo alla disabilità che, assieme al sesso, è stato aggiunto solo in un secondo momento quale ulteriore movente dei crimini d'odio: come sappiamo, infatti, il DDL inizialmente si proponeva di estendere la tutela penale degli atti discriminatori e violenti per motivi razziali, etnici o religiosi solo a quelli fondati sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere. Mentre il richiamo al sesso ha sollevato non poche contestazioni da parte di alcune voci femministe, restie a considerare come una minoranza sessuale (anche se, invero, il DDL non parla né di donne né di mi-

Tale definizione chiama in causa due nozioni – sesso e genere – altrettanto controverse, la cui relazione è questione molto discussa e divisiva nel dibattito femminista, e non solo.

Storicamente, il concetto (culturale) di genere, inteso come costruito sociale dato dall'insieme di aspettative, ruoli, modelli, ma anche di atteggiamenti, tendenze, gusti che vengono associati all'appartenenza all'uno o all'altro sesso in un determinato contesto storico e culturale, è stato caratterizzato in paradigmatica opposizione al concetto (biologico) di sesso, quale attributo naturale che distinguerebbe maschi e femmine (*tertium non datur*) sulla base di caratteristiche biologiche<sup>3</sup>.

L'elaborazione della distinzione sesso/genere in questi termini dicotomici persegue, come noto, un intento ben preciso: smascherare e contrastare alcune forme di determinismo biologico, che pretendono di giustificare su base naturale, e quindi di legittimare come "normali" e imm modificabili, differenze le quali, in realtà, hanno origine sociale e culturale e, nel caso delle donne, sono state, e in parte continuano a essere, fonte di oppressione e di meccanismi di inferiorizzazione. In quest'ottica, il genere è un concetto critico che consente di visibilizzare il carattere socialmente costruito di stereotipi, discriminazioni e disuguaglianze che, lungi dal poter essere ancorate a immutabili ragioni biologiche, possono e debbono essere superate.

Tale modo di intendere il genere e, ancor prima, la distinzione sesso/genere ha però subito nel corso tempo vari ripensamenti.

Anzitutto, alcuni studi hanno contribuito a mettere in dubbio il carattere necessariamente fisso e binario del concetto biologico di sesso.

Dal punto di vista evolutivo, si sostiene che il sesso biologico sia binario in quanto in tutti gli organismi che praticano la riproduzione sessuata questa avviene per il tramite di cellule sessuali o gameti che possono essere soltanto di due tipi (uova vs. spermatozoi)<sup>4</sup>. Tuttavia, il criterio c.d. gametico non è l'unico criterio per determinare il sesso biologico di una persona: tipicamente, anzi, questo viene ascritto alla nascita sulla sola base dell'osservazione della morfologia dei genitali esterni.

Oltre ai criteri relativi alle cellule sessuali e a quelli relativi all'anatomia dei genitali, esistono ulteriori criteri per l'assegnazione del sesso biologico: quelli genetici o cromosomici (46-XX v. 46-XY), quelli relativi all'anatomia delle gonadi o, ancora, criteri ormonali o che dipendono dai caratteri sessuali secondari. Nella stragrande maggioranza dei casi tutti questi criteri tendono a coincidere, ma non è detto sia sempre così: alcune persone, ad esempio, possono soddisfare alcuni criteri di appartenenza al sesso maschile o al sesso femminile ma non tutti<sup>5</sup>. Ad esempio, può non esservi corrispondenza tra il sesso c.d. fenotipico, definito dai caratteri sessuali primari e secondari, e il sesso c.d. genetico, definito dal corredo cromosomico<sup>6</sup>.

In particolare, il fenomeno dell'intersessualità, che colpisce all'incirca l'1,7-2 % della popolazione, evidenzerebbe come vi siano individui che, possedendo caratteristiche sessuali non interamente attribuibili né al sesso maschile né al sesso femminile<sup>7</sup>, sfuggono al principio del binarismo sessuale su cui si fonda l'organizzazione dell'intera compagine sociale, nonché lo stesso diritto che parte solitamente

---

sogin), l'inclusione della disabilità è rimasto piuttosto in sordina nel dibattito pubblico, salvo alimentare il sospetto che quest'aggiunta un po' posticcia fosse stata architettata allo scopo di rendere più accettabile, a livello di opinione pubblica, i restanti contenuti del documento normativo. Anche la reazione da parte del mondo attivista delle persone con disabilità è stata piuttosto tiepida e, secondo alcune, ciò dovrebbe far riflettere sulle persistenti difficoltà a cogliere le matrici comuni che stanno dietro ai meccanismi di marginalizzazione che colpiscono le soggettività che deviano rispetto al modello antropologico del c.d. individualismo possessivo (maschio, adulto, abile, bianco, eterosessuale, cisgender, e così via): A. Belotti, *Il ddl Zan è un'occasione anche per le persone disabili*, in *Internazionale*, 18 maggio 2021, <https://www.internazionale.it/opinione/adriana-belotti/2021/05/18/ddl-zan-disabili>.

- 3 Tale elaborazione della distinzione sex/gender può essere fatta risalire all'antropologa Galey Rubin, *The Traffic in Women: Notes on the 'Political Economy' of Sex*, in *Toward an Anthropology of Women*, R. Reiter (ed.), New York, Monthly Review Press, pp. 157-210, nella cornice di un orientamento femminista che aspirava a creare una società *genderless*, «in which one's social anatomy is irrelevant to who one is, what one does and whom one makes love» (Ivi, p. 204).
- 4 G. Vallortigara, *Sesso biologico: facciamo chiarezza*, in *Micromega*, 4, 2021, pp. 104 ss.
- 5 In questo senso, 'sesso' esprimerebbe un concetto a grappolo, definito da un insieme di proprietà tali per cui è sufficiente soddisfarne alcune per rendere il concetto applicabile: A. Stone, *An Introduction to Feminist Philosophy*, Cambridge, Polity, 2007, p. 44.
- 6 È noto il caso dell'atleta spagnola María José Martínez-Patiño che, pur presentando caratteri sessuali primari femminili, ha un corredo cromosomico maschile e nondimeno riuscì a farsi riammettere nelle competizioni femminili.
- 7 M. Balocchi, ed., *Intersex. Antologia multidisciplinare*, Edizioni ETS, 2019.

dall'assunto secondo cui tutte le persone possono (e dunque debbono) essere classificate come maschi e femmine<sup>8</sup>.

Proprio il caso delle persone intersex mostrerebbe come il sesso non sia necessariamente un dato fisso, certo e preconstituito, di cui ci si limita a prendere atto: la sua assegnazione dipende in realtà da un'interpretazione compiuta dal personale sanitario al momento della nascita<sup>9</sup>, da una scelta (come tutti gli atti di classificazione) solitamente condotta, in caso di incertezza, sulla base di parametri di adeguatezza convenzionalmente assunti per definire un corpo maschile o femminile<sup>10</sup>.

Da altro punto di vista, indipendente dal precedente, si è osservato come anche il sesso sia, almeno in parte, il frutto di una costruzione sociale, nel senso che il modo in cui le (innegabili) differenze biologiche tra i sessi sono percepite, costruite e interpretate (ad esempio in un'ottica binaria) dipende da fattori culturali suscettibili di mutare nel tempo. La stessa differenza sessuale tra maschi e femmine sarebbe una scoperta della modernità, risalente al XVIII secolo e allo sviluppo degli studi in campo medico che mettono in luce il diverso ruolo di donne e uomini nella riproduzione umana. Prima di allora, per lungo tempo, a dominare il panorama filosofico e della scienza medica è la teoria del corpo unico, in base alla quale il sesso femminile non è da considerarsi come una categoria distinta rispetto al sesso maschile, ma come una specificazione "imperfetta" dello stesso modello<sup>11</sup>. Secondo una tenace tradizione, che affonda le proprie radici nell'antica Grecia e giunge fino al medioevo - passando da Galeno, Aristotele e Andrea Vesalio (1514-1564), autore del primo trattato di anatomia moderna - le diverse sembianze degli organi genitali femminili sono spiegate all'insegna del "mancato sviluppo" rispetto a quelli maschili, i quali rimangono al centro di studi e ricerche in un'ottica androcentrica che tende a far coincidere il maschile con l'universale. Non a caso, come ci ricorda Thomas Laquer, nella immagini anatomiche del rinascimento, la vagina è rappresentata come un fallo introiettato<sup>12</sup>.

Al di là di ciò, come è stato notato, non è sempre agevole stabilire quali differenze tra uomini e donne dipendano da fattori sociali e culturali e quali, invece, da fattori biologici<sup>13</sup>. Alcune ricerche hanno dimostrato che alcune caratteristiche solitamente ricondotte a cause biologiche dipendono in realtà anche da aspettative e ruoli di genere: ad esempio, il fatto che alcune malattie, come l'osteoporosi, colpiscono di più le donne in menopausa dipenderebbe, almeno in parte, anche dalle diete e altri meccanismi disciplinanti a cui i corpi femminili tendono a sottoporsi in misura maggiore rispetto agli uomini. Per altro verso, la biologia non è in grado di fornire risposte certe all'eventuale condizionamento di fattori biologici su alcuni comportamenti sociali: è possibile che qualche legame ci sia, ma l'effetto ad esempio dei livelli ormonali o dei geni rimane ancora poco chiaro e tutt'altro che lineare<sup>14</sup>.

Il punto è che il criterio su cui si radica la tradizionale distinzione tra sesso e genere rinvia a una dicotomia - quella tra natura e cultura - tanto rassicurante e consolidata nel nostro modo di pensare e nei sistemi di classificazione e categorizzazione con cui interpretiamo il mondo, quanto arbitraria<sup>15</sup>.

Così, si è sostenuto che se in qualche modo la stessa categoria di sesso è connotata dal punto di vista di genere - non nel senso che il sesso non esista in natura ma nel senso che nel momento in cui

- 
- 8 A. Fausto Sterling, *Sexing the Body: Gender Politics and the Construction of Sexuality*, New York, Basic Book 2000; L. Bernini, *Maschio e Femmina Dio li credè!? Il sabotaggio transmodernista del binarismo sessuale*, Milano, Il Dito e la Luna, 2010.
- 9 Del resto, anche prima dell'entrata in vigore della L. n. 164/1982 che regola la procedura di rettificazione di attribuzione di sesso, è lo stesso ordinamento giuridico italiano (ex art. 454 c.c.) ad ammettere che vi possa essere un margine di "errore" dell'attribuzione del sesso alla nascita, anche se, come giustamente nota Barbara Pezzini, più che di errore in senso stretto, dovrebbe parlarsi di sostituzione dell'interpretazione dei caratteri sessuali data al momento della nascita con una diversa successiva interpretazione, di solito sollecitata o indirizzata da trattamenti medico-chirurgici: B. Pezzini, *Genere e diritto. Come il genere costruisce il diritto e il diritto costruisce il genere*, Bergamo, Bergamo University Press (Sestante edizioni), 2012, p. 169.
- 10 A. Lorenzetti, *Il "trattamento" giuridico della condizione intersessuale*, che introduce un interessante focus sulla condizione intersessuale in ambito giuridico, in *GenIUS*, n. 1, 2018, spec. p. 7. Il problema è che il giudizio di (in)adeguatezza rispetto tali parametri può talvolta giustificare il ricorso interventi chirurgici invasivi: sul punto v. anche P. Veronesi, *Corpi e questioni di genere: le violenze (quasi) invisibili*, in *GenIUS*, n. 2, 2020, pp. 8-22.
- 11 F. Collin, *Différence des sexes*, in *Dictionnaire du corps*, M. Marzano (Sous la direction de), Paris, Puf, 2007, pp. 302-307; G. Origi, *"Gender Studies" tra natura e cultura*, in *Generi e saperi: un'esplorazione fra discipline umanistiche e tecno-scientifiche*, L. Veronesi, V. Chizzola, F. Alfieri (a cura di), Trento, FBK Press, 2012, pp. 15-28.
- 12 T. Laquer, *Making Sex: Body and Gender from the Greeks to Freud*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1990.
- 13 F. Poggi, *Violenza di genere e Convenzione di Istanbul*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1, 2017, p. 62.
- 14 U. Pfeffer, *La biologia non aiuta, in La donna non esiste. E l'uomo? Sesso, genere, identità*, N. Vassallo (a cura di), Torino, Codice edizioni, 2018, pp. 23-40, spec. p. 28 ss.
- 15 Ph. Descola, *Par delà de nature et culture*, Paris, Gallimard, 2003 (*Oltre natura e cultura*, Milano, Cortina Raffaello ed., 2021); J.P. Changeaux, *L'homme neuronal*, Paris, Hachette, 1984 (trad. it. *L'uomo neurale*, Milano, Feltrinelli, 1998).

viene nominato «esso viene interpretato e reso “culturale” dallo stesso linguaggio che utilizziamo»<sup>16</sup> – allora neppure il genere andrebbe concepito come mera iscrizione culturale di significato su un sesso già dato<sup>17</sup>.

È in particolare sul concetto di genere che la messa in discussione del dualismo sesso-genere basato sulla dicotomia natura-cultura ha avuto forti ripercussioni: ancor di più del concetto di sesso, quello di genere è stato infatti al centro di un dibattito articolato che ha avuto esiti molto diversificati, in parte condizionati anche dalla varietà di ambiti disciplinari in cui il relativo termine è stato utilizzato e studiato.

Un esito rilevante, tra gli altri, ha consistito nella tendenza a tematizzare il genere come questione identitaria: in quest’ottica, il genere, al pari della “razza”, della classe sociale, dell’orientamento sessuale, dell’appartenenza religiosa e così via, contribuirebbe a caratterizzare l’identità personale. Hanno favorito tale tendenza anche i numerosi studi, condotti da diverse prospettive – dalla psicanalisi alla psicologia sociale, passando dalle teorie dell’apprendimento sociale – sul modo in cui i soggetti (inevitabilmente) incorporano e a loro volta rielaborano ed eventualmente sovvertono i modelli normativi e le aspettative di ruolo legate al sesso di appartenenza.

In alcuni casi, questa svolta “identitaria” ha condotto a una vera e propria riconcettualizzazione di ‘genere’, non più inteso come gabbia e veicolo di stereotipi costrittivi dal quale liberarsi, bensì come valore positivo da promuovere in quanto espressione personale del proprio sé, del proprio corpo e della propria psiche. In questa cornice trovano collocazione le riflessioni sulla specificità del (genere) femminile, elaborate nell’ambito dell’eterogeneo movimento del femminismo della differenza<sup>18</sup> in un’ottica di valorizzazione delle differenze che tenta, da un lato, di convertire storici motivi di discriminazione in motivi di orgoglio<sup>19</sup>, dall’altro, di superare le derive assimilazioniste ascritte al femminismo dell’uguaglianza o della prima ondata<sup>20</sup>. In tali riflessioni, che accompagnano ad esempio i noti tentativi di sviluppare una psicologia o un’etica precipuamente femminile<sup>21</sup>, si assiste talvolta a una sovrapposizione concettuale tra genere e sesso, per quanto quest’ultimo, lungi dall’essere ridotto a mera dimensione biologica, viene colto nella dimensione simbolica di corpo sessuato.

Se, come è stato notato, almeno alcune versioni del femminismo della differenza rischiano di accreditare una metafisica dei generi che, senza mettere in discussione il loro carattere binario (ossia l’idea che i generi siano sempre e soltanto due), oscura il ruolo dei condizionamenti sociali ma anche della volontà individuale (il genere/sesso femminile sembra configurarsi come qualcosa di “oggettivo”, universale e innato in ogni donna), in altre rielaborazioni del genere in chiave identitaria tale ruolo viene riabilitato in una prospettiva critica nei confronti del binarismo dei generi. Interessante, a questo propo-

- 
- 16 F. Bilotta, *Transessualismo*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, R. Sacco (dir.), Milano, Utet, 2013, pp. 732-769, spec. p. 734.
- 17 J. Butler, *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity* (1999), trad. it., *Questione di genere. Il femminismo e la sovversione dell’identità*, Laterza, 2017, p. 13. Scrive Butler a questo proposito: «l’idea che il genere sia costruito sembra suggerire un certo determinismo dei suoi significati iscritti su corpi anatomicamente differenziati, laddove tali corpi sono intesi come destinatari passivi di una legge culturale inesorabile. Quando la “specificità” cultura che “costruisce” il genere viene concepita nei termini di tale legge o serie di leggi, il genere finisce per apparire fisso e determinato, come nella formulazione per cui la biologia è un destino. Così, non è la biologia ma la cultura a diventare un destino» (*Ivi*, p. 14).
- 18 In Europa il femminismo della differenza nasce in Francia e si sviluppa nelle teorie di autrici come Luce Irigaray, Julia Kristeva e Hélène Cixous che hanno avuto un’importante influenza nel c.d. pensiero della differenza sessuale, elaborato in Italia dalle femministe riunite intorno a *La libreria delle donne di Milano* e nella comunità filosofica femminile *Diotima* (*Diotima Il pensiero della differenza sessuale*, Milano, La Tartaruga Edizioni, 1987). Per una disamina delle eterogenee prospettive riconducibili al c.d. femminismo della differenza v. A. Facchi, *A partire dall’uguaglianza. Un percorso nel pensiero femminista sul diritto*, in *AG. About Gender. Rivista internazionale di studi di genere*, n. 1, 2012, pp. 118-150 e *L. Re, Eguaglianza, differenza e diritto. Uno sguardo al dibattito femminista contemporaneo*, in *AG. About Gender. Rivista internazionale di studi di genere*, n. 15, 2019, pp. 1-42.
- 19 Ossia, per dirla con Letizia Gianformaggio, di trasformare «il marchio della differenza nel vanto della differenza [...] reinterpretando la differenza-esclusione come differenza-specificità»: L. Gianformaggio, *Eguaglianza, donne, diritti*, A. Facchi, C. Faralli, T. Pitch (a cura di), Bologna, 2005, p. 113.
- 20 Si tratta, come è noto, del movimento femminista che ha storicamente guidato i processi politici di emancipazione delle donne fin dalla fine del Settecento, rivendicando per loro gli stessi diritti riconosciuti agli uomini (a questo altrettanto ampio filone sono solitamente ricondotti il “femminismo liberale” e quello socialista).
- 21 L’esempio forse più noto è in Europa quello di L. Irigaray, *Éthique de la différence sexuelle*, 1984, trad. it. *Etica della differenza sessuale*, Milano, Feltrinelli, 1985 e, negli Stati Uniti, quello di C. Gilligan, *In a Different Voice. Psychological Theory and Women’s Development*, 1982, trad. it. *Con voce di donna. Etica e formazione della personalità*, Milano, Feltrinelli, 1987, massima rappresentante del c.d. femminismo culturale.



sito, il contributo di Judith Butler in *Undoing gender*<sup>22</sup>, dove il genere non è più considerato “una finzione”, una performance, come ai tempi di *Gender Trouble*<sup>23</sup> – quando la stessa autrice celebrava la vivacità sovversiva e politicamente trasformativa del drag<sup>24</sup>, che mettendo in scena certi stereotipi attribuiti al femminile ne fa una parodia e al contempo una critica –, ma diventa terreno di una lotta potenzialmente liberatoria tra “coercizione” (modelli eteroimposti) e “soggettivazione” (rielaborazione di tali modelli). L’idea è che una volta “disfatto” (i.e. decostruito) il genere, o almeno un certo modo di intenderlo, si apra la possibilità per i soggetti di praticarlo in maniera diversa, mettendo in campo atti performativi<sup>25</sup> che coinvolgono il modo di esibire il proprio corpo e di porlo in relazione con gli altri soggetti.

Ovviamente, avverte Butler, non si può pensare al genere come a qualcosa di cui ci si può appropriare o sbarazzare una volta per tutte – *to do and undo one’s gender* è un processo articolato e completo<sup>26</sup> – e così come le norme di genere (ossia le norme che prescrivono a maschi e femmine cosa devono o non devono fare in quanto tali) vengono costantemente ripetute e “citate” in atti della vita quotidiana<sup>27</sup>, anche la loro discussione in chiave critica implica un’attività incessante e continua<sup>28</sup>. La capacità trasformativa che viene riconosciuta all’agency individuale e collettiva rispetto al genere non nega il suo carattere culturalmente costruito, e per questo eteroimposto<sup>29</sup>, al contrario, proprio la consapevolezza della costruzione sociale del sé, «pur enfatizzando la preesistenza di un mondo sociale che non si è scelto, rende possibile la volontà trasformativa di quello stesso mondo<sup>30</sup>». In quest’ottica, come scrive ancora Olivia Guaraldo, autrice della prefazione alle due edizioni italiane di *Gender Trouble*<sup>31</sup>, «il gender, la norma che costruisce i soggetti socialmente e culturalmente come maschile o femminile, è anche l’ambito di azione in cui è possibile contestare la fissità, la normalità, la permanenza, la stabilità di quelle categorie, di quei pannelli divisorii che idealmente dividono l’umanità in due»<sup>32</sup>. Protagoniste di questa contestazione sono anzitutto quelle soggettività (c.d. transgender) che non si riconoscono nelle tradizionali categorie binarie del maschile e del femminile.

Anche inteso in questi termini, il concetto di genere (quale elemento identitario) rimane distinguibile da quello di sesso, per quanto, tale distinzione non possa collassare sulla dicotomia natura-cultura: parafrasando Butler, si potrebbe dire che, come il sesso non sta (soltanto) alla natura<sup>33</sup>, così il genere (chiamando in causa anche la relazione soggettiva e intersoggettiva con il proprio corpo e la propria sessualità), non sta (soltanto) alla cultura.

- 
- 22 J. Butler, *Undoing Gender* (2004), trad. it. a cura di F. Zappino, *Fare e disfare il genere*, Roma, Mimesis, 2014.
- 23 J. Butler, *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*, cit.
- 24 O. Guaraldo, *La disfatta del gender e la questione dell’umano. Prefazione*, in J. Butler, *Undoing Gender* (2004), trad. it. a cura di F. Zappino, *Fare e disfare il genere*, cit., p. 9.
- 25 V. in questo senso anche T. Pitch, *Sesso e genere: la posta in gioco*, in *Micromega*, n. 4, 2021, p. 128.
- 26 Ovviamente, come osserva Federico Zappino (*Introduzione*, in *Il genere tra neoliberalismo e neofondamentalismo*, Id. (a cura di), Verona, Ombrecorte, 2016, pp. 13-14), il modo in cui i soggetti «fanno e disfano» il genere dipende anche dalla loro condizione situata, ossia dal tempo, dal luogo e dalle specifiche relazioni di potere in cui si collocano, nonché dalla loro “razza”, classe, abilità corporea, e così via.
- 27 J. Butler, *Bodies that Matter*, Routledge, New York-London, 1993.
- 28 F. Zappino, *Introduzione*, cit., pp. 13-14: «Il genere, in primo luogo, è una forma di assoggettamento, in seno alla quale, in modo più o meno cosciente, si diventa soggetti. Soggetti possibili, riconoscibili, intelligibili, soggetti che possono parlare e agire o al contrario, che possono farlo solo a determinate condizioni, o che non possono farlo. Solo in un secondo momento esso può anche diventare il *luogo* a partire dal quale contestare quell’assoggettamento o il *mezzo* attraverso il quale incorporare e performare quell’atto di contestazione, o quella riddiscussione dei suoi termini».
- 29 È evidente il ripensamento dell’Autrice rispetto alle tesi sostenute in *Gender Trouble*, pubblicato per la prima volta nel 1990, in particolare all’idea che il genere – come altre forme di identità – non è che un atto senza attore, di cui vediamo solo performance e attuazioni. Lo spazio concesso alla capacità trasformativa dell’agency individuale e collettiva rispetto alle determinazioni sociali del genere può essere interpretato anche come un modo in cui Butler risponde alle critiche mosse alle sue precedenti opere (oltre a *Gender Trouble*, anche *Bodies that Matter*) rispetto alle conseguenze di una concezione dell’identità di genere eccessivamente “disincarnata”, e in particolare alle critiche di Rosi Braidotti, esponente di spicco (di una versione) della teoria contemporanea della differenza sessuale (v. in particolare cap. IX di *Undoing gender*).
- 30 O. Guaraldo, *La disfatta del gender e la questione dell’umano*, cit., p. 12.
- 31 Oltre all’edizione già citata nella nota 22, ve n’è una precedente, dal titolo *La disfatta del genere*, Roma, Meltemi, 2006.
- 32 O. Guaraldo, *La disfatta del gender e la questione dell’umano*, cit., p. 12.
- 33 J. Butler, *Questione di genere*, cit., p. 13.

## 2. Le scelte definitorie del DDL Zan

Può risultare interessante chiedersi, a questo punto, come si collochi la scelta definitoria operata nel DDL Zan (art. 1) a proposito delle espressioni ‘sesso’, ‘genere’, ‘orientamento sessuale’, ‘identità di genere’, rispetto a questo quadro teorico, qui tratteggiato in maniera certamente sommaria rispetto a un dibattito ben più articolato e complesso.

A parte la definizione di ‘orientamento sessuale’ (intesa come «l’attrazione sessuale o affettiva nei confronti di persone di sesso opposto, dello stesso sesso, o di entrambi i sessi») che corrisponde a una definizione lessicale comunemente accettata, nei restanti casi (‘sesso’, ‘genere’, ‘identità di genere’) si tratta tecnicamente di ridefinizioni, ossia di definizioni che suggeriscono, in questo caso prescrivono, di attribuire alle espressioni in questione un significato parzialmente tecnicizzato rispetto alle definizioni lessicali<sup>34</sup>.

Iniziamo da ‘sesso’: qui il richiamo è al sesso biologico o anagrafico, che sono, come noto, due cose ben diverse. L’uso della disgiunzione «o» sembra mostrare la consapevolezza che, almeno da qualche anno a questa parte, nel nostro ordinamento giuridico il sesso anagrafico costituisce uno status legale che può prescindere dal dato sessuale biologico<sup>35</sup>. In questo senso si è espressa la Corte Costituzionale<sup>36</sup>, stabilendo che, contrariamente a quanto ritenuto in precedenza dalla giurisprudenza maggioritaria<sup>37</sup>, ai fini della rettifica del sesso anagrafico risultante dall’atto di nascita – procedura disciplinata dalla nota L. 14 aprile 1982, n. 164<sup>38</sup> – non sia necessario l’adeguamento chirurgico dei caratteri sessuali primari. Secondo l’interpretazione costituzionalmente orientata della citata legge proposta dalla Corte, tale adeguamento può essere *autorizzato* qualora la persona interessata desideri sottoporsi a trattamenti chirurgici per “allineare” il sesso biologico al sesso anagrafico di cui si è richiesta la rettifica<sup>39</sup>, ma non può essere *imposto* a persone che, per ragioni mediche o per scelta, pur volendo cambiare nome, non intendono “transitare” al sesso opposto, affrontando una trasformazione radicale e irreversibile del proprio corpo<sup>40</sup>.

In quest’ottica, dunque, ai fini della (ri)assegnazione del sesso anagrafico<sup>41</sup>, assumerebbe rilevanza non il sesso biologico, bensì quello talvolta denominato dalla dottrina giuridica in termini di “sesso psicologico”<sup>42</sup> – nel senso di sesso auto-percepito e vissuto – grosso modo corrispondente all’ “identità di genere”, almeno così come intesa nel DDL in esame, vale a dire al modo in cui una persona si percepisce, si identifica e *si relaziona anche all’esterno*, rispetto al genere (maschile, femminile, entrambi, o nessuno dei due), a prescindere dal sesso assegnato alla nascita<sup>43</sup>.

34 U. Scarpelli, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo* (1959), Milano, Giuffrè, 1985, pp. 65-66.

35 Nella stragrande maggioranza dei casi, in effetti, il sesso anagrafico indicato nell’atto di nascita assume come parametro di riferimento il sesso biologico (quello fenotipico, basato sulla mera osservazione dei genitali esterni), il quale viene indicato dal personale sanitario nell’attestazione di avvenuta nascita che, a sua volta, confluisce nella dichiarazione di nascita dei genitori, a sua volta recepita nell’atto di nascita. Tuttavia, appunto, per la modifica del sesso anagrafico non è più richiesta necessariamente la modifica del sesso anatomico: v. G. Viggiani, *Appunti per un’epistemologia del sesso anagrafico*, in *GenIUS*, n. 1, 2018, pp. 30-39 e ivi per ampi riferimenti alla dottrina in tema di rettificazione del sesso anagrafico.

36 V. Corte costituzionale, sentenza del 5 novembre 2015 n. 221.

37 Per una rassegna di tale giurisprudenza v. A. Lorenzetti, *Il cambiamento di sesso anagrafico e le sue condizioni: la necessità o meno dell’intervento chirurgico. Brevi riflessioni sulla situazione attuale e suoi prossimi sviluppi*, in *GenIUS*, n. 1, 2015, p. 175 ss.

38 L’ampia formulazione contenuta nell’art. 1 della L. n. 164/1982, anche a seguito delle modifiche introdotte dal D. Lgs. n. 150/2011, richiamando genericamente le modificazioni dei “caratteri sessuali”, non specifica se tali modificazioni debbano riguardare necessariamente i caratteri primari (ossia i genitali, modificabili nella loro morfologia ma non completamente dal punto di vista funzionale e comunque con esiti incerti) o solo quelli secondari (ad esempio, il seno, la distribuzione pilifera, la voce, la distribuzione della massa muscolare, e così via, modificabili con trattamenti ormonali).

39 Così tipicamente nel caso delle persone transessuali.

40 Così nel caso delle persone transgender.

41 Secondo la ricostruzione proposta da Viggiani, anche ai fini della assegnazione del sesso anagrafico alla nascita, in quanto il sesso fenotipico costituirebbe “un indizio” dell’identità di genere, che la persona svilupperà solo in un momento successivo: G. Viggiani, *Appunti per un’epistemologia del sesso anagrafico*, cit., p. 38.

42 F. Bilotta, *Transessualismo*, cit., spec. p. 735.

43 Benché il riconoscimento dell’identità di genere, comunque intesa, sia stato assunto dalla Corte costituzionale nella citata sentenza n. 221/2015 «quale elemento costitutivo del diritto all’identità personale, rientrante a pieno titolo nell’ambito dei diritti fondamentali della persona», nondimeno, tale riconoscimento non comporta, nel nostro ordinamento, l’automatico accesso alla modifica del sesso legale, che rimane invece subordinato a una procedura autorizzativa in cui, ai sensi

‘Identità di genere’ è espressione già nota nel panorama giuridico nazionale, dove compare per la prima volta nel D. Lgs. n. 18/2014 in materia di attribuzione della qualifica di rifugiato che, in attuazione della direttiva 2011/95/UE, identifica nell’identità di genere uno dei criteri di appartenenza a gruppi sociali potenzialmente vittime di persecuzione<sup>44</sup>. La ritroviamo più di recente anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale che riconduce l’identità di genere, quale elemento costitutivo del diritto all’identità personale, nell’alveo dei diritti fondamentali della persona<sup>45</sup>.

È tuttavia la prima volta che quest’espressione viene definita, e (ri)definita in termini che chiaramente perseguono l’intento di intercettare la condizione delle persone trans (in senso ampio), ossia di tutte quelle persone il cui sesso assegnato alla nascita non corrisponde all’identità di genere percepita e manifestata: non solo, si badi, coloro che «aspirano alla corrispondenza del sesso anagrafico con quello soggettivamente percepito e vissuto» a cui espressamente si era riferita la Corte Costituzionale nella sentenza n. 180/2017, ma anche coloro (trans in senso stretto o transgender) che, per i motivi più vari, non intendono modificare il proprio aspetto esteriore e/o non intendono transitare in via definitiva perché non si riconoscono nel binarismo di genere. Si tratta della prima volta che la condizione transgender, tipicamente confinata in “una terra di mezzo” che sfugge alle categorizzazioni binarie, acquisisce (o avrebbe acquisito, se il DDL fosse stato approvato) visibilità nel nostro ordinamento.

In termini più generali, nella ridefinizione proposta viene valorizzata una duplice dimensione: non solo l’auto-percezione soggettiva, che sarebbe del resto riduttiva rispetto all’esperienza che ognuno\* fa del proprio corpo, ma anche la manifestazione di sé, che chiama in causa il carattere intersoggettivo, relazionale, dell’identità di genere.

Tale dimensione intersoggettiva e relazionale caratterizza anche la stessa (ri)definizione di ‘genere’ come «qualunque manifestazione esteriore di una persona che sia conforme o contrastante con le aspettative sociali connesse al sesso» prevista nel DDL alla lett. b dell’art. 1. Si tratta, a ben vedere, di una ridefinizione del tutto originale, che segna una certa discontinuità rispetto ai significati di ‘genere’ generalmente accolti nel nostro ordinamento, dove il relativo termine, quando non è inteso come sinonimo di genere o sesso femminile, trova l’unico parametro definitorio di riferimento nella legge di ratifica della Convenzione del Consiglio d’Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, anche nota come Convenzione di Istanbul<sup>46</sup>. In questo testo, come si ricorderà, per ‘genere’ si intende «l’insieme di ruoli, comportamenti, attività e attributi socialmente costruiti che una determinata società considera appropriati per donne e uomini» (art. 3, lett. c). Mentre la Convenzione di Istanbul, in accordo alla letteratura prevalente, accoglie dunque una definizione di genere come costruzione sociale legata ai ruoli e alle aspettative nei confronti, rispettivamente, di maschi e femmine<sup>47</sup> – qualcosa che è *imposto* e non scelto –, il concetto fatto proprio dal DDL valorizza invece una dimensione (inter)soggettiva, secondo cui il genere è qualcosa che si *sceglie* di mettere in scena, di manifestare all’esterno anche in contrasto con le norme sociali connesse al sesso ascrivito alla nascita. In buona sostanza, viene stipulata una definizione di ‘genere’ (fondata sull’autodeterminazione individuale), che oscura la dimensione costruttivista (fondata sull’eterodeterminazione) e risulta in qualche modo sovrapponibile e ridondante rispetto alla già citata ridefinizione di ‘identità di genere’ (art. 1, lett. d).

---

della L. n. 164/1982, è richiesto il fattivo coinvolgimento e il controllo di esperti e di un giudice, in nome di un supposto interesse pubblico alla certezza delle relazioni giuridiche. In questo senso, la stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 180/2017, ha chiarito che «va [comunque] escluso che il solo elemento volontaristico possa rivestire prioritario o esclusivo rilievo ai fini dell’accertamento della transizione». Venuta meno la necessità dell’intervento chirurgico in funzione normalizzatrice, non si rinuncia quindi al requisito della diagnosi della disforia di genere e dunque della “patologizzazione” della persona trans. Sul punto: v. F. Saccomandi, *Spesso non binarie, sempre non conformi: la “piena depatologizzazione” delle soggettività trans*, in *GenIUS*, n. 2, 2020, pp. 1-21; O. Fiorilli, S. Voli, *De-patologizzazione trans\* tra riconoscimento e redistribuzione*, in *Il genere tra neoliberalismo e neofondamentalismo*, F. Zappino (a cura di), cit., pp. 97-109. Del resto, la necessità di sottoporsi a esami specialistici per provare l’esistenza di una disforia di genere ha ricevuto il pieno avallo della Corte di Strasburgo: per approfondimenti v. N. Palazzo, *Terre di mezzo e mine vaganti: il riconoscimento giuridico del genere della persona trans*, in questa *Rivista*, n. 1, 2021, pp. 6-24.

44 Fa ricorso alla stessa espressione anche la legge sull’ordinamento penitenziario, così come modificata nel 2018, che all’art. 1 richiama l’identità di genere (assieme all’orientamento sessuale) tra i motivi vietati di discriminazione nel trattamento penitenziario.

45 Corte costituzionale, sentenza n. 221/2015, cit. e sentenza del 13 luglio 2017, n. 180.

46 Approvata dal Consiglio dei Ministri del Consiglio d’Europa il 7 aprile 2011, tale Convenzione è stata aperta alla firma l’11 maggio 2011 e ratificata dall’Italia con la legge n. 77/2013.

47 Per approfondimenti su tale definizione v. F. Poggi, *Violenza di genere e Convenzione di Istanbul*, cit., pp. 51-76 e P. Parolari, *La violenza contro le donne come questione transculturale. Osservazioni sulla Convenzione di Istanbul*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 14, 2014, p. 859 ss.

Ora, se, come avvertiva Giovanni Tarello, l'utilità delle definizioni legislative va commisurata alla loro capacità di rendere univoci almeno quei vocaboli che sono in esse definiti (allo scopo di ridurre l'incertezza nella fase interpretativa e applicativa della legge)<sup>48</sup>, la ridefinizione di 'genere' proposta dal DDL non sembra in effetti fornire al giudice uno strumento utile a distinguere l'ambito applicativo delle discriminazioni e della violenza per motivi fondati sul *genere* da quello delle discriminazioni e della violenza per motivi fondati sull'*identità di genere*. Ciò non deve stupire: le distinzioni analitiche elaborate a livello teorico fanno fatica ad entrare nel linguaggio giuridico e, nel complesso, lo sforzo definitorio compiuto nell'ambito del DDL Zan lascia fuori alcuni elementi di complessità che, in ogni caso, farebbero fatica a essere racchiusi in definizioni legislative. Probabilmente si è trattato di uno sforzo innecesario e, alla prova dei fatti, controproducente, perché le definizioni proposte hanno alimentato critiche e scontenti, fornendo il pretesto per affossare un provvedimento che, al di là della retorica della libertà d'espressione, incute timori soprattutto per le misure di tutela preventiva che prevedono, anche nelle scuole, la promozione di iniziative di sensibilizzazione contro l'omo-lesbo-transfobia (art. 7). Sarebbe stato preferibile, come suggerito da alcun\*, nominare le soggettività coinvolte o, ancor meglio, i sistemi di potere o gli assi di oppressione (sessismo, omofobia, lesbofobia, transfobia), per usare il lessico tipico dell'approccio intersezionale<sup>49</sup>, da cui dipendono gli atti discriminatori e violenti che si vogliono sanzionare.

### 3. Identità di genere e differenza sessuale

In ogni caso, le critiche rivolte al quadro definitorio messo a punto nel DDL Zan da parte di alcune voci, anche autorevoli, del femminismo italiano suscitano qualche perplessità. In particolare, queste critiche si appuntano contro l'uso dell'espressione 'identità del genere' (peraltro, come detto, non nuova nel panorama giuridico italiano), accusata di sostituire «l'identità basata sul sesso con un'identità basata sul genere dichiarato<sup>50</sup>»: con quest'espressione, si legge nell'appello promosso da alcune attiviste del movimento *Se non ora quando-Libere*, «la realtà dei corpi – in particolare quella dei corpi femminili – viene dissolta»<sup>51</sup>. In termini non molto distanti, secondo Silvia Niccolai, il DDL veicolerebbe l'idea secondo cui «la differenza sessuale non esiste perché è frutto di stereotipi e pregiudizi» (i.e. una costruzione sociale), «ed è una cosa negativa, perché limita l'autodeterminazione in materia sessuale (o di genere)». E poiché «storicamente, il soggetto della differenza sessuale sono le donne [...] colpire, svaloriare o negare la differenza sessuale va contro le donne»<sup>52</sup>.

Letta nella cornice della critica al genere come costruzione sociale e all'identità di genere come foriera di una incontenibile "fluidità" basata sull'autopercezione dei soggetti che la rivendicano, la differenza sessuale sembrerebbe qui riferirsi alla mera differenza biologica tra uomini e donne<sup>53</sup>. Si tratterebbe tuttavia di un'interpretazione poco caritatevole, almeno nel caso di Silvia Niccolai, il cui nome è legato alla tradizione italiana del pensiero della differenza: una tradizione nella quale il concetto di differenza sessuale assume una valenza ben più articolata<sup>54</sup>. E, in effetti, l'ulteriore critica che Niccolai

48 G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 154-155.

49 K. Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in *University of Chicago Legal Forum*, 1989, pp. 139-167; Ead., *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color*, in *Stanford Law Review*, n. 43, 1991, pp. 1241-1299.

50 Disponibile su <http://www.cheliberta.it/2020/06/11/ddl-omotransfobia-il-sesso-non-si-cancella/>.

51 *Ivi*.

52 Le citazioni riportate nel testo sono tratte dall'intervento svolto da Silvia Niccolai nel webinar *Cambiare la legge Zan per salvarla*, 18 giugno 2021, che può essere letto all'indirizzo <https://www.libreriadelledonne.it/puntodivista/dallarete/cambiare-il-testo-della-legge-zan/>

53 T. Pitch, *Sul disegno di legge Zan*, post pubblicato in *Studi sulla questione criminale online*, consultabile al link: <https://studiquestionecriminale.wordpress.com/2021/05/06/sul-disegno-di-legge-zan/>.

54 Come suggerisce Dolores Morondo, occorre distinguere due diversi modi di intendere la differenza sessuale nell'ambito degli studi femministi: un primo approccio intende e promuove la differenza sessuale *in senso forte*, proponendo una contro-cultura femminile in cui la differenza come marchio viene trasformata in un motivo di orgoglio, e un secondo approccio che, invece, concepisce la differenza sessuale *in senso debole*, ovvero come strumento analitico per contrastare il sistema di dominio patriarcale. Morondo riconduce al primo filone il femminismo culturale statunitense (in particolare Carole Gilligan) ma anche il femminismo della differenza francese e il pensiero della differenza sessuale italiano (in cui si iscrive il pensiero di Nic-



muove al testo normativo qui in esame è che il sesso (e dunque la stessa differenza sessuale) non sia riducibile a mero dato biologico<sup>55</sup>. Ora, se con ciò si intende sostenere che il corpo non sia solo “natura”, ma anche “cultura”, nel senso che il sesso biologico esiste ma quello che noi vediamo è comunque un sesso culturalmente percepito, sul quale è stato costruito un potente discorso culturale e normativo relativo alla sessualità e alla riproduzione, la tesi sembra del tutto condivisibile.

La storia ci ha insegnato come la (diversa) dimensione corporea di uomini e donne abbia determinato il loro (diverso) posto nel mondo secondo un ordine gerarchizzato e dualista e come il corpo sessuato, soprattutto femminile, sia stato costantemente oggetto di controllo e regolazione, anche giuridica. In particolare, proprio l’asimmetria dei sessi nella riproduzione – è un fatto che, almeno finora, siamo tutte e tutti nati da un corpo materno<sup>56</sup> – ha condizionato molti dei dispositivi patriarcali di dominio sulla libertà e sulla vita delle donne. In quanti titolari del potere generativo, queste sono state tradizionalmente percepite come una minaccia nei confronti della supremazia maschile nella sfera politica e sociale, il che spiega perché sui loro corpi l’esigenza di disciplinamento, funzionale al controllo della società, sia stata molto più avvertita rispetto a quello esercitato sui corpi maschili<sup>57</sup>. E anche oggi, a dispetto delle importanti conquiste in termini di uguaglianza giuridica tra uomini e donne, il corpo femminile continua ad essere, in misura maggiore o minore a seconda dei diversi contesti sociali e culturali, territorio di conflitti e oggetto sia di discorsi pubblici (legali, morali, politici), sia di pratiche mediche, regole, discipline, spesso sottratti al dominio delle loro titolari.

Detto questo, sembra difficile imputare al testo normativo in esame il proposito di rimuovere la storia (individuale e sociale) legata alla specifica esperienza del corpo femminile, inteso come luogo di dominio ma anche come risorsa liberatoria rispetto a modelli di relazione eteroimposti. Parlando di ‘identità di genere’ – un concetto indubbiamente controverso – l’obiettivo è piuttosto quello di offrire uno strumento giuridico di tutela nei confronti della violenza transfobica. Si può ovviamente discutere sull’opportunità di ricorrere allo strumento penale per il perseguimento di quest’obiettivo<sup>58</sup> e di farlo mediante norme antidiscriminatorie specifiche che rischiano, secondo alcune<sup>59</sup>, di incoraggiare la deriva verso le frammentazioni identitarie, di moltiplicare le domande di riconoscimento e al contempo le denunce di esclusione, alimentando atteggiamenti divisivi che prestano il fianco alle critiche strumentali delle destre reazionarie<sup>60</sup>.

---

colai), nonché alcune versioni del c.d femminismo postmoderno Al secondo approccio viene invece ricondotto il femminismo radicale, soprattutto statunitense, che trova nel pensiero di Catharine A. Mackinnon una delle sue massime esponenti: D. Morondo Taramundi, *Il dilemma della differenza nella teoria femminista del diritto*, Pesaro, Es@, 2004, pp. 23-27. In particolare, per un approfondimento sul pensiero della differenza sessuale di S. Niccolai, v. A. Simone, *Silvia Niccolai o dell’esperienza giuridica come esperienza umana*, in *Femminismo giuridico. Teorie e problemi*, Ead., I. Boiano, A. Condello (a cura di), Milano, Mondadori, 2019, pp. 131-146.

55 Scrive Niccolai a questo proposito: «Torna in voga il modello-Hegel, che il ddl presuppone: il corpo è un nulla – un dato biologico, in effetti non pensa e non sente – da cui si può prescindere con le sole operazioni della mente (l’autopercezione o identità di genere)».

56 A. Rich, *Of Woman Born: Motherhood as Experience and Institution* (1975), trad. it., *Nato di donna*, Garzanti, 1996.

57 T. Pitch, *Sesso e genere del e nel diritto: il femminismo giuridico*, in *Diritto come questione sociale*, E. Santoro (a cura di), Torino, Giappichelli, 2010, pp. 112 ss.

58 Da sostenitrice del diritto penale minimo, sono portata a pensare che lo strumento repressivo non sia quello più efficace per il contrasto alla violenza, perché operando dopo che la violenza è stata agita non è in grado di incidere sulla rimozione delle cause strutturali che stanno all’origine di fenomeni sociali come il sessismo, il razzismo, l’omofobia, la transfobia, l’abilismo, e così via. Detto questo, lo strumento penale può rilevarsi utile in ragione del suo potenziale simbolico, per stigmatizzare la violenza, per fissare un confine tra ciò che è tollerabile e ciò che non lo è. Viene qui in rilievo la capacità del diritto di “nominare” determinati comportamenti, e attraverso quel nome di renderli visibili e delegittimarli non solo sul piano giuridico, ma anche sul piano sociale (sul punto v. C.A. MacKinnon, *Sexual Harassment: its First Decade in Court*, (1986), trad. it. *Molestie sessuali: i primi dieci anni nei tribunali*, in *Le donne sono umane?*, A. Besussi, A. Facchi (a cura di), Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 76-93.

59 In questo senso v. le critiche mosse al DDL Zan da I. Dominijanni, *Gli effetti collaterali della legge Zan*, in *Internazionale*, 03 agosto 2020, <https://www.internazionale.it/opinione/ida-dominijanni/2020/08/03/legge-zan-effetti-collaterali>, la quale si chiede se per raggiungere lo scopo egualitario di garantire “quella pari dignità che la costituzione riconosce a ciascuna persona” non fosse preferibile introdurre nel codice penale un’aggravante per gli atti lesivi della dignità della persona (di tutte le persone, senza ulteriori specificazioni).

60 Si ripropone qui, in termini generali, il dilemma di fondo che accompagna qualsiasi percorso di riconoscimento da parte del diritto: da una parte, i soggetti per esistere (e quindi anche per essere tutelati) giuridicamente devono essere nominati, categorizzati e differenziati, dall’altra, così facendo, le categorie rischiano di ingabbiarne alcuni ed escluderne altri. Questo dilemma trova un’espressione radicale nelle prospettive queer che, se da un lato chiedono che la società riconosca «quanto



Tuttavia, non può che stupire, se non alla luce dell'eterogeneità di voci che caratterizza il vasto universo femminista, la convergenza tra gli argomenti utilizzati da alcune voci critiche di questo universo e le tradizionali resistenze conservatrici nei confronti del binarismo sessuale. Si pensi ad esempio, a questo proposito, agli argomenti tipicamente sdoganati dai detrattori della c.d. ideologia o teoria gender<sup>61</sup>, di cui il DDL Zan si sarebbe fatto cassa di risonanza<sup>62</sup>.

Se l'apertura verso il superamento del principio della certezza della separazione dei generi mediante la valorizzazione dell'autodeterminazione rispetto al dato biologico può comprensibilmente destare preoccupazioni nell'ambito del pensiero politico tradizionale (maschile) perché è proprio sulla rigida separazione dei generi che si fonda l'organizzazione sociale di matrice patriarcale, dal movimento delle donne, che di questa rigida separazione ha fatto le spese sui propri corpi, non ci si attenderebbe analoghe preoccupazioni.

Del resto, c'è un altro volto del femminismo, già da qualche tempo incline a interpretare il fenomeno della violenza di genere, quale fenomeno sistemico e strutturale, in termini inclusivi, che aprono alla possibilità di alleanze con le soggettività LGBTQI+ (e non solo): ciò nella consapevolezza della comune matrice che caratterizza la violenza maschile contro le donne e altre forme di odio e intolleranza, invisibile e manifesta, nei confronti dei corpi e delle sessualità "non conformi"<sup>63</sup>.

La mancata approvazione del DDL Zan si deve, come noto, a meccanismi politici interni al Parlamento italiano che nulla hanno a che fare con le ricordate critiche femministe; nondimeno, essa offre l'occasione per ripensare il tema delle coalizioni tra le diverse istanze di riconoscimento provenienti da soggettività discriminante. Un tema caro ad alcune teoriche dell'intersezionalità<sup>64</sup>, le quali, sul presupposto dell'interconnessione tra i vari sistemi o assi di oppressione (sessismo, razzismo, classismo, omolesbotransfobia etc.), hanno evidenziato l'importanza di superare analisi teoriche e politiche basate esclusivamente su un approccio "monocategoriale". Il superamento di tale approccio, che ancora caratterizza in larga misura il diritto antidiscriminatorio, può essere motivo di destabilizzazione, come ci ricorda Mary Matsuda<sup>65</sup>, visto che molte battaglie emancipatorie sono state condotte attraverso una forte aggregazione attorno a un'unica caratteristica identitaria. Tuttavia, l'analisi delle varie forme di subordinazione in un'ottica intersezionale può fornire un contributo importante in vista del loro sovvertimento sul piano politico. Adottare una simile prospettiva non significa necessariamente indulgere in elaborazioni "neutre" del genere che rischiano effettivamente di offuscare le dinamiche di potere che

---

sia essenziale l'acquisizione di un genere ai fini del senso stesso della propria personalità, del proprio senso di benessere, della propria prosperità fisica» (J. Butler, *Undoing Gender*, trad. it. 2014, cit., p. 156), dall'altro rifiutano l'ingerenza del diritto in quanto necessariamente (anche) escludente e veicolo di forme di assoggettamento funzionali a realizzare una non richiesta omologazione sociale. Su questo carattere ambivalente dell'approccio queer si sofferma, tra gli altri, F. Mastromartino, *Contro l'eteronormatività. La soggettività queer di fronte al dilemma del riconoscimento giuridico*, in *Le teorie critiche del diritto*, M.G. Bernardini, O. Giolo (a cura di), Pisa, Pacini, 2017, pp. 231-247. Nel caso specifico del DDL Zan, il riconoscimento di tutele specifiche – mi riferisco in particolare alle soggettività LGBTQI+ – trova comunque motivi di giustificazione: non solo l'ovvia esigenza di far fronte all'innegabile aumento di manifestazioni di odio a sfondo omolesbotransfobico nel nostro paese, ma anche quella di adeguare la normativa italiana alla cornice antidiscriminatoria europea, senza contare che la mancata previsione dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere quali moventi dei crimini d'odio può rendere difficoltosa la raccolta di dati statistici affidabili sulle violenze perpetrate a danno di persone gay, lesbiche e trans, per quanto l'introduzione di tutele penali non sia di per sé automatica garanzia dell'aumento di denunce da parte delle vittime: G. Viggiani, *Quando l'odio (non) diventa reato. Il punto sui crimini d'odio di matrice omotransfobica in Italia*, in questa *Rivista*, 2020, pp. 107-123.

61 Per una panoramica su questi argomenti v. S. Garbagnoli, "L'ideologia del genere": l'irresistibile ascesa di un'invenzione retorica vaticana contro la denaturalizzazione dell'ordine sessuale, in *AG. About Gender. Rivista internazionale di studi di genere*, n. 6, 2014, pp. 250-263.

62 Scrive Silvia Nicolai a questo proposito: «Secondo queste teorie [gender], la distinzione tra i due sessi è il frutto di costruzioni sociali, tradizioni, costumi, i quali chiudono gli individui in una gabbia repressiva, il 'binarismo sessuale', che esclude, stigmatizza chi in tale binarismo non si riconosce e che costringe all'eterosessualità (viene detta etero normatività). La possibilità di dirsi maschio o femmina o nessuno delle due cose, indipendentemente dal corpo che si ha – l'identità di genere - romperebbe il giogo repressivo del binarismo, la gabbia dell'etero-normatività. Il punto fondamentale è che al binomio autoritario e repressivo "binarismo sessuale/etero normatività obbligatoria" secondo le teorie di genere equivale la differenza sessuale» (*Cambiare la legge Zan per salvarla*, cit.).

63 Tale consapevolezza si esprime sia a livello teorico, sia a livello di pratiche di attivismo: significativa, a quest'ultimo proposito, l'esperienza maturata attorno al movimento femminista e transfemminista internazionale *Non una di meno*, che in Italia, nel 2017, ha prodotto il *Piano femminista contro la violenza maschile sulle donne e la violenza dal basso*, a cui si ispira anche la presa di posizione nei confronti del DDL Zan, consultabile in <https://nonunadimeno.wordpress.com/2020/07/10/10419/>.

64 B. Bello, *Intersezionalità. Teorie e pratiche tra diritto e società*, FrancoAngeli, Milano 2020.

65 M. Matsuda, *Beside my Sister, Facing the Enemy: Legal Theory Out of Coalition*, in *Stanford Law Review*, 1991, pp. 1183-1192, spec. p. 1191.

ancora tengono sotto scacco i corpi delle donne e le loro rivendicazioni (non solo in termini di politiche di riconoscimento, ma anche di politiche redistributive, seguendo Nancy Fraser<sup>66</sup>), né comporta la rinuncia a considerare il genere come asse principale, visto e considerato che nei sistemi patriarcali il maschile si è da sempre auto rappresentato come l'universale, non solo in termini di soggettività "piena" (uomo uguale umano), ma anche in termini di soggettività "oppressa" (e quindi anche il soggetto oppresso per motivi di razza, classe e orientamento sessuale è tipicamente il maschio nero, l'operaio uomo, il gay)<sup>67</sup>.

Ragionare sulla formazione di coalizioni può piuttosto favorire il superamento di quelle "olimpiadi dell'oppressione"<sup>68</sup>, che si verificano quando i gruppi sociali marginalizzati competono l'uno con l'altro per la propria liberazione, rafforzando, al contempo, la consapevolezza delle rilevanti differenze esistenti all'interno degli stessi singoli gruppi<sup>69</sup>.

66 Secondo Nancy Fraser, le donne, a qualsiasi latitudine, sia pure in misura diversa a seconda del contesto di appartenenza, soffrono sia di ingiustizie "culturali" dovute a forme di disriconoscimento del loro status nell'ambito di rapporti gerarchizzati di genere fondati su norme androcentriche (di cui manifestazione più evidente è la violenza maschile contro le donne o la loro esclusione dalla vita pubblica), sia di ingiustizie "economiche" dovute a una distribuzione diseguale delle risorse economiche (da questo punto di vista, il genere è una categoria bifronte, in quanto le ingiustizie legate al genere intersecano sia questioni di carattere distributivo, sia questioni di carattere culturale). Diversamente, le minoranze sessuali, che ovviamente intercettano anche parte del più ampio "gruppo" delle donne, sono presentate da Fraser come l'esempio tipico di gruppi che soffrono solo di ingiustizie culturali riconducibili a una differenziazione di status che conferisce una "forma naturale e legittima all'eterosessualità" e una "forma "perversa e indegna all'omosessualità". Ciò non significa che le persone LGBTQI+ non soffrano pregiudizi economici a motivo del loro orientamento sessuale o identità di genere non conforme, ma tali pregiudizi dipendono dalla vigenza di modelli culturali eteronormativi e non, dunque, da questioni di carattere distributivo: v. N. Fraser, *Giustizia sociale nell'era della politica dell'identità. Redistribuzione, riconoscimento e partecipazione*, in *Redistribuzione o riconoscimento? Lotte di genere e diseguaglianze economiche*, N. Fraser, A. Honneth (a cura di), Roma, Meltemi, 2007, p. 28. Più di recente, come noto, accanto alla dimensione culturale del riconoscimento e a quella economica della redistribuzione, Fraser ha aggiunto nella sua teoria della giustizia una terza dimensione specificatamente politica, quella della rappresentanza: N. Fraser, *Scales of Justice. Reimagining Political Space in a Globalizing World*, Cambridge (UK), Polity Press, 2008, pp. 224 ss.

67 In questi termini D. Morondo, *Un caffè da Starbucks. Intersezionalità e disgregazione del soggetto nella sfida del diritto antidiscriminatorio*, in *Ragion Pratica*, n. 37, 2011, p. 382.

68 E. Martinez, *Beyond Black/White: the Racisms of Our Times*, in *Social Justice*, n. 20, 1993, pp. 22-34. Devo questo spunto a B. Bello, *Intersezionalità*, cit., p. 113.

69 A. Carastathis, *Identity as Potential Coalitions*, in *Signs. Journal of Women in Culture and Society*, n. 38, pp. 941-965; Ead, *Intersectionality: Origins, Contestations, Horizons*, Lincoln-London, University of Nebraska Press, 2016, spec. pp. 188 ss.

Salvatore Curreri\*

## Il travagliato iter parlamentare del c.d. disegno di legge Zan

### Sommario

1. Introduzione – 2. Abbinamento, scelta del testo base e disabbinamento delle proposte di legge in materia – 3. La scelta della sede del procedimento legislativo – 4. Il ruolo del Presidente di Commissione – 5. Gli effetti della calendarizzazione in Aula del ddl Zan – 6. Antiche e nuove forme di ostruzionismo – 7. Il voto a scrutinio segreto: a) alla Camera – 8. (segue): b) al Senato – 9. Osservazioni conclusive.

### Abstract

Lo scritto analizza l'iter parlamentare del c.d. disegno di legge Zan sulla discriminazione sessuale e di genere, evidenziando talune specifiche questioni procedurali: l'abbinamento prima e lo disabbinamento dopo rispetto alle altre iniziative legislative in materia; la scelta della sede referente anziché redigente; gli effetti della sua calendarizzazione; il ruolo del Presidente della Commissione; le tecniche ostruzionistiche delle opposizioni; infine il ricorso allo scrutinio segreto. In tal senso l'esame dell'iter legislativo del ddl Zan è occasione utile per una riflessione più complessiva sullo stato di salute del procedimento legislativo quando non condizionato dalle scelte procedurali del Governo.

*The paper analyzes the parliamentary process of the so-called Zan's Bill on sexual and gender discrimination, highlighting specific procedural issues: the association first and the subsequent disassociation with respect to other similar legislative; the choice of the type of legislative procedure; the effects of its scheduling; the role of the President of the Commission; the filibustering of the oppositions and finally, the exploitation of the secret ballot. In this sense, the examination of the legislative process of Zan's Bill is a useful opportunity for a more comprehensive reflection on the health status of the legislative procedure when not conditioned by the procedural choices of the Government.*

### 1. Introduzione

È noto che sul disegno di legge presentato dal deputato Zan<sup>1</sup> - volto ad introdurre *Misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità* (d'ora in poi, per brevità, *ddl Zan*) - siano insorti tra le forze politiche forti contrasti, tali alla fine da determinare la bocciatura in Senato del testo approvato dalla Camera.

Come spesso capita in simili casi, tali contrasti si sono riflessi in tutta una serie di questioni procedurali sollevate dalle opposizioni dapprima alla Camera e poi, ancor di più, al Senato, complice il fatto

\* Professore ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università degli studi di Enna "Kore".  
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1 Dal nome del relatore in Commissione (nomina del 14 novembre 2019) e, per la maggioranza, in Aula (nomina del 30 luglio 2020) del testo unificato (A.C. n. 107) discusso ed approvato in prima lettura dalla Camera il 4 novembre 2020.

che in quel ramo del Parlamento la maggioranza a sostegno del provvedimento poteva contare su margini numerici più ridotti ed ulteriormente erosi dal mutato orientamento di un gruppo parlamentare (*Italia Viva – Partito socialista italiano*) rispetto a quello inizialmente favorevole assunto alla Camera.

Al di là del giudizio che si voglia dare circa i reali obiettivi perseguiti - ostruzionistici per i sostenitori del disegno di legge, di approfondimento istruttorio per i contrari - tali questioni procedurali, oltretutto assumere rilievo in sé per i correlati problemi interpretativi sollevati, dimostrano in modo abbastanza significativo e paradigmatico quanto irto d'ostacoli e pieno d'insidie possa essere il procedimento legislativo quando si tratti di esaminare testi fortemente divisivi, senza ricorrere alla comoda scorciatoia della decretazione d'urgenza che - complice anche l'emergenza pandemica - ha com'è noto quasi interamente monopolizzato la produzione legislativa delle Camere. Si è trattato del resto di una precisa scelta del Governo che ha deciso sul tema di rimanere estraneo<sup>2</sup>, contrariamente a quando, invece, sempre su temi riguardanti i diritti civili, aveva deciso di intervenire in maniera determinante, ponendo la questione di fiducia sul testo di quella che poi sarebbe stata la legge n. 76/2016 sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso e sulle convivenze di fatto<sup>3</sup>.

Oggetto del presente contributo, pertanto, non saranno i contenuti del *ddl Zan*<sup>4</sup> quanto il suo esame parlamentare, la cui analisi costituisce occasione utile e propizia per verificare quali siano oggi i margini, nelle pieghe dei regolamenti, di cui le opposizioni dispongono per rallentare l'iter di un testo legislativo al fine d'impedirne l'approvazione o costringere la maggioranza a modificarlo e quali, di contro, siano le possibili contromisure attivabili da quest'ultima. Il tutto in un contesto caratterizzato, come vedremo, da prassi e precedenti parlamentari che integrano e, talora, prevalgono sul dettato regolamentare, rendendo così il procedimento legislativo in taluni snodi così incerto da sovraesporre inevitabilmente il ruolo del Presidente d'Assemblea, le cui decisioni sono destinate a diventare pertanto fondamentali ai fini della sua prosecuzione. Il che dovrebbe indurre ad una più complessiva riflessione sullo stato del procedimento legislativo nelle nostre Camere al fine di ridisegnarne l'architettura in senso maggiormente conforme alle esigenze di approfondimento istruttorio e di pronunciamento specifico espresse in modo sintetico ma efficace dal primo comma dell'articolo 72 Cost. secondo cui "ogni disegno di legge presentato ad una Camera è, secondo le norme del suo regolamento, esaminato da una commissione e poi dalla Camera stessa, che l'approva articolo per articolo e con votazione finale"

## 2. Abbinamento, scelta del testo base e disabbinamento delle proposte di legge in materia

Il *ddl Zan* inizia il proprio iter alla Camera, dove, in materia di discriminazioni per motivi di sesso o di genere, erano state presentate cinque proposte di legge: le prime tre ad inizio legislatura da parte di deputati del centro sinistra<sup>5</sup>, a dimostrazione di come il tema fosse particolarmente avvertito da quella parte politica; le restanti due<sup>6</sup> a ridosso della data di avvio (24 ottobre 2019) dell'esame in sede referente.

- 2 Intervenedo il 23 giugno 2021 al Senato in sede di comunicazioni rese in vista del Consiglio europeo del 24-25 giugno 2021, il Presidente del Consiglio Draghi, in riferimento alle preoccupazioni espresse dalla Presidenza della Conferenza Episcopale Italiana su taluni contenuti del *ddl Zan* (v. comunicato del 28 aprile 2021), nell'affermare l'esistenza nel nostro ordinamento di "tutte le garanzie per assicurare che le leggi rispettino sempre i principi costituzionali", come quello di laicità, tenne a precisare che "il Governo non entra nel merito della discussione. Questo è il momento del Parlamento, non è il momento del Governo".
- 3 V. *Atti parlamentari*, Camera dei deputati, Assemblea, seduta del 10 maggio 2016.
- 4 Sui quali, peraltro, ho espresso la mia opinione in *Ddl Zan: proviamo a fare chiarezza*, in *laCostituzione.info*, 18 maggio 2021.
- 5 Si tratta delle seguenti proposte di legge: 1) A.C. n° 107 Modifiche alla legge 13 ottobre 1975, n. 654, e al decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, per il contrasto dell'omofobia e della transfobia nonché delle altre discriminazioni riferite all'identità sessuale, presentato dai deputati Boldrini e Speranza (LeU) il 23 marzo 2018 (prima seduta della legislatura) e assegnato il successivo 7 agosto alla II Commissione permanente (Giustizia) in sede referente, con pareri delle Commissioni I (Affari costituzionali), V (Bilancio), XI (Lavoro pubblico e privato) e XII (Affari sociali); 2) A.C. n° 569 Modifiche agli articoli 604-bis e 604-ter del codice penale, in materia di violenza o discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere, presentato dai deputati Zan (Pd) ed altri il 2 maggio 2018 e assegnato alla II Commissione permanente (Giustizia) in sede referente il 7 ottobre 2019, con parere della Commissione I (Affari costituzionali); 3) A.C. n° 868 Modifiche agli articoli 604-bis e 604-ter del codice penale, in materia di contrasto dell'omofobia e della transfobia, presentato dai deputati Scalfarotto (Pd) ed altri il 4 luglio 2018 e assegnato alla II Commissione permanente (Giustizia) in sede referente il 19 dicembre 2018, con parere delle Commissioni I (Affari costituzionali).
- 6 Si tratta delle proposte di legge: 1) A.C. n° 2171 Modifiche agli articoli 604-bis e 604-ter del codice penale e altre disposizioni in materia di contrasto della violenza e della discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere, non-



Tutte e cinque le proposte di legge erano state assegnate dal Presidente (art. 72.1 R.C.) alla II Commissione permanente (Giustizia)<sup>7</sup>, seppur non subito dopo la loro presentazione, come comunemente si crede<sup>8</sup>.

Il primo problema procedurale che si è posto ha riguardato l'abbinamento dei cinque disegni di legge ai fini della successiva scelta del testo base. Difatti, quando – come quasi sempre accade – su un'identica materia sono stati depositate più iniziative legislative, espressione delle diverse posizioni assunte dai gruppi politici, la Commissione deve procedere al loro abbinamento (art. 77.1 R.C.), fin quando non abbia avuto termine la “discussione in sede referente” (art. 77.2 R.C.). Il preliminare esame delle proposte di legge abbinata, infatti, è funzionale alla scelta, da parte della Commissione referente, “di un testo base”, tra quelli presentati, “ovvero alla redazione di un testo unificato” (art. 77.3 R.C.), risultante dalla sintesi, finché politicamente possibile, di più proposte di legge.

La preferenza per la proposta di legge n° 569, presentata dai deputati Zan ed altri come testo base, già evidenziata dall'avvio dell'esame in sede referente pochi giorni dopo la sua assegnazione alla Commissione Giustizia<sup>9</sup> e dalla designazione dello stesso deputato Zan<sup>10</sup> come relatore fin dalla prima seduta (24 ottobre 2019), ha trovato conferma proprio in sede di abbinamento. È infatti a tale proposta di legge che è stato deciso di abbinare dapprima (seduta del 14 novembre 2019) le due proposte di legge già presentate (*Boldrini-Speranza* e *Scalfarotto ed altri*) e poi (seduta del 21 gennaio 2020) le altre due successive (*Perantoni ed altri* e *Bartolozzi*). Va evidenziato come tale abbinamento è stato dichiarato d'ufficio da parte della Presidente della Commissione Giustizia - la deputata Businarolo (M5S) – per le proposte di legge *Scalfarotto ed altri* e *Bartolozzi* in quanto giudicate “vertenti su materia identica” (art. 77.1 R.C.), mentre è stato deliberato dalla Commissione per i disegni di legge *Boldrini-Speranza* e *Perantoni ed altri* perché di più ampio perimetro d'intervento normativo, con conseguente ampliamento dei margini di ammissibilità dei possibili emendamenti<sup>11</sup>.

La preferenza per la proposta di legge presentata dai deputati Zan ed altri si è manifestata anche in occasione del tentativo di sceglierlo subito come testo base, senza attendere la conclusione della discussione preliminare, così da poter poi svolgere la discussione direttamente su di esso (seduta del 17 giugno 2020). Tentativo contrario però alla sequenza stabilita dal citato art. 77 R.C. secondo cui la Commissione deve dapprima procedere all'“esame preliminare dei progetti abbinati” e, al termine della relativa discussione, scegliere se individuare il testo base o redigere un testo unificato. La discussione sulle diverse proposte di legge, quindi, precede - e non segue - la scelta del testo base o unificato. Essa consente, infatti, ai membri della Commissione referente di esprimere la loro posizione o, meglio, quella del gruppo parlamentare che li ha designati (art. 19.1 R.C.) sulle diverse proposte di legge presentate sulla stessa materia, specie quando dai contenuti contrastanti, così da far emergere le possibili affinità e le insuperabili divergenze, in ogni caso utili per orientare il futuro relatore ai fini della individuazione del possibile testo base o della redazione di un testo unificato su cui poter già far confluire il massimo consenso politico possibile.

Il che è esattamente quanto accaduto in Commissione Giustizia, dove, sulla base di quanto stabilito dall'Ufficio di Presidenza il 18 giugno 2020, nelle successive sedute del 25 e del 30 giugno si è svolta la discussione non già sulle singole proposte di legge presentate ma sulle loro complessive tematiche, propedeutica alla scelta o di un testo base tra quelli già presentati oppure di un testo unificato risultante

---

ché istituzione dei centri antiviolenza e della Giornata nazionale contro l'omofobia, la bifobia e la transfobia, presentato dai deputati Perantoni (M5S) ed altri il 14 ottobre 2019 e assegnato alla II Commissione permanente (Giustizia) in sede referente il 10 gennaio 2020, con pareri delle Commissioni I (Affari costituzionali), V (Bilancio), VII (Cultura, scienza e istruzione), XI (Lavoro pubblico e privato) e XII (Affari sociali) ex art. 73.1-bis R.C. (c.d. parere rinforzati) e della Commissione parlamentare per le questioni regionali; 2) A.C. n° 2255 Modifiche agli articoli 604-bis e 604-ter del codice penale, in materia di violenza o discriminazione per motivi di genere, presentato dalla deputata Bartolozzi (Fi) il 14 novembre 2019 e assegnato alla II Commissione permanente (Giustizia) in sede referente il 27 novembre 2019, con parere della I Commissione (Affari costituzionali).

- 7 La Commissione Giustizia della Camera ha dedicato all'esame delle proposte legislative in materia ventidue sedute, di cui diciotto (dal 4 giugno al 30 luglio 2020) dedicate alla discussione dell'articolato.
- 8 Ciò vale sia per le quattro proposte di legge per le quali tra la presentazione e l'assegnazione sono trascorsi dai 13 giorni della proposta n° 2255 ai cinque mesi della proposta n° 868, sia soprattutto per la proposta di legge Zan ed altri n° 569, presentata come detto il 2 maggio 2018 ma assegnata alla II Commissione permanente (Giustizia) in sede referente il 7 ottobre 2019, quindi ben diciassette mesi dopo.
- 9 Come evidenziato nella nota precedente, la proposta di legge Zan è stata assegnata alla Commissione Giustizia il 7 ottobre 2019, pochi giorni prima della data (24 ottobre 2019) di avvio della fase referente.
- 10 Si noti che il deputato Zan è stato designato dal gruppo parlamentare del Partito democratico a far parte della II Commissione Giustizia il 27 settembre 2019 (fino ad allora faceva parte della XI Commissione Lavoro pubblico e privato), quindi poco prima di un mese dall'avvio della discussione.
- 11 Tutti gli atti parlamentari relativi al *ddl Zan* sono facilmente reperibili alla scheda sui suoi lavori preparatori consultabile al seguente link <https://www.camera.it/leg18/126?tab=1&leg=18&idDocumento=569&sede=&tipo=>



dalla loro sintesi. Al termine di tale discussione, nella seduta del 30 giugno, il relatore Zan ha quindi depositato il testo unificato delle cinque proposte di legge che la Commissione Giustizia ha poi adottato come testo base (seduta del 14 luglio), con il voto favorevole dei deputati dei gruppi parlamentari del M5S, PD, IV e LeU, quello contrario di quelli della Lega e di FdI e l'astensione, "in segno di apertura" dei deputati di FI. Nella stessa seduta si è poi svolta la discussione generale su tale testo base, con conseguente fissazione del termine per il deposito degli emendamenti (art. 79.1 R.C.)<sup>12</sup>.

Al termine del loro esame, svoltosi nelle sedute del 21, 22, 23, 28 e 30 luglio, la Commissione ha deliberato di conferire al relatore il mandato a riferire favorevolmente all'Assemblea (art. 79.12 R.C.), tramite relazione orale (art. 79.14 R.C.), sul testo unificato, come risultante dalle proposte emendative approvate, con il nuovo titolo *Misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi legati al sesso, al genere, all'orientamento sessuale e all'identità di genere*.

Il tema dell'abbinamento si è posto anche al Senato dove, in base a quanto prescritto dall'art. 51.1 R.S., "i disegni di legge aventi oggetti identici o strettamente connessi sono posti congiuntamente all'ordine del giorno della Commissione competente, salvo che per alcuni di essi la Commissione abbia esaurito la discussione". Al Senato, infatti, al momento della trasmissione da parte della Camera del *ddl Zan* (A.S. 2005), approvato il 4 novembre 2020, giacevano presso la 2<sup>a</sup> Commissione permanente (Giustizia) - in sede redigente<sup>13</sup> - tre disegni di legge in materia di contrasto alle discriminazioni per motivi di sesso o di genere<sup>14</sup>. A questi se ne sono aggiunti dopo altri due, sempre assegnati alla suddetta Commissione<sup>15</sup>. La decisione dell'Ufficio di Presidenza integrato della Commissione Giustizia del Senato di abbinare il *ddl Zan*, approvato e trasmesso dalla Camera, ai disegni di legge già all'ordine del giorno della Commissione ha posto alla maggioranza a suo sostegno il problema di come trasformarlo in testo base al fine di garantirgli un iter spedito in commissione. Il che presupponeva, per un verso, il suo disabbinamento dagli altri disegni di legge già depositati, per altro verso il suo non abbinamento con i successivi disegni di legge e, in particolare, con il disegno di legge *Ronzulli ed altri* (S. 2205) presentato a nome di tutto il centro-destra quale testo alternativo. Come, infatti, l'abbinamento di più disegni di legge non identici, comportandone l'esame congiunto, amplia il "perimetro" dell'intervento normativo e, di conseguenza, della discussione, di contro il disabbinamento lo restringe, concentrandolo sui temi trattati dal testo prescelto e ponendo così i presupposti perché esso sia approvato in Commissione e portato in Aula. Il disabbinamento, quindi, consente di stralciare dall'esame quei disegni di legge, e le relative tematiche, destinati ad una trattazione separata, in tal modo accelerando i tempi di esame dell'unica proposta di legge rimasta.

Sulla procedibilità della richiesta di disabbinamento del *ddl Zan* dagli altri disegni di legge si è posto però subito il problema se il precedente abbinamento avesse natura, per così dire, "oggettiva" o "soggettiva". Se, cioè, la trattazione congiunta di più disegni di legge in Commissione fosse, come sostenuto dal centro-destra, conseguenza obbligatoria ed automatica<sup>16</sup> del loro avere "oggetti identici o strettamente connessi", come recita l'art. 51.1 R.S., com'era evidente nel caso in specie, con conseguente divieto di disabbinamento. Oppure se, come sostenuto dal centro sinistra, l'abbinamento dipendesse anche dal fatto che i disegni di legge avessero un contenuto simile o analogo, per cui in caso contrario, il primo firmatario del disegno di legge destinatario dell'abbinamento vi si potrebbe opporre, ritenendolo inopportuno anche per le temute conseguenze procedurali, chiedendo quindi alla Commissione di

12 Fissato inizialmente dall'Ufficio di presidenza integrato per le ore 16 dell'indomani, 15 luglio, ma poi, su richiesta delle opposizioni, spostato alle ore 11 del 16 luglio.

13 Sulla scelta del procedimento legislativo v. § 3.

14 Si tratta dei seguenti disegni di legge: 1) S. 59 *Disposizioni in materia di contrasto alle discriminazioni motivate dall'orientamento sessuale e dall'identità di genere* presentato dai sen. Cirinnà e Cerno (Pd) il 23 marzo 2018 ed assegnato il 3 luglio 2018; 2) S. 1176 *Modifiche agli articoli 604-bis e 604-ter del codice penale e istituzione della Giornata nazionale contro l'omotransfobia nonché dei centri antiviolenza per le vittime di omofobia e transfobia* presentato dalla sen. Maiorino (M5S) ed altri il 26 marzo 2019 ed assegnato il 4 giugno 2019; 3) S. 1430 *Modifiche al codice penale in materia di contrasto dell'istigazione all'odio e alla discriminazione di genere* presentato dalla sen. Unterberger (Aut (SVP-PATT, UV)) e altri il 24 luglio 2019 ed assegnato il 14 gennaio 2020.

15 Si tratta dei seguenti disegni di legge: 1) S. 1613 *Modifiche agli articoli 604-bis e 604-ter del codice penale e ulteriori misure volte alla prevenzione e al contrasto del linguaggio d'odio* presentato dalla sen. Evangelista (M5S) ed altri il 13 novembre 2019 ed assegnato il 25 febbraio 2020; S. 2205 *Modifiche al codice penale in materia di circostanze aggravanti nei casi di violenza commessa in ragione dell'origine etnica, credo religioso, nazionalità, sesso, orientamento sessuale, età e disabilità della persona offesa*, presentato il 6 maggio 2021 dai sen. Ronzulli, (Fi-Udc), Salvini (Lega), Binetti (Fi-Udc) e Quagliariello (Misto-Idea e Cambiamo) a nome dell'intero centro destra ed assegnato il successivo 7 maggio; a quest'ultimo disegno di legge il sen. Balboni (FdI) ha aggiunto la propria firma nella seduta della Commissione del 18 maggio 2021, previo assenso della sen. Ronzulli, prima firmataria.

16 Al pari di quanto previsto dall'art. 77.1 R.C.; cfr. E. Aureli, *Presidenti di Commissione parlamentare "di opposizione": spunti a partire dal travagliato iter parlamentare del ddl Zan*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2021, 216. Disponibile in: [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

decidere in merito. Fermo restando che, al pari di quanto accaduto alla Camera in sede di abbinamento, anche il disabbinamento dei disegni di legge presuppone comunque la loro specifica illustrazione in Commissione<sup>17</sup>.

La questione, discussa nella seduta della Commissione Giustizia del Senato del 6 maggio 2021, è stata risolta in modo ambivalente dal suo Presidente (il sen. Ostellari della Lega). Per un verso, preso atto della mancata opposizione delle senatrici prime firmatarie degli altri quattro disegni di legge già depositati (nn. 59, 1176, 1430 e 1613), ha deciso, *ob torto collo*, di mettere ai voti la proposta di disgiunzione del *ddl Zan* così da adottarlo come testo base; proposta poi approvata con dodici voti favorevoli e nove contrari<sup>18</sup>. Per altro verso, però, il Presidente ha voluto precisare, prima del voto, che la decisione della Commissione, anche qualora avesse “inopinatamente” disatteso le determinazioni dell’Ufficio di Presidenza integrato, non avrebbe comunque implicato “ulteriori conseguenze procedurali in ordine all’interpretazione dell’articolo 51 primo comma del Regolamento”, in ordine all’abbinamento dei disegni di legge, giacché “la valutazione della loro “stretta connessione” competeva “alla Presidenza, in fase di stesura dell’ordine del giorno”; pertanto “la decisione odierna, di ammettere il voto richiesto, non [avrebbe potuto] pregiudicare il dovere del Presidente di garantire una trattazione congiunta di disegni di legge ulteriori che, sulla medesima materia, dovessero sopraggiungere”.

Un riferimento non casuale, anzi quasi profetico alla luce di quanto successivamente accaduto. Il disabbinamento del *ddl Zan* e la conseguente sua adozione come testo base, infatti, avrebbero permesso alla maggioranza una sua più rapida trattazione in Commissione, al limite, come vedremo, calendarizzandolo direttamente in Aula così da chiederne colà la discussione senza relatore qualora la Commissione non ne avesse concluso l’esame per quella data. Per evitare tale possibilità, il centro destra - guarda caso il giorno stesso (6 maggio 2020) in cui la Commissione Giustizia decideva il disabbinamento del *ddl Zan* - presentava un disegno di legge (*Ronzulli ed altri*, A.S. 2205)<sup>19</sup> che il Presidente di tale Commissione, nella successiva seduta del 18 maggio, ha posto all’ordine del giorno congiungendolo “per stretta connessione di oggetto con il disegno di legge n. 2005” (*ddl Zan*), ai sensi del citato art. 51.1 R.S. Nel relazionare nella stessa seduta su tale nuovo disegno di legge, il Presidente ha premesso come “la congiunzione non [poteva] essere oggetto di discussione” dato che era “oggettivamente incontestabile la medesimezza tra le materie trattate nei due disegni di legge”, benché, per ammissione (di parte) dello stesso Presidente, essi avessero orientamenti opposti: il *ddl Zan*, infatti, utilizzava il diritto penale “per promuovere valori etico-culturali”; il disegno di legge Ronzulli per reprimere fattispecie penali tipiche e determinate, come richiesto dall’art. 25 Cost.<sup>20</sup>.

La decisione di congiungere il disegno di legge Ronzulli al *ddl Zan*, al fine di procedere al loro esame parallelo, è stata ovviamente contestata dal centro sinistra in ragione della diversità non tanto dell’oggetto ma delle soluzioni previste, ammessa come detto dallo stesso Presidente. Da qui la richiesta di revocare l’abbinamento deciso dal Presidente in nome dell’autonomia della Commissione sul suo ordine dei lavori, riproponendo la questione – come visto già emersa alla Camera – della natura “soggettiva” o “oggettiva” dell’abbinamento.

Aderendo a quest’ultima interpretazione, il Presidente Ostellari ha ritenuto la suddetta richiesta inammissibile sulla base di tre argomenti difficilmente contestabili: a) l’obbligo di abbinamento, ai sensi dell’art. 51.1 R.S., quando i disegni di legge hanno “oggetti identici o strettamente connessi”, intendendo per oggetto la materia trattata e non il “senso” in cui essa si intende disciplinare, inclusi quindi anche i disegni di legge di segno opposto; b) il mancato necessario consenso al disabbinamento del disegno di legge da parte (ovviamente) della senatrice Ronzulli quale sua prima firmataria, così come era avvenuto nella precedente seduta del 6 maggio, quando le quattro senatrici prime firmatarie non si erano opposte al disabbinamento dei loro disegni di legge al *ddl Zan*; c) la necessità di concludere la discussione generale sui disegni di legge all’ordine del giorno, quando la Commissione è chiamata a scegliere il testo base, prima di procedere alla loro eventuale disgiunzione. Di fatto, però, l’abbinamento deciso dal Presidente Ostellari il 18 maggio ha reso inutile il precedente disabbinamento deciso dalla Commissione<sup>21</sup>.

17 La relazione sui disegni di legge all’ordine del giorno della Commissione Giustizia del Senato è stata svolta dal suo Presidente nella seduta del 6 maggio 2021.

18 In Commissione giustizia la maggioranza favorevole al *ddl Zan* poteva contare sulla carta su 14 voti favorevoli (6 M5s, 3 Pd, 1 Iv-Psi, 1 Per le Autonomie, 1 Misto-LeU, 1 Misto-Maie, 1 Misto Giarrusso) a fronte degli 11 contrari (5 Lega per Salvini, 4 Forza Italia, 2 Fratelli d’Italia).

19 Su cui v. *supra*, nota 15.

20 Il disegno di legge Ronzulli, al contrario del *ddl Zan* (che constava di dieci articoli e modificava gli artt. 604-bis e 604-ter c.p.), si limitava a tre articoli e interveniva sugli artt. 61 c.p. e 69 c.p.p., senza fare cenno né alla identità di genere, né ad attività, anche scolastiche, per prevenire simili discriminazioni.

21 Cfr. E. Aureli, *Presidenti di Commissione*, cit., 216.

Com'era prevedibile, l'abbinamento dei due disegni Zan e Ronzulli ha comportato la ridefinizione del calendario dei lavori, con nuove e più ampie audizioni ed un più prolungato esame istruttorio dei testi che ha impegnato la Commissione ed il suo Ufficio di Presidenza integrato dai rappresentanti dei gruppi (per lo svolgimento delle audizioni) dal 25 maggio al 22 giugno 2021 rispettivamente per complessive quattro e sei sedute. Ed è stato proprio per rimediare a tale attività istruttorio, ritenuta eccessiva e perciò di fatto ostruzionistica, che la maggioranza ha deciso di calendarizzare in Aula il *ddl Zan* come testo base senza relatore a partire dalla seduta del 13 luglio<sup>22</sup>.

### 3. La scelta della sede del procedimento legislativo

Approvato dalla Camera il 4 novembre<sup>23</sup>, il testo del *ddl Zan* è stato il giorno dopo assegnato dalla Presidente del Senato alla 2ª Commissione permanente Giustizia in sede referente<sup>24</sup>. All'ordine del giorno di tale Commissione, però, risultavano già iscritti, come accennato nel precedente paragrafo, altri tre disegni di legge<sup>25</sup> che la stessa Presidente aveva però assegnato in sede redigente, in forza di quanto prescritto dall'art. 34.1 R.S. Secondo tale articolo, infatti, introdotto dalla riforma regolamentare approvata il 20 dicembre 2017, "i disegni di legge sono di regola assegnati in sede deliberante (...) o in sede redigente".

La preferenza per queste due sedi rispetto a quella referente si spiega con l'intento di accelerare l'iter di approvazione dei disegni di legge, concentrando e valorizzando il confronto tecnico e politico in commissione anziché nell'Aula, dove spesso il dibattito non coinvolge tutti i senatori ed assume toni così radicali e caratteri così spettacolarizzati da precludere un esame sereno e nel merito della proposta legislativa. Tale preferenza presuppone però che maggioranza e gran parte dell'opposizione siano concordi sulla scelta della sede deliberante o redigente, pena la riassegnazione del disegno di legge in sede referente su richiesta di un quinto dei membri della Commissione o un decimo di quelli dell'Assemblea (v. rispettivamente artt. 35.1 e 36.3 R.S. chiaramente ispirati alla lettera e, ancor prima, alla *ratio* dell'art. 72.3 Cost.)<sup>26</sup>. Il che trova conferma nei numeri della corrente legislatura<sup>27</sup>, dove la riforma al Senato ha avuto applicazione per la prima volta. Se da un lato infatti, circa l'80% dei disegni di legge viene assegnato in sede redigente (al 30 ottobre 2021 1365 disegni di legge su 1683), dall'altro sono appena il 36% quelli poi approvati con tale procedura (al momento, 181 su 497), rispetto al 61% della sede referente (alla sede deliberante residua un misero 3%). In definitiva, i disegni di legge partono in sede redigente ma arrivano in sede referente quando, come detto, manca l'accordo tra le forze politiche<sup>28</sup>.

Nel caso del *ddl Zan* il problema regolamentare della compatibilità della sua assegnazione in sede referente rispetto a quella in sede redigente degli altri disegni di legge depositati in materia, anche ai fini del suo abbinamento, si è posto al Senato non subito, a causa della concomitante sessione di bilancio, ma all'atto del suo inserimento nel calendario dei lavori della Commissione Giustizia (seduta del 13 gennaio 2021). Da qui la decisione del Presidente di tale Commissione, su incarico dell'Ufficio di Presidenza, di scrivere il 7 aprile 2021 (dopo quindi tre mesi) alla Presidente del Senato per chiedere che anche gli altri quattro disegni di legge in materia, inizialmente assegnati in sede redigente, lo fossero invece in sede referente così da poter essere trattati congiuntamente con il *ddl Zan*. A seguito dell'accoglimento della richiesta da parte della Presidente del Senato con nota del 13 aprile, in pari data i quattro disegni

22 V. la proposta della Conferenza dei Presidenti dei gruppi parlamentari del 23 giugno non modificata dall'Assemblea nella seduta del 6 luglio.

23 Alla Camera la discussione in Aula sulle linee generali del *ddl Zan* è iniziata il 3 agosto 2020 per proseguire nelle sedute del 4 agosto e 27 ottobre, data di votazione delle questioni pregiudiziali. La discussione degli articoli si è svolta nelle sedute del 27, 28 e 29 ottobre e del 3 e 4 novembre, data di approvazione finale del disegno di legge.

24 V. allegato B del Resoconto stenografico della seduta n. 273 del 10 novembre 2020.

25 V. *supra*, nota 14.

26 Per considerazioni critiche v. M. Podetta, *La proposta di riforma regolamentare all'esame del Senato. Gli inadeguati colpi di acceleratore di fine legislatura*, in *Nomos*, n. 3/2017, 14 s.; E. Gianfrancesco, *La riforma del regolamento del Senato: alcune osservazioni generali*, in *Federalismi.it*, Focus Fonti, n. 1/2018, 23 luglio 2018, 8 s.

27 Cfr. <https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Statistiche/Commissioni/DDLPrimaAssegnazione.html>

28 Cfr. G. Tarli Barbieri, *L'irrisolta problematicità del bicameralismo italiano tra intenti riformistici e lacune normative*, in *Parlamento e governo parlamentare in Italia. Verso un affresco contemporaneo* (a cura di M. Malvicini), in *Federalismi.it*, numero speciale 3/2019, 77 s.; S. Bargiacchi, *Le Commissioni parlamentari e i loro presidenti. Continuità ed evoluzioni alla luce delle prospettive di riforma in conseguenza della legge costituzionale 1/2020*, in *Federalismi.it*, n. 11/2021, 15 nt. 78.

di legge sono stati nuovamente assegnati alla 2<sup>a</sup> Commissione permanente Giustizia in sede referente, come da annuncio della Presidente nella coeva seduta dell'Aula.

Tale decisione, apparentemente procedurale, in realtà nasconde un significato politico per due ragioni. In primo luogo, il "senso" della decisione non era obbligato per cui anziché assegnare in sede referente i quattro disegni assegnati in sede redigente, si poteva al contrario assegnare in sede redigente il *ddl Zan* assegnato in sede referente. Anzi, in base ad uno specifico precedente verificatosi alla Camera, quando vi sono più disegni di legge sulla stessa materia, l'assegnazione di uno di essi ad una sede diversa da quella referente determina il trasferimento "per attrazione" degli altri alla stessa sede ai fini del loro abbinamento<sup>29</sup>. Evidentemente in questo caso il peso politico del *ddl Zan*, trasmesso dalla Camera, ha indotto la Presidente del Senato ad una decisione diversa, sicché la sua assegnazione in sede referente ha determinato il conseguente trasferimento alla medesima sede degli altri disegni di legge assegnati in precedenza in sede redigente. In secondo luogo, è pur vero, come detto, che l'assegnazione in sede redigente del *ddl Zan* non sarebbe stata irreversibile, potendo le opposizioni chiederne la riassegnazione in sede referente. Ma questo avrebbe comunque garantito almeno in una prima fase, un iter procedurale più spedito e, soprattutto, la possibilità in tal caso da parte della Conferenza dei capigruppo di fissare "il termine per la conclusione dell'esame in Commissione", come recita l'art. 36.3 R.S. proprio al fine di scongiurare l'uso ostruzionistico della richiesta di sede referente.

#### 4. Il ruolo del Presidente di Commissione

Le considerazioni sopra svolte in ordine sia all'abbinamento/disabbinamento del *ddl Zan* che alla sua assegnazione in sede referente, anziché redigente, già denotano il ruolo rilevante svolto dai Presidenti delle Commissioni Giustizia della Camera e, soprattutto, del Senato<sup>30</sup>.

Al riguardo, a scanso di equivoci, va innanzi tutto premesso che il ruolo del Presidente di Commissione non è assimilabile a quello del Presidente di Assemblea. Egli, infatti, è espressione della maggioranza di governo ed è individuato, nell'ambito delle trattative politiche che caratterizzano la formazione dei governi di coalizione, tra gli esponenti politici di primo piano rimasti esclusi dalla composizione dell'esecutivo<sup>31</sup>. Ciò non toglie che, come nel caso del Presidente della Commissione Giustizia al Senato - il sen. Ostellari della Lega - egli possa appartenere ad una forza politica contraria al Governo:

a) perché, rispetto a quando è stato eletto, essa è passata dalla maggioranza all'opposizione (come nel caso giustappunto della *Lega per Salvini* che aveva votato la fiducia al governo Conte I ma non al governo Conte II). In tal caso, infatti, il Presidente non è tenuto a dimettersi, né tantomeno decade dalla carica. Quest'ultima ipotesi, infatti, è prevista solo al Senato non quando il gruppo politico cui appartiene il Presidente di Commissione muti posizione rispetto al Governo ma, al contrario, quando tale Presidente (al pari di tutti gli altri membri della Presidenza) aderisce ad un gruppo politico diverso da quello cui apparteneva al momento dell'elezione (art. 27.3-bis). Inoltre, la "sincronizzazione" delle presidenze

29 Si veda la lettera del Presidente della Camera Pertini al Presidente del Gruppo MSI-Destra nazionale Pazzaglia del 3 aprile 1973 in cui precisò che il trasferimento di un disegno di legge dalla sede referente a quella legislativa comporta il pari trasferimento degli altri disegni di legge ai fini del loro abbinamento. Alla replica del deputato Pazzaglia del 10 aprile, in cui egli, lamentando la possibile violazione dell'art. 92.6 dell'allora regolamento che richiedeva in tal caso l'unanimità dei gruppi per passare dalla sede referente alla sede legislativa attraverso la successiva presentazione di un identico provvedimento e la sua assegnazione diretta in sede legislativa, deliberata dalla maggioranza dell'Assemblea, sosteneva che, al contrario, era l'assegnazione di un progetto di legge in sede referente a dover condizionare l'assegnazione dei successivi progetti vertenti su identica materia, e non viceversa, il Presidente Pertini replicò (lettera del 3 maggio 1973) che si era trattato di una decisione eccezionale, consentita dall'art. 92.1, ultimo periodo, dell'allora regolamento, "in seguito al generale riconoscimento dell'urgenza insorta in materia".

30 Sul tema v. ora E Aureli, *Presidenti di Commissione*, cit.

31 Sul Presidente di Commissione rimangono fondamentali D. Nocilla, *Presidenza delle Commissioni e maggioranza parlamentare*, in *Diritto e società*, n. 4/1974, 1049 ss. e F. Stacchini, *Il Presidente di Commissione permanente*, in *Il Parlamento della Repubblica, organi procedure e apparati*, Roma, Camera dei deputati, 1996, 3 ss.; R. Perna, *Le commissioni parlamentari al tempo del maggioritario*, in *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, N. Lupo e E. Gianfrancesco (a cura di), Roma, 2007, 141 ss. Tra i contributi più recenti v. C. Fasone, *Sistemi di commissione parlamentare e forme di governo*, Padova, 2012, 234 ss.; Id., *Presidente di Assemblea e Presidenti delle Commissioni permanenti*, in *I Presidenti di Assemblea parlamentare. Riflessioni su un ruolo in trasformazione*, E. Gianfrancesco, N. Lupo, G. Rivosecchi (a cura di), Bologna, 2014, 155 ss.; S. Bargiacchi, *Brevi note sul possibile ruolo dei Presidenti di Commissione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (18 settembre 2020), 3, 2020, disponibile in: [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); Id., *Le Commissioni parlamentari*, cit., 1 ss.



di Commissione con la nuova maggioranza di governo non è immediata, dato che il loro rinnovo è infatti previsto ogni due anni alla Camera e solo per il primo biennio al Senato (artt. 20.5 R.C. e 21.7 R.S.)<sup>32</sup>;

b) oppure perché in occasione di tale rinnovo biennale la nuova maggioranza di governo, alla prova dell'elezione del nuovo Presidente a voto segreto, non si è dimostrata compattamente tale<sup>33</sup>, come accaduto in occasione del rinnovo della Presidenza della Commissione Giustizia, quando nella votazione del 29 luglio 2020, il sen. Ostellari, presidente uscente, prevalse sul sen. Grasso, proposto dalla maggioranza<sup>34</sup>. Il fatto che, successivamente, la *Lega per Salvini* sia nuovamente entrata a far parte della maggioranza di governo, a sostegno dell'attuale esecutivo guidato da Mario Draghi, non ha peraltro spostato i termini del problema, considerata la contrarietà di tale forza politica al *ddl Zan*.

La natura delle funzioni del Presidente di Commissione è ambigua. Da un lato, infatti, presenta un carattere eminentemente neutrale, di garanzia e di arbitrato tra le parti, dal quale si fa scaturire nella prassi l'inammissibilità di strumenti che implicino sfiducia nei suoi confronti e ne chiedano le dimissioni. Dall'altro lato, però, specie se come detto espressione della maggioranza parlamentare, si pone come elemento di raccordo dell'attività della Commissione con il Governo, assumendo un rilevante ruolo politico. Il Presidente di commissione infatti, oltreché fissare il termine entro cui depositare gli emendamenti e decidere sulla loro ammissibilità (art. 97.3 R.S.) – al pari del Presidente d'Assemblea –, a differenza di questi introduce la discussione o nomina a tal fine un relatore alla Commissione (da non confondere con il relatore all'Assemblea: v. artt. 79.3 R.C. e 41.2 R.S.), partecipa ai dibattiti, intervenendo nel merito degli argomenti<sup>35</sup> e può votare<sup>36</sup>, come sovente accade così da non alterare il rapporto proporzionale tra i gruppi, specie in organi collegiali numericamente ristretti come sono le commissioni.

Ciò premesso, il ruolo del Presidente della Commissione Giustizia del Senato non è stato rilevante quanto si è trattato d'inserire il *ddl Zan* nel suo calendario dei lavori (maggio 2021). Difatti, secondo l'articolo 29.2 R.S., il programma ed il calendario dei lavori delle Commissioni sono predisposti e stabiliti dai rispettivi Uffici di Presidenza, integrati dai rappresentanti dei gruppi parlamentari, "in modo da assicurare l'esame in via prioritaria dei disegni di legge e degli altri argomenti compresi nel programma e nel calendario dell'Assemblea". Programma e calendario la cui approvazione, sebbene non specificato, segue le stesse regole previste per quelli dell'Assemblea (artt. 53.4 e 55.3 R.S.) e cioè unanimità in prima battuta (in sede non di Conferenza dei Presidenti di gruppo ma dell'Ufficio di Presidenza della Commissione) e, in mancanza di essa (come invero di rado accade), delibera a maggioranza dell'organo collegiale, cioè della Commissione anziché dell'Aula<sup>37</sup>.

Il che è esattamente quanto accaduto sul *ddl Zan*. Nella seduta del 20 aprile 2021, l'Ufficio di Presidenza della Commissione Giustizia, integrato dai rappresentanti dei gruppi parlamentari, non ha raggiunto l'unanimità in merito alla necessità di calendarizzare il *ddl Zan*. Di conseguenza, la decisione sugli argomenti da inserire nel calendario dei lavori della Commissione è stata portata al suo *plenum*. Dopo che il Presidente (seduta del 27 aprile) aveva invitato "i Gruppi ad esporre fino a tre disegni di legge cadauno, per verificare in Commissione il consenso sul calendario delle attività", nella seduta del giorno dopo la Commissione ha deciso a maggioranza (con tredici voti a favore e undici contrari)<sup>38</sup> d'inserire il *ddl Zan* nel proprio calendario dei lavori del maggio 2021 (esattamente a partire dal 28 aprile). Da notare che tale calendarizzazione è avvenuta a quasi sei mesi di distanza dall'assegnazione del progetto di legge trasmesso dalla Camera dei deputati (5 novembre 2020).

Piuttosto il ruolo strategico del Presidente è subito dopo emerso per la sua decisione, comunicata nella stessa seduta del 28 aprile, di mantenere per sé l'incarico di relatore, nonostante (anzi, forse pro-

32 A favore del rinnovo della composizione delle commissioni ad ogni crisi di governo v. E. Aureli, *Presidenti di Commissione*, cit., 222 s.

33 Per scongiurare tale possibilità E. Aureli, *Presidenti di Commissione*, cit., 223 propone l'elezione a voto palese del Presidente di Commissione, quale organo politicamente responsabile nei confronti della maggioranza che lo ha eletto, in tal modo ritenendo recessivo il carattere personale della votazione, su cui si fonda oggi l'obbligo di scrutinio segreto (artt. 49.1 R.C. e 113.2 R.S.). In forza di tale responsabilità, la maggioranza potrebbe revocare in corso di mandato tale Presidente, il quale quindi decadrebbe a seguito del passaggio all'opposizione del suo gruppo parlamentare e non solo, come oggi previsto, in caso di suo abbandono (art. 27.3-bis R.S.).

34 Analogamente, la 9ª Commissione permanente (Agricoltura e produzione agroalimentare) è rimasta presieduta dal sen. Vallardi, nonostante il passaggio della *Lega per Salvini* dalla maggioranza (governo Conte I) all'opposizione (governo Conte II).

35 V. la lettera del Presidente della Camera al Presidente della Commissione difesa del 10 novembre 1976 circa l'opportunità che il Presidente, a tutela del suo ruolo *super partes*, sia sostituito temporaneamente da un vicepresidente quando svolge un'interrogazione.

36 V. la lettera del Presidente della Camera al Presidente della Commissione giustizia del 14 novembre 1973.

37 V. Giunta per il regolamento del Senato, parere del 16 novembre 1988.

38 V. *supra*, nota 18.



prio in ragione) della contrarietà del suo partito, così da “garantire chi è favorevole al *ddl* e chi non lo è” (39), dando in tal modo una connotazione garantista alla sua decisione ed al suo ruolo. Per quanto insolita, tale decisione rientra nei poteri del Presidente della Commissione. Difatti, la discussione di un disegno di legge in sede redigente “può essere preceduta da una esposizione preliminare *del Presidente, o di un Senatore dallo stesso delegato* a riferire alla Commissione, sul disegno di legge, sui suoi precedenti e su tutto quanto possa servire ad inquadrare i problemi che nel disegno stesso vengono regolati” (art. 41.2 R.S. applicabile alla sede redigente in forza del rinvio previsto dall’art. 42.1 R.S., corsivo mio). Di solito il Presidente della Commissione delega un altro suo membro come relatore, perché particolarmente competente o politicamente sensibile alla materia trattata dalla proposta di legge (il che, peraltro, spiega anche perché il relatore alla Commissione coincida poi con quello all’Assemblea). Ciò però ovviamente non esclude che il Presidente possa decidere di non delegare tale incarico, trattenendolo legittimamente per sé. È evidente che, per quanto i poteri del Presidente e del relatore non siano illimitati, l’assunzione del ruolo di relatore da parte del Presidente della Commissione – carica, ricordiamo, ricoperta da un senatore appartenente ad una forza politica apertamente e decisamente contraria al *ddl Zan* – poteva porre le premesse per un rallentamento del suo esame istruttorio.

Obiettivo che il Presidente ha abilmente conseguito non tanto ritardando la presentazione della propria relazione sul *ddl Zan* (svolta nella seduta del 6 maggio 2021) quanto, come visto, chiedendone l’assegnazione in sede referente anziché redigente, eccedendo il problema del suo possibile disabbinamento/abbinamento con i precedenti e successivi disegni di legge in materia e, come vedremo, ampliando notevolmente la fase delle audizioni formali. Pare evidente, infatti, che la coincidenza nella stessa persona della carica di Presidente e relatore, più che motivata dalla “preminente necessità di garantire una corretta applicazione del Regolamento nello svolgimento dei lavori”<sup>40</sup> – come se essa non fosse già garantita dalla sua carica di Presidente – ha consentito a quest’ultimo di porsi di fatto come il regista dell’intero procedimento istruttorio, rallentandone la prosecuzione al fine di ritardarne se non addirittura d’impedirne l’approvazione profittando anche dei contrasti insorti al Senato in seno alla maggioranza che aveva approvato il testo alla Camera.

Un’attività che può anche definirsi ostruzionistica<sup>41</sup>, nel senso pieno del termine quale uso strumentale, esasperato ed accorto da parte delle opposizioni di tutti gli strumenti parlamentari disponibili atti a ritardare, ostacolare o impedire la volontà della maggioranza, salvo precisare - di contro - che, al pari di ogni altra attività ostruzionistica, anche quella del Presidente di commissione può essere superata e che, comunque essa ha potuto far leva sia alcune pieghe regolamentari (non a caso il Presidente Ostellari ha sempre rivendicato la correttezza regolamentare del suo operato, come nel caso dell’abbinamento del disegno di legge Ronzulli al *ddl Zan*), sia sulle incertezze della maggioranza che non si è sempre dimostrata unita e coesa ai fini dell’approvazione del *ddl Zan* (basti pensare che il Senato ha cominciato ad esaminare tale disegno di legge, trasmessogli il 5 novembre 2020, solo dal 27 aprile 2021, quasi sei mesi dopo).

Questo atteggiamento del Presidente non poteva ovviamente rimanere esente da critiche da parte delle forze politiche di maggioranza sostenitrici del *ddl Zan*. Da qui, la lettera scritta dai presidenti dei gruppi parlamentari di Pd (Malpezzi), M5S (Licheri), De Petris (LeU) e Unterberger (Per le Autonomie) alla Presidente del Senato in cui si lamentava “l’impossibilità di proseguire l’esame, presso la Commissione giustizia, del disegno di legge n. 2005” (*ddl Zan*) a causa del suo Presidente, il quale “fin dall’inizio dell’esame del disegno di legge *de quo*, ha adottato comportamenti palesemente ostruzionistici in aperta violazione del suo ruolo e delle sue funzioni di garanzia, impedendo il funzionamento della Commissione e l’inizio dell’esame del provvedimento per ben quattro mesi rendendo, a tal fine, necessaria una votazione a maggioranza sul testo già approvato dalla Camera dei deputati”. Quattro le critiche mosse che ricapitolano in certo modo (tranne per il punto *d*) i passaggi procedurali sin qui esaminati:

39 V., ad esempio, Legge Zan calendarizzata, polemiche su Ostellari relatore, in [adnkronos.com](http://adnkronos.com), 28 aprile 2021.

40 Così il Presidente Ostellari nella seduta del 18 maggio, aggiungendo: “Se la situazione migliorerà, si riserva comunque la possibilità di nominare un altro relatore”.

41 Cfr. E. Aureli, *Presidenti di Commissione*, cit., 216 ss. secondo cui “quanto avvenuto nel corso del procedimento istruttorio in seno alla II Commissione del Senato può essere ritenuto un utilizzo a fini del tutto estranei a quelli previsti degli strumenti volti, al contrario, al buon andamento dell’istruttoria normativa, come appare evidente con riferimento, in particolare, alla disciplina relativa all’ammissibilità degli emendamenti e alla gestione delle audizioni” (218). Per questo motivo evidenzia i pericoli che da tale inedita attività ostruzionistica del Presidente di commissione possono derivare ai fini della valorizzazione della sua attività legislativa e redigente, specie quando, come al Senato, preferite alla sede referente (art. 34.1-bis).

a) l'essersi nominato come relatore del provvedimento nonostante avesse "esternato pubblicamente la sua forte contrarietà al disegno di legge in esame, in modo assolutamente improvvido e inopportuno, forzando le buone prassi istituzionali nel rapporto tra il Presidente e i componenti della Commissione"<sup>42</sup>;

b) l'essersi dapprima opposto al voto della Commissione sulla disgiunzione del *ddl Zan* dagli altri provvedimenti di contenuto analogo, contrariamente ad una prassi confermata da decine di precedenti cui alla fine il Presidente si è dovuto conformare, ammettendo il voto sulla proposta di disgiunzione, poi approvata a maggioranza dalla Commissione;

c) l'aver congiunto al *ddl Zan* il successivo disegno di legge Ronzulli ed altri nonostante la palese antitesi rispetto al primo e la decisione della Commissione (6 maggio 2021) di disgiungere il *ddl Zan* "da qualsiasi disegno di legge" nonché l'essersi opposto al voto sulla sua successiva disgiunzione, nonostante per prassi "si può chiedere la disgiunzione di eventuali disegni di legge già congiunti in una fase iniziale o successiva";

d) l'aver ammesso la richiesta di ben 210 audizioni poi diminuite a 170 tenendo irrispettamente segreto l'elenco dei soggetti auditi "per circa 10 giorni fino alla seduta del 25 maggio 2021".

Per questi motivi i suddetti Presidenti di gruppo parlamentare preannunciavano in tale lettera la loro richiesta di convocazione della Conferenza dei Presidenti di gruppo per calendarizzare direttamente in Aula il *ddl Zan*.

## 5. Gli effetti della calendarizzazione in Aula del *ddl Zan*

L'anzidetta richiesta di calendarizzazione in Aula del *ddl Zan* si spiega perché se, in origine, era l'organizzazione dei lavori delle Commissioni a determinare quella dell'Assemblea, dal 1990, oggi al contrario è l'organizzazione dei lavori dell'Assemblea a determinare quella delle Commissioni. Se prima, quindi, l'Assemblea si occupava dei progetti di legge di cui le Commissioni avevano concluso l'esame, oggi invece sono le Commissioni che devono concludere i propri lavori entro i termini previsti per l'avvio dell'esame in Assemblea. Il che permette al Governo ed alla sua maggioranza un maggiore e più efficace controllo dell'attività parlamentare, evitando che essa possa svilupparsi in modo non coordinato e coerente fra le numerose (28) Commissioni permanenti. Oggi, pertanto, l'attività delle Commissioni è strettamente coordinata con quella dell'Assemblea. A tal fine, programma e calendario delle Commissioni devono essere predisposti in modo da assicurare l'esame prioritario dei progetti di legge e degli altri argomenti compresi nel programma e nel calendario dei lavori dell'Assemblea, nel rispetto dei termini in essi previsti, così da consentirne di fatto la realizzazione (artt. 25.2 R.C. e 29.2 R.S.).

Con riferimento al *ddl Zan*, alla Camera la Conferenza dei Presidenti dei gruppi parlamentari aveva calendarizzato la discussione sulle linee generali nelle sedute dell'Assemblea del 27, 28, 29 e 30 luglio 2020 con il preciso scopo di non concluderla in quel calendario - a causa dell'appositamente ritardato parere della V Commissione Bilancio<sup>43</sup> - così da poterne contingentare i tempi di esame nel calendario successivo.

Alla Camera, infatti, in base al suo regolamento il contingentamento dei tempi si applica sia alla discussione generale che alle fasi successive - esame degli articoli e votazione finale - su decisione della Conferenza dei Presidenti di Gruppo a maggioranza ponderata (art. 24.7) o, in difetto, del Presidente di Assemblea nel rispetto di taluni criteri (art. 24.9). Tale regola conosce però una significativa eccezione per i progetti di legge (art. 24.12): a) costituzionali; b) incidenti prevalentemente sulle materie su cui può chiedersi lo scrutinio segreto (art. 49); c) riguardanti questioni di eccezionale rilevanza politica, sociale o economica connesse ai diritti previsti dalla prima Parte della Costituzione. Mentre quest'ultima ipotesi, attivabile su richiesta di un Gruppo parlamentare, è rimessa alla decisione del Presidente - il quale, invero, non l'ha mai applicata, dandone un'interpretazione estremamente restrittiva<sup>44</sup> -, nelle prime due il contingentamento dei tempi può essere applicato dopo la discussione generale solo previa delibera unanime della Conferenza (il che raramente accade) oppure qualora l'esame del progetto di legge non sia riuscito a concludersi (con votazione finale) nel primo calendario (anche se vi si è svolta la sola discussione generale) per cui è stato iscritto "in un calendario successivo"<sup>45</sup>. Da qui, in tali due ipotesi,

42 Per evitare ciò, E. Aureli, *Presidenti di Commissione*, cit., 222 propone che la Commissione, come voti per il relatore all'Assemblea, voti anche per quello alla Commissione, modificando gli artt. 79.3 R.C. e 41.2 R.S.

43 V. *infra*, nota 46.

44 V. da ultima la seduta della Camera del 1° agosto 2021.

45 Sull'obbligo in tal senso del Presidente v. Giunta per il regolamento, sedute del 23 marzo 2003 e 25 febbraio 2004.

lo stratagemma della maggioranza d'iscrivere un progetto di legge nell'ultima settimana del primo calendario, svolgendovi la sola discussione generale, per poi fare slittare le fasi seguenti al calendario successivo così da potervi applicare il contingentamento.

Come accennato, a tale tattica si è fatto ricorso durante l'esame alla Camera del *ddl Zan*. Esso, infatti, è stato iscritto nel calendario dei lavori dell'Assemblea del luglio 2020 per la sola fase della discussione generale, svoltasi nelle sedute del 3 e 4 agosto 2020. Al termine di quest'ultima seduta, la conclusione di tale discussione è stata rinviata<sup>46</sup> così da poter applicare in un successivo calendario il contingentamento dei tempi. Tutto ciò nell'implicito presupposto – si badi – che il *ddl Zan* rientrasse nella ipotesi *sub b)*, cioè tra i progetti di legge sui quali, per materia trattata, era possibile richiedere il voto segreto<sup>47</sup>.

L'inclusione del *ddl Zan* nel calendario dei lavori dell'Assemblea della Camera ha avuto come immediata conseguenza il suo esame prioritario in Commissione Giustizia rispetto a tutti gli altri argomenti all'ordine del giorno; esame di conseguenza conclusosi prima della data prevista in calendario (3 agosto 2020). Diversamente, qualora la Commissione non avesse concluso in tempo il proprio esame in sede referente, risultando quindi inottemperante agli obblighi programmatici, il Presidente della Camera avrebbe potuto invitare il Presidente della Commissione a iscriverne nell'ordine del giorno la proposta di legge come pure convocare la stessa Commissione fissandone l'ordine del giorno (art. 25.6 R.C.). Inoltre, per rispettare il termine di 48 ore per la trasmissione all'Assemblea della relazione prevista per l'esame in sede referente (artt. 79.1 e 79.10 R.C.), il Presidente della Commissione Giustizia, qualora l'esame non si fosse concluso, avrebbe potuto procedere alla nomina di un relatore con l'incarico di riferire all'Assemblea sull'attività svolta e sugli emendamenti approvati fino a quel momento. Infine sempre alla Camera – ma non al Senato – per rispettare il termine di conclusione dell'esame referente si può applicare ai lavori delle Commissioni il contingentamento dei tempi.

L'obiettivo d'iniziare la discussione generale in Aula spiega il motivo per cui alla Camera il deputato Zan, in qualità di relatore, ha deciso di non adeguarsi alle condizioni e osservazioni contenute nei pareri sia della I Commissione Affari costituzionali (reso all'unanimità dall'apposito comitato il 29 luglio 2020) (art. 75.2 R.C.), sia del Comitato per la legislazione (23 luglio), preferendo piuttosto indicarne le ragioni nella relazione orale per l'Assemblea (art. 16-bis.6 R.C.) illustrate nella seduta del 3 agosto 2020. Il recepimento di tali condizioni, infatti, avrebbe portato alla modifica del testo base, peraltro su un punto – quello della definizione di alcuni concetti<sup>48</sup> – già contestato dall'opposizione e per questo oggetto di numerosi emendamenti. Ciò avrebbe determinato la riapertura dei termini per la presentazione di subemendamenti, la cui discussione avrebbe di conseguenza potuto rallentare l'esame del provvedimento e rinviare il previsto inizio di quella in Assemblea. Di fronte alle proteste delle opposizioni, che chiedevano al relatore l'immediata presentazione di emendamenti che recepissero le condizioni e osservazioni formulate dalla I Commissione e dal Comitato per la legislazione o, quantomeno, di motivare le ragioni di tale mancato adeguamento, il Presidente della Commissione Giustizia ha chiarito che non spettava a quest'ultima ma al relatore decidere se adeguarsi o meno alle condizioni del Comitato, con il solo obbligo, nel secondo caso, di spiegarne i motivi all'Assemblea in sede di relazione (v. sedute del 28 e 30 luglio 2020). Conclusione che però sembra attribuire al relatore una facoltà – quella di adeguare il testo della proposta di legge alle condizioni formulate – che in realtà gli artt. 16-bis.6 e 75.2 R.C., in riferimento rispettivamente ai pareri del Comitato per la legislazione e della Commissione Affari costituzionali, attribuiscono espressamente alla Commissione.

Se alla Camera la calendarizzazione in Aula del *ddl Zan* ha raggiunto l'obiettivo di far concludere in tempo l'esame della Commissione, ciò non è accaduto al Senato. Per superare l'attività ritenuta ostruzionistica del Presidente della Commissione Giustizia, la maggioranza ha deciso, come accennato, di portare il *ddl Zan* direttamente in Aula, anche senza relatore, inserendolo nel suo calendario così da poterne iniziare la discussione generale anche qualora tale Commissione non ne avesse concluso l'esame in sede referente. Difatti, secondo l'art. 44.3 R.S., se l'esame in Commissione non si conclude entro la data prevista per l'inizio della discussione generale in Assemblea, l'esame di quest'ultima si svolge ugualmente sul testo originario; inoltre, in mancanza del relatore, è il Presidente della Commissione che illustra oralmente all'Aula l'attività da essa svolta fino ad allora. Tale soluzione riprendeva, peraltro,

46 Il rinvio della discussione generale è stato richiesto nella seduta del 4 agosto dal Presidente della Commissione Giustizia con la motivazione che la V Commissione (Bilancio) non aveva potuto fornire il necessario parere ed approvato con 86 voti di scarto. Ovviamente, come detto, si tratta di una motivazione strategica, volta per l'appunto ad iscriverne il disegno di legge ad un calendario successivo.

47 V. *infra*, § 7.

48 Nel parere reso il 23 luglio, il Comitato per la legislazione aveva tra l'altro segnalato l'esigenza d'introdurre specifiche definizioni, ai fini dell'attuazione del provvedimento, dei concetti di «sesso», «genere», «orientamento sessuale» e «identità di genere», pena la possibile illegittimità costituzionale delle disposizioni che vi facevano riferimento.

quanto accaduto in occasione della discussione del disegno di legge - parimenti controverso – sulle unioni civili e le convivenze di fatto<sup>49</sup>.

Va comunque precisato che tale risultato si sarebbe potuto ugualmente ottenere tramite la dichiarazione d'urgenza prevista dall'art. 77.1 R.S., come inizialmente proposto sin dal 4 maggio 2021 dai senatori del M5S. Secondo tale articolo, infatti, un decimo dei componenti dei senatori può chiedere la dichiarazione d'urgenza di un disegno di legge che, se approvata dall'Assemblea per alzata di mano, ne determina l'iscrizione di diritto nel programma dei lavori in modo tale da assicurare il rispetto del termine richiesto per l'avvio dell'esame in Assemblea.

Così - nel dettaglio - fallito il tentativo di accordo tra i Presidenti di gruppo portato avanti dal Presidente della Commissione Giustizia Ostellari (seduta del 30 giugno), la proposta di calendario predisposta dal Presidente che prevedeva la discussione generale sul *ddl Zan* dal 13 luglio<sup>50</sup>, ai sensi dell'art. 53.3 R.S., è stata sottoposta all'approvazione della Conferenza dei Presidenti dei Gruppi parlamentari, riunitasi il 23 giugno 2021, alla presenza dei Vice Presidenti del Senato e con l'intervento del rappresentante del Governo. Non essendosi raggiunta, come prevedibile, la prescritta unanimità, la proposta di calendario è stata portata dal Presidente in Assemblea (seduta del 6 luglio 2021) dove le proposte di modifica<sup>51</sup> dirette a posticipare tale calendarizzazione, sono state tutte respinte tramite procedimento elettronico senza registrazione dei nomi<sup>52</sup>.

## 6. Antiche e nuove forme di ostruzionismo

L'effetto attrattivo della calendarizzazione in Aula del *ddl Zan* è valso anche a superare le difficoltà procedurali che un disegno di legge incontra di solito durante il suo esame, peraltro particolarmente acute, specie alla Camera, dalle difficoltà di riunione della Commissione Giustizia causa la concomitante emergenza pandemica<sup>53</sup>.

Tali difficoltà procedurali sono innanzi tutto imputabili a ragioni legate all'organizzazione dei lavori delle Commissioni, le quali non possono riunirsi contemporaneamente all'Assemblea: al Senato, se in sede redigente o deliberante (art. 29.8 R.S.); alla Camera salvo autorizzazione del Presidente, di solito concessa se non sono previste votazioni (art. 30.5 R.C.). A tali divieti formali vanno aggiunti quelli, di fatto, dovuti ai concomitanti lavori di altri organi parlamentari di cui i membri della Commissione, specie se facenti parti del suo Ufficio di Presidenza, fanno parte, così da non doverli costringere ad una talora non facile scelta<sup>54</sup>.

Altre difficoltà invece sono state dovute all'uso da parte delle opposizioni di alcuni istituti in chiave ostruzionistica; classico esempio, in tal senso, è stata la decisione di tutti i deputati della *Legga per Salvini* in Commissione Giustizia d'isciversi a parlare in fase di discussione generale sul *ddl Zan* (seduta del 30 giugno 2020), sfruttando fino alla fine, e talora anche oltre, i 30 minuti previsti a loro disposizione (art. 39.1 R.C.).

49 In occasione dell'esame della futura legge sulle unioni civili (n. 76/2016), quello che sarebbe poi diventato il testo base fu presentato il 6 ottobre 2015, il 7 assegnato alla Commissione Giustizia del Senato, il 12 illustrato in seduta notturna e abbinato ad altri disegni di legge in materia di unioni civili già all'esame dell'Assemblea, il 13 calendarizzato dalla Conferenza dei capigruppo (nonostante non fosse stato discusso in Commissione) per la seduta dell'Assemblea del 14, in cui fu illustrato dal Presidente della Commissione. Il conflitto di attribuzioni sollevato da quaranta senatori dell'opposizione per violazione dell'art. 72 Cost. a causa del mancato esame in Commissione del progetto di legge è stato dichiarato inammissibile dalla Corte costituzionale con ordinanza n. 149/2016.

50 Al 2 luglio, termine ultimo previsto, sono stati depositati oltre mille emendamenti, di cui ben 672 da parte della sola *Legga per Salvini* (v. <https://www.lastampa.it/cronaca/2021/07/20/news/ddl-zan-la-legga-presenta-672-emendamenti-1.40517252/>).

51 A seguito della riforma regolamentare approvata il 20 dicembre 2017, le proposte di modifica al calendario possono essere presentate non più da ogni singolo senatore ma da un senatore per Gruppo.

52 Secondo l'art. 114.1 R.S. tale modalità può essere utilizzata al posto del voto per alzata di mano "quando il Presidente lo ritenga opportuno al fine di agevolare il computo dei voti".

53 A causa della quale, ad esempio, non si è potuta svolgere la seduta del 25 giugno 2020 in cui era prevista la conclusione della discussione generale.

54 Il problema della contemporaneità dei lavori si è posto nelle sedute della Commissione Giustizia della Camera del 17 giugno (causa concomitante seduta della Commissione antimafia, di cui facevano parte i commissari Cantalamessa e Paolini, e degli impegni istituzionali del commissario Turri con il ministro della Giustizia) e del 30 giugno 2020 (causa concomitante seduta della Giunta delle elezioni).



Inoltre, sempre alla Camera, nella fase istruttoria in Commissione sono previsti alcuni obblighi la cui mancanza può agevolmente prestarsi ad obiezioni sulla regolarità della procedura seguita. Tali obblighi sono stati esemplarmente riassunti nell'intervento del deputato Di Muro (*Lega per Salvini*) nella seduta della Commissione Giustizia della Camera del 17 giugno 2020: avvisare in tempo utile della convocazione delle sedute della Commissione i presentatori di una proposta di legge in discussione così da dare loro modo di parteciparvi, seppur senza diritto di voto (art. 80.1 R.C.); verificare la presentazione al Senato di progetti di legge aventi oggetto identico o strettamente connesso a quelli posti all'ordine del giorno della Commissione, così da obbligare il Presidente della Camera ad informare quello del Senato "per raggiungere le possibili intese" (art. 78 R.C.); acquisire preliminarmente, su richiesta di appena quattro deputati (art. 79.6 R.C.), gli elementi di conoscenza necessari per verificare la qualità e l'efficacia delle disposizioni contenute nei testi legislativi (art. 79.4 R.C.)<sup>55</sup> ed in particolare, da parte del Governo, "dati e informazioni, anche con la predisposizione di apposite relazioni tecniche" (art. 79.5 R.C.), la cui mancata trasmissione comporta da parte della Conferenza dei capigruppo ovvero, in difetto, del Presidente la fissazione di un nuovo termine per la presentazione della relazione all'Assemblea (art. 79.7 R.C.). Dati e informazioni che, nell'esame istruttorio del *ddl Zan*, rivestivano peraltro una certa importanza ai fini dell'accertamento della reale consistenza del fenomeno delle violenze omofobiche, i cui numeri, per la maggioranza, erano di fatto ben superiori rispetto a quelli effettivamente denunciati.

Altre obiezioni procedurali sollevate durante alla Camera durante l'esame del *ddl Zan*, per quanto palesemente infondate – come la richiesta dei pareri di Governo e Commissione Bilancio sulle conseguenze finanziarie, per economia procedurale acquisiti sul testo base adottato dalla Commissione e non su tutte le proposte di legge assegnate (art. 74 R.C.) – dimostrano comunque in modo significativo l'intento delle opposizioni di far uso di tutti gli strumenti regolamentari a sua disposizione per rallentare la procedura d'esame di tale disegno di legge.

In tale contesto, particolare rilievo ha assunto la fase istruttoria dedicata allo svolgimento delle audizioni nelle Commissioni Giustizia delle due Camere. Il contributo di esperti in materia, indicati dai gruppi parlamentari, è infatti utile per acquisire, specie in materie altamente tecniche, elementi di valutazione che possono poi essere utilmente sviluppati nel corso della discussione e magari acquisiti e tradotti sotto forma di proposte emendative. Era, dunque, ampiamente prevedibile che tale fase assumesse un particolare rilievo su un tema così delicato e, in particolare, su alcuni suoi specifici profili (identità di genere, tutela della libertà di espressione, autonomia delle scuole private parificate) su cui, come detto, vi era una profonda divisione tra le forze politiche e, ancora prima, a livello sociale. Piuttosto sono le modalità con cui si è organizzata questa indispensabile e opportuna fase istruttoria che inducono a dubitare che non sia stata completamente estranea una certa finalità ostruzionistica, volta al rallentamento dei lavori della Commissione.

Alla Camera la fase delle audizioni – svolte in modo informale presso l'Ufficio di Presidenza allargato ai rappresentanti dei gruppi in un primo momento dal 18 febbraio al 22 luglio 2020 - è stata ulteriormente estesa per decisione unanime dello stesso Ufficio (seduta del 4 giugno 2020), senza che però venissero opportunamente specificati i criteri, qualitativi e quantitativi, che avrebbero dovuto presiedere all'individuazione dei futuri auditi nonché le modalità (scritte e/o orali) di acquisizione dei loro pareri. Solo in un secondo momento, la Presidente della Commissione Giustizia ha deciso di selezionare preventivamente i soggetti cui richiedere il loro contributo in forma scritta così da garantire il buon andamento dei lavori della Commissione. Ciò nonostante, la decisione della Commissione di acquisire tutti e cinque i contributi scritti richiesti e, quindi, di attenderne il deposito, nonché di poter avere il tempo sufficiente per esaminarli<sup>56</sup>, aveva provocato, su richiesta delle opposizioni, lo slittamento della discussione generale dal previsto 11 al successivo 17 giugno, andandosi peraltro ad incrociare con l'esame del disegno di legge di conversione del decreto legge n. 28/2020 trasmesso dal Senato di cui era stato chiesto l'esame in via prioritaria ai sensi degli artt. 25 e 96-bis.4 R.C.<sup>57</sup>.

55 "In particolare «a) la necessità dell'intervento legislativo, con riguardo alla possibilità di conseguire i fini mediante il ricorso a fonti diverse dalla legge; b) la conformità della disciplina proposta alla Costituzione, la sua compatibilità con la normativa dell'Unione europea e il rispetto delle competenze delle regioni e delle autonomie locali; c) la definizione degli obiettivi dell'intervento e la congruità dei mezzi individuati per conseguirli, l'adeguatezza dei termini previsti per l'attuazione della disciplina, nonché gli oneri per la pubblica amministrazione, i cittadini e le imprese; d) l'inequivocità e la chiarezza del significato delle definizioni e delle disposizioni, nonché la congrua sistemazione della materia in articoli e commi".

56 V. l'intervento del deputato Turri (*Lega*) nella seduta della Commissione Giustizia del 16 giugno in cui ha evidenziato come gli ulteriori contributi scritti, il cui termine di deposito era stato fissato per lunedì 15 giugno, erano stati trasmessi via e-mail dagli uffici ai componenti la Commissione appena 26 minuti prima dall'inizio di tale seduta. La stessa eccezione è stata sollevata nella successiva seduta del 17 giugno.

57 V. l'intervento in Commissione Giustizia della deputata Bisa (*Lega per Salvini*) nella seduta del 17 giugno, al quale la Presidente Businarolo ha replicato che il disegno di legge di conversione del decreto-legge n. 28/2020 era stato correttamente

Al Senato la fase delle audizioni è stata particolarmente ampia, con conseguente dilatazione dei tempi dedicati all'esame istruttorio del *ddl Zan*<sup>58</sup>. A seguito dell'invito rivolto (seduta del 6 maggio 2021) dal Presidente Ostellari ai gruppi parlamentari "di indicare i nominativi degli esperti, delle associazioni e degli altri soggetti utili ad una completa istruttoria, da svolgere mediante audizioni in Ufficio di Presidenza integrato, entro il 13 maggio", erano pervenute ben duecentoventicinque richieste, in massima parte dai gruppi contrari al *ddl Zan*. A fronte di un così rilevante numero d'interventi, che avrebbe notevolmente ritardato la discussione generale in Commissione Giustizia, il suo Presidente (seduta del 18 maggio 2021), accogliendo in parte le rimostranze della maggioranza, ha invitato i capigruppo in Commissione a ridurre il numero dei soggetti da ascoltare (massimo una decina per gruppo) ed a limitare a massimo due (anche a causa della pandemia) quelli chiamati a svolgere il loro intervento di presenza, per il resto disponendo l'acquisizione dei contributi scritti depositati dai soggetti già auditi alla Camera e chiedendo loro solo eventuali integrazioni o modifiche da rendere oralmente o per iscritto (così come richiesto dai gruppi di maggioranza). Alla luce di tali indicazioni e criteri, il Presidente Ostellari (seduta del 25 maggio 2021) ha ammesso centosettanta delle duecentoventicinque audizioni inizialmente richieste, rendendone pubblici i nominativi e fissandone l'avvio dal successivo 27 maggio. Un numero di audizioni, quindi, considerevole, tanto più ove si consideri la decisione del Presidente di dedicare ad esse una seduta a settimana<sup>59</sup>. Che l'ampliamento del numero dei soggetti auditi potesse rispondere anche a finalità dilatorie e di pressione nei confronti della maggioranza sembra confermato dalla proposta dello stesso Presidente della Commissione Giustizia di convocare un tavolo politico per raggiungere una mediazione (al termine della quale si sarebbe fissato il termine per presentare emendamenti) contro il suo impegno di porre termine alle audizioni entro il luglio 2021, limitando a 70 quelle da svolgere di presenza o via *web* e imponendo alle restanti 70 la forma scritta. Proposta rifiutata dalla maggioranza<sup>60</sup>. Sta di fatto che la conseguente dilatazione dei tempi istruttori (al 30 giugno risultavano da ascoltare ancora un centinaio tra esperti e rappresentanti di associazioni ed enti) ha indotto la maggioranza, come visto, a rompere gli indugi e a chiedere la calendarizzazione del *ddl Zan* direttamente in Aula senza relatore.

## 7. Il voto a scrutinio segreto: a) alla Camera

È noto che la richiesta di scrutinio segreto è uno degli strumenti che le opposizioni possono utilizzare per mettere in difficoltà la maggioranza, soprattutto quando divisa al suo interno su quello specifico tema. Decidere "come votare", infatti, non è mai ininfluente sull'esito della decisione, per l'ovvia considerazione che il voto segreto favorisce la libertà del parlamentare, in grado così di sottrarsi al rispetto della (eventuale) disciplina del gruppo politico d'appartenenza senza esporsi ad alcuna sanzione, nemmeno da parte degli elettori in caso di ricandidatura.

Quando, nel 1988, si decise di trasformare il voto palese da eccezione a regola, per garantire maggiore stabilità a Governi, sovente fino ad allora vittime dei c.d. "franchi tiratori", si individuarono tutta una serie di materie su cui lo scrutinio segreto era obbligatorio (votazioni su persone) oppure facoltativo, su richiesta di un certo numero di deputati (trenta) o senatori (venti). Tra queste, principalmente, le c.d. materie di coscienza che investono le intime convinzioni del singolo parlamentare (di varia natura: culturali, filosofiche, religiose, etiche, ecc.), come tali ritenute meritevoli di essere rimesse alla sua libera valutazione, senza dover sottostare alla disciplina di gruppo; gruppo, peraltro, che su tali materie non prende posizione ufficiale, lasciando spesso e volentieri libertà di voto, anche talora per dissimulare i propri contrasti interni.

Era quindi prevedibile che su un argomento così delicato, come quello oggetto del *ddl Zan*, le opposizioni inoltrassero richiesta di scrutinio segreto. Richiesta peraltro messa in preventivo dalla stessa maggioranza alla Camera la quale, dando per scontato che tale proposta di legge vertesse "prevalente-

---

inserito nell'ordine del giorno dei lavori della Commissione immediatamente dopo l'assegnazione del testo approvato dal Senato e che il suo esame non impediva, nel rispetto delle priorità stabilite, che la Commissione si potesse dedicare anche all'esame di altri provvedimenti.

58 In tale istruttoria va ricompresa l'acquisizione agli atti della Commissione, richiesta dal Presidente della Commissione al Presidente del Senato (seduta del 22 giugno 2021), della nota consegnata all'ambasciatore italiano presso la Santa sede, avente ad oggetto il *ddl Zan*.

59 Le audizioni informali nell'ambito dell'esame dei disegni di legge nn 2005 e 2205 (contrasto della discriminazione o violenza per sesso, genere o disabilità) si sono svolte presso l'Ufficio di Presidenza integrato dai rappresentanti dei gruppi nelle sedute del 27 maggio, 3, 8 (due sedute), 15, 22 e 30 giugno.

60 V. il comunicato stampa della sen. Cirinnà del 27 maggio 2021.

mente su una delle materie indicate nell'articolo 49, comma 1" del regolamento, su cui poteva chiedersi lo scrutinio segreto, aveva deciso - come sopra evidenziato - di non concludere la discussione generale nel primo calendario così da poter applicare il contingentamento dei tempi in uno successivo, ai sensi di quanto previsto dall'art. 24.12 R.C.<sup>61</sup>.

È significativo però notare che il *ddl Zan* è stata sottoposto in Assemblea a scrutinio segreto in tutte le votazioni in cui si doveva valutarlo nel suo complesso, e cioè in occasione: dell'unica votazione sulle questioni pregiudiziali sollevate per motivi di costituzionalità (art. 40.4 R.C.); del voto dell'emendamento c.d. premissivo; infine del voto finale.

La sottoposizione del *ddl Zan* a scrutinio segreto era stata quindi già decisa dal Presidente della Camera (seduta del 27 ottobre 2020) quando, al termine della discussione generale, accogliendo la richiesta avanzata in tal senso dal gruppo parlamentare di Fratelli d'Italia (*ex art.* 51.2, ultimo periodo, R.C.) aveva comunicato che le pregiudiziali di costituzionalità sarebbe state votate secondo tale modalità in quanto il provvedimento in questione incideva "nel suo complesso, sulla base di un giudizio di prevalenza, sugli articoli 13 [libertà personale], 16 [libertà di circolazione e soggiorno], 21 [libertà di espressione], 24 [diritto di azione e difesa in giudizio], 25 [irretroattività della legge penale] e 27 [responsabilità penale] della Costituzione"; tutte "disposizioni richiamate dall'articolo 49 del Regolamento tra quelle in relazione alle quali è ammesso lo scrutinio segreto". Al riguardo, merita di essere subito evidenziato - alla luce del voto che ha poi determinato al Senato la bocciatura del *ddl Zan* - che alla Camera le votazioni sulle pregiudiziali (di costituzionalità o di merito) relative ad argomenti su cui può chiedersi lo scrutinio segreto possono svolgersi con tale modalità di voto perché la loro approvazione ne determina la reiezione, al pari di quanto accade in caso di votazione finale negativa. Al Senato, invece, sulle questioni pregiudiziali anche se diversamente motivate - ma non sulla proposta di non passaggio agli articoli - si svolge un'unica votazione nominale con scrutinio simultaneo (art. 93.5).

L'ammissibilità dello scrutinio segreto è stata riconfermata dal Presidente (sempre nella seduta del 27 ottobre) in occasione del voto dell'emendamento (n° 01.06) c.d. premissivo presentato dal deputato U. Pagano (Pd). Tali emendamenti, affermatasi in via di prassi, sono così definiti perché diretti ad introdurre un articolo precedente al primo (contrassegnato giustappunto con lo "01") che riassume i contenuti essenziali dell'intera proposta di legge, contemporaneamente talora abrogandone o modificandone il testo (c.d. emendamenti super-canguro)<sup>62</sup>. Essi, quindi, sono presentati non per emendare ma per contrastare l'ostruzionismo delle opposizioni, dato che la loro approvazione determina la conseguente decadenza per preclusione di gran parte degli emendamenti presentati ai successivi articoli.

Infine, con le stesse motivazioni sopra riportate, il Presidente ha ammesso lo scrutinio segreto sulla votazione finale del *ddl Zan* nella seduta del 4 novembre 2020.

In tutte e tre le suddette votazioni la richiesta di scrutinio segreto non ha però sortito gli esiti sperati. Le votazioni così effettuate, infatti, hanno dato esito negativo con un margine di scarto ampio e costante<sup>63</sup>, senza quindi che esso abbia contribuito a far emergere un significativo dissenso tra le forze politiche (M5s, Pd, Iv e LeU) che sostenevano il *ddl Zan*. Anzi, proprio l'esito della votazione finale induce a ritenere che dello scrutinio segreto abbiano profittato alcuni deputati dell'opposizione per esprimere il loro voto favorevole al *ddl Zan*<sup>64</sup>.

Circa invece lo scrutinio segreto su singoli articoli e relativi emendamenti, vi sono stati solo tre casi in cui tale richiesta è stata accolta, anche stavolta senza però che essa abbia sostanzialmente inciso sull'esito del voto<sup>65</sup>.

Il primo (seduta del 3 novembre 2020) sull'emendamento Varchi 6.197<sup>66</sup> riferito all'articolo (allora 6, poi 7) diretto ad istituire la Giornata nazionale contro l'omofobia, la lesbofobia, la bifobia e la tran-

61 *V. supra*, § 5.

62 Cfr. G.M. Salerno, *L'iniziativa legislativa dell'esecutivo: alcune riflessioni*, in *Federalismi.it*, Focus Fonti, 14 luglio 2017, 6 s.

63 Nella seduta del 27 ottobre le questioni pregiudiziali furono respinte con 53 voti di differenza (254 contro 201), margine ridotto a 36 in occasione del voto sull'emendamento premissivo (236 contro 200; da notare che in precedenza la maggioranza aveva approvato l'emendamento premissivo Annibaldi 01.0401 con 249 favorevoli e 189 contrari). Infine nella seduta del 4 novembre 2020 il disegno di legge è stato approvato definitivamente con ben 72 voti di scarto (265 favorevoli contro 193 contrari ed un solo astenuto).

64 Tra questi, in particolare, la deputata Bartolozzi che, dapprima in Commissione Giustizia e poi in Aula, aveva più volte assunto posizioni in aperto dissenso rispetto a quelle del gruppo parlamentare (Forza Italia) cui allora apparteneva.

65 Anche in queste tre votazioni la maggioranza favorevole al *ddl Zan* ha sostanzialmente tenuto, anche se lo scarto a proprio favore - di solito oscillante su 70 voti circa - si è ridotto rispettivamente a 31 (236 contro 205), 19 (215 contro 234: il minimo registrato) e 31 (243 contro 212).

66 Esso prevedeva di aggiungere al terzo comma dell'articolo 6, il seguente periodo: "in nessun caso, le cerimonie, gli incontri e ogni altra iniziativa di cui al presente comma possono essere finalizzati a pubblicizzare o promuovere la maternità surrogata

sfobia (comma 1) ed a prevedere, in tale occasione specifiche attività da parte delle scuole e delle amministrazioni pubbliche (comma 3). Esso intendeva vietare, durante lo svolgimento di tali iniziative, la pubblicizzazione o la promozione della maternità surrogata, andando così ad incidere sulla libertà di espressione tutelata dall'art. 21 Cost. espressamente incluso dall'art. 49.1 R.C. tra quelli su cui è possibile chiedere lo scrutinio segreto.

Anche il secondo emendamento (seduta del 4 novembre) ammesso allo scrutinio segreto - Montaruli 6.208<sup>67</sup> – sempre riferito all'allora articolo 6, mirava a richiedere il consenso di entrambi i genitori per coinvolgere i loro figli nelle suddette iniziative scolastiche per cui incideva sul diritto-dovere dei genitori di mantenere, educare e istruire i figli sancito dall'art. 30.1 Cost. (stranamente però il Presidente ha fatto riferimento all'articolo 31), espressamente incluso dall'art. 49.1 R.C. tra quelli su cui è possibile chiedere lo scrutinio segreto.

Infine, sempre nella stessa seduta del 4 novembre, il Presidente ha ammesso il voto segreto sull'articolo aggiuntivo Montaruli 6.01<sup>68</sup> che, nel punire chi applicava pratiche di neutralità di genere (*theyby*), introduceva una nuova fattispecie di reato, andando quindi ad incidere sull'art. 25.2 Cost. (irretroattività della legge penale sfavorevole) anch'esso espressamente incluso dall'art. 49.1 R.C. tra quelli su cui è possibile chiedere lo scrutinio segreto.

Solo in due casi, invece, le richieste di voto segreto sono state respinte dal Presidente.

Nel primo (seduta del 29 ottobre 2020), il gruppo parlamentare della Lega per Salvini aveva chiesto lo scrutinio segreto sull'emendamento del deputato Turri (n. 6.415) con cui s'intendeva sopprimere la possibilità, come detto, per scuole e pubbliche amministrazioni di organizzare attività in occasione della Giornata nazionale contro l'omofobia, la lesbofobia, la bifobia e la transfobia. Tale richiesta, motivata in base agli articoli 29, 30 e 31 Cost. sulla famiglia, è stata respinta dal Presidente senza specifiche motivazioni.

Il secondo caso (seduta del 3 novembre 2020) ha riguardato l'emendamento (n. 6.800) della Commissione<sup>69</sup>, sempre sulle attività scolastiche durante la suddetta Giornata, votato (ed approvato) a scrutinio palese, nonostante il gruppo parlamentare di Forza Italia avesse chiesto il voto segreto richiamando sempre agli artt. 30 e 31 Cost. sulla famiglia. Per il Presidente, infatti, tale emendamento aveva natura essenzialmente organizzativa per cui non incideva direttamente su alcuno dei diritti e dei principi di cui all'articolo 49 del Regolamento, anche alla luce dei criteri restrittivi stabiliti dalla Giunta per il Regolamento nelle sedute del 7 febbraio e 7 marzo 2002 in materia di ammissibilità del voto segreto.

## 8. (segue): b) al Senato

La questione del voto segreto si è posta in termini molto più decisivi al Senato dove la maggioranza che aveva approvato il *ddl Zan* alla Camera, con uno scarto di appena 17 voti (168 favorevoli rispetto ai 151 contrari), poteva contare (sulla carta) di un vantaggio numerico più ridotto; vantaggio peraltro destinato a ridursi - anzi, come vedremo a rovesciarsi - alla luce del mutato atteggiamento di una delle forze politiche che alla Camera aveva sostenuto tale disegno di legge<sup>70</sup>. Del resto, era in certo senso de-

di cui alla legge n. 40 del 2004".

67 Esso prevedeva l'inserimento dopo il terzo comma dell'articolo 6 del seguente: "3-bis. In ogni caso, quando le iniziative di cui ai commi precedenti coinvolgono direttamente o indirettamente i minori di anni 18, è richiesto l'esplicito e particolare consenso di entrambi i genitori".

68 Esso prevedeva l'inserimento del seguente art. 6-bis (Tutela del minore contro le discriminazioni sessuali e di genere): "1. In nessun caso il minore può essere discriminato per il proprio sesso e per tale ragione è vietata nei suoi confronti qualunque pratica di neutralità di genere (*theyby*). 2. Chi applica pratiche di neutralità di genere (*theyby*) nei confronti di minori di anni 18 è punito con la pena della reclusione dai due ai sei anni. La pena è aumentata se il minore ha meno di anni 10".

69 Con tale emendamento si voleva, tra l'altro, aggiungere al terzo comma dell'articolo 6 il seguente periodo: "Le scuole, nel rispetto del piano triennale dell'offerta formativa di cui al comma 16, della legge 13 luglio 2015, n. 107, e del patto educativo di corresponsabilità, nonché le altre amministrazioni pubbliche provvedono alle attività di cui al precedente periodo compatibilmente con le risorse disponibili a legislazione vigente e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica".

70 La ricerca di una soluzione di compromesso sui tre articoli più controversi (il primo sull'identità di genere, il quarto sulla libertà d'espressione ed il settimo sulle iniziative scolastiche in occasione della Giornata nazionale contro l'omofobia, la lesbofobia, la bifobia e la transfobia) spiega il motivo per cui la discussione generale sul *ddl Zan*, iniziata in Assemblea nella seduta del 13 luglio 2021, si è interrotta prima della conclusione il successivo 20 luglio ed è stata più volte rinviata dalla Conferenza dei presidenti di gruppo (v. seduta del 3 agosto). Anzi, l'opposizione, consapevole delle divisioni nella maggioranza, ha cercato essa di calendarizzare il più presto possibile il *ddl Zan* in Aula (v. richiesta di modifica del calendario predisposto fino al 24 settembre avanzata dal sen. Ciriani (FdI) e respinta nella seduta dell'Assemblea del 15 settembre 2021).



stino che l'iter del *ddl Zan*, caratterizzato come visto da numerose e interessanti questioni procedurali, trovasse il proprio epilogo – si ha motivo di ritenere ormai definitivo per la corrente legislatura – grazie all'applicazione di un istituto del tutto particolare ed oggi previsto solo al Senato: la proposta di non passaggio all'esame degli articoli (art. 96 R.S.).

Grazie a tale istituto un senatore per Gruppo<sup>71</sup> può proporre che non si passi all'esame degli articoli di un disegno di legge, prima che esso abbia inizio. L'approvazione di tale proposta interrompe l'esame del disegno di legge il quale, insieme agli eventuali altri che ne riproducono sostanzialmente il contenuto, non può essere assegnato nuovamente in Commissione per i successivi sei mesi (c.d. improcedibilità temporanea: v. artt. 72.2 R.C. e 76 R.S.).

Come accennato la presentazione di "ordini del giorno diretti ad impedire il passaggio all'esame degli articoli" non è più prevista alla Camera (art. 84 R.C. abrogato il 24 settembre 1997), essendosi correttamente ritenuto tale istituto un'inutile duplicazione della questione pregiudiziale<sup>72</sup> perché, come questa, avente come obiettivo la reiezione del progetto di legge.

Al Senato invece la proposta di non passaggio agli articoli si aggiunge alla questione pregiudiziale tramite cui si vuole "che un dato argomento non debba discutersi" (art. 93.1 R.S.)<sup>73</sup>, con due sostanziali differenze. La prima – di natura procedurale - per cui la questione pregiudiziale viene presentata prima dell'inizio della discussione generale o, su facoltà del Presidente, durante il suo svolgimento mentre la proposta di non passaggio agli articoli viene votata al termine della discussione generale ed ha la precedenza sulla votazione degli ordini del giorno (art. 96.2 R.S.). Tale precedenza, peraltro, ha impedito alla maggioranza di poter votare, come inizialmente ipotizzato, un ordine del giorno che rinviassero il *ddl Zan* in commissione indicando i principi e criteri direttivi, anche di natura interpretativa, cui essa si sarebbe dovuta uniformare (art. 95 R.S.). La seconda - molto più importante e rilevante ai nostri fini - è che, benché abbiano entrambe effetti reiettivi, la questione pregiudiziale è votata mediante "unica votazione nominale a scrutinio simultaneo" (art. 93.5 R.S.) mentre la proposta di non passaggio agli articoli può essere votata a scrutinio segreto se riferita ad una questione su cui tale modalità di voto può essere richiesta *ex art.* 113.4 R.S.

È facendo leva su queste due sostanziali differenze che, nella seduta del 27 ottobre 2021, i sen. Calderoli e La Russa hanno presentato, al termine della discussione generale, una proposta di non passaggio agli articoli con l'esplicito intento di determinare l'interruzione dell'esame del disegno di legge. La decisione della Presidente, alla luce dei precedenti, di accogliere la richiesta di scrutinio segreto non pare affatto sia stata ininfluenza ai fini del risultato finale, che ha visto tale proposta approvata con 154 voti favorevoli, 131 contrari e 2 astenuti, con conseguente sostanziale definitiva bocciatura del *ddl Zan*.

Invero, intuendone gli effetti negativi, tale decisione è stata contestata, seppur con varietà di argomenti, dagli esponenti di quei gruppi parlamentari (PD, M5S e LeU) che appoggiavano il *ddl Zan*<sup>74</sup>. Costoro hanno criticato la decisione della Presidente sostanzialmente per due motivi: il fatto che non tutte le disposizioni contenute nel *ddl Zan* fossero sottoponibili a scrutinio segreto e, anzi non fossero prevalenti nel suo complessivo articolato; la natura procedurale, e non di merito, della deliberazione sulla proposta di non passaggio agli articoli, implicante solo un rinvio di sei mesi a causa, come detto, della temporanea improcedibilità.

Entrambi i motivi sono stati però confutati efficacemente dalla Presidente con argomenti che si ritengono solidi e fondati.

In primo luogo, infatti, è evidente che una deliberazione che abbia come effetto quello non di rinviare il disegno di legge in Commissione o di sospenderne temporaneamente l'esame ma di determinarne l'improcedibilità – insieme a tutti quelli di contenuto sostanzialmente analogo – per sei mesi, al pari di quanto avviene in caso di reiezione di un disegno di legge, non abbia carattere procedurale ma esprima un giudizio negativo di merito e come tale vada assimilata alla votazione finale. Non a caso, del resto, la proposta di non passaggio agli articoli viene come detto votata al termine della discussione generale e quindi alla luce degli elementi di merito che sono emersi grazie ad essa, ponendosi di fatto come "ultima pregiudiziale"<sup>75</sup>. A sostegno di tale conclusione depone quanto accaduto al Senato nella

71 Prima della modifica approvata il 20 dicembre 2017, tale proposta poteva essere avanzata da ogni singolo senatore.

72 V. *supra*, § 7.

73 Andrebbe aggiunto l'istituto della chiusura della discussione (v. artt. 44 R.C. e 99 R.S.), se non fosse che esso è caduto in disuetudine perché non può essere applicato nei casi, ormai prevalenti, in cui la stessa discussione sia stata limitata dalla Conferenza dei presidenti di Gruppo o dal Presidente con ripartizione del tempo complessivamente disponibile tra i vari gruppi. In tal caso, infatti, il ricorso alla chiusura della discussione comprimerebbe il diritto di espressione delle opposizioni in assenza di una qualsivoglia finalità istituzionalmente apprezzabile.

74 V. gli interventi dei sen. Zanda (Pd), De Petris (LeU) e Perilli (M5S) nella seduta del Senato del 27 ottobre 2021.

75 A.P. Tanda, *Le norme e la prassi del Parlamento italiano*, Roma, 1987, 233.

seduta antimeridiana del 30 aprile 1998 quando la proposta di non passaggio agli articoli del disegno di legge n. 211 *Salvato ed altri* sull'abolizione della pena dell'ergastolo, formulata dal sen. Callegaro ai sensi dell'art. 96 R.S., fu votata, su richiesta del sen. Maceratini a nome del gruppo di *Alleanza Nazionale*, a scrutinio segreto. Inoltre, allorquando la Giunta per il regolamento, nella seduta del 12 dicembre 2018, respinse la proposta di sottoporre a scrutinio segreto le questioni pregiudiziali<sup>76</sup>, fu da tutti pacificamente accettato che, a differenza di tali questioni, le proposte di non passaggio agli articoli potessero essere sottoposte a scrutinio segreto se riguardanti materie su cui esso era ammesso<sup>77</sup>.

In secondo luogo, proprio per questo motivo, al pari di tutte le votazioni (come quella finale) in cui non è possibile procedere a votazioni per parti separate laddove il loro oggetto sia di carattere composto, allo scopo di poter così distinguere quanto sottoporre a voto segreto da quanto sottoporre invece a voto palese, la Presidente è chiamata ad un giudizio di prevalenza, che evidentemente ha risolto in favore del primo. Ciò sulla base di due concorrenti argomentazioni: per un verso, il fatto che il disegno di legge in questione incidesse su molti degli articoli della Costituzione richiamati dall'art. 113.4 R.S. ai fini dell'ammissibilità dello scrutinio segreto: la libertà personale (art. 13), di circolazione (art. 16) e d'espressione (art. 21); la tutela giurisdizionale dei propri diritti e interessi legittimi (art. 24) e delle istituzioni o associazioni religiose (art. 20), la responsabilità penale (artt. 25 e 27); per altro verso, il giudizio di prevalenza in tal senso in precedenza compiuto dal Presidente della Camera che, come abbiamo visto, aveva ammesso la richiesta di scrutinio segreto in occasione del voto finale sul disegno di legge.

Tali duplici ragioni inducono a ritenere la decisione della Presidente del Senato solidamente fondata sul regolamento e sui suoi precedenti, salvo rilevare, come detto, l'intrinseca contraddittorietà delle diverse modalità di voto cui per regolamento sono soggetti due istituti procedurali dai medesimi effetti reiettivi: palese per le questioni pregiudiziali, segreta per le proposte di non passaggio agli articoli.

Inoltre, se la proposta di non passaggio agli articoli ha natura di merito e non procedurale, su di essa il Governo (astrattamente, visto che non ha mai ritenuto politicamente d'intervenire su tale disegno di legge) avrebbe potuto porre la questione di fiducia sulla sua reiezione. È vero, infatti, che entrambi i regolamenti vietano la questione di fiducia sulle questioni attinenti al funzionamento interno delle Camere (artt. 116.4 R.C. e 161.4 R.S.) ma, come sopra detto, in questo caso non si trattava di una deliberazione procedurale ma nel merito del provvedimento, con la conseguenza, peraltro, che, per prassi consolidata, la questione di fiducia posta su un provvedimento su cui è stato richiesto e ammesso lo scrutinio segreto comporta la trasformazione del voto in appello nominale, per la preminenza della natura fiduciaria della votazione sul merito del suo oggetto<sup>78</sup>.

## 9. Osservazioni conclusive

L'iter parlamentare del *ddl Zan* rappresenta l'ennesimo *stress test* che dimostra in quale misura i forti contrasti che possono insorgere tra le forze politiche nel merito di proposte di legge particolarmente divisive - specie quando, come nel caso in questione, radicati su un diverso bilanciamento dei diritti fondamentali in questione - possono riverberarsi in tutta una serie di inedite questioni procedurali che, sfruttando le pieghe dei regolamenti parlamentari, possono condizionarne l'esame e financo talora l'esito.

Sarebbe certo esagerato sostenere che alla fine la forma abbia prevalso sulla sostanza, e cioè che la bocciatura del *ddl Zan* sia essenzialmente imputabile alla mancanza di strumenti procedurali che potessero consentire alla maggioranza di superare le strategie procedurali poste in essere dalle opposizioni per rallentarne l'esame. Tutte le questioni procedurali poste, infatti - dall'iniziale abbinamento del *ddl*

76 Arditamente si sostenne, infatti, che l'espressione "votazione nominale a scrutinio simultaneo" prevista dall'art. 93.5 R.S. non escludesse di per sé lo scrutinio segreto. Da segnalare che ai fini dell'esito della votazione, che registrò cinque voti favorevoli contro cinque contrari, fu decisivo il fatto che la Presidente (che non partecipò alla votazione) avesse messo ai voti la proposta di ammissibilità dello scrutinio segreto (che fu respinta) anziché palese (che sarebbe stata parimenti respinta).

77 «Il Presidente (...) ritiene infatti che una risposta in termini univoci possa essere fornita unicamente per l'istituto della proposta di non passare all'esame degli articoli di cui all'articolo 96 del Regolamento, per il quale lo scrutinio segreto, ricorrendo i presupposti stabiliti dall'articolo 113 del Regolamento, è pacificamente ammissibile».

78 V. Giunta per il regolamento della Camera, seduta del 31 luglio 1990. Consolidata la prassi parlamentare in tal senso: v. le sedute della Camera del 24 gennaio 1990, 29 giugno 2004, 24 novembre 2004, 12 maggio 2009, 11 giugno 2009. In dottrina v. A. Manzella, *Il Parlamento*, II ed., Bologna, 1991, 222 s.; III ed., Bologna, 2003, 292 s.; S. Curreri, *Il voto segreto: questioni applicative e prospettive di riforma*, in *Rassegna parlamentare*, n. 1/2000, 188 ss.; G. Piccirilli, *I paradossi della questione di fiducia ai tempi del maggioritario*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2008, 791 ss.; G. Rivosecchi, *Regolamenti parlamentari del 1971, indirizzo politico e questione di fiducia: un'opinione dissenziente*, in *Costituzionalismo.it*, 13 febbraio 2009.

Zan con le altre proposte di legge già presentate sul tema al suo successivo disabbinamento rispetto ad esse, dalla sua assegnazione in sede referente anziché redigente al ruolo da protagonista assunto dal Presidente della Commissione Giustizia al Senato, dall'estensione della fase istruttoria delle audizioni alla scelta per lo scrutinio segreto – sono state, seppur a fatica, sempre superate, fin quando la maggioranza a sostegno del *ddl Zan* si è dimostrata tale. Ed è pur vero che non possono sbrigativamente rubricarsi sempre come ostruzionistici gli approfondimenti istruttori svolti su un disegno di legge che sollevava delicati problemi anche di *drafting*, a partire dalle stesse definizioni linguistiche dei termini impiegati (come quelli di orientamento sessuale e identità di genere). Così come non può non evidenziarsi che il disegno di legge in questione abbia avuto un andamento procedurale non lineare, caratterizzato dall'alternarsi di periodi di stasi ad improvvise accelerazioni imposte dalla maggioranza.

In questa prospettiva, non c'è dubbio che la scelta procedurale di sottoporre il *ddl Zan* al voto segreto è risultata determinante ai fini della sua bocciatura. In questo senso, quindi, si può ben affermare che tale scelta procedurale ne abbia determinato l'esito finale. Ma non bisognerebbe nemmeno dimenticare che l'opzione per tale modalità di voto si è rivelata alla fine decisiva solo allorché (in occasione del voto sulla proposta di non passaggio agli articoli) ha permesso la libera espressione di un dissenso politico che si era già particolarmente manifestato al Senato, a causa del risicato vantaggio numerico della maggioranza in quel ramo del Parlamento e del mutato orientamento di una delle sue forze politiche. In altri termini, la scelta per il voto segreto, incontestabile sotto il profilo regolamentare, ha influito ma non certo determinato il voto contrario sul *ddl Zan*, le cui cause sono primariamente di natura politica e vanno quindi innanzi tutto ricercate nel suo mutato contesto.

In questo scenario si pone l'assenza del Governo che, come già evidenziato, sia durante il Conte II che l'attuale esecutivo Draghi, ha rinunciato a prendere posizione sul *ddl Zan*, lasciandone interamente l'esame alla dialettica parlamentare. Il che, in buona sostanza, ha significato per il Governo non porre la questione di fiducia, invece decisiva in occasione dell'approvazione della legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso e sulle convivenze di fatto (n. 76/2016). Questione di fiducia che, trasformando come detto il voto da segreto in palese, avrebbe forse contribuito ad evitare la sconfitta parlamentare ma che, di contro, avrebbe potuto essere considerata una inaccettabile forzatura politica, esponendo così il Governo comunque al rischio di una clamorosa sconfitta parlamentare, con tutti gli effetti politici che sarebbero seguiti all'apertura di una crisi di governo in piena pandemia e nell'attuale delicata fase di gestione dei fondi europei del Piano Nazionale di Ricostruzione e di Resilienza (PNRR).

Tutte queste considerazioni, se da un lato tendono a mettere in evidenza le cause primariamente politiche anziché procedurali che hanno determinato l'esito parlamentare finale del *ddl Zan*, dall'altro non possono però non indurre ad una riflessione generale circa l'esigenza di ripensare il procedimento legislativo non solo negli specifici gangli procedurali che ne hanno caratterizzato l'iter, e che tutto sommato rientrano nelle questioni interpretative regolamentari che la prassi parlamentare per sua natura continuamente offre all'attenzione degli studiosi, ma anche, e soprattutto, nel suo complesso, per affrontare alla radice i fattori di crisi della legislazione, in termini di carenza della sua qualità dal punto di vista sia formale che sostanziale<sup>79</sup>.

In questa prospettiva va inserita l'indifferibile necessità di ricercare soluzioni procedurali che possano costituire una valida ed efficace alternativa all'attuale dilagante ricorso alla decretazione d'urgenza, così da delineare un iter legislativo più lineare ed equilibrato dove le ragioni della maggioranza di Governo per tempi certi di votazione vengano temperate con tempi parimenti certi a disposizione dell'opposizione per dispiegare la sua fondamentale azione di critica e di contro-proposta. Inutilmente da ormai quarant'anni si discute di "corsie preferenziali" o "procedure abbreviate" per i disegni di legge che Governo e maggioranza parlamentare ritengono prioritarie al fine di esaminarli in tempi brevi e certi e votarli entro una data fissa<sup>80</sup>. Eppure, su tale tema vi è sempre stato un ampio consenso, come inequivocabilmente dimostrano le spesso convergenti, se non addirittura identiche<sup>81</sup>, proposte di riforma costituzionali e regolamentari presentate in tal senso da gran parte delle forze politiche. Ciò nonostante, tali proposte di riforma non sono state mai esaminate o, quando esaminate mai approvate da entrambe

79 Cfr. da ultimo, A. Malaschini, M. Pandolfelli, *Crisi della legislazione: riorganizzazione parziale del procedimento legislativo o codificazione ordinaria ex post?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2021, 7 agosto 2021, 166 ss. Disponibile in: [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it);

80 Tra i primi ad occuparsene V. Lippolis, *La «corsia preferenziale»: ipotesi di applicazione*, in *Diritto e Società*, n. 4/1982, 759 ss.

81 L'apice di tale convergenza politica è la proposta di modifica regolamentare presentata dai sen. Quagliariello e Zanda (Doc. II, n. 29 del 2 febbraio 2012, d'ora in poi *Proposta Quagliariello-Zanda*), frutto dell'intesa tra gli allora due maggiori gruppi parlamentari (rispettivamente quelli de *Il Popolo della Libertà* e del *Partito democratico*). In tale prospettiva merita di essere citata lo *Schema di modifica regolamentare predisposta dal Gruppo di lavoro sulle riforme del Regolamento della Camera e adottato* [dalla Giunta per il regolamento] *come testo base nella seduta dell'8 gennaio 2014*, poi abbandonato a causa della presentazione della *Riforma Renzi* e dei mutati rapporti politici nel frattempo intervenuti.

le Camere, oppure, quando approvate, respinte per referendum costituzionale (beninteso insieme ad altre). Proposte certo differenti ma radicate nella possibilità, prevista dall'art. 72.2 Cost., di stabilire "procedimenti abbreviati per i disegni di legge dei quali è dichiarata l'urgenza e per lo più accomunate dall'obiettivo di delineare procedure in grado di bilanciare le due opposte esigenze in materia: da un lato, quella del Governo e della sua maggioranza di poter avere uno strumento che consenta loro di vedere esaminati e votati in tempi brevi e certi le proposte legislative cui annette particolare importanza ai fini dello svolgimento della sua azione politica; dall'altro, quella del Parlamento di poterle effettivamente esaminare, senza dover subire le attuali croniche degenerazioni del procedimento legislativo, ormai di fatto quasi totalmente assorbito dalla conversione di decreti-legge mediante questione di fiducia su maxi-emendamenti. Degenerazioni alle quali non riescono validamente ad opporsi né le stesse Camere, a partire dai loro Presidenti, né gli organi di controllo esterno, stante l'inefficacia dei moniti finora rivolti dal Presidente della Repubblica e dalla Corte costituzionale (in assenza di più incisivi interventi) per un più rigoroso rispetto delle basilari ma essenziali regole costituzionali sul procedimento legislativo.

Se quindi un monito dal travagliato iter parlamentare del *ddl Zan* si può trarre è che la prossima stagione di riforme regolamentari, in certa misura imposta dalla riduzione del numero dei parlamentari, affronti il tema di come riportare l'iter legislativo alla sua razionalità originaria, che distingue l'urgenza imprevedibile dei decreti legge (art. 77.2 Cost.) da quella invece prevedibile che si può affrontare tramite "procedimenti abbreviati" (art. 72.2 Cost.) e con tempi certi che possano costituire efficace rimedio alle lentezze e alle farraginosità del procedimento legislativo e porsi quindi come valida alternativa all'attuale abuso della decretazione d'urgenza.



Marco Pelissero\*

## Relazione conclusiva

1. Quando il diritto incontra temi complessi, il dialogo interdisciplinare, anche con posizioni molto differenti, diventa essenziale per arricchire la riflessione e migliorare anche quella strettamente giuridica che interessa il tema del convegno odierno.

Parto da un primo rilievo: scopo del disegno di legge Zan è l'estensione di un impianto normativo esistente che, come ci ha ricordato Mia Caielli, viveva indisturbato dal 1975, ampliato nel 1993, poi modificato nel 2006 e infine, nel 2018, parzialmente inglobato nel codice penale agli artt. 604-*bis* e 604-*ter* che costituiscono la nuova sezione dei delitti contro l'uguaglianza. La proposta di ampliamento dell'ambito applicativo di queste due disposizioni è finalizzata ad estendere la tutela penale rispetto ai fattori di discriminazione fondati su sesso, genere, orientamento sessuale, identità di genere e disabilità, che si affiancherebbero a quelli fondati su razza, etnia, nazionalità e religione già presenti nel sistema; invariato, invece, rimane l'assetto di tutela delle condotte penalmente rilevanti, incentrate sulla commissione di atti di discriminazione e atti violenti, nonché sulle fattispecie istigatorie, mentre, e sul punto tornerò, non è interessata dalla proposta di estensione applicativa la fattispecie di propaganda.

Il disegno di legge ha indubbiamente avuto un effetto preterintenzionale, in quanto non intendeva di certo produrre gli effetti che si sono invece sviluppati nella discussione politica, giuridica e filosofica. Lo stallo nell'approvazione del disegno di legge induce a riflettere sulle ragioni che ne stanno alla base e sulle chiavi di lettura delle questioni che la proposta di riforma ha sollevato.

Come ha evidenziato bene il prof. Fiandaca, il disegno di legge interviene sulla disciplina penale e, pertanto, è nella prospettiva dei criteri di politica criminale che dobbiamo valorizzare la *ratio* dell'intervento ed i suoi limiti. Tuttavia, è indubbio che la lente principale di lettura del testo sia stata, specie negli ultimi tempi, di natura politica: il fatto che la discussione tra le forze politiche si sia polarizzata, come ci ricordava il prof. Azzariti, sulla dicotomia "il testo si approva così o non si approva" esprime bene la politicità della discussione che ha messo in secondo piano la prospettiva di miglioramento della qualità tecnica di un testo già approvato dalla Camera dei deputati. La politica ha prevalso sulla riflessione giuridica e ne sono un segno evidente la valanga di emendamenti presentati in Senato (oltre trecento) e la difficoltà di un dialogo tra i sostenitori delle opposte visioni etiche che si sono espresse sulla proposta di estensione della rilevanza penale dei fattori di discriminazione: non è un caso che nella vulgata giornalistica e politica spesso il disegno di legge Zan sia diventata la proposta di riforma contro l'omofobia e la transfobia, dimenticando che il testo in discussione va nella direzione, ben più ampia, di valorizzare le discriminazioni fondate anche su sesso, genere e disabilità e non solo su orientamento sessuale e identità di genere.

A rendere più complesso il quadro sé è aggiunta la questione istituzionale dei rapporti tra Stato e Chiesa con la nota della Segreteria di Stato del Vaticano (21 giugno 2021), nella quale si afferma che «i contenuti dell'iniziativa legislativa - particolarmente nella parte in cui si stabilisce la criminalizzazione delle condotte discriminatorie per motivi 'fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere' - avrebbero l'effetto di incidere negativamente sulle libertà assicurate alla Chiesa cattolica e ai suoi fedeli dal vigente regime concordatario». Il rilievo nella nota vaticana, secondo il quale «ci sono espressioni della Sacra Scrittura e delle tradizioni ecclesiastiche del magistero autentico del Papa e dei vescovi, che considerano la differenza sessuale, secondo una prospettiva antropologica che la Chiesa cattolica non ritiene disponibile perché derivata dalla stessa Rivelazione divina», appartiene, del tutto legittimamente, all'orizzonte valoriale della Chiesa cattolica, ma non può condizionare le scelte di uno Stato laico che non è sul punto vincolabile dall'accordo del 1984 tra la Santa Sede e la Repubblica Italiana.

Ancor più complessa è la lente di tipo antropologico con la quale è stato letto il disegno di legge, come ha ben messo in evidenza la prof. Caielli in relazione alla scelta di includere il sesso accanto al genere tra i possibili fattori di discriminazione.

\* Professore ordinario di diritto penale, Università di Torino.

Ebbene, queste diverse prospettive di lettura della proposta di riforma si intrecciano e la norma penale, che non è mai neutra, ma è inevitabilmente condizionata dalla riflessione etica, antropologica, politica.

2. Concordo con chi sostiene che il disegno di legge Zan non assolve ad un obbligo di incriminazione, in quanto le fonti sovranazionali non impongono di introdurre norme penali rispetto ai fattori di discriminazione interessati dalla proposta di riforma: un obbligo di introdurre norme penali ci fu rispetto alla discriminazione razziale, quando l'Italia firmò la "Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale" del 21 dicembre 1965, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966; così come, più recentemente, in un altro ambito, un obbligo di introdurre una specifica disciplina penale nacque dalla Convenzione del 1984 contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, alla quale il Parlamento diede attuazione solo con la discussa l. 110/2017. Tuttavia, è altrettanto certo che vi siano diverse sollecitazioni sovranazionali di *soft law*, come ci hanno ricordato le colleghe Caielli e Goisis, in favore della necessità di prestare attenzione, anche in chiave penalistica, alla repressione dei crimini di odio. D'altra parte, la stessa Corte costituzionale nell'ordinanza nella quale si è espressa in senso critico sull'attuale previsione nella l. 47/1948 della pena detentiva per la diffamazione commessa a mezzo stampa e consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, ha considerato l'*hate speech* come uno dei possibili ambiti nei quali sarebbe giustificato il mantenimento della comminatoria della pena detentiva (si vedano l'ord. n. 132/2020, la cui impostazione è stata ribadita dalla successiva sent. n. 150/2021).

Pur non sussistendo né obblighi sovranazionali, né tantomeno obblighi costituzionali di incriminazione, l'estensione dell'ambito di applicazione dei delitti contro l'uguaglianza mi appare del tutto ragionevole e non discriminatoria. Ha ragione la prof. Palmeri, come ci ricordava nella relazione introduttiva, quando afferma che il testo normativo proposto è perfezionabile: questo rilievo, che vale peraltro per qualsiasi disegno di legge, può portare semmai a modificarne il testo, ma non può essere assunto a pretesto per affossarlo; d'altra parte questo argomento non ha impedito l'approvazione della legge che ha introdotto il delitto di tortura che rappresenta un esempio esecrabile di ricerca del compromesso il cui frutto è una fattispecie dalla costruzione artificiosa e, in parte, illeggibile.

Vediamo più da vicino alcuni dei punti più problematici del disegno di legge Zan sui quali si sono soffermati in modo puntuale le relatrici e i relatori in questo convegno, cominciando dai fattori di discriminazione che rappresentano il fulcro della proposta.

3. Pina Palmeri afferma che, se non si dà rilevanza a questi fattori di discriminazione, le categorie alle quali questi fanno riferimento rischiano di diventare invisibili: questo rilievo è in sintonia con le sollecitazioni di Luciana Goisis che richiama l'attenzione sulla effettiva realtà dei crimini di odio, come emerge dalle indagini statistiche nazionali e sovranazionali; la stessa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo mostra una specifica sensibilità per il contrasto ai crimini di odio e alla parola d'odio. Questi reati, infatti, hanno effetti indiretti che vanno al di là della singola aggressione consumata: la violazione del riconoscimento della parità degli esseri umani; il rischio di innescare condotte violente, come ci ricordava Azzariti; il danno da disconoscimento al quale ha fatto riferimento Mia Caielli.

Soprattutto vorrei qui valorizzare un interrogativo posto da Gaetano Azzariti, per il quale i crimini di odio imporrebbero una riflessione che precede la stessa questione della libertà di manifestazione del pensiero: si chiede se ci sia un limite costituzionale ad odiare. Possiamo argomentare in tal senso, valorizzando due disposizioni costituzionali: l'art. 3 Cost., che fonda il diritto al riconoscimento della pari dignità, a prescindere dall'identità della stessa; la XII disp. trans. fin. Cost. che, vietando la ricostituzione del disciolto partito fascista, delinea un orizzonte valoriale della Costituzione antitetico a quello espresso dal regime fascista che sulla discriminazione (v. le leggi razziali) aveva fondato uno dei suoi pilastri, tanto che la l. 645/1952, nel descrivere gli elementi di connotazione del partito fascista, include la propaganda razzista tra i possibili scopi dell'associazione o del movimento.

4. Dobbiamo piuttosto confrontarci con i problemi di determinatezza che pongono alcune delle disposizioni del disegno di legge, in particolare in due punti: i termini utilizzati dal legislatore per definire i fattori di discriminazione e la nozione di atti di discriminazione. Quanto ai fattori di discriminazione, la questione è sorta con la scelta di definire per via legislativa i termini sesso, genere, orientamento sessuale e identità di genere (art. 1 d.d.l.). Ritengo che sarebbe stato meglio optare per omettere qualunque definizione, in conformità alle scelte fatte in relazione agli altri fattori di discriminazione che non sono definiti ed il cui significato non è meno incerto di quello evocato dai fattori ai quali si riferisce il disegno di legge: cosa definisce l'appartenenza ad una etnica? cosa differenzia una credenza da una religione? C'è chi, come il prof. Fiandaca, si chiede se non fosse possibile utilizzare la tecnica di normazione sintetica, individuando un termine capace di includere le diverse componenti della dimensione sessuale di una persona, come "identità sessuale". La scelta sarebbe stata forse tecnicamente più elegante, perché avrebbe snellito il testo, ma non avrebbe di certo assicurato maggiore precisione, in quanto l'espressione "identità sessuale" avrebbe dovuto essere oggetto di interpretazione, mentre il disegno di legge utilizza una terminologia ampiamente consolidata nelle scienze sociali ed anche in ambito giuridico: sesso,

orientamento sessuale e identità di genere sono richiamati nell'art. 1 l. 354/1975, come modificato dal d. lgs. 123/2018, tra i fattori che non consentono discriminazioni sul trattamento penitenziario; l'art. 19 t.u. immigrazione stabilisce il divieto di espulsione o di respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione e tra i motivi richiamati sono inclusi anche quelli relativi al sesso, all'orientamento sessuale e alla identità di genere; l'art. 2 d lgs. 216/2003, di attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, richiama l'orientamento sessuale tra i fattori oggetto del divieto di discriminazioni dirette e indirette. Dunque, a mio avviso, una espressione sintetica come "identità sessuale" non avrebbe agevolato l'interprete rispetto a termini il cui significato trova ampio riscontro nella riflessione sul diritto antidiscriminatorio.

Certo il richiamo ai due fattori del sesso e del genere ha creato complicazioni interpretative, complici anche le critiche di una parte, seppur minoritaria, del mondo femminista, come ha chiarito Mia Caielli: sebbene i due termini, peraltro presenti entrambi nella Convenzione di Istanbul, abbiano un significato diverso, rinviando il primo alla differenza biologica ed il secondo alla costruzione culturale, sarebbe stato preferibile nel testo della norma penale la menzione del solo riferimento al genere, inteso come termine più ampio che non avrebbe annullato la rilevanza della differenza sessuale di tipo biologico.

Si paventa che l'incertezza sui termini utilizzati dal legislatore possa aprire ad un'ampia discrezionalità del giudice nella interpretazione delle norme. Il rilievo non può essere enfatizzato, perché vale sempre tutte le volte in cui ci troviamo di fronte ad una norma penale: pensiamo ai concetti di parte generale lasciati alla definizione pressoché in bianco dell'interprete, in ambiti ben più delicati di quelli sui quali intende intervenire il disegno di legge Zan (solo per fare due esempi, il confine tra dolo eventuale e colpa coscienti e gli elementi che definiscono il contributo concorsuale penalmente rilevante); ma per rimanere ai delitti contro la persona, pensiamo alla definizione del *minimum* che consente di ravvisare i reati di maltrattamenti (art. 572 c.p.) o di atti persecutori (art. 612-bis c.p.). Tutti questi esempi (altri se ne potrebbero fare) richiedono sempre il filtro, o meglio l'intervento definitorio dell'autorità giudiziaria.

In relazione ai fattori di discriminazione, le critiche più serrate sono state rivolte all'identità di genere, definita dall'art. 1 lett. d) d.d.l. come «l'identificazione percepita e manifestata di sé in relazione al genere, anche se non corrispondente al sesso, indipendentemente dall'aver concluso un percorso di transizione». Il termine e la definizione sono apparsi criptici: secondo Giovanni Fiandaca c'è il rischio di ipersoggettivizzazione della sfera della sessualità; Alessio Lo Giudice ha invece sviluppato una riflessione diversa, evidenziando come l'identità sessuale non si riduca ad un dato biologico, ma rinvii ad un concetto di tipo costruttivista, antisostanzialista e di tipo relazionale (una relazione che si instaura tra la percezione che il soggetto ha di sé e a sua identità biologica).

Comprendo che, tra i fattori di discriminazione presenti nel disegno di legge, l'identità di genere costituisca quello che più disorienta l'interprete, in quanto apre una finestra sulla fluidità sessuale e sul rischio di soggettivismo nell'interpretazione della stessa. Tuttavia, oltre a trovare riconoscimento già in alcuni testi giuridici, come innanzi ricordavo, l'identità sessuale è stata di recente valorizzata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 180/2017, richiamata dal prof. Azzariti, ed ancor prima dalla sentenza n. 221 del 2015, nelle quali si considera il «riconoscimento del diritto all'identità di genere quale elemento costitutivo del diritto all'identità personale, rientrando a pieno titolo nell'ambito dei diritti fondamentali della persona (art. 2 Cost. e art. 8 della CEDU)». Davvero il riconoscimento di un diritto fondamentale della persona, così forte da giustificare per la Corte costituzionale il processo di transizione sessuale ex l. 164/1982 anche senza imporre un intervento chirurgico (sent. 221/2015), non giustifica la sua rilevanza tra i fattori di discriminazione? Aggiungo una ulteriore osservazione: se leggiamo il disegno di legge Zan come espressione di un testo attento alla tutela dei soggetti "vulnerabili" in ragione della loro appartenenza a determinate categorie possibile oggetto di discriminazione o di odio, allora è proprio sulle due categorie della identità di genere e della disabilità che riterrei che il testo della proposta di riforma non debba mostrare segni di arretramento, perché sono le due categorie che presentano i maggiori profili di vulnerabilità soggettiva.

Certamente il disegno di legge Zan ci pone di fronte ad una scelta valoriale, ossia quella di dare rilevanza a nuovi fattori di discriminazione che emergono dalla realtà sociale e che si fondano su profili che attengono alla sfera sessuale e che godono già di rilevanza extrapenale in conformità all'art. 3 Cost.

5. C'è poi il nodo degli atti di discriminazione, sui quali si è appuntata la critica anche di una parte dei giuristi che ha evidenziato la scarsa determinatezza della disposizione. Qui però dobbiamo essere chiari e riconoscere che il disegno di legge Zan non ha colpe, perché si inserisce all'interno di una disciplina più generale che dal 1975 richiama l'incitazione alla discriminazione e dal 1993 incrimina espressamente anche la commissione di atti di discriminazione; il difetto sta già nella legislazione vigente. Ora, invece, in sede di approvazione del disegno di legge Zan, si accampa il difetto di determinatezza dell'atto discriminatorio, sinora rimasto silente, a giustificazione della non estensione degli artt. 604-bis e 604-ter c.p. Credo che la questione debba essere affrontata in termini unitari, a prescindere dal fattore di discriminazione, seguendo l'esempio di alcuni Stati che hanno definito in cosa consista l'atto discriminatorio

ai fini della disciplina penale, come nell'ordinamento francese che lo identifica nel rifiuto di beni o servizi su basi di parità.

6. La discussione sul disegno di legge ha coinvolto anche i limiti alla libertà di manifestazione pensiero che sarebbe compromessa dalla estensione dei vigenti delitti contro l'uguaglianza. Come ci ricordava Pina Palmeri, è necessario un bilanciamento degli interessi in conflitto, da un lato quello della libertà di esprimere le proprie opinioni e dall'altro il principio di pari riconoscimento dell'altro, quale espressione della dignità della persona. Sul punto il disegno di legge Zan fa una scelta restrittiva, perché non propone l'estensione della fattispecie di propaganda che, anche a legge approvata, continuerebbe ad essere incentrata sulla diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico. Il problema, tuttavia, rimane rispetto alla fattispecie di istigazione a commettere atti di discriminazione. Ancora una volta, però, la critica non può essere appuntata al disegno di legge Zan, ma investe più ampiamente la legislazione vigente, in quanto la condotta istigatoria è già presente nel sistema rispetto al compimento di atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Peraltro, il timore di slabbrature applicative della norma, che in punto istigazione non ha mai trovato concreta applicazione, può essere contenuto attraverso l'interpretazione della giurisprudenza, che, soprattutto a far data dalla nota sent. n. 65 del 1970 della Corte costituzionale in tema di apologia di delitto, ha riletto le fattispecie di istigazione sparse nel sistema in termini di pericolo concreto, garantendo il principio di offensività e trovando un bilanciamento ragionevole con la libertà di manifestazione del pensiero: rilava non qualsiasi sollecitazione a un determinato comportamento, ma solo le condotte che in concreto siano idonee a far sì che il destinatario accolga il messaggio istigatorio. Proprio per questa ragione non ha alcuna giustificazione l'art. 4 della proposta di riforma, a tenore del quale «ai fini della presente legge, sono fatte salve la libera espressione di convincimenti od opinioni nonché le condotte legittime riconducibili al pluralismo delle idee o alla libertà delle scelte, purché non idonee a determinare il concreto pericolo del compimento di atti discriminatori o violenti»: questo articolo, frutto della politica del compromesso, nulla aggiunge all'interpretazione che è pacificamente consolidata in dottrina e giurisprudenza in relazione ai reati di istigazione.

Certo, a differenza di fattispecie di istigazione che hanno come oggetto la commissione di reati (es. artt. 302, 414 c.p.), nell'art. 604-bis c.p. la sollecitazione è rivolta al compimento di atti di discriminazione, il cui perimetro di definizione rimane incerto, rendendo incerta la stessa condotta istigatoria. L'indeterminatezza della fattispecie sarebbe allora rafforzata se, come dicevo innanzi, gli atti di discriminazione fossero definiti dal legislatore, altrimenti è inevitabile che l'indeterminatezza degli atti discriminatori si riverberi, amplificata, sull'istigazione agli stessi.

Del tutto ragionevole potrebbe anche essere una diversa scelta di campo percorsa della valorizzazione del principio di sussidiarietà del controllo penale: optare per la depenalizzazione delle fattispecie di compimento e di istigazione al compimento di atti di discriminazione, lasciando alla disciplina extrapenale (diritto civile, diritto del lavoro) il compito di sanzionare gli atti di discriminazione. Tuttavia, sia chiaro che tanto la scelta di definire gli atti di discriminazione quanto quella di depenalizzare l'arsenale punitivo dell'art. 604-bis c.p. interessano più in generale la disciplina penale antidiscriminatoria, in quanto investono opzioni di politica criminale che prescindono dagli specifici fattori di discriminazione ai quali il disegno di legge Zan dà rilevanza. I limiti, dunque, stanno già nell'impianto normativo esistente e rimarranno presenti rispetto ai fattori di discriminazione di razza, etnia, nazionalità e religione anche in mancanza di approvazione della proposta di riforma.

7. Vorrei chiudere queste mie considerazioni con una riflessione sulla giustificazione dell'intervento penale in questo settore e partirei proprio dalla funzione promozionale del diritto penale che è stata chiamata in causa nella discussione sulla proposta di riforma sulla quale oggi abbiamo, con diverse sensibilità, discusso. Pina Palmeri ci ricorda che in questo ambito il diritto penale potrebbe svolgere una funzione promozionale rispetto al riconoscimento della pari dignità delle persone, includendo anche i profili che potremmo riferire più ampiamente alla sfera della loro identità sessuale. Giovanni Fiandaca evidenzia, però, che il disegno di legge richiama termini che rinviano a profili della sfera sessuale del singolo individuo che non trovano un'ampia condivisione nel tessuto sociale e teme che la proposta di legge possa essere letta in termini di imposizione autoritaria di modi, non condivisi, di vivere la propria sessualità. La questione si incentra, essenzialmente, su orientamento sessuale e identità di genere. Ritengo che il punto in discussione debba essere chiarito, perché a me pare che qui il richiamo al diritto penale promozionale rischi di falsare il discorso.

Il disegno di legge Zan non intende affatto imporre la condivisione di modi di vivere ed esprimere la propria sessualità, semplicemente perché orientamento sessuale o identità di genere non potrebbero essere oggetto di "condivisione" o di imposizione autoritaria a terzi, appartenendo all'identità individuale del singolo. La proposta di legge va nella direzione della valorizzazione della dignità della persona, anche in relazione alla propria identità sessuale (nemmeno negata dalla Chiesa cattolica) e nel diritto della stessa alla garanzia dell'eguale riconoscimento di profili identitari che non sono modificabili. Concordo con Alessio Lo Giudice che richiama la necessità di un dialogo fondato sul rispetto reciproco,



nonostante le differenze. Secondo me questo è un punto fondamentale, perché sposta la prospettiva di lettura della *ratio* giustificatrice del disegno di legge di estensione dei fattori di discriminazione: non si deve partire dal presupposto della vulnerabilità di determinate categorie per giustificarne la tutela, ma è essenziale considerare la necessità di garantire il riconoscimento dell'«altro», dove l'alterità non può diventare motivo di discriminazione o di odio. Il diritto penale promozionale non ha giustificazione quando tende ad imporre la tutela di beni che non trovano condivisione nel contesto sociale, ma il disegno di legge Zan pone al centro il principio del rispetto della dignità della persona e del suo modo di essere che trovano negli artt. 2 e 3 della Costituzione un forte fondamento ed ampia condivisione, anche da parte di chi non condivide il ricorso allo strumento penale; non c'è alcuna idea promozionale rispetto al modo di vivere la propria sessualità, ma semplicemente la centralità del rispetto dell'altro.

Quanto all'efficacia della estensione della disciplina penale è difficile ora azzardare pronostici, né d'altra parte il legislatore è solito porsi in questa prospettiva in sede di approvazione delle norme penali. Di certo il contrasto ai crimini di odio nasce da una situazione di arretratezza culturale sulla quale si deve *in primis* intervenire sul terreno della educazione della prevenzione ed in tale direzione si muovono le disposizioni non penali della proposta di riforma. È possibile, in ogni caso, che l'espressa attribuzione di rilevanza penale a nuovi fattori di discriminazione possa far emergere la cifra oscura dei crimini di odio che ora sono sottodimensionati a livello statistico.

Se noi ci muovessimo in una prospettiva estrema di diritto penale liberale, favorevole ad assicurare la massima espansione alla libertà di manifestazione del pensiero, dovremmo non solo rifiutare la prospettiva del disegno di legge Zan, ma anche ripensare a tutta la disciplina dei delitti contro l'uguaglianza nella direzione della loro contrazione, perché il problema del significato che assumono i diversi fattori di discriminazione nel contesto della disciplina penale si muove in termini omogenei; da questa prospettiva, il contrasto alla discriminazione si dovrebbe affrontare esclusivamente sul terreno culturale e non su quello della repressione penale. Oggi, però, in un contesto di disciplina che mantiene i delitti contro l'uguaglianza, fondandoli su determinati fattori di discriminazione, che senso ha – se lo domandava all'inizio Angelo Schillaci – la mancata inclusione dei fattori ai quali la proposta di legge intende dare rilevanza? In effetti la mancata inclusione ha il sapore di una scelta discriminatoria. Oggi ci troviamo di fronte ad una società nella quale – dice Alessio Lo Giudice – le differenze sono “scoppiate” e questa è una tendenza irreversibile come emerge dalla evoluzione giurisprudenziale di un diritto di famiglia nel quale la norma scritta non riesce a cogliere l'evoluzione sociale. Il diritto deve tener conto di questa nuova complessità sociale e lo deve fare anche il diritto penale, come ha magistralmente scritto, qualche mese fa sulla rivista “Sistema penale”, Francesco Palazzo proprio a proposito dei delitti contro l'uguaglianza: a fronte della rilevanza assunta da nuove condizioni personali e sociali, che trovano accogliamento nell'art. 3 Cost., «preveggente clausola generale finale», «è dunque facile comprendere come la frontiera della tutela penale dell'eguaglianza sia non soltanto nuova ma anche mobile e tenda a conquistare sempre nuovi spazi e nuove categorie personali e sociali». Di fronte a queste nuove categorie l'intervento penale, già consolidato su un assetto di disciplina antidiscriminatoria vigente, costituisce un'opzione plausibile, i cui limiti, però, vanno definiti, anche in termini più ristretti rispetto agli attuali confini, ma sempre in modo unitario, a prescindere dal fattore di discriminazione, pena una nuova frattura del principio di uguaglianza.

---

# *Interventi*

Angelo Schillaci\*

## Non imposta, né vietata: l'omogenitorialità a metà del guado, tra Corti e processo politico

### Sommario

1. Premessa – 2. Omogenitorialità ed evoluzione del diritto di famiglia – 3. Interesse del minore, responsabilità genitoriale e procreazione medicalmente assistita: alcuni cenni – 3.1. Omogenitorialità e tenuta della ratio della legge n. 40/2004 – 3.2. Omogenitorialità, p.m.a. e costituzione dello status di figlio – 3.3. Segue: la posizione della Corte di cassazione e della Corte costituzionale. – 4. Alcune ulteriori tappe del riconoscimento giuridico dell'omogenitorialità, tra Corti e processo politico. – 4.1. Orientamento sessuale, responsabilità e funzioni genitoriali nella giurisprudenza: il ricorso all'adozione in casi particolari. – 4.2. Segue: la continuità dello status del minore nato all'estero. – 4.3. Lo specifico rilievo delle modalità della nascita nel caso dell'omogenitorialità maschile. – 5. Gli approdi più recenti della giurisprudenza costituzionale: le sentenze n. 32 e 33 del 2021. – 5.1. Un «cambio di sguardo». – 5.2. La sentenza n. 33 e il diverso rilievo delle modalità della nascita. – 5.3. Caratteri del monito al legislatore. – 6. Rilievi conclusivi.

### Abstract

L'articolo offre una ricostruzione della giurisprudenza interna in materia di omogenitorialità, con particolare attenzione all'intervento delle recenti sentenze n. 32 e 33 del 2021 della Corte costituzionale. Gli approdi della giurisprudenza sono inquadrati nella cornice dell'evoluzione del diritto di famiglia italiano, che ha progressivamente abbandonato una prospettiva ricostruttiva di carattere dogmatico, a favore di un approccio più sensibile alla concretezza delle relazioni che sono alla base delle diverse esperienze di vita familiare. In quest'ottica, l'A. si interroga sul rilievo crescente dell'interesse del minore e sulle trasformazioni del paradigma antidiscriminatorio nel trattamento giuridico dell'omogenitorialità.

*The article provides an overview of the Italian case law regarding same-sex parenthood, in relation with the latest decisions of the Italian Constitutional Court (no. 32 and 33/2021). The relevant case law is analyzed in the light of the evolution of Italian family law, which has gradually abandoned dogmatic approaches, in favor of a deeper sensitivity towards the different experiences of family life. In this vein, the A. questions the growing importance of the best interests of the child and the transformations of the principles of equality and non-discrimination in the legal treatment of same-sex parenthood.*

### 1. Premessa

Le sentenze n. 32 e 33 del 2021 della Corte costituzionale rappresentano il punto di approdo – inevitabilmente provvisorio – del lungo e frastagliato percorso verso il riconoscimento di piene tutele per le bambine e i bambini con genitori dello stesso sesso.

\* Professore Associato di Diritto pubblico comparato, "Sapienza" Università di Roma. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

Esse si iscrivono, pertanto, in un processo (e in un dibattito) pubblico che prende le mosse, in Italia, all'inizio del decennio scorso e che si collega – almeno in prima analisi e segnandone, in qualche misura, la punta più avanzata – alla questione del riconoscimento della vita familiare omosessuale<sup>1</sup>.

Di tale più ampio processo, il dibattito attorno al tema dell'omogenitorialità ripete i tratti distintivi. Su tutti, quelli legati alla tensione costitutiva tra diritto e vita, nella prospettiva del riconoscimento<sup>2</sup>; ma anche, in connessione con essi, l'impatto sui diversi percorsi interpretativi del principio di eguaglianza, in relazione – da un lato – alle potenzialità del paradigma antidiscriminatorio classico e – dall'altro – alla necessità di misurare l'elemento di comparazione astratta tra diverse classificazioni giuridiche (insito in esso) con la forza della singolarità delle situazioni e delle esperienze che rivendicano riconoscimento, con il loro specifico portato. Strettamente connessi a tale aspetto, come si vedrà, appaiono non soltanto il differente trattamento dei rapporti di filiazione in coppie omosessuali maschili e femminili (con riguardo cioè alle diverse modalità della procreazione e in particolare al rilievo che, nelle coppie omosessuali maschili, assume la surrogazione di maternità<sup>3</sup>) ma anche – e soprattutto – la prospettiva nella quale le questioni vengono (dedotte) e affrontate nella giurisprudenza, specie per quel che riguarda l'alternativa tra una prospettiva adultocentrica e una prospettiva paidocentrica, con tutto quel che ne consegue sul piano della tenuta e della diversa declinazione del paradigma antidiscriminatorio.

Allo stesso tempo, il discorso *giuridico* sull'omogenitorialità (ma anche, più in generale, quello sul riconoscimento della vita familiare omosessuale) si collega ad alcuni aspetti dell'evoluzione del diritto di famiglia nel nostro ordinamento. Si pensi, in generale, alla tensione tra un approccio *dogmatico* alla disciplina delle relazioni familiari e un approccio invece maggiormente attento alle relazioni e allo specifico rilievo del loro ancoraggio in esperienze mutevoli, concrete, come tali non sempre perfettamente corrispondenti al rigore anodino degli istituti giuridici<sup>4</sup>.

Ancora, con specifica attinenza al tema che ci occupa, viene in rilievo la progressiva integrazione dei criteri di costituzione dello *status filiationis* nonché, parallelamente, l'affermazione del principio dell'unicità dello *status* di figlio<sup>5</sup>.

Per questo, l'esame delle più recenti decisioni della Corte costituzionale verrà inquadrato entro le più generali coordinate dell'evoluzione del diritto di famiglia – anche alla luce dell'impatto delle tecnologie riproduttive sulla costituzione degli *status* familiari<sup>6</sup> – con specifico riferimento all'emersione, nell'esperienza giuridica dell'ultimo decennio, dell'istanza di riconoscimento delle famiglie omogenitoriali.

- 
- 1 Sul punto v., tra i molti lavori in materia, almeno R. Torino, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali nel diritto comparato, europeo e italiano*, Torino, Giappichelli, 2012; D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino (a cura di), *Same-sex couples before national, supranational and international jurisdictions*, Heidelberg, Springer, 2014; A. Sperti, *Constitutional Courts, Gay Rights and Sexual Orientation Equality*, Oxford, Hart, 2019; G. Viggiani, *Dal diritto alla privacy al diritto al matrimonio: l'omosessualità nella giurisprudenza costituzionale statunitense*, Milano-Udine, Mimesis, 2021; M. Gattuso – M. Winkler – G. Buffone, *Unione civile e convivenza*, Milano, Giuffrè, 2017; A. Schillaci (a cura di), *Omosessualità eguaglianza diritti*, Roma, Carocci, 2014; R. De Felice, *Just married. Il matrimonio same-sex nella giurisprudenza degli Stati Uniti (1970-2015)*, Milano-Udine, Mimesis, 2016; M. Bonini Baraldi, *La famiglia de-genero: matrimonio, omosessualità e Costituzione*, Milano-Udine, Mimesis, 2010; M. Winkler – G. Strazio, *L'abominevole diritto*, Milano, Il Saggiatore, 2011, nonché da ultimo N. Palazzo, *Legal Recognition of Non-Conjugal Families: New Frontiers in Family Law in the US, Canada and Europe*, London, Bloomsbury, 2021. Si vedano altresì, in generale, M. C. Vitucci, *La tutela internazionale dell'orientamento sessuale*, Napoli, Jovene 2012 nonché i *focus* monografici contenuti nei fascicoli n. 2/2016, 1/2015, 2/2014 e 1/2014 di *GenIUS – Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, tutti consultabili su [www.geniusreview.eu](http://www.geniusreview.eu) (Tutti i link riportati in nota sono stati consultati, l'ultima volta, in data 2 agosto 2021).
  - 2 Secondo l'insegnamento di S. Rodotà, *Diritto d'amore*, Roma-Bari, Laterza, 2014. In questa prospettiva, v. anche A. Schillaci, *Le storie degli altri. Strumenti giuridici del riconoscimento e diritti civili in Europa e negli Stati Uniti*, Napoli, Jovene, 2018.
  - 3 Su questo profilo si sofferma, da ultimo, B. Pezzini, *La Corte costituzionale ammonisce sull'indifferibilità di una tutela effettiva delle e dei minori nei confronti dei genitori intenzionali*, in *Giudicedonna.it*, fasc. 1/2021 ([http://www.giudicedonna.it/articoli/La\\_Corte\\_costituzionale\\_ammonisce\\_sull\\_indifferibilit%C3%A0\\_di\\_una\\_tutela\\_effettiva\\_delle\\_e\\_dei\\_minori\\_nei\\_confronti\\_dei\\_genitori\\_intenzionali.pdf](http://www.giudicedonna.it/articoli/La_Corte_costituzionale_ammonisce_sull_indifferibilit%C3%A0_di_una_tutela_effettiva_delle_e_dei_minori_nei_confronti_dei_genitori_intenzionali.pdf)).
  - 4 Si rinvia, sul punto, al ricco *focus* monografico su *Famiglie e Individui. Il singolo nel nucleo* curato da S. Celentano e con contributi di C. Saraceno, A. Schillaci, C. D'Elia, L. Tomasi, G. Ruotolo, G. Salmè, M. Gattuso, M. Acierno, B. Polisenno, A. Taurino, G. Casaburi, P. Morozzo della Rocca, L. Ronchetti e A. Lorenzetti, in *Questione Giustizia*, fasc. n. 2/2019 (<https://www.questionegiustizia.it/rivista/2019-2.php>) nonché a V. Scalisi, *Dalla «famiglia-istituzione» alla «famiglia-comunità»: centralità del rapporto e primato della «persona»*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 1043 ss.
  - 5 Concretizzatasi nella riforma della filiazione portata a termine nel biennio 2012/2013, con la legge n. 219/2012 e il d. lgs. n. 154/2013 e sulla quale vedi A. Sassi – F. Scaglione – S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, nel *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, UTET, 2018 (II ed.).
  - 6 Sul punto v., da ultimo, M. P. Iadicicco, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2020 e S. Stefanelli, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata: limiti nazionali e diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2021.



## 2. Omogenitorialità ed evoluzione del diritto di famiglia

Lo sviluppo appena tratteggiato è profondamente condizionato dal crescente rilievo dell'interesse del minore nelle dinamiche di interpretazione e applicazione degli istituti di diritto familiare<sup>7</sup>, e ritrova anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale alcuni snodi paradigmatici, a partire almeno dalle due sentenze n. 166 e n. 347 del 1998.

Con la prima decisione<sup>8</sup> – relativa all'estensione dell'assegnazione della casa familiare al genitore affidatario non coniugato, a seguito della cessazione della convivenza – la Corte prende le mosse dalla «inversione di tendenza», desumibile dall'evoluzione del diritto di famiglia e tesa a situare «in posizione nitidamente sopraordinata le esigenze dei minori»; e, su tale base, giunge ad affermare il principio secondo cui «la condizione giuridica dei genitori tra di loro, in relazione al vincolo coniugale, non può determinare una condizione deteriore per i figli» poiché la disciplina del rapporto di filiazione trova anzitutto fondamento «nell'art. 30 della Costituzione che richiama i genitori all'obbligo di responsabilità»<sup>9</sup>. Conseguentemente, conclude la Corte, la possibilità di assegnare la casa familiare all'ex-convivente affidatario deve ritenersi già desumibile dall'interpretazione sistematica degli articoli 261, 147 e 148 del codice civile.

La seconda decisione richiamata<sup>10</sup> riguarda, invece, una fattispecie non lontana da quelle oggetto delle sentenze n. 32 e 33 del 2021, e relativa alla costituzione dello *status filiationis* in fattispecie di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo. Anche in tal caso, si assiste – ben prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004 – a una significativa inversione di prospettiva, che mette al centro la posizione del nato e, in conseguenza, l'assunzione di responsabilità genitoriale anche a prescindere dalla sussistenza di un legame genetico. In particolare, la Corte – pur dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale relativa alla possibilità di esperire azione per il disconoscimento della paternità da parte del compagno della donna sottopostasi a inseminazione artificiale con ricorso al gamete di un donatore – rileva l'esistenza di un vuoto normativo relativo non già all'accesso alle (e alla disciplina delle) tecniche di procreazione medicalmente assistita, quanto soprattutto alla tutela del nato secondo tali modalità. La posizione del nato si colloca infatti, a prescindere dalle concrete opzioni in merito alla legittimità costituzionale delle tecniche richiamate, al centro di un intreccio tra «plurime esigenze costituzionali» tra cui primeggiano i suoi «diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità». Sebbene pertanto la Corte rinvii al legislatore il compito di individuare il punto di equilibrio tra i contrapposti principi e interessi in gioco (pur riconoscendo che, nell'inerzia del legislatore, spetta al giudice «ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali»), appare altrettanto chiara la prefigurazione del perimetro dell'intervento, che deve ritrovare nella centralità degli interessi del nato, nel principio della responsabilità procreativa<sup>11</sup> e infine nel «rispetto della dignità della persona umana» i suoi snodi essenziali<sup>12</sup>.

Pronunce, quelle sin qui sinteticamente richiamate, che segnano con precisione una linea evolutiva caratterizzata dal superamento di condizionamenti dogmatici e da una crescente attenzione alla concretezza delle situazioni, cristallizzata – pochi anni dopo – nella celebre affermazione, contenuta nella sentenza relativa alla riconoscibilità dei figli nati da incesto, secondo cui «la Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti»<sup>13</sup>.

Ancora, la sempre maggiore sensibilità verso la concretezza delle situazioni – anche con riferimento allo specifico rilievo dell'interesse del minore – si ritrova nelle sentenze che, successivamente, hanno corretto taluni automatismi legislativi che si ponevano in netto contrasto con tale istanza. Si pensi, ad esempio, alla sentenza n. 31/2012, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'automatica perdita della responsabilità genitoriale, comminata dall'articolo 569 c.p. in

7 Sull'interesse del minore v., tra i molti, almeno M. Di Masi, *L'interesse del minore: il principio e la clausola generale*, Napoli, Jovene, 2020.

8 Sulla quale vedi i commenti di R. Bin, *Tra matrimonio e convivenza di fatto: un difficile esercizio di equilibrio*, in *Giur. cost.*, 1998, pp. 2518 ss.; D. Buzzelli, *Casa familiare e nuova famiglia dell'assegnatario*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, pp. 335 ss.

9 Cons. dir., parr. 2 e 3.

10 Corte costituzionale, sentenza n. 347/1998.

11 Su cui insiste da ultimo, nelle fattispecie qui considerate, S. Stefanelli, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata*, cit., p. 13.

12 Le citazioni sono tratte da cons. dir., parr. 3 e 4.

13 Corte costituzionale, sentenza n. 494/2002, cons. dir., par. 6.1.

conseguenza della condanna per il delitto di alterazione di stato: in tal caso, la violazione del principio di ragionevolezza – e, dunque, dell’articolo 3 Cost. – viene desunta dall’impossibilità per il giudice di valutare, in conseguenza dell’automatismo, l’impatto della condanna sulla concreta idoneità del genitore ad esercitare la responsabilità e, pertanto, di bilanciare le concrete caratteristiche della fattispecie di reato e gli effetti della condanna con la salvaguardia dell’interesse del minore alla conservazione dello *status* di figlio<sup>14</sup>.

Di nuovo, le ragioni della concretezza – veicolate e profondamente condizionate proprio dalla centralità dell’interesse del minore – intervengono ad accorciare la distanza tra l’astratta meccanicità del precetto normativo e le istanze di riconoscimento promananti dall’esperienza di vita e relazione del minore.

E ciò vale, in particolare, sia sotto il profilo del superamento di una relazione necessaria tra cornice giuridica del rapporto tra i genitori e condizione dei figli, sia con riferimento al passaggio – nella costituzione dello *status filiationis* – dall’intreccio tra *favor legitimitatis* e *favor veritatis* al crescente rilievo di un *favor* per il minore e per la rete di affetti e relazioni in cui è immerso.

### 3. Interesse del minore, responsabilità genitoriale e procreazione medicalmente assistita: alcuni cenni

La progressiva integrazione di nuovi profili della relazione genitoriale nella disciplina dei criteri di costituzione dello *status* di figlio – in uno con il temperamento della tradizionale *indisponibilità* del medesimo<sup>15</sup> – è stata peraltro profondamente condizionata, come rivelato già dalla richiamata sentenza n. 347/1998, dall’impatto delle tecniche di procreazione medicalmente assistita e in particolare dall’approvazione della legge n. 40/2004 e, soprattutto, dalle interpretazioni della medesima<sup>16</sup>.

Proprio le vicende legate al riconoscimento giuridico dell’omogenitorialità, peraltro, rappresentano altrettante sfide per la tenuta di alcuni snodi della disciplina della p.m.a., illuminandoli in prospettiva del tutto nuova.

#### 3.1 Omogenitorialità e tenuta della ratio della legge n. 40/2004

Si pensi, anzitutto, alla tenuta della stessa originaria *ratio* della legge n. 40/2004, saldamente ancorata – per un verso – al paradigma medico sanitario e alla conseguente costruzione della p.m.a. (unicamente) quale presidio terapeutico contro l’infertilità derivante da patologia (cfr. art. 1 e articolo 4, comma 1 della medesima legge); e, per altro verso, al rigido mantenimento del ricorso alle tecniche di p.m.a.

14 Analogo percorso ha condotto la Corte, con la sentenza n. 7/2013, a dichiarare l’illegittimità costituzionale dell’automatica applicazione della pena accessoria della perdita della responsabilità genitoriale in caso di condanna per soppressione di stato: anche in tal caso la Corte osserva che «la nota problematica che affligge i perduranti caratteri di automatismo – e, per il caso qui in esame, anche la fissità che connota l’applicazione della pena accessoria, in perenne tensione rispetto alle esigenze di personalizzazione del trattamento sanzionatorio e della sua necessaria finalizzazione rieducativa – assume, con riferimento al quadro normativo qui coinvolto, una dimensione di particolare acutezza, proprio perché viene a proporsi in tutto il suo risalto, come necessario termine di raffronto (e, dunque, quale limite costituzionale di operatività della sanzione), la salvaguardia delle esigenze educative ed affettive del minore: esigenze che finirebbero per essere inaccettabilmente compromesse, ove si facesse luogo ad una non necessaria interruzione del rapporto tra il minore ed i propri genitori in virtù di quell’automatismo e di quella fissità». Ancora, nella recentissima sentenza n. 102/2020, ad essere colpito è l’automatismo nell’applicazione della pena accessoria, per il caso di condanna per sottrazione di minore: anche in tale sentenza, è l’assunzione del punto di vista del minore e del suo interesse a far emergere l’irragionevolezza dell’automatismo. Per ulteriori riflessioni sul punto si rinvia, da ultimo e in prospettiva costituzionale, all’approfondito studio di G. Laneve, *Pene accessorie che incidono sulla responsabilità genitoriale: dalla “cecità” dell’automatismo legislativo allo sguardo sulla relazione genitore-figlio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, pp. 2078 ss.

15 Sul temperamento dell’indisponibilità dello *status* v. A. Sassi – F. Scaglione – S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, cit., nonché, nella prospettiva del diritto costituzionale, A. Schillaci, *Famiglie e dignità delle relazioni: una lettura costituzionale*, in *Questione Giustizia*, fasc. 2/2019, pp. 17 ss., specie pp. 23 ss. ([https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/famiglie-e-dignita-delle-relazioni-una-lettura-costituzionale\\_648.php](https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/famiglie-e-dignita-delle-relazioni-una-lettura-costituzionale_648.php)).

16 Su cui v., oltre al recente lavoro di Iadicicco citato *supra* alla n. 6, anche B. Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative: riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all’interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, Giuffrè, 2017 nonché, per un affascinante sforzo di inquadramento nella prospettiva dei femminismi giuridici (e non solo), A. Di Martino, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive: autodeterminazione, salute, dignità*, Milano-Udine, Mimesis, 2020.

entro canoni di stretta omologia rispetto al patrimonio genetico della coppia nonché, in definitiva, di pedissequa *imitatio* della procreazione spontanea (art. 5).

Detto paradigma è stato dapprima incrinato (ma non già superato, come subito si dirà) da importanti pronunce della Corte costituzionale, quali le sentenze n. 162/2014 e 96/2015<sup>17</sup>. Con la prima decisione, come noto, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di ricorso alla p.m.a. con donazione di gameti esterni alla coppia: e, sebbene l'apertura alla p.m.a. eterologa resti saldamente legata alla «esistenza di una patologia che sia causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute», allo stesso tempo l'illegittimità del divieto discende dall'eccessiva compressione non solo del diritto alla salute (riguardato peraltro anche nella doppia dimensione fisica e psichica) ma anche della scelta di «di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli» quale «espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi». Una libertà che tuttavia, precisa la Corte, non può condurre a «soggettivizzare la nozione di salute, né [ad] assecondare il desiderio di autocompiacimento dei componenti di una coppia, piegando la tecnica a fini consumistici»<sup>18</sup>. Autodeterminazione e diritto alla salute vengono pertanto tenuti in equilibrio; e tuttavia, la considerazione dell'attinenza delle scelte procreative a un dominio di esperienza più largo e ulteriore rispetto alla sola dimensione medico-terapeutica segna un momento di significativa rottura rispetto alle valutazioni sottese alla scelta operata in origine dal legislatore del 2004.

Il nesso tra p.m.a. e terapia dell'infertilità è ulteriormente indebolito dalla sentenza n. 96/2015 che, come noto, ha esteso l'accesso alla p.m.a. anche alle coppie che, pur fertili, fossero portatrici di malattie geneticamente trasmissibili e, dunque, potessero trarre beneficio – nella scelta e nella pratica procreativa – dalla cd. diagnosi pre-impianto.

Resta tuttavia netta la giustificazione del ricorso alla p.m.a. in esigenze legate alla cura dell'infertilità derivante da patologie e lo stesso riferimento all'autodeterminazione continua ad essere inteso in tale cornice, ad esclusione di ogni apertura a interpretazioni della p.m.a. come mezzo di superamento di condizioni di infertilità cd. strutturale o sociale<sup>19</sup>.

La persistenza di tale quadro di riferimento è emersa peraltro con particolare evidenza, quando ad essere investita di dubbi di legittimità costituzionale è stata la previsione di cui all'articolo 5 della legge n. 40/2004, proprio con specifico riferimento alla questione dell'accesso alla p.m.a. da parte di una donna singola o di una coppia di donne.

Nella sentenza n. 221/2019<sup>20</sup>, infatti, è proprio l'insistenza sulle due direttrici fondamentali – o «idee di base» – della legge n. 40/2004 che consente alla Corte di escludere la possibilità di estendere, quantomeno per via di interpretazione, l'accesso alla p.m.a. oltre i requisiti soggettivi previsti dall'articolo 5. Dette direttrici sono appunto, per un verso, la configurazione della p.m.a. quale rimedio all'infertilità patologica, il che esclude che essa possa rappresentare «una modalità di realizzazione del “desiderio di genitorialità” alternativa ed equivalente al concepimento naturale, lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati»; e, per l'altro, con riferimento alla cornice familiare in cui la p.m.a. possa realizzarsi, «il trasparente intento di garantire che il suddetto nucleo riproduca il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una madre e di un padre». Entrambe le direttrici, come cennato, costituiscono altrettante espressioni (ritenute dalla Corte non irracionevoli) della discrezionalità legislativa in materia

17 Sulla sentenza n. 162/2014 v. P. Veronesi, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro “pilastro”: illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in *Ist. federalismo*, 2015, pp. 5 ss.; G. Ferrando, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, in *La Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2014, pp. 393 ss. Sulla sentenza n. 96/2015 v. invece Ead., *Come d'autunno sugli alberi le foglie. La legge n. 40 perde anche il divieto di diagnosi preimpianto*, ivi, 2015, pp. 582 ss., nonché M.P. Iadicicco, *Finalmente una decisione del giudice delle leggi sulla diagnosi genetica preimpianto, in attesa del doveroso intervento del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2015, pp. 797 ss.

18 Cons. dir., par. 6, 7 e 11.1.

19 Sul complesso intreccio tra diritto alla salute e autodeterminazione in materia riproduttiva resta fondamentale la lettura di L. Ronchetti, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2006 (<https://www.costituzionalismo.it/donne-e-corpi-tra-sessualita-e-riproduzione/>) nonché, più di recente, di A. Di Martino, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive*, cit.

20 Su questa decisione v., tra gli altri, i commenti di G. Casaburi, *Qui non sto. Non posso fare altrimenti: la Consulta tiene fermo il divieto di accesso alla p.m.a. delle coppie omosessuali femminili*, in *Foro it.*, 2019, n. 12, parte I, pp. 3798 ss.; B. Liberali, *La legge n. 40 del 2004 di nuovo alla Corte costituzionale: una svolta decisiva (ma forse non ancora definitiva) nella ricostruzione di un possibile “diritto a procreare”?*, in *Studium iuris*, pp. 534 ss.; M. Manetti, *La decostituzionalizzazione del paradigma eterosessuale nella genitorialità da PMA*, in *Giur. cost.*, 2019, pp. 2613 ss.; M. Picchi, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un'interpretazione autentica della pregressa giurisprudenza. (Riflessioni sulla sentenza n. 221/2019)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 16 aprile 2020 (<https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/?p=14349>).

(la quale pure rimane, secondo la Corte, «aperta a soluzioni di segno diverso, in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale della fenomenologia considerata»<sup>21</sup>).

Come si vede, dunque, l'insistenza sulla *ratio* della legge n. 40/2004 – e dunque sul nesso tra patologizzazione del ricorso alla p.m.a. e necessaria *imitatio* del modello di procreazione spontanea (e cioè la non irragionevolezza della precostituzione, per il nascituro, di una famiglia «ad instar naturae»<sup>22</sup>) – vale ad escludere l'irragionevolezza del trattamento differenziato tra coppie eterosessuali, donne singole e coppie di donne nella disciplina dell'accesso alla p.m.a.; e ciò anche quando nella coppia di donne (o nella donna singola) alla infertilità "fisiologica" si sommi un aspetto di infertilità patologica. In tal caso, infatti, la presenza di una patologia riproduttiva non è secondo la Corte dato significativo, ma variabile irrilevante, in quanto la coppia omosessuale «sarebbe infertile in ogni caso»<sup>23</sup>. Né, peraltro, la tutela del diritto alla salute potrebbe assumere altrimenti rilievo – ad esempio, con riguardo all'impatto dell'impossibilità fisiologica di procreare sulla salute psichica – giacché, afferma la Corte ripetendo in termini ancor più duri la formula già contenuta nella sentenza n. 162/2014, «la tutela costituzionale della «salute» non può essere estesa fino a imporre la soddisfazione di qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno che una coppia (o anche un individuo) reputi essenziale»<sup>24</sup>.

Nella decisione richiamata, dunque, il percorso di decostruzione della *ratio* della legge n. 40/2004 pare arrestarsi bruscamente: il potenziale di rottura del paradigma eterosessuale insito nell'istanza di accesso alla p.m.a. da parte di una coppia di donne – più ancora che l'indebolimento del nesso tra p.m.a. stessa e patologia, come dimostra proprio il passaggio da ultimo richiamato – agisce quale limite e vale a segnare il confine tra margini di intervento dell'interprete e intervento del legislatore.

Nel momento in cui si affaccia nello spazio pubblico e nell'esperienza giuridica, l'istanza di riconoscimento giuridico dell'omogenitorialità rivela, in altri termini, virtualità critiche e decostruttive. Da un lato, essa – soprattutto se riguardata in prospettiva paidocentrica – si innesta sulle dinamiche di sviluppo e di evoluzione del diritto di famiglia e della disciplina della filiazione; dall'altro, si scontra con il paradigma eterosessuale presupposto dall'articolazione della disciplina delle relazioni familiari, che si atteggia, nell'interpretazione giuridica oltre che nel dibattito pubblico, quale vero e proprio nodo di resistenza rispetto alla stessa pervasività del giudizio di eguaglianza.

### 3.2 Omogenitorialità, p.m.a. e costituzione dello status di figlio

Simile impatto è ben riconoscibile, sotto diverso profilo (e anzi con un significativo rovesciamento di prospettiva), con riguardo all'integrazione dei criteri di costituzione dello *status* di figlio. Con riferimento specifico all'omogenitorialità, infatti, la questione – già affrontata almeno a partire dalla richiamata sentenza n. 347/1998 e, per così dire, tradizionale – di una scissione, riconosciuta e disciplinata, tra costituzione dello *status filiationis* e discendenza biologico-genetica si arricchisce di elementi nuovi, legati soprattutto al rapporto tra liceità delle tecniche procreative e costituzione dello *status* di figlio. Detta questione è stata peraltro affrontata, con diversi accenti, dalla giurisprudenza di legittimità e dalla stessa Corte costituzionale.

Come noto, la legge n. 40/2004 sanziona – all'articolo 12 – l'applicazione di tecniche di p.m.a. in assenza dei requisiti soggettivi o in violazione dei limiti da essa stabiliti: in particolare, ai sensi del comma 2, l'applicazione di tecniche di p.m.a. a coppie che «siano composte da soggetti dello stesso sesso» è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro. Si tratta, dunque, di sanzioni amministrative (e, nel caso della realizzazione, organizzazione o pubblicizzazione della surrogazione di maternità e della commercializzazione di gameti o embrioni, ai sensi del successivo comma 6, anche penali) che non dispiegano alcuna conseguenza in capo al nato e al suo *status*: il disvalore verso la pratica posta in essere, pertanto, non si spinge fino a porre nel nulla i suoi effetti, per quel che riguarda la posizione del nato.

Conferma di ciò è recata dagli articoli 8 e 9, a mente dei quali – per un verso – il nato ha lo *status* di figlio nato nel matrimonio o riconosciuto dalla coppia «che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6» (art. 8); e, per altro verso, che non è data al coniuge o al convivente azione per il disconoscimento della paternità, ovvero per l'impugnazione dell'atto di nascita per difetto di veridicità, ove il suo consenso sia ricavabile (non soltanto ai sensi dell'articolo 6 ma, in via generale) «da atti concludenti».

21 Cons. dir., parr. 10 e 13.1.

22 Cons. dir., par. 13.1.

23 Cons. dir., par. 17.

24 Cons. dir., par. 16.



Sebbene dunque risulti con sufficiente chiarezza, dalle disposizioni richiamate, che la tutela del nato prescinde dalla liceità/illiceità delle tecniche procreative applicate (si pensi a tale riguardo, solo per fare un esempio, al fatto che la formulazione originaria dell'articolo 9, comma 1, antecedente alla sentenza n. 162/2014, faceva espresso riferimento al ricorso a p.m.a. eterologa «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3»), la questione è stata oggetto di una giurisprudenza corposa e non univoca.

Già la sentenza n. 162/2014 aveva lasciato intendere che le disposizioni di cui agli articoli 8 e 9 fossero state dettate al fine di garantire l'interesse del nato alla conservazione dello *status* anche nel caso di ricorso a tecniche di p.m.a. non consentite: è infatti a tali disposizioni che la Corte fa – con ogni evidenza – riferimento quando afferma, a proposito delle preoccupazioni sollevate e relative alla posizione del nato, che sono già presenti nella legge n. 40 più norme che «disciplinano molti dei profili di più pregnante rilievo, anche perché il legislatore, avendo consapevolezza della legittimità della PMA di tipo eterologo in molti paesi d'Europa, li ha opportunamente regolamentati, dato che i cittadini italiani potevano (e possono) recarsi in questi ultimi per fare ad essa ricorso, come in effetti è accaduto in un non irrilevante numero di casi»<sup>25</sup>. E, poco più oltre, la Corte riferisce espressamente l'articolo 8 ai nati da p.m.a. eterologa, senza distinguere tra tecniche lecite o illecite, collegando strettamente «nuova concezione della paternità» e salvaguardia dell'interesse del nato<sup>26</sup>.

Più complesso il discorso, quando ad essere violate sono le disposizioni di cui all'articolo 5, in tema di requisiti soggettivi per l'accesso alla p.m.a. Sul punto sono intervenute, tra il 2019 e il 2020, alcune sentenze della Corte di cassazione e della Corte costituzionale, le quali mettono molto bene in luce, nuovamente, il discrimine rappresentato – nei percorsi interpretativi della legge n. 40/2004 – dalla genitorialità omosessuale quale “nodo di resistenza” rispetto a possibili interpretazioni estensive operanti nell'interesse del nato.

### 3.3 Segue: la posizione della Corte di cassazione e della Corte costituzionale

Con la decisione n. 13000/2019, in primo luogo, la Corte di cassazione ha ritenuto operante la disposizione di cui all'articolo 8 della legge n. 40/2004 anche nel caso di fecondazione assistita realizzata all'estero mediante utilizzo del seme del coniuge defunto, e dunque in violazione dei requisiti soggettivi di cui all'articolo 5 della medesima legge. L'interrogativo che guida la decisione della Corte, in tale prospettiva, è «se i divieti di genitorialità pure evincibili dal nostro ordinamento possano fungere da “controlimite” alla tutela dei diritti di chi è nato, oppure se occorra superare i confini della tradizione ed accettare, regolandoli, i nuovi percorsi della genitorialità stessa»<sup>27</sup>. La risposta, altrettanto netta e chiara, è profondamente condizionata dalla salvaguardia dell'interesse del nato, giacché «la circostanza che si sia fatto ricorso all'estero a P.M.A. non espressamente disciplinata (o addirittura non consentita) nel nostro ordinamento non esclude, ma anzi impone, nel preminente interesse del nato, l'applicazione di tutte le disposizioni che riguardano lo stato del figlio venuto al mondo all'esito di tale percorso»<sup>28</sup>. E tali disposizioni, prosegue la Corte, non possono che essere quelle già previste dalla stessa legge n. 40/2004: si tratta infatti, secondo la Corte, di un sistema alternativo e speciale rispetto agli ordinari criteri codicistici, risultato di una ponderazione tra il rilievo del principio di responsabilità procreativa («l'assoluta centralità del consenso come fattore determinante la genitorialità in relazione ai nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di P.M.A.»), l'esigenza di regolare rigidamente l'accesso alle tecniche di p.m.a. e la «sicura preminenza della tutela del nascituro, sotto il peculiare profilo del conseguimento della

25 Corte costituzionale, sentenza n. 162/2014, cons. dir, par. 11.

26 *Ibidem*. Altra e diversa questione è quella dell'eventuale incidenza nella materia della concorrente applicabilità delle disposizioni penali riguardanti condotte relative alla falsificazione di atti e stato, e della conseguente irrogazione della sanzione accessoria della perdita della responsabilità genitoriale. Ma si noti sul punto che, per un verso, la sanzione della perdita della responsabilità genitoriale presuppone – come minimo – che lo *status* si sia validamente costituito, e dunque conferma, in casi di ricorso a tecniche di p.m.a. non consentite, che le disposizioni della legge n. 40/2004 in merito alla costituzione dello *status* di figlio dispiegano i propri effetti; per altro verso, e come già precisato (cfr. *supra*, nota 14), la giurisprudenza costituzionale ha da tempo escluso, in tali fattispecie, che possa darsi automatismo nell'irrogazione della sanzione accessoria e che l'applicabilità della stessa vada misurata anzitutto sulla sua corrispondenza all'interesse del minore, così soprattutto allontanando – in armonia con gli obblighi internazionali in materia – la “cecità” dell'automatismo rispetto alla concreta esperienza di vita del minore.

27 Si legge al punto 7.3.3 della motivazione in diritto.

28 Ivi, punto 7.7.1.

certezza dello *status filiationis*»<sup>29</sup>. Preminenza desumibile, tra l'altro, proprio dall'assenza – nella formulazione dell'articolo 8 – di alcun riferimento ai requisiti e ai limiti di cui agli articoli 4 e 5 della legge<sup>30</sup>.

Successive pronunce della Corte costituzionale, tuttavia, restringono il campo di applicazione del suddetto principio, quando a venire in rilievo è la nascita a seguito di p.m.a. cui abbia fatto ricorso, all'estero, una coppia di donne. È il caso della sentenza n. 237/19, relativa alla possibilità di formare in Italia un atto di nascita con due madri, in applicazione della legge nazionale del nato, applicabile ai sensi dell'art. 33 della legge n. 218/1995<sup>31</sup>. Pur dichiarando la questione inammissibile per difetto di rilevanza, la Corte – nel dichiarare l'infondatezza di una eccezione proposta dalla difesa delle parti costituite nel giudizio *a quo*, e relativa all'applicabilità, nel caso concreto, del principio di responsabilità procreativa desumibile dagli articoli 8 e 9 della legge n. 40/2004 – ha modo di precisare la portata della stessa sentenza n. 221/19, proprio con riferimento al rapporto tra sussistenza del requisito dell'eterosessualità della coppia che accede alla tecnica e applicabilità degli articoli 8 e 9. Dal contenuto della sentenza n. 221/19 – e, in particolare, dal giudizio di non irragionevolezza della scelta legislativa di vincolare la disciplina delle tecniche di p.m.a. al paradigma eterosessuale – discenderebbe dunque, secondo la Corte, l'impossibilità di applicare dette disposizioni<sup>32</sup>. Il discrimine, in altri termini, non sarebbe dato dalla liceità/illiceità della tecnica, né – a ben vedere – dalla stessa sussistenza di un legame genetico con entrambi i membri della coppia (requisito già superato dall'apertura alla p.m.a. eterologa<sup>33</sup>), ma dal

29 Ivi, punto 7.8.5.1.

30 E dunque, l'applicabilità della legge n. 40/2004 al caso dedotto in giudizio «muove [...] dal rilievo che il legislatore non ha limitato espressamente l'applicabilità della norma in esame alle sole ipotesi di procreazione medicalmente assistita "lecita" ed ha, anzi, espressamente contemplato la sua applicabilità alla ipotesi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, in relazione alla quale l'impossibilità di esercitare l'azione di disconoscimento della paternità e l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità presuppongono che, anche in simili casi, il consenso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita sia sufficiente per l'attribuzione dello status di figlio» (punto 7.8.4.2, enfasi aggiunta).

31 Sull'ordinanza di rimessione v. A. Schillaci, *L'omogenitorialità a Palazzo della Consulta: osservazioni a prima lettura dell'ordinanza del Tribunale di Pisa del 15 marzo 2018*, in *Articolo29.it*, 28 maggio 2018 ([articolo29.it/2018/10/mogenitorialita-a-palazzo-della-consulta-osservazioni-a-prima-lettura-dellordinanza-del-tribunale-di-pisa-del-15-marzo-2018/](https://www.articolo29.it/2018/10/mogenitorialita-a-palazzo-della-consulta-osservazioni-a-prima-lettura-dellordinanza-del-tribunale-di-pisa-del-15-marzo-2018/)). Per un commento alla decisione della Corte costituzionale cfr. A. Cannone, *Norme italiane in tema di fecondazione eterologa per coppie 'same-sex': norme di applicazione necessaria?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2020, pp. 563 ss. e L. Dell'Atti, *Omogenitorialità, genitorialità intenzionale e legge straniera applicabile. Considerazioni costituzionali a margine di Corte costituzionale, 237/2019*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 2/2020 (3 marzo 2020, [https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2020\\_2\\_05\\_Dell\\_Atti.pdf](https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2020_2_05_Dell_Atti.pdf)). A seguito della rimessione alla Corte costituzionale, il Tribunale di Pisa, con decisione del 6 maggio 2021 (non pubblicata) ha infine escluso la possibilità di formare l'atto di nascita in osservanza della legge nazionale del minore indicando anche la seconda madre.

32 «È pur vero» – afferma infatti la Corte al par. 3.1.1 del cons. dir. – «che la genitorialità del nato a seguito del ricorso a tecniche di PMA è legata anche al "consenso" prestato, e alla "responsabilità" conseguentemente assunta, da entrambi i soggetti che hanno deciso di accedere ad una tale tecnica procreativa» ma «tutto ciò sempreché quelle coinvolte nel progetto di genitorialità così condiviso siano coppie "di sesso diverso"», in virtù della portata assorbente del divieto di cui all'articolo 5 della legge n. 40/2004.

33 Invero, la sussistenza del legame genetico aveva assunto rilievo – concorrente e rafforzativo ma non esclusivo, sembra di poter affermare – nella richiamata Cass., sez. I civ., sentenza n. 13000/2019, come componente dell'identità personale del nato, da tutelare attraverso la valida costituzione dello *status filiationis* (cfr. punto 7.8.6.1 della motivazione in diritto). Sul punto, mette conto ricordare anche la successiva C. Cost., sentenza n. 127/2020 (su cui v. E. Frontoni, *Interesse del minore e poteri del giudice anche in caso di "riconoscimento di compiacenza"*, in *Nomos*, fasc. 2/2020, <https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2020/10/Frontoni-2-2020.pdf>), nella quale è stata esclusa l'analogia tra il campo di applicazione degli articoli 8 e 9 della legge n. 40/2004 e la ipotesi – diversa e non rientrante nel sistema speciale di costituzione dello *status filiationis* in caso di nascita da p.m.a. – dell'impugnabilità del riconoscimento consapevolmente inveritiero (cd. riconoscimento di comodo o per compiacenza) da parte del soggetto che lo ha effettuato. In tale decisione, la Corte esclude che dal disposto degli articoli 8 e 9 della legge n. 40/2004 possa desumersi il rilievo in via generale e – per così dire – sistemico del principio di responsabilità procreativa: infatti, «dal divieto di disconoscimento della paternità per il coniuge o il convivente che abbia prestato il proprio consenso non è, dunque, desumibile un principio generale in base al quale, ai fini dell'instaurazione del rapporto di filiazione, è sufficiente il solo elemento volontaristico o intenzionale, rappresentato dal consenso prestato alla procreazione, ovvero dall'adesione a un comune progetto genitoriale. È pur vero che lo sviluppo scientifico ha reso possibili forme di procreazione svincolate dal legame genetico e che l'ordinamento ne ha preso atto. Tuttavia, la disciplina del rapporto di filiazione rimane tuttora strettamente connessa all'esistenza di un rapporto biologico tra il nato ed i genitori» (Cons. dir., par. 3.2). Infatti, nel caso di ricorso a tecniche di p.m.a. «il divieto d'impugnare il riconoscimento è riferito a particolari situazioni, specificamente qualificate dal legislatore, e riveste carattere eccezionale» in quanto rivolto a «sottrarre il destino giuridico del figlio ai mutamenti di una volontà che, in alcuni casi particolari e a certe condizioni, tassativamente previste, rileva ai fini del suo concepimento» (*ibidem*). La decisione lascia in ombra il profilo dell'interesse del minore alla conservazione dello *status* acquisito in conseguenza del riconoscimento di compiacenza, e all'eventuale concorrenza di esso con l'ulteriore profilo dell'interesse del medesimo minore alla conoscenza delle proprie origini; resta tuttavia confermato, a ben vedere, il carattere costitutivo del consenso ai fini della determinazione dello *status filiationis* in fattispecie di nascita da p.m.a., in uno

fatto che la tecnica sia stata applicata in coppia di donne; dunque, la salvaguardia del paradigma eterosessuale finisce per prevalere sulla stessa tutela del preminente interesse del minore.

Simile orientamento è stato infine accolto<sup>34</sup> anche dalla Corte di cassazione, con le due sentenze n. 7668 e 8029 del 2020, rispettivamente del 3 e del 22 aprile<sup>35</sup>. Viene qui in rilievo in particolare la motivazione della seconda sentenza, più articolata, perché mette in luce con estrema chiarezza il rilievo dirimente del paradigma eterosessuale come fattore di condizionamento del rapporto tra violazione dei requisiti soggettivi e violazione del divieto di p.m.a. eterologa. Secondo la Corte di cassazione, infatti, l'applicabilità degli articoli 8 e 9 della legge n. 40/2004 sarebbe in questo caso preclusa sia dalla violazione del divieto di p.m.a. eterologa (al di fuori dei "paletti" fissati da C. Cost., n. 164/12, vale a dire l'infertilità derivante da patologia), sia dalla violazione del requisito soggettivo dell'eterosessualità della coppia: in altri termini, il riconoscimento del nato è precluso, «non essendo consentita, al di fuori dei casi previsti dalla legge, la realizzazione di forme di genitorialità svincolate da un rapporto biologico, con i medesimi strumenti giuridici previsti per il minore nato nel matrimonio o riconosciuto»<sup>36</sup>. Il rilievo del legame genetico si intreccia qui con l'assenza del requisito soggettivo ma, a ben vedere, è in quest'ultima che va individuata – anche in considerazione del peso specifico che assume, in motivazione, il riferimento alla sentenza n. 221/19 della Corte costituzionale – la ragione primaria della decisione assunta.

Vale rilevare, peraltro, che tale orientamento della Cassazione non è stato accolto pacificamente dalla successiva giurisprudenza di merito che anzi, in alcuni casi, se ne è apertamente discostata con dovizia di argomenti: si pensi a Trib. Genova, decreto del 4 novembre 2020, Trib. Brescia, decreto dell'11 novembre 2020 ma anche e soprattutto ad App. Roma, decreto n. 1453 del 23-27 aprile 2020 e, più recentemente, App. Cagliari, decreto 16 aprile 2021 (peraltro successivo alle decisioni n. 32 e 33/2021 della Corte costituzionale). La decisione romana, in particolare, insiste nel distinguere in modo molto netto il giudizio di liceità delle tecniche di p.m.a. – con il relativo apparato sanzionatorio – dalla persistente applicabilità, nell'interesse del nato, del criterio speciale di costituzione dello *status* di figlio desumibile dagli articoli 8 e 9 della medesima legge e fondato sul principio di responsabilità procreativa, giacché «il trattamento riservato al minore nato a seguito di PMA non può [...] essere diverso e deteriore per il solo fatto che ciò sia avvenuto al di fuori dei casi ammessi dalla legge»<sup>37</sup>. Tale orientamento di merito non è stato tuttavia condiviso dalla Corte di cassazione che, con la più recente sentenza n. 23320 del 23 agosto 2021, ha cassato la decisione romana, confermando le proprie posizioni, come emerse nella richiamata giurisprudenza del 2020<sup>38</sup>.

---

con il carattere speciale e alternativo di tali criteri di costituzione dello *status* rispetto a quelli riferiti alla procreazione spontanea (sul punto soprattutto le riflessioni di M. Gattuso, *Il problema del riconoscimento ab origine della genitorialità omosessuale*, in Id. – M. Winkler – G. Buffone, *Unione civile e convivenza*, cit., pp. 255 ss. e, in giurisprudenza, Corte d'appello di Napoli, sentenza n. 145 del 4 luglio 2018, est. Casaburi, in *Articolo29.it* con commento dello stesso M. Gattuso, *Corte di appello di Napoli: i bambini arcobaleno sono figli di entrambi i genitori sin dalla nascita*, 5 luglio 2018, <http://www.articolo29.it/2018/corte-appello-napoli-bambini-arcobaleno-figli-genitori-sin-dalla-nascita/>).

34 In contrasto con una significativa giurisprudenza di merito che si era orientata diversamente, a partire da Tribunale di Pistoia, decreto del 5 luglio 2018 e Tribunale di Bologna, decreto del 6 luglio 2018 (la si trova raccolta al seguente indirizzo: <http://www.articolo29.it/status-filiationis-alla-nascita-merito/>) e con una altrettanto ricca prassi amministrativa che, a partire dalla decisione del Comune di Torino dell'aprile 2018 (su cui v. M. Gattuso, *Comune di Torino sulla iscrizione di due mamme o papà negli atti di nascita: non è una forzatura giuridica*, in *Articolo29.it*, 21 aprile 2018, <http://www.articolo29.it/2018/comune-torino-sulla-iscrizione-due-mamme-papa-negli-atti-nascita-non-forzatura-giuridica/>).

35 Su cui si v. le note critiche di G. Ferrando, *I diritti dei bambini smarriti tra formule e modelli*, e di S. Celentano, *"Tradizione", "natura" e pregiudizio. Storie di figli nati a metà*, entrambe in *Questione giustizia*, 12 maggio 2020 (rispettivamente agli indirizzi: [https://www.questionegiustizia.it/articolo/i-diritti-dei-bambini-smarriti-tra-formule-e-modelli\\_12-05-2020.php](https://www.questionegiustizia.it/articolo/i-diritti-dei-bambini-smarriti-tra-formule-e-modelli_12-05-2020.php) e [https://www.questionegiustizia.it/articolo/tradizione-natura-e-pregiudizio-storie-di-figli-nati-a-meta\\_12-05-2020.php](https://www.questionegiustizia.it/articolo/tradizione-natura-e-pregiudizio-storie-di-figli-nati-a-meta_12-05-2020.php)).

36 Corte di cassazione, sezione I civile, sentenza n. 8029/2020, punto 5.5 del Diritto.

37 Cfr. punto 7.1 della motivazione in diritto. Detta altrimenti, come afferma molto chiaramente Ferrando (opportunitamente richiamando i precedenti in materia di figli adulterini e incestuosi): «una cosa è la condotta dei genitori - che l'ordinamento può vietare ed eventualmente sanzionare – altra cosa è lo stato del figlio che non può essere influenzato dall'esigenza di sanzionare e reprimere condotte dei genitori contrarie ai valori espressi dall'ordinamento» (G. Ferrando, *I bambini, le loro mamme e gli strumenti del diritto*, in questa Rivista, fasc. 1/2019, pp. 6 ss., 14, consultabile all'indirizzo: <http://www.geniusreview.eu/wp-content/uploads/2019/11/genius-2019-01.pdf>). Sul punto v. anche M.C. Venuti, *Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente*, ivi, fasc. 1/2018, pp. 85 ss. (<http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2018/04/genius-2018-01.pdf>).

38 Su questa decisione, e sulla "gemella" n. 23321 del 23 agosto 2021 si tornerà più diffusamente *infra*, nelle conclusioni.



Sul punto è intervenuta nuovamente – prima delle due decisioni del 2021 – la sentenza n. 230/2020<sup>39</sup> con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l’inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell’articolo 1, comma 20, della legge n. 76/2016 nella parte in cui preclude la possibilità di indicare quali madri, nell’atto di nascita di un minore, le donne che abbiano prestato consenso – all’estero – all’applicazione delle tecniche di p.m.a. Anche in tale decisione, in linea con le precedenti n. 221/19 e 237/19, la Corte esclude che possa farsi luogo, nella specie, all’applicazione degli articoli 8 e 9 della legge n. 40/2004, in ragione dell’assenza del requisito soggettivo dell’eterosessualità della coppia.

Rispetto alle decisioni precedenti, tuttavia, la Corte pare più netta nell’escludere che sia desumibile dalla Costituzione un divieto di riconoscimento dell’omogenitorialità e che piuttosto tale decisione sia rimessa al discrezionale apprezzamento del legislatore: una scelta, precisa la Corte, non imposta né vietata. Allo stesso tempo, e in modo esplicito, la Corte si fa in questa decisione carico del rilievo – nella specie – dell’interesse del minore e della sua specifica posizione: a tale riguardo, la Corte rinvia alla giurisprudenza – di cui pure si dirà *infra* – che ha già riconosciuto la possibilità di fare ricorso, in tali casi, all’adozione in casi particolari ex art. 44, lett. d) della legge n. 184/1983, con la precisazione – tuttavia – che «una diversa tutela del miglior interesse del minore, in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto con la “madre intenzionale”, che ne attenui il divario tra realtà fattuale e realtà legale, è ben possibile, ma le forme per attuarla attengono, ancora una volta, al piano delle opzioni rimesse alla discrezionalità del legislatore»<sup>40</sup>.

D’altra parte, la considerazione dell’interesse del minore alla conservazione dello *status* non è estranea alle argomentazioni sottese a importanti decisioni della Corte in materia e assume rilievo centrale e determinante, come vedremo, proprio nelle due decisioni del 2021, nel quadro di un significativo ribaltamento di prospettiva rispetto ai precedenti. Accanto alla più volte richiamata sentenza n. 347/1998 può ricordarsi sul punto, più di recente e in fattispecie che si avvicina, per certi aspetti, alle vicende oggetto della sentenza n. 33/2021 – la sentenza n. 272/17<sup>41</sup>. In tale decisione, la Corte si è pronunciata sulla legittimità costituzionale dell’articolo 263 c.c., nella parte in cui esso avrebbe impedito – secondo la prospettazione del giudice rimettente – di negare accoglimento all’impugnazione dell’atto di nascita per difetto di veridicità (in un caso di nascita all’estero da surrogazione di maternità, e trascrizione dell’atto di nascita mediante indicazione quali genitori della coppia – peraltro eterosessuale – che a tale pratica aveva fatto ricorso), a seguito di una valutazione della corrispondenza della conservazione dello *status* all’interesse del minore. La Corte, nel dichiarare non fondata la questione, precisa che l’articolo 263 c.c. può già interpretarsi nel senso invocato dal giudice rimettente e che, in particolare, «la regola di giudizio che il giudice è tenuto ad applicare in questi casi debba tenere conto di variabili molto più complesse della rigida alternativa vero o falso»<sup>42</sup>.

La Corte compone così in equilibrio, da un lato, il rilievo delle modalità procreative e dell’eventuale disvalore ad esse riconnesso per effetto di valutazioni normative (come nel caso della surrogazione di maternità); e, dall’altro, l’istanza di tutela dell’interesse del minore alla conservazione dello *status* legittimamente acquisito nello stato di nascita e, soprattutto, corrispondente alla sua identità relazionale, affettiva e sociale. Un approdo, quello risultante dalla sentenza n. 272/17, peraltro non privo di profili critici, specie per quel che riguarda l’idoneità del mezzo alternativo di costituzione dello *status* indicato dalla Corte (l’adozione in casi particolari) a dare al minore una tutela corrispondente a quella derivante

39 Su cui v. i commenti di G. Ferrando, *Di chi è figlio un bambino con due mamme? Commento a prima lettura di Corte costituzionale n. 230/2020*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, num. 2, pp. 417 ss.; S. Stefanelli, *Il rapporto tra nato in Italia da p.m.a. e madre intenzionale resta confinato all’adozione genitoriale*, in *Foro it.*, 2021, num. 1, parte I, pp. 44 ss.; M. Picchi, *“Figli di un dio minore”: quando lo status filiationis dipende dal luogo di nascita (Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 230/2020 della Corte costituzionale)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3 gennaio 2021 (<https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/?p=15594>) nonché, in prospettiva diversa da quella qui assunta, E. Olivito, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 2/2021, 2 marzo 2021 ([https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2021\\_2\\_02\\_Olivito.pdf](https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2021_2_02_Olivito.pdf)), su cui si tornerà più avanti.

40 Cons. dir., par. 9.1.

41 Sulla quale vedi, in diverse prospettive, S. Niccolai, *La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*, in *Giur. cost.*, 2017, pp. 2990 ss.; A. Schillaci, *Oltre la “rigida alternativa” tra vero e falso: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/2017 della Corte costituzionale*, *ivi*, 2018, pp. 385 ss. Sulla vicenda v. altresì il focus preventivo pubblicato sul fasc. 2/2017 della rivista *GenIUS* su *Verità della nascita e GPA (gravidanza per altri)*, a cura di B. Pezzini e con contributi di G. Ferrando, I. Corti, S. Stefanelli, G. Brunelli, S. Niccolai e A. Ruggeri (<http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2017/10/genius-2017-02.pdf>).

42 Cons. dir., par. 4.3. Tale affermazione è stata ripresa di recente dalla sentenza n. 133/2021, relativa al diverso profilo della legittimità costituzionale del termine di decadenza annuale dell’azione di cui al medesimo articolo 263 c.c. Su tale decisione, v. ora R. Trezza, *Status filiationis “crystallizzato” e diritto del padre alla verità biologica*, in *Famiglia*, 29 luglio 2021 (<https://www.rivistafamiglia.it/2021/07/29/status-filiationis-cristallizzato-e-diritto-del-padre-alla-verita-biologica/>).



dall'atto di nascita trascritto: come confermato proprio dalle decisioni n. 32 e 33 del 2021, infatti, la disciplina dell'adozione in casi particolari – la cui *ratio* è quella di dare copertura, in via residuale, a relazioni parentali di fatto non altrimenti riconoscibili sul piano giuridico – mal si attaglia a situazioni come quelle derivanti dalla nascita attraverso tecniche di procreazione medicalmente assistita non consentite dal nostro ordinamento (quali, appunto, la surrogazione di maternità), nelle quali la relazione parentale di fatto consegue a una vicenda procreativa del tutto peculiare, che non prescinde – quale che sia il giudizio su di essa – dalla originaria intenzione di mettere al mondo *quel* minore, stabilendo con lui o con lei una relazione ancor prima della sua nascita. Se si considerano tali profili, assumono inevitabilmente specifico rilievo – rappresentando altrettanti elementi di criticità, come messo peraltro in luce proprio dalle decisioni n. 32 e 33 – aspetti della disciplina dell'adozione in casi particolari quali il carattere limitato dei suoi effetti, la necessità del consenso del genitore già riconosciuto o ancora (ma questo è un aspetto a ben vedere non affrontato dalla Corte) la circostanza che la costituzione giuridica del legame parentale sia in questo caso affidata all'iniziativa del genitore adottante.

#### 4. Alcune ulteriori tappe del riconoscimento giuridico dell'omogenitorialità, tra Corti e processo politico

L'esame fin qui condotto ha dimostrato una significativa resistenza del paradigma eterosessuale come principale (e a tratti esclusivo) modello di riferimento nell'inquadrare le vicende giuridiche dell'omogenitorialità, specie per quel che riguarda la giurisprudenza costituzionale immediatamente antecedente alla svolta rappresentata dalle decisioni n. 32 e 33 del 2021.

Si tratta di una resistenza giuridica, indubbiamente legata alla delicatezza del tema, che non va però sbrigativamente ridotta alla proiezione di una resistenza sociale o culturale. Da un lato, è senz'altro vero che sentenze come la n. 221/2019 si appoggiano in misura decisiva su un riferimento – affrettato quanto, a ben vedere, superficiale – al grado di accettazione dell'omogenitorialità nella comunità sociale e a una presunta difficoltà, in tale ambito, di riconoscere l'esistenza e la pari dignità di famiglie omogenitoriali, con tutto ciò che ne consegue in termini di ragionevole giustificazione di scelte legislative come quelle operate nella legge n. 40/2004. D'altro canto, è egualmente vero che l'esperienza giuridica, l'elaborazione culturale e il dibattito pubblico degli ultimi anni mostrano con chiarezza assai diversa l'emersione di una istanza di riconoscimento delle famiglie omogenitoriali e il suo farsi strada nella società e nelle pieghe dell'ordinamento<sup>43</sup>.

In quest'ottica, riconoscere l'esistenza di una controversia (di una discussione, o anche di un conflitto) ed eventualmente rinviarne la gestione al processo politico sarebbe parso già allora più coerente con il concreto atteggiarsi dei percorsi di riconoscimento e di concreta costruzione dell'eguaglianza, rispetto a una attitudine di mera chiusura: in questo senso, le sentenze n. 32 e 33 del 2021 paiono confortanti, nella misura in cui correggono il tiro su una modalità di inquadramento – culturale, prima ancora che giuridico – dell'omogenitorialità che, nelle sentenze n. 221/19 e (in misura minore) 230/20 lasciava molto a desiderare e che attenta dottrina ha condivisibilmente ritenuto «francamente inaccettabile»<sup>44</sup>.

D'altra parte, la mediazione del dato socio-culturale nell'argomentazione giuridica – che pure non va sottovalutata, nella misura in cui lascia che i percorsi argomentativi si affaccino sul più ampio orizzonte dello spazio pubblico destinato a ricevere le norme e inverarne l'applicazione nella concretezza dell'esperienza – non può tradursi in una indebita compressione della pari dignità sociale, soprattutto quando ad essere in questione sono esperienze di vita numericamente minoritarie o, se si vuole, stili di vita difforni dal sentimento dominante. Anche per questo, nel momento in cui si decida di dare ingresso – nell'argomentazione giuridica – alla considerazione del dato socio-culturale, non si può fare a meno di sforzarsi, ferma restando l'autonomia di valutazione del giudice, di *squadrare la vicenda da tutti*

43 Esemplificativo, sul punto, il dibattito in sede di approvazione della legge n. 76/2016: come afferma infatti, condivisibilmente, Gilda Ferrando «proprio il tentativo di “oscurare” i bambini, di cancellarli con un colpo di spugna, ha sortito quale effetto paradossale quello di renderne manifesta la reale esistenza, e di dare voce alla loro domanda di tutela. I bambini ci sono, sono parte delle famiglie arcobaleno e chiedono di essere riconosciuti e tutelati insieme ai loro genitori» (Ead., *I bambini, le loro mamme e gli strumenti del diritto*, cit., p. 6). Sul punto si v. altresì A. Schillaci, *Le unioni civili in Senato: diritto parlamentare e lotta per il riconoscimento*, in questa *Rivista*, fasc. 2/2016, pp. 18 ss., e ivi anche S. Stefanelli, *Adozione del figlio del partner nell'unione civile*, pp. 102 ss. (<http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2017/03/genius-2016-02.pdf>).

44 Così M. Gattuso, *I bambini al centro: il cambio di prospettiva nelle tre decisioni del marzo 2021 in materia di omogenitorialità (della Consulta e delle Sezioni unite)*, in *giudicedonna.it*, fasc. 1/2021, p. 11 ([http://www.giudicedonna.it/articoli/I\\_bambini\\_al\\_centro\\_il\\_cambio\\_di\\_prospettiva\\_nelle\\_tre\\_decisioni\\_del\\_marzo\\_2021\\_in\\_materia\\_di\\_omogenitorialit%C3%A0.pdf](http://www.giudicedonna.it/articoli/I_bambini_al_centro_il_cambio_di_prospettiva_nelle_tre_decisioni_del_marzo_2021_in_materia_di_omogenitorialit%C3%A0.pdf)).

*i lati*, ad esempio considerando gli esiti delle ricerche che dimostrano l'indifferenza dell'orientamento sessuale dei genitori rispetto al benessere dei minori, e che rivelano che – semmai – ad incidere sul benessere dei figli sia il peso dello stigma sociale e della discriminazione giuridica verso le loro famiglie<sup>45</sup>.

#### 4.1 Orientamento sessuale, responsabilità e funzioni genitoriali nella giurisprudenza: il ricorso all'adozione in casi particolari

D'altro canto, proprio la giurisprudenza – di legittimità e di merito – ha da tempo escluso che l'orientamento sessuale possa assumere rilevanza in relazione alla concreta idoneità all'esercizio delle funzioni genitoriali. Si pensi, ad esempio, a Cass., sez. I civ., sent. n. 601/2013 nella quale – in fattispecie relativa ad affidamento post-divorzile alla madre convivente con la nuova partner – è stata negata dignità di contraddittorio in giudizio ad argomenti alla cui base «non sono poste certezze scientifiche o dati di esperienza, bensì il mero pregiudizio che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale»<sup>46</sup>.

A partire da quel primo arresto, l'istanza di riconoscimento giuridico dell'omogenitorialità si è fatta strada anzitutto nella giurisprudenza minorile. Va ricordato l'orientamento, avviato nel 2014, con le prime sentenze del Tribunale per i minorenni di Roma relative all'adozione del figlio del partner da parte del convivente dello stesso sesso<sup>47</sup>. Un percorso, dunque, già avviato addirittura mentre era in corso l'acceso dibattito in sede di approvazione della legge sulle unioni civili e che sarebbe stato confermato proprio nel 2016 da una sentenza della prima sezione civile della Corte di cassazione.

Per una singolare coincidenza, peraltro, la sentenza in discorso venne pronunciata il 26 maggio 2016 (e depositata il successivo 22 giugno con il n. 12192), dunque nel periodo di *vacatio* della stessa legge n. 76/16 (promulgata il 20 maggio, pubblicata il 21 maggio ed entrata in vigore il 5 giugno). In altri termini, a margine di un dibattito politico molto conflittuale, che aveva condotto allo stralcio della stessa possibilità di ricorso all'adozione coparentale nelle coppie unite civilmente, l'ordinamento diede un segnale diametralmente opposto: di tale eventualità, peraltro, si era mostrato consapevole lo stesso legislatore che, nello stralciare la previsione che avrebbe esplicitamente novellato l'art. 44, lett. b) della legge n. 184/1983 – espressamente includendo le parti dell'unione civile tra i soggetti legittimati a chiedere l'adozione in casi particolari ivi contemplata (e cioè l'adozione del figlio del coniuge) – ebbe cura di inserire, nell'ultimo periodo dell'art. 1, comma 20 della legge n. 76/2016, una specifica clausola di salvaguardia a mente della quale «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti». Una disposizione che, come riconosciuto nell'immediato<sup>48</sup> e come ribadito dalla successiva giurisprudenza in materia<sup>49</sup>, non poteva avere altro obiettivo che quello di non ostacolare l'evoluzione dell'orientamento interpretativo in parola.

La sentenza n. 12192/2016, come accennato, conferma la possibilità di disporre l'adozione del figlio del partner da parte del convivente dello stesso sesso, ai sensi dell'articolo 44, lett. d), della legge n. 184/1983<sup>50</sup>.

45 Sul punto, v. per tutti e da ultimo N. Carone, *Le famiglie omogenitoriali. Teorie, cliniche e ricerca*, Milano, Raffaello Cortina, 2021.

46 Cfr. il par. 3 della motivazione in diritto.

47 A partire da Tribunale per i minorenni di Roma, sentenza del 30 luglio 2014 (Pres. Est. Cavallo), in *Articolo29.it* con commento di M. Gattuso, *Tribunale per i minorenni di Roma: si all'adozione del figlio del partner ed al doppio cognome, l'omogenitorialità è "sana e meritevole d'essere riconosciuta"*, 29 agosto 2014 (<http://www.articolo29.it/2014/tribunale-per-i-minorenni-roma-riconosce-giuridicamente-mamme-ed-assegna-cognome-lomogenitorialita-sana-meritevole-dessere-riconosciuta/>).

48 Si v., oltre ad A. Schillaci, *Un buco nel cuore. L'adozione coparentale dopo il voto del Senato*, in *Articolo29.it*, 26 febbraio 2016 (<http://www.articolo29.it/2016/un-buco-nel-cuore-ladozione-coparentale-dopo-il-voto-del-senato/>) e M. Gattuso – M. Winkler – G. Buffone, *Unione civile e convivenza*, cit., pp. 304 ss., anche V. Barba, *Unione civile e adozione*, in *Famiglia e diritto*, fasc. n. 4/2017, pp. 381 ss.

49 Si pensi ad esempio, tra le molte, alle due sentenze rese da Tribunale per i minorenni di Bologna il 6 luglio 2017, nelle quali si riconosce che la funzione dell'ultimo periodo del comma 20 «è quella di chiarire all'interprete che la mancata previsione legislativa dell'accesso all'adozione coparentale non deve essere letta come un segnale di arresto o di contrarietà rispetto all'orientamento consolidatosi negli ultimi anni in giurisprudenza in favore dell'adozione coparentale ai sensi della lettera d)». Entrambe le sentenze sono pubblicate su *Articolo29.it*, con nota di A. Schillaci, *La vita non si ferma: l'unione civile, la famiglia, i diritti dei bambini* (<http://www.articolo29.it/2017/la-vita-non-si-ferma-lunione-civile-la-famiglia-i-diritti-dei-bambini/>).

50 Dal punto di vista giuridico, il presupposto per l'applicabilità dell'articolo 44, lett. d) anche in casi come questi risiede nella interpretazione dell'espressione «constatata impossibilità di affidamento preadottivo»: la Cassazione conferma, in particolare, che detta impossibilità vada intesa anche in termini giuridici, e non solamente fattuali, così correttamente svincolando l'istituto dell'adozione in casi particolari dall'esistenza di una situazione di abbandono o semiabbandono.

Ai nostri fini, la decisione si segnala in particolare per due profili. Da un lato, viene ribadita l'irrelevanza dell'orientamento sessuale dell'adottante ai fini della valutazione, in astratto e in concreto, della corrispondenza dell'adozione all'interesse del minore: come afferma la decisione, richiamando proprio la sentenza n. 601/2013, l'esame dei requisiti e delle condizioni imposte dalla legge «non può essere svolto – neanche indirettamente – dando rilievo all'orientamento sessuale del richiedente e alla conseguente natura della relazione da questo stabilita con il proprio partner»<sup>51</sup>. D'altro canto, assume peculiare rilevanza, nell'*iter decidendi* della Corte, la concreta esperienza di vita del minore e, in particolare, il consolidato rapporto affettivo con l'adottante: tale rapporto – precisa la Corte richiamando, in particolare, la sentenza *Moretti e Benedetti c. Italia* della Corte europea dei diritti dell'uomo (27 aprile 2010, ric. n. 16318/2017) – «deve essere conservato anche a prescindere dalla corrispondenza con rapporti giuridicamente riconosciuti, salvo che vi sia un accertamento di fatto contrario a questa soluzione»<sup>52</sup>.

La prospettiva antidiscriminatoria viene così ancorata nella concretezza delle vicende dedotte in giudizio, lasciando emergere una forte istanza di riconoscimento, che si traduce nel perseguimento della corrispondenza tra identità sociale, relazionale e affettiva (dunque personale e familiare) e identità *giuridica* del minore.

#### 4.2 Segue: la continuità dello status del minore nato all'estero

Le stesse istanze sono alla base della successiva giurisprudenza che, in fattispecie diverse, si è occupata di omogenitorialità, anzitutto con riguardo alla tutela della continuità dello *status* del minore nato all'estero, e lì riconosciuto come figlio o figlia di due madri o due padri. Tale diversa vicenda – che ha avuto alterne fortune, registrandosi in particolare una progressiva divaricazione fra trattamento giuridico dell'omogenitorialità maschile e di quella femminile (in parte ripetuta anche dalle sentenze n. 32 e 33) – iscrive l'interesse del minore nella cornice dei principi che presiedono alla circolazione degli istituti giuridici, in ottica internazionalprivatistica<sup>53</sup>. In particolare, è attraverso la valutazione di non contrarietà all'ordine pubblico (cd. internazionale) che fanno ingresso – nella giurisprudenza e dunque nel nostro ordinamento – diverse possibilità di sistemazione delle questioni connesse al riconoscimento dell'omogenitorialità<sup>54</sup>.

Per quel che riguarda il riconoscimento dell'omogenitorialità *femminile* nel caso di minore nato all'estero, il quadro appare ormai consolidato. A partire almeno dalla nota sentenza n. 19599/2016<sup>55</sup> la

51 Cfr. punto 4.2.2 della motivazione in diritto.

52 *Ibidem*.

53 Su questa giurisprudenza v., *ex multis*, il focus pubblicato sul fasc. 1/2020 della rivista *GenIUS* su *Il riconoscimento degli status acquisiti all'estero e le nuove frontiere della genitorialità* (<http://www.geniusreview.eu/2021/genius-2020-1/>), nonché quello pubblicato sul fasc. 1/2016 della medesima *Rivista* su *Trascrizioni e riconoscimento degli status familiari* ([geniusreview.eu/2016/genius-2016-1/](http://www.geniusreview.eu/2016/genius-2016-1/)). Ivi v. anche I. Rivera, *La trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero tra tutela dell'ordine pubblico internazionale e superiore interesse del minore*, fasc. 1/2017, pp. 70 ss. Si v. altresì E. Messineo, *Principio di continuità dello status e divieto di maternità surrogata*, in *Dir. fam. pers.*, 2020, pp. 1473 ss. e, nella dottrina internazionalprivatistica, C. Campiglio, *La genitorialità nelle coppie "same-sex": un banco di prova per il diritto internazionale privato e l'ordinamento di stato civile*, in *Famiglia e diritto*, 2018, pp. 924 ss. e G. Rossolillo, *Riconoscimento di "status" familiari e adozioni sconosciute all'ordinamento italiano*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016,, pp. 335 ss.; nella dottrina costituzionalistica A. Gusmai, *Madre e padre (in)certi: brevi riflessioni sulla "omogenitorialità" a partire da alcune recenti decisioni della giurisprudenza comune in tema di trascrivibilità dell'atto di nascita*, in *Federalismi.it*, 29 novembre 2017 nonché, in generale A. Lorenzetti, *La recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità tra mutamenti di paradigmi e nuove prospettive di politica legislativa*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2018 ([https://www.costituzionalismo.it/costituzionalismo/download/Costituzionalismo\\_201802\\_676.pdf](https://www.costituzionalismo.it/costituzionalismo/download/Costituzionalismo_201802_676.pdf)) e F. Angelini, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità: la Legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, ES, 2020.

54 Non viene in questa sede trattata la vicenda relativa alla trascrizione delle adozioni pronunciate all'estero in coppia omosessuale. Essa ha ormai ricevuto sistemazione – in senso favorevole alla tutela della continuità dello *status* – nella giurisprudenza. Il corposo orientamento favorevole maturato nelle Corti minorili (a partire da Corte d'appello di Napoli, 30 marzo 2016; ma si pensi anche a Tribunale per i minorenni di Firenze, decreti del 7 marzo 2017, tutte in *Articolo29.it*, con commento alle decisioni fiorentine di A. Schillaci, *"Una vera e propria famiglia": da Firenze un nuovo passo avanti per il riconoscimento dell'omogenitorialità*, 13 marzo 2017, <http://www.articolo29.it/2017/una-vera-e-propria-famiglia-da-firenze-un-nuovo-passo-avanti-per-il-riconoscimento-dellomogenitorialita/>) è stato autorevolmente consolidato dalla recentissima Corte di cassazione, Sezioni unite, sentenza del 31 marzo 2021, n. 9006, anch'essa in *Articolo29.it* con nota S. Celentano, *Le Sezioni Unite: sì alla trascrizione della adozione da parte di due papà*, 31 marzo 2021 (<http://www.articolo29.it/2021/le-sezioni-unite-si-alla-trascrizione-della-adozione-parte-due-papa/>), su cui v. anche M. Gattuso, *I bambini al centro...*, cit.

55 In *Articolo29.it*, con commento di A. Schillaci, *Le vie dell'amore sono infinite. La Corte di cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso*, 3 ottobre 2016 ([articolo29.it/2016/le-vie-dellamore-sono-infinite-la-corte-di](http://www.articolo29.it/2016/le-vie-dellamore-sono-infinite-la-corte-di)

prima sezione civile della Corte di cassazione ha chiarito che gli atti di nascita formati all'estero e recanti l'indicazione di due madri non sono contrari all'ordine pubblico e, pertanto, devono essere trascritti, nel superiore interesse del minore alla continuità dello *status*, sia quando il minore presenti un doppio legame biologico e genetico con entrambe le madri (nel caso in cui, ad esempio, il minore sia stato partorito da una delle madri, ma l'ovulo fecondato e successivamente impiantato sia quello dell'altra partner), sia quando il minore sia nato a seguito del ricorso a una tecnica di inseminazione eterologa<sup>56</sup>.

Le decisioni richiamate sono importanti perché – confermando l'irrilevanza dell'orientamento sessuale dei genitori in sede di valutazione dell'interesse del minore alla conservazione dello *status* legittimamente acquisito nel paese di nascita – forniscono coordinate decisive per l'inquadramento giuridico dell'omogenitorialità nel nostro ordinamento. A partire infatti da una declinazione non difensiva dell'ordine pubblico internazionale, bensì aperta all'istanza di relazione tra ordinamenti giuridici e alla circolazione della superiore istanza di tutela dei diritti fondamentali, la Corte di cassazione chiarisce anzitutto i contorni del giudizio di non contrarietà all'ordine pubblico, affermando che esso non si può né deve tradurre in un giudizio di conformità (o, meglio ancora, di corrispondenza tra l'istituto straniero di cui si invoca la produzione di effetti in Italia e un istituto esistente nel nostro ordinamento: come afferma la Corte, l'operatore interno non è chiamato a verificare «se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto ad una o più norme interne»<sup>57</sup>). Tutto al contrario, l'ufficiale di stato civile chiamato a trascrivere l'atto di nascita e – se del caso – il giudice investito della controversia deve verificare soltanto se l'atto o il provvedimento straniero costitutivo dello *status* non violi l'ordine pubblico internazionale, e cioè che non «contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo», con precipuo riferimento alla «tutela dell'interesse superiore del minore, anche sotto il profilo della sua identità personale e sociale»<sup>58</sup>.

Di conseguenza, l'atto di nascita recante l'indicazione di due madri deve essere trascritto, poiché in tal modo si realizza la miglior tutela dell'interesse del minore: in questo caso, in particolare, il diritto alla conservazione dello *status* acquisito all'estero incide su un fascio rilevante di diritti fondamentali del minore, che vanno dal diritto alla vita privata e all'identità, non solo fisica, ma anche personale e sociale, al diritto di mantenere relazioni con entrambi i genitori fino al diritto di acquisire la cittadinanza italiana, precluso in caso di mancata trascrizione.

A tutto ciò non osta la contrarietà al diritto italiano della tecnica di p.m.a. cui le due madri hanno fatto ricorso all'estero<sup>59</sup>; il fatto che il ricorso a tale pratica sia vietato in Italia alle coppie dello stesso sesso – prosegue la Corte, significativamente anticipando gli orientamenti della giurisprudenza successiva, fino almeno alle “chiusure” del biennio 2019/2020 – «non esprime un valore costituzionale superiore ed inderogabile, idoneo ad assurgere a principio di ordine pubblico»<sup>60</sup>.

Ma soprattutto, conclude la Corte, alla trascrizione non osta l'identità di sesso dei genitori, in uno con il loro orientamento sessuale. A tale riguardo, tra le pieghe del giudizio di non contrarietà all'ordine pubblico, è possibile individuare un vero e proprio inquadramento sistematico dell'omogenitorialità nel nostro ordinamento, che avrebbe poi assunto rilevanza decisiva nei successivi sviluppi della giurisprudenza: non a caso, la sentenza n. 19599/2016 viene richiamata dalla Corte costituzionale anche nelle decisioni in cui maggiore è la chiusura verso l'istanza di riconoscimento dell'omogenitorialità, come ad esempio la n. 221/19 o la 230/2020 a ribadire però che, se pure non è desumibile un divieto costituzio-

---

cassazione-e-la-trascrizione-dellatto-di-nascita-straniero-con-due-genitori-dello-stesso-sesso/).

56 Si tratta del caso deciso dalla prima sezione civile della Corte di cassazione con la sentenza n. 14878/2017, in *Articolo 29.it*, con commento di S. Stefanelli, *Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri, in difetto di legame genetico con colei che non ha partorito*, 10 luglio 2017 (<http://www.articolo29.it/2017/riconoscimento-dellatto-di-nascita-da-due-madri-in-difetto-di-legame-genetico-con-colei-che-non-ha-partorito-nota-a-cass-civ-sez-i-15-giugno-2017-n-14878/>). Tale orientamento è stato da ultimo confermato da Cass., sez. I civ, sentenza 23 agosto 2021, n. 23319.

57 Cfr. par. 7 della motivazione in diritto.

58 *Ibidem*.

59 Giacché, afferma la Corte al par. 8.3: «non si può ricorrere alla nozione di ordine pubblico» afferma la Corte, «per giustificare discriminazioni nei confronti [del minore] a causa della scelta di coloro che lo hanno messo al mondo mediante una pratica di procreazione assistita non consentita in Italia [...] Vi sarebbe altrimenti una violazione del principio di uguaglianza, intesa come pari dignità sociale di tutti i cittadini e come divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali».

60 Cfr. par. 10.2 della motivazione in diritto.



nale di riconoscimento dell'omogenitorialità, l'an e il *quomodo* di tale riconoscimento rientra nell'ambito della discrezionalità del legislatore.

La sentenza n. 19599/2016 rappresenta dunque uno snodo centrale nel percorso di riconoscimento dell'omogenitorialità del nostro ordinamento, soprattutto perché contribuisce a individuare e approfondire le distinte "tangenti" – ovvero le coordinate – giuridiche entro cui inscrivere il trattamento dell'omogenitorialità in Italia. La decisione, al par. 12.1, ne individua almeno quattro: a) l'inerenza della scelta di diventare genitori e formare una famiglia alla fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, come affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 162/14; b) l'indifferenza della cornice giuridica del rapporto tra i genitori – dunque, del matrimonio – rispetto alle vicende relative allo *status* di figlio (C. Cost., n. 166/98), da cui consegue che «l'elemento di discriminazione rappresentato dalla diversità di sesso tra i genitori – che è tipico dell'istituto matrimoniale – non può giustificare una condizione deteriore per i figli né incidere negativamente sul loro status»; c) il principio secondo cui l'orientamento sessuale di una persona non incide sulla sua idoneità ad assumere la responsabilità genitoriale e, di conseguenza, «l'asserita dannosità» dell'inserimento del figlio «in una famiglia formata da una coppia omosessuale [...] va dimostrata in concreto e non può essere fondata sul mero pregiudizio»; d) la circostanza che, a partire da Cass., sez. I civ., n. 12962/16, è consentito il ricorso all'adozione in casi particolari, in coppie omosessuali, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d), della legge n. 184/1983: ciò conferma «che le coppie omosessuali ben possano adeguatamente accogliere figli e accudirli».

Anche in questo caso, come si vede, la discriminazione nell'accesso alla genitorialità in ragione dell'orientamento sessuale rappresenta solo uno dei profili rilevanti, accompagnandosi – da un lato – all'impatto delle più generali dinamiche di sviluppo del diritto di famiglia in Italia (con riferimento, in particolare, all'affermazione dell'unicità dello status di figlio e dunque, semmai, alla non discriminazione *tra minori* in ragione del tipo di famiglia in cui siano venuti al mondo) ma anche, dall'altro, a un (almeno) duplice rovesciamento di prospettiva. In primo luogo, infatti, sia questa tipologia di decisioni che quelle in materia di adozione in casi particolari si pongono – con estrema chiarezza – in prospettiva paidocentrica; in secondo luogo, e proprio per questo, viene progressivamente abbandonato un approccio di tipo dogmatico alla disciplina delle relazioni familiari, virando i percorsi argomentativi nella direzione di una sempre più decisa comprensione della famiglia come «come comunità di affetti, incentrata sui rapporti concreti che si instaurano tra i suoi componenti: al diritto spetta di tutelare proprio tali rapporti, ricercando un equilibrio che permetta di contemperare gli interessi eventualmente in conflitto, avendo sempre come riferimento, ove ricorra, il prevalente interesse dei minori»<sup>61</sup>.

Dalla centralità della prospettiva antidiscriminatoria si passa, così al riconoscimento di specifica (e pari) dignità (sociale) a una comunità di affetti, e dunque alla considerazione dei legami di fatto e del loro valore anche ai fini del loro consolidamento mediante forme di riconoscimento giuridico.

### 4.3 Lo specifico rilievo delle modalità della nascita nel caso dell'omogenitorialità maschile

A queste coordinate deve, tuttavia, essere aggiunta quella, ulteriore, legata alle modalità con cui i figli e le figlie di coppie omogenitoriali vengono al mondo. E ciò, non solo e non tanto per il rilievo specifico che assumono – in tale ambito – il profilo della volontaria assunzione di responsabilità genitoriale e, dunque, il principio di responsabilità procreativa in uno con l'intenzionalità e con la costruzione di un progetto familiare, anche nel loro intrecciarsi con la sussistenza del legame biologico, secondo quanto più ampiamente si è già visto. Ma anche perché le modalità della procreazione incidono sul diverso trattamento giuridico dell'omogenitorialità maschile e di quella femminile.

I principi affermati nella giurisprudenza appena richiamata – in particolare, il principio dell'irrelevanza della liceità delle tecniche procreative ai fini della costituzione dello *status filiationis* – hanno avuto infatti una ben più travagliata vicenda applicativa con riguardo al riconoscimento dell'omogenitorialità *maschile* instaurata all'estero a seguito del ricorso a surrogazione di maternità o gestazione per altri<sup>62</sup>.

61 Corte di cassazione, sezione I civile, sentenza n. 19599/2016, par. 12.1 della motivazione in diritto.

62 Non è questa la sede per riprendere una riflessione approfondita sulla surrogazione di maternità. Per una panoramica del dibattito assai vivace sul tema e delle diverse prospettive di riflessione e ricostruzione che lo percorrono si vedano, esemplificativamente e oltre ai già richiamati lavori di Angelini e Di Martino, E. Olivito – S. Niccolai (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità: i nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017 e B. Pezzini – M. Caielli – A. Schillaci (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, CIRSEDE, 2019 ([https://www.cirsde.unito.it/sites/c555/files/allegatiparagrafo/20-02-2019/e-book\\_riproduzione\\_e\\_relazioni\\_isbn\\_9788875901288.pdf](https://www.cirsde.unito.it/sites/c555/files/allegatiparagrafo/20-02-2019/e-book_riproduzione_e_relazioni_isbn_9788875901288.pdf)). La controversia sul punto investe, come noto, snodi delicati sia sul piano teorico che su quello metodologico, a partire dalle diverse declinazioni della dignità e del suo intreccio con la libertà (su cui v., di recente, A. Facchi - O. Giolo, *Libera scelta e libera condizione. Un punto di vista femminista su libertà e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2020) fino ad arrivare alla questione – assai rilevante e che non può essere ignorata – della mediazione delle dinamiche del mercato nell'ac-

In tal caso, nonostante un orientamento favorevole della giurisprudenza di merito<sup>63</sup>, si è registrato nel 2019 l'intervento delle Sezioni Unite della Corte di cassazione che, con la sentenza n. 12193, hanno ritenuto che il ricorso alla GPA, all'estero, non consenta all'atto di nascita così formato di superare il vaglio di non contrarietà all'ordine pubblico. Centrale, nell'iter argomentativo delle Sezioni Unite, una declinazione del concetto di ordine pubblico parzialmente diversa da quella di cui alla sentenza n. 19599/2016 e che risente, per un verso, della configurazione del concetto fornita da Cass., SS. UU., sent. n. 16601/2017<sup>64</sup> (relativa, tuttavia, a questione attinente alla responsabilità civile) e, per altro verso, della recisa qualificazione della GPA, nella sentenza n. 272/17, nei termini di pratica che «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»<sup>65</sup>. Sul primo profilo, si osservi che nella decisione delle Sezioni Unite del 2017 i confini del concetto di ordine pubblico internazionale si allargano fino a ricomprendere non solo «il portato della Costituzione» ma anche «di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale»<sup>66</sup>. Non ci si limita, cioè, a valutare la non contrarietà dell'atto straniero rispetto a principi desumibili dalla Costituzione e dal diritto internazionale in materia di diritti umani, ma si considera anche il modo in cui quei principi sono stati attuati dalla legislazione interna: di qui il rilievo centrale attribuito dalla sentenza n. 12193/2019 al divieto penale di surrogazione di maternità, con conseguente impossibilità di trascrivere l'atto di nascita così formato.

Sul punto si tornerà più diffusamente in sede di analisi della sentenza n. 33/2021: valga rilevare, fin d'ora, che tale diversa declinazione dell'ordine pubblico presenta alcuni profili problematici. In particolare, l'inclusione della legislazione interna tra i parametri alla luce dei quali configurare il concetto di ordine pubblico rilevante ai fini della circolazione di istituti stranieri – se da un lato, come è stato osservato in dottrina, limita la discrezionalità interpretativa del giudice<sup>67</sup> – rischia di subordinare l'istanza di relazione tra ordinamenti giuridici – e le situazioni sostanziali di volta in volta evocate dalla fattispecie internazionale-privatistica (e dunque, nel nostro caso, la posizione del minore) – ai mutevoli orientamenti del livello primario di normazione, a loro volta sensibili al diverso atteggiarsi del processo

---

cesso alle tecnologie riproduttive: su quest'ultimo profilo, si rinvia a V. Calderai, *Breaking out of the regulatory delusion. The ban to surrogacy and the foundations of European constitutionalism*, in *Global Jurist*, 2020, pp. 1 ss. Sempre di recente, e in diverse prospettive si v. G. Viggiani, *Alcune questioni preliminari in materia di gestazione per altri*, in *Ragion pratica*, fasc. 1/2021, pp. 141 ss., A. Apostoli, *La gestazione per altri e il giudice delle leggi*, ivi, pp. 193 ss., S. Pozzolo, *Locatio ventris. Il corpo come mezzo e come fine*, ivi, pp. 161 ss., E. Grasso – E. Mostacci, *Aborto e maternità surrogata: il diritto di fronte al divorzio tra sessualità e riproduzione*, in *Politica del diritto*, fasc. 2/2021, pp. 149 ss. e L. Guizzardi, *Famiglie nate dalla surrogacy e vulnerabilità: alcuni percorsi di analisi*, ivi, pp. 193 ss., nonché V. Scalisi, *Maternità surrogata: come «far cose con regole»*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, pp. 1097 ss. Rileva anche in questo caso l'alternativa metodologica, seguita lungo tutto questo scritto, tra approcci dogmatizzanti e approcci sensibili alla concretezza delle situazioni che tuttavia, in questo caso, non può assumere i tratti di una rigida polarizzazione, stante la delicatezza dei principi e valori in gioco e l'elevata complessità e pluralità delle esperienze di gestazione per altri e di modelli regolatori nei diversi ordinamenti: sullo sfondo resta la domanda sulle possibilità del diritto che, anche in relazione a vicende come questa, si pongono al crocevia tra indifferenza, ostilità e assunzione di responsabilità regolatoria. Chi scrive resta convinto – e non può che rinviare, sul punto, ai propri precedenti scritti in materia – che tale ultima ipotesi sia quella che, ancora, pone le sfide più affascinanti: e ciò, sia per quel che riguarda le diverse declinazioni del principio dignità (in senso oggettivo e soggettivo) e sia per quel che riguarda la concreta capacità della regolazione giuridica di intervenire a organizzare la libertà e ad arginare quelle situazioni di subordinazione che pure incidono sulle concrete condizioni di esercizio della libertà medesima, anche (ma non solo) in relazione al ruolo del mercato.

63 Accanto alle recentissime Corte d'appello di Bari, decreto del 9 ottobre 2020 e Corte d'appello di Firenze, decreto del 28 gennaio 2020 (su cui si tornerà), si pensi – tra le più note – Corte d'appello di Trento, decreto del 23 febbraio 2017 (in *Articolo29.it*, con commento di A. Schillaci, *Due padri, i loro figli: la Corte d'Appello di Trento riconosce, per la prima volta, il legame tra i figli e il padre non genetico*, 28 febbraio 2017, <http://www.articolo29.it/2017/due-padri-i-loro-figli-la-corte-dappello-di-trento-riconosce-per-la-prima-volta-il-legame-tra-i-figli-e-il-padre-non-genetico/>), Corte d'appello di Venezia, ordinanza del 28 giugno 2018 (in *Articolo29.it* con commento di A. Schillaci, *Due padri: da Venezia un'altra importante conferma*, 19 luglio 2018, <http://www.articolo29.it/2018/due-padri-veneziana-unaltra-importante-conferma/#more-12588>), nonché le altre che possono essere consultate all'indirizzo: <http://www.articolo29.it/trascrizione-atto-nascitamerito/>.

64 Si tratta della decisione che si è occupata dello scrutinio di non contrarietà all'ordine pubblico dell'istituto – di origine nordamericana – dei cd. danni punitivi. Sul punto v. F. Carocchia, *Dell'ordine pubblico e dei danni punitivi. Una rosa è una rosa?* in *La nuova giur. civ. comm.*, 2019, pp. 941 ss.; in generale cfr. anche Ead., *Ordine pubblico: la gestione dei conflitti culturali nel diritto privato*, Napoli, Jovene, 2018, nonché, in prospettiva costituzionale A. Longo, *Ordine pubblico internazionale e lotta per la Costituzione. Spunti problematici alla luce di alcuni recenti approdi giurisprudenziali*, in *Diritto e società*, 2017, pp. 419 ss.

65 Corte costituzionale, sentenza n. 272/17, cons. dir., par. 4.2.

66 Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza n. 16601/2017, par. 6 della motivazione in diritto.

67 Cenni in M. Luciani, *L'errore di diritto e l'interpretazione della norma giuridica*, in *Questione giustizia*, fasc. 3/2019, pp. 16 ss., 30 ss.

politico. Tra principi internazionalistici, Costituzione e livello legislativo primario non c'è, infatti, solo una differenza di rango o grado formale; ma quella differenza nasconde, tutto al contrario, ben precise dinamiche di gestione del conflitto e del potere, nonché istanze di garanzia rispetto agli orientamenti maggioritari maturati nel processo politico. Ad essere evocato, in linea generale, è dunque lo stesso rapporto tra costituzionalismo e democrazia, come mediato dal rapporto tra Corti e processo politico. In questa prospettiva, vincolare il perimetro del concetto di ordine pubblico agli orientamenti della legislazione primaria rischia non solo di sovrarappresentare il punto di vista identitario rispetto all'istanza di apertura nella gestione della relazione tra ordinamenti giuridici; d'altro canto, rischia allo stesso tempo, nel caso di specie, di irrigidire (o addirittura pregiudicare) le tutele che derivano alle persone da uno *status* legittimamente acquisito nel paese di nascita.

In conseguenza della più recente giurisprudenza si registra in ogni caso, nel nostro ordinamento, una situazione claudicante. Nel caso di omogenitorialità femminile, infatti, non solo esiste una giurisprudenza che consente la trascrizione dell'atto di nascita estero recante l'indicazione di due madri ma si è registrata altresì – come già visto – una giurisprudenza (di merito) che, tra il 2018 e il 2020, ha ritenuto di poter applicare alle coppie di donne il principio di responsabilità procreativa desumibile dagli articoli 8 e 9 della legge n. 40/2004. L'evidenza del ricorso alla GPA, tutto al contrario, preclude il ricorso ai ridetti principi e rende percorribile, per le coppie di padri (ma, a ben vedere, anche alle coppie eterosessuali che ricorrano alla GPA *dandone evidenza*), unicamente la soluzione dell'adozione in casi particolari: tanto si desume, per un verso, dalla già richiamata decisione n. 272/17 della Corte costituzionale e, per l'altro, dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite.

## 5. Gli approdi più recenti della giurisprudenza costituzionale: le sentenze n. 32 e 33 del 2021

In questo percorso si inseriscono, infine, le sentenze n. 32 e 33 del 2021<sup>68</sup>, che riguardano proprio la questione della costituzione dello *status* di figlio del nato (solitamente in Italia) a seguito di procreazione medicalmente assistita eterologa in coppia di donne e del nato (all'estero) a seguito di ricorso da parte di una coppia di uomini alla surrogazione di maternità, come noto vietata dall'articolo 12, comma 6 della legge n. 40/2004.

Nel caso oggetto della sentenza n. 32, in particolare, il giudice remittente si trovava ad affrontare la situazione di una minore alla quale, a seguito della separazione della coppia, era stato precluso dalla madre legalmente riconosciuta il rapporto con la madre "di intenzione"; inoltre, proprio in considerazione della situazione di crisi della coppia, la madre legalmente riconosciuta negava il consenso all'adozione in casi particolari della minore da parte della ex-compagna, così rendendo impossibile il ricorso all'unico strumento che, allo stato, consente di dare riconoscimento giuridico al legame di fatto instauratosi tra un minore e il compagno o la compagna dello stesso sesso del genitore legale. Per questo, il Tribunale di Padova aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'articolo 8 della legge n. 40/2004 nella parte in cui non consente – per come interpretato dalla giurisprudenza di legittimità (e in particolare da Cass., sez. I civ., sentt. nn. 8029 e 7668 del 2020) – di costituire lo *status filiationis* della minore nei confronti della compagna della madre legale, che abbia prestato consenso alla procreazione medicalmente assistita effettuata all'estero seppure in violazione dell'art. 5 della legge n. 40/2004 che, come noto, prescrive l'eterosessualità della coppia che, in Italia, può accedere alla p.m.a.

Nel caso oggetto della sentenza n. 33, invece, la prima sezione civile della Corte di cassazione era chiamata a pronunciarsi sulla trascrivibilità in Italia di un atto di nascita formato all'estero e recante l'indicazione di due padri, in relazione a un minore nato a seguito del ricorso a surrogazione di maternità, come consentito dalla legge del luogo di nascita. La sezione, in particolare, dubita della legittimità costituzionale dell'interpretazione consolidata nel diritto vivente (con riferimento alla richiamata pronuncia delle SS. UU. n. 12193/2019), alla luce della quale l'atto così formato deve ritenersi sempre

68 Su queste due sentenze v. – oltre ai lavori di Ferrando, Gattuso e Pezzini già più volte richiamati – anche M. Acierio, *La Corte costituzionale "minaccia" un cambio di passo sull'omogenitorialità?*, in *Questione giustizia*, 7 aprile 2021 (<https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-corte-costituzionale-minaccia-un-cambio-di-passo-sull-omogenitorialita>), S. Agosta, *Tra diritti e poteri: la surrogazione di maternità all'estero riletta alla luce degli insegnamenti di Alessandro Pizzorusso*, in *Federalismi.it*, 14 luglio 2021, M. Dogliotti, *Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via di inammissibilità è l'unica percorribile?*, in *Famiglia e diritto*, 2021, pp. 688 ss., A. Ruggeri, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore*, in *Consulta online*, 11 marzo 2021 (<https://www.giurcost.org/studi/ruggeri119.pdf>), R. Trezza, *Genitorialità intenzionale e filiazione*, in *Famiglia*, 11 maggio 2021 (<https://www.rivistafamiglia.it/2021/05/11/genitorialita-intenzionale-e-filiazione/>).



contrario all'ordine pubblico, in considerazione del fatto che la surrogazione di maternità è oggetto, in Italia, di un divieto assistito da sanzione penale. Tale automatismo è ritenuto contrastante con la tutela del preminente interesse del minore alla conservazione dello *status* legittimamente acquisito nello stato di nascita, anche alla luce dei più recenti orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>69</sup> che, in casi consimili, ha affermato la necessità di assicurare il riconoscimento giuridico del legame con entrambi i genitori di intenzione attraverso procedure rapide, efficaci e non discriminatorie (per il minore) sul piano degli effetti dello *status* riconosciuto.

### 5.1 Un «cambio di sguardo»<sup>70</sup>

Le questioni oggetto delle decisioni – e le decisioni stesse – si pongono decisamente in prospettiva paidocentrica, piuttosto che adultocentrica. Esse riguardano cioè la tutela del preminente interesse del minore, e non la posizione del genitore intenzionale di veder riconosciuto il proprio *status* nei confronti del figlio o, ancora, il diritto di accedere a tecniche di procreazione assistita a oggi non consentite.

Questo rovesciamento di prospettiva ha assunto, nelle due sentenze, un'importanza non secondaria, consentendo alla Corte di correggere almeno parzialmente il tiro – rispetto ai precedenti richiamati – nella direzione di un più intenso riconoscimento dell'istanza di tutela delle bambine e dei bambini con due genitori dello stesso sesso. Accanto a tale fattore, la presa di posizione della Corte risente anche dell'emersione sempre più frequente e decisa di tali istanze nella giurisprudenza – chiaro segnale dell'urgenza del problema – come reso evidente dalle molte citazioni contenute nelle decisioni relative anche, in modo inedito, a giurisprudenza di merito (oltre che, come più di frequente accade, di legittimità)<sup>71</sup>.

La Corte dichiara entrambe le questioni inammissibili sussistendo, nella materia, un rilevante margine di discrezionalità del legislatore: tuttavia, e qui sta il cambio di passo rispetto al passato, le due decisioni rilevano e denunciano l'esistenza di un vuoto di tutela e, dunque, di un *vulnus* assai rilevante all'interesse del minore, sotto il profilo del necessario allineamento tra la sua identità personale, affettiva e sociale e la sua identità giuridica e, conseguentemente, dell'esigenza di dare riconoscimento giuridico al legame instauratosi con entrambi i genitori.

Da ciò consegue – con diversità di accenti nelle due decisioni, ma con eguale nettezza – la formulazione di un forte monito al legislatore, affinché provveda nella materia, nei tempi rapidi richiesti dall'urgenza dell'istanza di tutela e dalla sua attinenza a sfere assai delicate della dignità personale.

Entrambe le decisioni, peraltro, si confrontano con le “tangenti giuridiche” dell'omogenitorialità più sopra richiamate collocandosi tuttavia, con fermezza, nella prospettiva del minore e della sua tutela.

Così, ad esempio, la sentenza n. 32/2021 richiama, ai parr. 2.4.1.1 e 2.4.1.2, il percorso di evoluzione dei criteri di costituzione dello *status* di figlio – anche in relazione all'impatto delle tecniche di p.m.a. – mettendo in luce, per un verso, il progressivo emergere del «rilievo giuridico alla genitorialità sociale,

69 E in particolare del parere preventivo reso il 10 aprile 2019 dalla Corte Edu (domanda n. P16-2018-001), su richiesta della Corte di cassazione francese, alla luce del quale la prima sezione civile della Corte di cassazione ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, ritenendo che in virtù del medesimo potesse aprirsi a un superamento della posizione espressa dalle Sezioni Unite. Come noto, con tale parere, la Corte Edu – pur ribadendo che rientra nel margine di apprezzamento degli stati membri la scelta relativa allo strumento con cui assicurare il riconoscimento dello *status filiationis* al nato da GPA – ha, per un verso, affermato che grava sugli stati medesimi l'obbligo positivo di dare riconoscimento a tale *status* anche nei confronti del genitore cd. di intenzione (con ciò superando almeno in parte l'orientamento assunto in precedenza nella decisione *Mennesson e Labassee c. Francia* del 26 giugno 2014, ric. n. 65941 e 65942/11); e, per altro verso, ha chiarito che gli strumenti di riconoscimento alternativi alla trascrizione dell'atto di nascita estero o alla registrazione anagrafica devono essere idonei ad assicurare una tutela equivalente sul piano sostanziale e soprattutto di rapida ed effettiva realizzazione. Sul parere, v. A. M. Lecis Cocco Ortu, *L'obbligo di riconoscimento della genitorialità intenzionale tra diritto interno e CEDU: riflessioni a partire dal primo parere consultivo della Corte Edu su GPA e trascrizioni*, in *GenIUS*, fasc. 1/2019, pp. 68 ss.; R. Conti, *Il parere preventivo della Corte Edu (post-Prot. 16) in tema di maternità surrogata*, in *Questione giustizia*, 28 maggio 2019 ([https://www.questionegiustizia.it/articolo/il-parere-preventivo-della-corte-edu-post-prot-16-in-tema-di-maternita-surrogata\\_28-05-2019.php](https://www.questionegiustizia.it/articolo/il-parere-preventivo-della-corte-edu-post-prot-16-in-tema-di-maternita-surrogata_28-05-2019.php)) e M. Gattuso, *Certezza e tempi “breves que possible” per trascrizioni e adozioni in casi particolari dopo il parere Cedu 10/4/2019*, in *Articolo29.it*, 6 maggio 2019 (<http://www.articolo29.it/2019/certezza-tempi-breves-que-possible-trascrizioni-adozioni-casi-particolari-parere-cedu-10-4-2019/>). Per una conferma di questo orientamento cfr. altresì Corte Edu, 16 luglio 2020, *D. c. Francia*, ric. n. 11288/18 (definitiva).

70 Mutuo questa espressione dai commenti di G. Ferrando, *Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Corte Costituzionale n. 32 e 33 del 2021*, in *Giustizia insieme*, 19 aprile 2021 e M. Gattuso, *I bambini al centro...*, cit., p. 5.

71 Come è stato sottolineato in occasione del primo seminario pubblico sulle due sentenze (*Omogenitorialità e Corte costituzionale*), organizzato il 24 marzo 2021 da Rete Lenford e Famiglie Arcobaleno, con interventi di M. Masi, G. Goretti, V. Miri, S. Chinotti, A. Schuster, S. Stefanelli, M. Gattuso e A. Schillaci: la registrazione del seminario può essere vista a questo link: <http://www.articolo29.it/2021/primi-commenti-alle-sentenze-della-consulta-del-9-marzo-sulle-due-mamme-due-papa/>.



ove non coincidente con quella biologica» e la conseguente valorizzazione, rispetto al *favor veritatis*, del «consenso alla genitorialità» e della «assunzione della conseguente responsabilità nell'ambito di una formazione sociale idonea ad accogliere il minore»; d'altro canto, e con significativo ancoraggio nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE e nella giurisprudenza della Corte EDU, la Corte riconosce l'intreccio fra tutela dell'identità personale, diritto del minore alla vita privata e familiare e «la garanzia del suo diritto all'identità affettiva, relazionale, sociale, fondato sulla stabilità dei rapporti familiari e di cura e sul loro riconoscimento giuridico». La concreta esperienza di vita familiare del minore rientra, pertanto, tra gli elementi alla luce dei quali valutare, riconoscere e tutelare l'istanza di adeguamento tra la sua identità affettiva, relazionale e sociale e la sua identità giuridica.

Ancora, la Corte torna sull'orientamento espresso nelle decisioni n. 221/2019 e 230/2020, precisandone la portata secondo un iter argomentativo – pare di poter dire – profondamente sensibile alle concrete vicende del caso sottoposto al suo esame e, in particolare, dell'impossibilità di far luogo, per le minori interessate, all'adozione in casi particolari a causa del rifiuto della madre legalmente riconosciuta di prestare il consenso all'adozione medesima. Proprio tali profili della fattispecie, infatti, «rivelano in maniera tangibile l'insufficienza del ricorso all'adozione in casi particolari, per come attualmente regolato, tant'è che nello specifico caso è resa impraticabile proprio nelle situazioni più delicate per il benessere del minore, quali sono, indubbiamente, la crisi della coppia e la negazione dell'assenso da parte del genitore biologico/legale»<sup>72</sup>. È la Corte stessa a ricordare, peraltro, che il ricorso all'adozione in casi particolari era progressivamente emerso, anche nella propria giurisprudenza (dalla sentenza n. 272/17 alla sentenza n. 230/20) quale unico strumento cui ricorrere, a legislazione invariata, alla tutela dei bambini e delle bambine con due genitori dello stesso sesso; e tuttavia – ricorda significativamente la stessa Corte – già nella sentenza n. 230/2020 era stata preannunciata l'urgenza di una diversa tutela del minore, maggiormente idonea ad attenuare il divario tra realtà fattuale e realtà legale. Urgenza che, in un caso come quello oggetto del giudizio *a quo*, emerge in tutta la sua drammaticità.

Simili considerazioni sono inquadrare, peraltro, entro coordinate più generali che valgono – almeno in parte – a ridimensionare la severità di alcuni snodi della giurisprudenza del biennio 2019/2020. In particolare, la Corte – pur ribadendo l'inesistenza di un «diritto alla genitorialità delle coppie dello stesso sesso» – riconferma l'inesistenza di un «divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere figli, pur spettando alla discrezionalità del legislatore la relativa disciplina».

In questo quadro, che apparentemente non si discosta dai due precedenti richiamati, la Corte inserisce però due affermazioni di sicuro rilievo. Anzitutto, la Corte afferma che «l'elusione del limite stabilito dall'art. 5 della legge n. 40 del 2004 [...] non evoca scenari di contrasto con principi e valori costituzionali». Se letta alla luce di quanto sostenuto dalla Corte poco più sopra (nel par. 2.4.1.1) a proposito della *ratio* degli articoli 8 e 9 della legge n. 40/2004 – ricostruita peraltro proprio alla luce della precedente decisione n. 347/1998, con riferimento alla centralità del principio di responsabilità procreativa<sup>73</sup> – tale ultima affermazione pare suscettibile, quantomeno, di prefigurare un ripensamento della posizione assunta dalla Corte nelle sentenze n. 221 e 237 del 2019 a mente delle quali, come ricordato, l'elusione del limite dell'articolo 5 escluderebbe *a priori* l'applicabilità degli articoli 8 e 9.

In secondo luogo, pare significativo che – nel richiamare i pertinenti passaggi della sentenza n. 221/2019 – la Corte ometta il riferimento al grado di accettazione sociale dell'omogenitorialità e valorizzi, invece, il passaggio nel quale aveva sottolineato che «non esistono neppure certezze scientifiche o dati di esperienza in ordine al fatto che l'inserimento del figlio in una famiglia formata da una coppia omosessuale abbia ripercussioni negative sul piano educativo e dello sviluppo della personalità del minore».

La ragione di questi aggiustamenti deve essere ricercata, come già osservato in dottrina, dal cambio di «sguardo» da parte della Corte che – grazie anche alla prospettazione della questione e alle concrete circostanze della fattispecie – può abbandonare la prospettiva del diritto degli adulti a diventare genitori (o ad essere riconosciuti tali) per abbracciare con decisione il diritto del bambino ad avere due genitori, le cui figure corrispondano a coloro che abbiano assunto la responsabilità di metterlo al mondo e concretamente se ne prendano cura. Si è infatti in presenza, afferma la Corte in altro passaggio della

72 Corte costituzionale, sentenza n. 32/2021, cons. dir., par. 2.4.1.3. Se non diversamente riportato, anche le successive citazioni sono da intendersi riferite al medesimo paragrafo della motivazione.

73 Con la significativa affermazione secondo cui «gli artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004 stanno a dimostrare che, nell'ascoltare quel monito [vale a dire quello contenuto nella sentenza n. 347/1998, NdA], il legislatore ha inteso definire lo *status* di figlio del nato da PMA anche eterologa, *ancor prima che fosse dichiarata l'illegittimità costituzionale del relativo divieto*» [enfasi aggiunta]: gli articoli 8 e 9 della legge n. 40/2004, con il loro ancoraggio al principio della responsabilità procreativa, trovano così il fondamento della propria *ratio* proprio nel ricorso a tecniche di p.m.a. non ammesse e comunque non rientranti nell'impianto della legge n. 40/2004. Sicché diviene arduo fondare nell'illiceità delle tecniche procreative l'inapplicabilità di tali disposizioni al caso dei minori figli e figlie di coppie omogenitoriali.

decisione, «di un rapporto di filiazione effettivo, consolidatosi nella pratica della vita quotidiana», il cui riconoscimento è impedito – a diritto vigente – dalle circostanze della fattispecie (e in particolare dalla crisi della coppia), con conseguente pregiudizio per i diritti delle minori al mantenimento, alla cura, all'educazione, all'istruzione, alla successione «e, più semplicemente, [al]la continuità e [al] conforto di abitudini condivise».

Per tutte queste considerazioni, la Corte riscontra l'esistenza di una grave discriminazione ai danni dei minori nati a seguito di ricorso alla p.m.a. da parte di coppie di donne, «solo in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo». La loro condizione – che vede «gravemente compromessa la tutela dei loro preminenti interessi» – viene peraltro assimilata a quella in cui versavano, fino al 2002, i figli nati da incesto, a causa della condotta dei genitori: una condizione cui la stessa Corte pose fine, riscontrando l'esistenza di una «*capitis deminutio* perpetua e irrimediabile» gravemente contrastante con il principio costituzionale di eguaglianza.

## 5.2 La sentenza n. 33 e il diverso rilievo delle modalità della nascita

Anche la sentenza n. 33 – seppur riconoscendo diverso (e, per certi aspetti, decisivo) rilievo alle vicende della nascita tramite gestazione per altri – si pone con decisione nella prospettiva della miglior tutela del minore. Anche in questo caso, è il già richiamato «cambio di sguardo» a consentire alla Corte di delineare – con maggior precisione rispetto al passato (e, in particolare, rispetto alla stessa sentenza n. 272/17) e anche grazie al decisivo impatto della giurisprudenza sovranazionale – i contorni della fattispecie e il perimetro del bilanciamento, che tuttavia anche qui resta affidato al legislatore.

La Corte ribadisce infatti in modo molto deciso – al par. 5.1 – il giudizio di disfavore verso la gestazione per altri, già espresso nella sentenza n. 272/17; rispetto a tale decisione – in cui la violazione della dignità era stata paventata in termini assoluti e astratti – in questo caso la Corte accenna lo sforzo di declinare la violazione della dignità femminile in relazione alla concretezza delle situazioni e, in particolare, al «rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate» il quale, prosegue la Corte, condizionerebbe pesantemente «la loro decisione di affrontare il percorso di una gravidanza nell'esclusivo interesse dei terzi, ai quali il bambino dovrà essere consegnato subito dopo la nascita»<sup>74</sup>. Pertanto, nel quadro di una condanna della gestazione per altri che resta netta e – come subito vedremo – gravida di conseguenze anche sullo *status* del minore, la Corte pare avvedersi della complessità delle situazioni e delle esperienze che sottostanno alla surrogazione di maternità, e soprattutto della necessità di tematizzare – nell'approccio alla GPA – il rapporto tra dignità, decisione di affrontare una gravidanza per altre o altri e concrete condizioni in cui quella decisione viene assunta<sup>75</sup>.

Il giudizio di disvalore verso la GPA non sembra tuttavia implicare necessariamente automatiche conseguenze sulla tutela degli interessi del bambino nato secondo tali modalità: in questo senso, pare molto significativo l'uso – rafforzativo – della congiunzione avversativa «però» all'inizio del successivo par. 5.2 e anche, nel primo capoverso del medesimo paragrafo, l'accurata descrizione delle vicende che conducono, di regola, all'istanza di riconoscimento del legame parentale con entrambe le figure genitoriali (quella geneticamente legata al minore e quella cd. "intenzionale") in caso di nascita da GPA. Importante, ad esempio, che la Corte sottolinei che il ricorso alla GPA avviene di regola in paesi ove essa è consentita e regolata dal diritto; che parli di condivisione, da parte della coppia, del percorso che ha condotto al concepimento e alla nascita; che parli, infine, di quotidiano svolgimento delle funzioni di cura del minore<sup>76</sup>. Di nuovo, focalizzare l'attenzione sull'interesse del minore, sulla sua concreta esperienza di vita, consente alla Corte – sebbene, lo si ripete, senza che il giudizio di disvalore sulla GPA venga superato – di "entrare" nelle vicende della nascita e della vita familiare del minore stesso, abbandonando una prospettiva solo astratta e dogmatica e assumendo su di sé la fatica di una dinamica del riconoscimento, imposta – ancora una volta – dagli incerti del mestiere di vivere<sup>77</sup>. È insomma necessario, afferma la Corte, indagare se il diritto vivente risultante dall'orientamento delle Sezioni Unite

74 Cons. dir., par. 5.1.

75 Cfr. supra, nota 61.

76 «Le questioni ora sottoposte a questa Corte sono però focalizzate sugli interessi del bambino nato mediante maternità surrogata, nei suoi rapporti con la coppia (omosessuale, come nel caso che ha dato origine al giudizio a quo, ovvero eterosessuale) che ha sin dall'inizio condiviso il percorso che ha condotto al suo concepimento e alla sua nascita nel territorio di uno Stato dove la maternità surrogata non contraria alla legge; e che ha quindi portato in Italia il bambino, per poi qui prendersene quotidianamente cura» (Cons. dir., par. 5.2.).

77 L'espressione è tratta dalla sentenza n. 494/2002, relativa alla riconoscibilità dei figli nati da incesto.

civili sia compatibile – «alla luce della complessità della vicenda»<sup>78</sup> – con i diritti del minore. La risposta, prosegue la Corte richiamando propria risalente giurisprudenza sull'interesse del minore, deve essere ricercata con riguardo alla «soluzione ottimale “in concreto” per l'interesse del minore, quella cioè che più garantisce, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior “cura della persona”»<sup>79</sup>.

In questa prospettiva, la Corte non dubita che l'interesse del bambino sia quello di «ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia». Per un verso, tale interesse è strettamente collegato alla stessa tutela dell'identità del minore, del suo diritto – cioè – «di essere identificato dalla legge come membro di quella famiglia o di quel nucleo di affetti, composto da tutte le persone che in concreto ne fanno parte»<sup>80</sup>; per altro verso, la Corte ribadisce che, anche in questo caso, non si tratta di riconoscere un «preteso» diritto alla genitorialità, bensì piuttosto di tutelare l'interesse del minore che a coloro i quali si prendono cura di lui o di lei sia attribuito con certezza «quel fascio di doveri funzionali agli interessi del minore che l'ordinamento considera inscindibilmente legati all'esercizio di responsabilità genitoriali» senza che ad essi possano a piacimento sottrarsi e senza che, soprattutto, l'interesse del minore possa dirsi soddisfatto dal riconoscimento del solo legame con il genitore “biologico”<sup>81</sup>. Il tutto, peraltro, senza che possa in alcun modo rilevare l'orientamento sessuale della coppia che, ribadisce la Corte, «non incide di per sé sull'idoneità all'assunzione di responsabilità genitoriale»<sup>82</sup>.

Anche nella sentenza n. 33, come nella 32, il ragionamento pare dunque impostato attorno alle coordinate o tangenti giuridiche dell'omogenitorialità che abbiamo evidenziato più sopra: da un lato, l'irrilevanza dell'orientamento sessuale dei genitori, dall'altro l'assunzione decisa del punto di vista del minore e, di conseguenza, la declinazione *in concreto* delle relazioni familiari e della loro specifica dignità.

Il punto di divaricazione tra le due decisioni risiede, come accennato, nel diverso rilievo delle modalità della procreazione. Se, nella sentenza n. 32, la Corte non chiude alla possibilità di applicare gli articoli 8 e 9 della legge n. 40/2004 (riconoscendo dunque pienezza di effetti al principio della responsabilità procreativa) in sede di costituzione dello *status* del nato da p.m.a. in coppia di donne, nella sentenza n. 33 il discorso si fa più complesso.

La valutazione dell'interesse del minore è infatti inserita dalla Corte, in questa decisione, in un quadro più ampio, che deve tenere conto dello «scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore»<sup>83</sup>. Con tale scopo – che si concretizza, nella specie, nell'impossibilità di trascrivere integralmente l'atto di nascita formato all'estero, come stabilito dalle Sezioni Unite – deve essere bilanciato l'interesse del minore; con la conseguenza che esso, sebbene debba essere garantito nell'*an*, può veder temperate le forme, il *quomodo*. Tale eventualità è peraltro coerente, ritiene la Corte, con l'orientamento della giurisprudenza della Corte Edu che, in effetti, ha riconosciuto un margine di apprezzamento agli stati quanto alle forme del riconoscimento del legame parentale con il genitore intenzionale in caso di nascita da GPA, ribadendo che tuttavia tale riconoscimento debba aver luogo ed essere garantito in forme idonee ad assicurare con la massima celerità e certezza l'interesse del minore<sup>84</sup>. Proprio sull'idoneità delle forme

78 Cfr. ancora Corte costituzionale, sentenza n. 33/2021, cons. dir., par. 5.2.

79 Cfr. cons. dir., par. 5.3 in cui viene richiamata, in particolare, la sentenza n. 11/1981.

80 Cons. dir., par. 5.4.

81 *Ibidem*. Anche in questo caso il ragionamento della Corte è caratterizzato da profonda apertura alla considerazione della concretezza delle esperienze di vita e alla loro complessità. «Laddove, infatti», prosegue la Corte, «il minore viva e cresca nell'ambito di un nucleo composto da una coppia di due persone, che non solo abbiano insieme condiviso e attuato il *progetto del suo concepimento*, ma lo abbiano poi continuativamente accudito, *esercitando di fatto in maniera congiunta la responsabilità genitoriale*, è chiaro che egli avrà un preciso interesse al riconoscimento giuridico del proprio rapporto con entrambe, e non solo con il genitore che abbia fornito i propri gameti ai fini della maternità surrogata» (corsivi aggiunti).

82 *Ibidem*.

83 Cons. dir., par. 5.5.

84 Sul punto, cfr. altresì la già richiamata sentenza *D. c. Francia*, specie parr. 67 ss. Si noti, tuttavia, che nel seguito – dinanzi alla Corte di cassazione francese – della vicenda che aveva dato luogo al parere consultivo del maggio 2019, si è ritenuto che, in presenza di un atto di nascita *già trascritto* (per giunta da un rilevante periodo di tempo) e in sede di giudizio sull'impugnazione di detta trascrizione, fosse contrario all'interesse del minore disporre la cancellazione favorendo poi il ricorso all'adozione da parte del genitore di intenzione. Diverso il caso in cui oggetto del contendere sia, invece, il diniego di trascrizione dell'atto di nascita: in questa eventualità l'atto deve essere trascritto in relazione al solo padre genetico, rinviandosi il riconoscimento della genitorialità di intenzione, maschile o femminile, al successivo ricorso all'adozione (la vicenda è ricostruita nella stessa sentenza *D. c. Francia*, ai parr. 21 e 22). Pare opportuno precisare che, in tutti questi casi, si verte in ipotesi nelle

di riconoscimento del legame parentale alternative alla trascrizione – e, in particolare, dell'adozione in casi particolari – ad assicurare effettiva tutela al minore si appunteranno i rilievi critici della Corte in sede di articolazione del monito al legislatore. E in tale specifica attenzione all'idoneità degli strumenti alternativi a tutelare la posizione del minore può ravvisarsi un temperamento di un iter argomentativo che – altrimenti – sarebbe risultato completamente sbilanciato sul versante della salvaguardia dell'interesse pubblico a disincentivare il ricorso alla GPA. Al contrario, ferma restando la legittimità del perseguimento di tale scopo, l'attenzione alla concreta istanza di tutela del minore conduce l'interprete a interrogarsi, nuovamente, sulla tenuta del nesso logico tra illiceità delle modalità di concepimento e nascita e tutela dell'interesse del minore alla continuità dello *status* legittimamente acquisito all'estero<sup>85</sup> e sulla necessità di evitare per quanto possibile il prodursi di automatismi, nella logica di un giudizio di bilanciamento in concreto tra i contrapposti interessi in gioco che pare peraltro coerente con gli approdi della giurisprudenza costituzionale in materia.

### 5.3 Caratteri del monito al legislatore

Pur riscontrando, dunque, un vuoto di tutela sia per i minori nati in coppie di donne, sia per i minori nati con GPA, la Corte ritiene di non poter provvedere, rilevando l'esistenza nella materia di un ampio margine di discrezionalità del legislatore. Alla dichiarazione di inammissibilità della questione si accompagna tuttavia un monito al legislatore che, seppure formulato con diverse sfumature, appare alquanto severo.

Nella sentenza n. 32 il monito appare più netto: la Corte afferma di non poter porre «ora» rimedio alla situazione di vuoto normativo e di dover richiamare «ancora una volta» l'attenzione del legislatore sulla materia, auspicando che il vuoto venga colmato «al più presto». La Corte avverte tuttavia che, investendo la discrezionalità del legislatore l'individuazione dei mezzi più adatti al raggiungimento di un fine «costituzionalmente necessario», il protrarsi dell'inerzia del legislatore non sarà «tollerabile»<sup>86</sup>. Nemmeno troppo velatamente, pertanto, la Corte lascia intravedere la possibilità di un successivo e più incisivo intervento.

Anche la sentenza n. 33 rinvia al legislatore, ma con un monito formulato in termini più asciutti. Il compito di colmare il vuoto di tutela spetta anche in questo caso, «in prima battuta» al legislatore, che ha il compito di assicurare il «difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, nei termini sopra precisati»; la Corte non può pertanto, «allo stato», che arrestarsi, cedendo «doverosamente» il passo al legislatore per l'individuazione – che però è definita «indifferibile» – di soluzioni idonee a porre rimedio all'insufficienza di tutele riscontrata dalla decisione<sup>87</sup>.

La differente modulazione del monito si riflette peraltro, con significativa inversione, sul grado di determinatezza delle indicazioni fornite al legislatore per la sua attuazione.

---

quali il minore sia legato geneticamente ad (almeno) uno dei genitori di intenzione; nell'eventualità – diversa – in cui il minore sia nato a seguito di GPA in assenza di legame genetico con i genitori di intenzione, la giurisprudenza della Corte Edu assume tratti di maggiore severità, come dimostra – oltre alla ben nota vicenda culminata nella sentenza della Grande Camera, 14 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia* (ric. n. 25358/12) – la recentissima sentenza della terza sezione, 18 maggio 2021, *Valdis Fjölfnisdóttir e altri c. Finlandia* (ric. 71552/17), relativa peraltro a un caso di surrogazione di maternità gestazionale in coppia di donne.

85 Sul punto, resta molto efficace la distinzione tra progetto riproduttivo e progetto genitoriale, tracciata da B. Pezzini, da ultimo nel citato *La Corte costituzionale ammonisce...* Nella misura in cui, nel caso di procreazione medicalmente assistita e gravidanza per altri (sia in coppie eterosessuali che in coppie omosessuali) si assiste a una scissione tra progetto riproduttivo e progetto genitoriale, è necessario interrogarsi sulle specifiche esigenze che derivano – sul piano della disciplina giuridica e delle corrispondenti tutele – dall'uno e dall'altro. Il discorso sulla tenuta del nesso logico tra illiceità delle tecniche procreative e tutela dell'interesse del minore – aggiungiamo noi – si colloca esattamente lungo questo crinale. In altri termini – fermo restando che il progetto riproduttivo realizzato tramite ricorso alla GPA evoca una costellazione relazionale (a partire da quella di gravidanza) che ha un suo specifico spessore che interroga anche il diritto (sia in caso di scelta regolatoria, che, all'opposto, in caso di divieto, e ferma restando la grande pluralità di esperienze che danno corpo alla GPA) – lo stesso è a dirsi per il progetto genitoriale, specie ove ci si collochi, correttamente, nella prospettiva del minore. La sfida, per il diritto, è quella di riconoscere a ciascuno di questi ambiti di esperienza la propria specifica dignità e il proprio specifico valore evitando, per quanto possibile, che sul minore ricadano le conseguenze della valutazione che della scelta riproduttiva che lo ha portato al mondo facciano gli ordinamenti giuridici che incrociano il suo percorso di vita, prima e dopo la nascita, evitando – nella maggior misura possibile – automatismi.

86 Corte costituzionale, sentenza n. 32/2021, cons. dir., par. 2.4.1.4.

87 Corte costituzionale, sentenza n. 33/2021, cons. dir., par. 5.9.



Pur riconoscendo l'esistenza di un ampio ventaglio di soluzioni possibili, la Corte non rinuncia infatti a indicare al legislatore, seppur in via esemplificativa, alcune possibili linee di intervento. Nel caso della doppia maternità – dove il monito è, come visto, più pressante – le soluzioni prospettate spaziano dalla modifica della legge n. 40/2004 a una modifica delle norme codicistiche sul riconoscimento dei figli, oltre che nel senso di un rafforzamento nell'interesse del minore della disciplina dell'adozione in casi particolari; misure, avverte la Corte, «differenziate e fra sé sinergiche»<sup>88</sup>. Nel caso dei due padri – e, più in generale, della nascita a seguito di ricorso a surrogazione di maternità – la Corte si pone invece in linea con la propria precedente sentenza n. 272/17 e conferma che lo strumento più adatto a dare riconoscimento al legame instauratosi con il genitore di intenzione è l'adozione in casi particolari.

In entrambe le decisioni, tuttavia, la Corte denuncia tuttavia i molti limiti dell'istituto, che vanno dal carattere solo parziale degli effetti (lo *status* è costituito solo in relazione all'adottante, e non anche alla famiglia di origine di questi), alla lunghezza della procedura e, infine, alla necessità del consenso del genitore legale che, in caso di crisi della coppia, può sostanzialmente vanificare la tutela. Ciò avviene in modo più incisivo nella sentenza n. 33/2021, anche a sottolineare che l'attuale configurazione dell'adozione in casi particolari non pare idonea ad assicurare la tutela celere ed efficace richiesta, ad esempio, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Resta in ombra infine, in entrambe le decisioni, un profilo riguardante la differenza tra l'adozione e le altre forme di tutela che pure è possibile assicurare al minore; e cioè la circostanza che l'adozione resta pur sempre subordinata all'iniziativa del genitore adottante e, in assenza di essa, permane una situazione di sostanziale assenza di tutele. In altri termini se, correttamente, la Corte parla di doveri legati alla genitorialità e di corrispettivi diritti delle figlie e dei figli, concentrare le tutele esclusivamente sull'adozione in casi particolari (seppur rafforzata) – come avviene nella sentenza n. 33 – rischia di rendere in concreto inesigibili quegli stessi doveri, esponendo il minore al rischio di tutele insufficienti o nulle.

## 6. Rilievi conclusivi

Nel lungo percorso verso il pieno riconoscimento della pari dignità sociale delle famiglie omogenitoriali – e soprattutto, delle bambine e dei bambini che in queste famiglie crescono – la palla passa così, almeno provvisoriamente, al legislatore. Il campo e le regole del gioco sono però fissate dalla Corte con grande chiarezza così come, a ben vedere, la stessa durata della partita.

Nella prospettiva del diritto costituzionale, le questioni sin qui tratteggiate evocano anzitutto la concorrenza tra intervento delle Corti e processo politico nelle concrete dinamiche di riconoscimento e protezione dei diritti fondamentali. Si è visto, in particolare, come nelle sentenze n. 32 e 33 il rinvio della materia alla discrezionalità del legislatore – e, dunque, al processo politico – appaia giustificato dalla delicatezza del tema e dalla sua incidenza su questioni «eticamente sensibili»<sup>89</sup> e di «grande complessità sistematica»<sup>90</sup>. E si è visto, al tempo stesso, come la severità del monito resti orientata alla consapevolezza dell'urgenza dell'istanza di riconoscimento e tutela, con specifico riguardo alla posizione dei minori coinvolti.

Già a proposito della sentenza n. 230/2020 vi era stato chi, in dottrina, aveva sostenuto che il rinvio della questione al processo politico presentasse – rispetto al ricorso alla via giurisdizionale – significative virtualità in termini di maturazione del dibattito democratico, nello spazio pubblico<sup>91</sup>. Ciò è senz'altro vero, in termini generali. Ma non può dimenticarsi che delegare al processo politico la decisione su questioni che investono profili molto intimi della dignità personale, scelte che non incontrano il favore o il riscontro degli orientamenti socio-culturali maggioritari e, infine, la concreta protezione della posizione di soggetti vulnerabili quali i minori comporta al tempo stesso il rischio, molto rilevante, di far dipendere esclusivamente dalla maggioranza la decisione sul benessere, sul riconoscimento e sulla piena cittadinanza democratica delle persone. Non si tratta soltanto, cioè, di scelte di indirizzo: si tratta, molto spesso, di elementari questioni di giustizia ed eguaglianza.

88 Cfr. ancora Corte costituzionale, sentenza n. 32/2012, cons. dir., par. 2.4.1.4.

89 *Ibidem*.

90 Corte costituzionale, sentenza n. 33/2021, cons. dir., par. 5.9.

91 Così ritiene E. Olivito, (*Omo*)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita..., cit., pp. 148 ss. peraltro nel quadro di una forte enfaticizzazione – e conseguente critica, ampiamente argomentata – del ricorso alla giurisdizione caratterizzato, a suo dire, da una strategicità strumentale all'affermazione di improprie neutralizzazioni delle differenze, in chiave antidiscriminatoria. Sul punto si tornerà *infra*.

Può essere utile fare riferimento, per meglio chiarire quel che si viene dicendo, ad alcuni passaggi della decisione *Obergefell v. Hodges* della Corte Suprema degli Stati Uniti che, nel riconoscere il diritto delle coppie formate da persone dello stesso sesso a contrarre matrimonio, ha avuto cura di confutare anche l'argomento di chi riteneva che, appunto, una simile decisione avrebbe dovuto risultare dal processo politico democratico. La risposta della Corte suprema è molto chiara: se è vero che, da un lato, «*it is most often through democracy that liberty is preserved and protected in our lives*», è allo stesso tempo vero che «*democracy is the appropriate process for change, so long as that process does not abridge fundamental rights*». Da ciò consegue – per un verso – che «*when the rights of persons are violated, “the Constitution requires redress by the courts”, notwithstanding the more general value of democratic decisionmaking*»; e, per altro verso e icasticamente, che «*individuals need not await legislative action before asserting a fundamental right*»<sup>92</sup>.

Per queste stesse ragioni, il rapporto tra processo politico e azioni giudiziarie – nelle concrete dinamiche di tutela dei diritti – non può essere interpretato in termini oppositivi, né è possibile – a parere di chi scrive – fraintendere lo specifico valore che il ricorso alla giurisdizione ha avuto e continua ad avere nelle battaglie per il riconoscimento dei diritti civili<sup>93</sup>. Piuttosto, come bene ha mostrato – ad esempio – l'esperienza statunitense (almeno in alcune sue fasi<sup>94</sup>), il rapporto tra Corti e processo politico può essere ricostruito in termini armonici e sinergici, di mutua interazione; con il significativo corollario che, nello spazio pubblico allargato di una democrazia pluralista, anche l'azione delle Corti contribuisce alla maturazione del dibattito e della coscienza democratica, specie nella misura in cui l'istanza di tutela giurisdizionale è particolarmente idonea a far emergere la concretezza delle situazioni e delle domande di riconoscimento<sup>95</sup>.

La Corte costituzionale è particolarmente sensibile a questo equilibrio che, d'altra parte, è coerente con lo sviluppo storico del costituzionalismo, con l'evoluzione dell'istituto della riserva di legge nelle democrazie pluraliste e con la crescente (e non esente da profili problematici) centralità del ruolo del giudice<sup>96</sup>.

Lo dimostra, in particolare, proprio la severità del monito. Se infatti in questo caso non è percorribile – per assenza di un procedimento legislativo in corso – la strada, aperta dall'ordinanza n. 207/2018 e confermata dall'ordinanza n. 132/2020, del rinvio a udienza fissa per lasciare al legislatore un congruo *spatium deliberandi*<sup>97</sup>, è altrettanto significativo che la Corte si avveda – affermandola con estrema chiarezza – dell'esistenza di un vuoto di tutela che deve essere colmato<sup>98</sup>. Parafrasando *Obergefell*, allora, potrebbe sostenersi che ci si trovi già in una situazione nella quale l'inerzia del processo politico sta determinando una violazione dei diritti fondamentali. Il tema, allora, non è tanto stigmatizzare il ricorso alla giurisdizione; quanto, semmai, interrogarsi sulle ragioni dell'inerzia del legislatore e, soprattutto, sulle concrete conseguenze della medesima. In questo quadro, il carattere “strategico” delle azioni giudiziarie a tutela delle minori e dei minori cresciuti in famiglie omogenitoriali si collega anche all'intenzione di stimolare il dibattito pubblico sulla materia, nel silenzio del processo politico, oltre che come ovvio alla concreta necessità di realizzare un'istanza di giustizia.

92 576 U. S. 644 (2015), p. 24. Su questa decisione v. – oltre al focus tematico su *Obergefell v. Hodges: il riconoscimento del diritto fondamentale al matrimonio*, curato da A. Sperti e pubblicato sul fasc. 2/2015 della Rivista *GenIUS*, con contributi di A. Sperti, S. Chriss e D. Wright, N. Cezzi e R. Ibrido (<http://www.geniusreview.eu/2015/genius-2015-2/>) – K. Yoshino, *A New Birth of Freedom? Obergefell v. Hodges*, in *Harvard Law Rev.*, 2015, pp. 147 ss., L. Tribe, *Equal Dignity: Speaking its Name*, in *Harvard Law Rev.*, 2015-2016, pp. 16 ss. nonché A. Schillaci, *Le storie degli altri*, cit., pp. 225 ss.

93 Si v., ad esempio, la classica opera di C. R. Epp, *The rights revolution: Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective*, The Univ. of Chicago, 1998.

94 Per una ricostruzione di questa sinergia nel frangente del riconoscimento dei diritti civili della comunità nera, tra gli anni Cinquanta e gli anni Sessanta del XX secolo, v. soprattutto B. Ackerman, *The civil rights revolution*, Cambridge, Mass. – London, Belknap press, 2014.

95 Sul punto – oltre che, in chiave generale, al modello di «società aperta degli interpreti della Costituzione» tracciato da P. Häberle (ad esempio in Id., *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura*, Roma, Carocci, 2001) – v. S. P. Panunzio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in Id. (Ed.), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, Jovene, 2006, pp. 1 ss. e P. Ridola, *Diritti di partecipazione politica e spazio pubblico nelle democrazie pluralistiche*, in Id., *Il principio libertà nello stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 303 ss.

96 Sul punto v. già P. Ridola, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, Giappichelli, 1997 nonché, più di recente Id., *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in Id., *Il principio libertà...*, cit., pp. 2 ss.

97 Spazio peraltro non sfruttato, in entrambi i casi, dal legislatore; il che ha condotto, come noto, la Corte costituzionale a intervenire con due decisioni di accoglimento (la n. 242/19 e la n. 150/2021), allo scadere del termine di rinvio.

98 Si v. sul punto B. Pezzini, *La Corte costituzionale ammonisce il legislatore...*, cit., pp. 19 ss., nonché le riflessioni critiche di A. Ruggeri, *La PMA alla Consulta...*, cit.

Resta allora aperta, all'esito delle decisioni n. 32 e 33 del 2021, la questione dello spazio di manovra nel quale i giudici possano continuare a farsi carico della tutela in singole e concrete situazioni. La delega al processo politico riguarda infatti, in prima battuta, il rapporto tra la sola Corte costituzionale e il legislatore e non comporta, automaticamente, il venir meno di margini di intervento da parte dei giudici. Ciò è d'altra parte coerente con la giurisprudenza costituzionale che, negli anni, ha affrontato specifiche questioni inerenti al diritto di famiglia e le dinamiche dello *status filiationis*: si pensi alle richiamate sentenze in materia di automatismi legislativi ma anche alla stessa sentenza n. 272/17 o, soprattutto, alla più volte richiamata sentenza n. 347/1998, riguardante proprio lo statuto giuridico del nato da p.m.a. eterologa. In tale ultima decisione la Corte, che pure riscontrò l'esistenza di un vuoto da colmare stando «primariamente alla valutazione del legislatore», affidò al giudice il compito di individuare – nell'inerzia del legislatore stesso – «un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana»<sup>99</sup>.

Su tali basi, dottrina attenta ha così ritenuto che – non potendosi «ammettere che i diritti dei bambini in carne ed ossa vengano sacrificati nella snervante attesa di un legislatore che forse considera troppo “divisiva” la questione per farsene carico» – che la via giurisdizionale possa e debba essere ancora percorsa, richiamando proprio il precedente della sentenza n. 347/1998<sup>100</sup>.

Non sono mancate, inoltre, pronunce che, dopo le sentenze n. 32 e 33, hanno dato tutela nel caso concreto, a figli con due madri o con due padri. È il caso del recente e già richiamato decreto della Corte d'Appello di Cagliari del 16 aprile 2021. In tale decisione – che ribadisce l'applicabilità degli articoli 8 e 9 della legge n. 40/2004 nel caso di filiazione omogenitoriale in coppia di donne a seguito del ricorso a p.m.a. eterologa – il giudice correttamente osserva che la Corte costituzionale, nel rinviare al legislatore, non prende posizione sulla divergenza di orientamenti maturata, in merito, nella giurisprudenza ordinaria e di legittimità: come osserva il richiamato decreto la Corte costituzionale «ha dato atto della utilizzazione degli strumenti normativi esistenti da parte degli interpreti per tutelare il miglior interesse del minore, auspicando sì un intervento sistematico del legislatore, ma senza censurare le posizioni adottate *in via provvisoria* dai giudici» (p. 23, enfasi aggiunta). Viene così valorizzato il dato, già sottolineato *supra*, della particolare intensità del dialogo tra la Corte costituzionale – nella sentenza n. 32 – e la pluralità di orientamenti emersi in giurisprudenza (come dimostrano le numerose citazioni di sentenze di merito, anche se di segno contrario rispetto all'orientamento della Corte di cassazione). E diviene chiaro, in aggiunta, che il piano dei rapporti tra Corte e legislatore e il piano dei rapporti tra Corte e giudici comuni restano distinti e governati da principi in parte diversi. Proprio per questo stupisce che la Suprema Corte di cassazione, nelle recentissime sentenze nn. 23320 e 23321 del 23 agosto 2021 (le quali – come accennato – hanno confermato l'orientamento già assunto dalla stessa Corte nel 2020), ometta del tutto la citazione della sentenza n. 32/2021, diffondendosi invece sul contenuto della sentenza n. 33/2021, non pertinente ai casi dedotti in giudizio (relativi al riconoscimento della doppia maternità a seguito del ricorso a procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo). Nel confermare il proprio orientamento restrittivo sul punto, e cassando i due decreti di segno opposto pronunciati dalle Corti d'Appello di Roma e Perugia, la Suprema Corte sembra dunque non avvedersi – o non intende avvalersi, senza però fornire alcuna motivazione sul punto – degli spazi di dialogo aperti dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 32/2021.

Più complessa, evidentemente, la questione del riconoscimento della doppia paternità in caso di nascita da gestazione per altri, nella quale rileva – in conseguenza della specificità delle modalità della nascita – la maggiore resistenza dell'orientamento assunto dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione e, come rilevato, del limite posto dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 33, con riguardo al bilanciamento tra l'interesse del minore alla continuità dello *status* e l'interesse pubblico a non incentivare il ricorso alla gestazione per altri.

Anche in tal caso, tuttavia, non erano mancate sentenze di merito di segno contrario rispetto all'orientamento assunto dalle Sezioni Unite. Tanto la Corte d'Appello di Firenze, con decreto del 28 gennaio 2020, quanto la Corte d'Appello di Bari, con decreto del 9 ottobre 2020<sup>101</sup> avevano infatti continuato a ritenere la trascrivibilità in Italia dell'atto di nascita estero recante l'indicazione di due padri a seguito di nascita da gestazione per altri (ovvero la rettificabilità dell'atto di nascita già formato, mediante annotazione della seconda paternità), valorizzando in particolare i contorni – complessi, come desumibile dalla stessa sentenza n. 272/17 della Corte costituzionale – del bilanciamento tra il giudizio di disvalore

99 Corte costituzionale, sentenza n. 347/1998, cons. dir., par. 4.

100 Così G. Ferrando, *Il diritto dei figli di due mamme e due papà ad avere due genitori*, cit., p. 14.

101 Entrambe pubblicate in *Articolo29.it*, rispettivamente agli indirizzi: <http://www.articolo29.it/corte-dappello-firenze-decreto-28-gennaio-2020/> e [http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2021/04/Decreto-accoglimento-Corte-dAppello-Bari\\_oscurato.pdf](http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2021/04/Decreto-accoglimento-Corte-dAppello-Bari_oscurato.pdf).

espresso dal nostro ordinamento rispetto alla gestazione per altri e l'interesse del minore alla conservazione di uno *status* già legittimamente acquisito all'estero (secondo la legge del luogo di nascita) e corrispondente alla concreta fisionomia della sua identità personale, affettiva e familiare. Significativo, in particolare, il rilievo attribuito da App. Bari all'inidoneità degli strumenti alternativi di riconoscimento del legame parentale – in primis, l'adozione in casi particolari – rispetto allo scopo di garantire pienezza di *status* al minore; mentre della decisione fiorentina deve essere sottolineato lo sforzo di distinguere tra il bilanciamento – in astratto e a monte – tra interesse pubblico a contrastare la pratica della gestazione per altri e interesse del minore e i diversi contorni che detto bilanciamento assume in concreto, specie quando si rilevi – di nuovo – l'inesistenza o l'insufficienza di strumenti alternativi di riconoscimento dello *status*.

Ancor più di recente, il Tribunale di Milano – con due distinti decreti pronunciati in data 23 settembre 2021 – ha ordinato la trascrizione integrale di atti di nascita formati all'estero a seguito di nascita con gestazione per altri, e recanti l'indicazione di due padri. La decisione poggia, in entrambi i casi, sul portato delle sentenze n. 32 e 33 del 2021, sotto il profilo specifico dell'insufficienza dell'attuale configurazione dell'adozione in casi particolari al fine di garantire l'interesse del minore alla continuità dello *status*; tale assunto, unito alla perdurante inerzia del legislatore, conduce il giudice ad assumersi la responsabilità – anche alla luce del monito della Corte costituzionale – di fare fronte a un vuoto normativo che «per quanto riguarda il caso concreto impone [...] di reperire la più idonea soluzione atta a garantire i diritti del minore coinvolto». Referente remoto di tale scelta è la sentenza n. 347/1998, espressamente richiamata; referente prossimo, il giudizio severo formulato dalla Corte costituzionale sull'idoneità dell'adozione in casi particolari a garantire in modo effettivo – e coerente con le indicazioni provenienti dalla Corte Edu – l'interesse del minore alla continuità e alla stabilità dello *status*.

Pur nella differenza di situazioni – e, conseguentemente, di inquadramento giuridico e concreti rimedi – che denota l'omogenitorialità femminile e quella maschile, non è da escludersi, allora, che simili linee di sviluppo continuino a maturare nella giurisprudenza, in attesa di un intervento legislativo in materia; e che le stesse possano avvantaggiarsi della più raffinata sistemazione della materia medesima da parte delle sentenze n. 32 e 33 del 2021 (come dimostra, in particolare, App. Cagliari) nonché, soprattutto, del più volte richiamato cambio di sguardo o prospettiva in chiave più decisamente paidocentrica.

Proprio questo ultimo accenno consente di svolgere qualche considerazione – in conclusione – su un altro rilevante profilo evocato dalla giurisprudenza sin qui richiamata, vale a dire ciò che essa dice sui contorni del giudizio di eguaglianza e, in particolare, sull'evoluzione del medesimo nel senso dell'integrazione del paradigma antidiscriminatorio con una maggiore sensibilità alle istanze soggettive e ai concreti profili di differenziazione che esse esprimono.

Proprio la rinnovata attenzione alla concretezza delle situazioni dedotte in giudizio, come più volte sottolineato, consente infatti l'emersione delle istanze di riconoscimento da esse implicate, le quali travalicano il mero perimetro di una comparazione astratta. Ciò vale, in generale, per quel che riguarda la comparabilità tra diverse esperienze di genitorialità e, in particolare, tra quella derivante da procreazione spontanea e da procreazione medicalmente assistita ovvero da surrogazione di maternità; vale, ovviamente sebbene in forma minore, in relazione alla comparabilità tra esperienze di omogenitorialità ed esperienze di eterogenitorialità; e vale anche, all'interno del discorso sull'omogenitorialità, per lo specifico portato delle differenze tra omogenitorialità maschile e femminile, con precipuo riguardo al diverso rilievo delle modalità di concepimento.

Una costellazione così complessa non si presta – evidentemente – alla neutralità del paradigma antidiscriminatorio; e richiede piuttosto un intenso sforzo di valorizzazione delle differenze, ferma restando – però – la necessità di un loro ancoraggio esigente nell'istanza di garanzia della pari dignità sociale. Una pari dignità che, lungi dall'assimilare ciò che nella concretezza della vita e nelle dinamiche dell'esperienza giuridica si snoda in modi diversi, riconosce nelle differenze una comune matrice che affonda le proprie radici nelle istanze di libero svolgimento e pieno sviluppo della personalità. L'eguaglianza non discende dunque da un giudizio di comparazione astratta, ma promana dalla pari dignità delle differenze, nel loro ancoraggio – appunto – soggettivo. La consapevolezza di tutto questo affiora nella giurisprudenza, e nell'incessante ricerca di giustizia nel caso concreto, nelle pieghe dell'ordinamento; e affiora, soprattutto, proprio grazie al rovesciamento di prospettiva in chiave paidocentrica avallata, da ultimo, dalla stessa Corte costituzionale.

È nell'interesse del minore – declinato in concreto – che le tangenti giuridiche dell'omogenitorialità si incontrano e che, soprattutto, viene valorizzata la pari dignità – di nuovo, declinata in concreto – delle diverse esperienze di vita familiare. Sono sul punto necessarie, però, alcune precisazioni finali.

È vero infatti che, da un lato, le due sentenze della Corte costituzionale tendono a valorizzare il dato esperienziale dell'esistenza di una comunità di affetti da riconoscere e a cui dare stabilità giuridica nell'interesse del minore; che tale posizione è in linea con una delle tangenti giuridiche dell'omogenitorialità sin qui messe in luce, vale a dire il rilievo specifico della concreta esperienza di vita del minore come base di giustificazione del ricorso all'istituto dell'adozione in casi particolari; e che, inoltre, tale



prospettiva ha radici profonde nella progressiva integrazione di ulteriori dimensioni di vita ed esperienza nella stessa elaborazione dei criteri di costituzione dello *status filiationis* (nella richiamata linea evolutiva che conduce dal *favor legitimitatis* al *favor affectionis*, passando per la decisiva mitigazione dello stesso *favor veritatis*).

Ma è altrettanto vero che, d'altra parte, l'insistenza sulla necessità di porre rimedio a una situazione di eccessiva divaricazione tra dato fattuale e trattamento giuridico non può condurre nemmeno a misconoscere l'ancoraggio delle vicende giuridiche dell'omogenitorialità in scelte che si collocano nella sfera più intima della persona e che vanno dunque ricondotte anche all'intreccio tra autodeterminazione e dignità, nella concretezza delle situazioni. Scelte, il cui valore andrebbe riconosciuto rifuggendo quanto più possibile da approcci di tipo dogmatico o sovradeterminante, incontrando piuttosto – anche lungo le strade talora impervie dell'argomentazione giuridica – la vita in tutta la sua complessità, così collegando – non da ultimo – il giudizio di eguaglianza alla situazione e alla concreta esperienza dei soggetti coinvolti (senza dimenticare, cioè, che la costruzione dell'eguaglianza è funzionale, secondo Costituzione, al pieno sviluppo della persona umana e alla sua partecipazione alla vita della comunità in condizioni di pari dignità).

Un esempio, tra i molti, può forse valere a chiarire i contorni di tale immagine: esso riguarda il criterio dell'intenzionalità nella costituzione dello *status* di figlio, di cui ampiamente si è detto a proposito dell'interpretazione degli articoli 8 e 9 della legge n. 40. Con argomento che vale sia per le famiglie omogenitoriali che per quelle eterogenitoriali, sarebbe davvero rischioso ridurre detto criterio a una mera prevalenza del dato volontaristico, e cioè all'onnipotenza del soggetto adulto che dà corpo al proprio desiderio di genitorialità determinando l'esistenza – anche giuridica – della prole. Ma sarebbe allo stesso modo rischioso contrapporre – su questa base, e in chiave critica – l'intenzionalità al rilievo del concreto esercizio della responsabilità genitoriale<sup>102</sup>, modulando solo su tale polarizzazione i diversi strumenti giuridici di riconoscimento del legame omogenitoriale. In una logica di equilibrio – che tenga assieme i molti profili di complessità che concorrono a qualificare giuridicamente le vicende dell'omogenitorialità – deve infatti considerarsi che l'intenzionalità non può essere letta indipendentemente da una concreta vicenda di relazioni affettive e genitoriali, ma anche di relazioni riproduttive (specie nel caso del ricorso alla gestazione per altri, come evidente). In questo quadro, nell'intenzionalità non c'è solo una componente volontaristica astratta, ma una componente, molto concreta, di assunzione di responsabilità (procreativa, ma non solo) nei confronti del nascituro<sup>103</sup> e che può includere, peraltro, anche il portato delle specifiche modalità con cui il/la minore è venuto/a al mondo<sup>104</sup>. Ed è proprio per questo che, conclusivamente, nella stessa logica della legge n. 40/2004 (e, prima ancora, della sentenza n. 347/1998 della Corte costituzionale), tale criterio è posto non nell'interesse del genitore ma del nato e sul primario rilievo di esso resta sempre e necessariamente curvato.

L'intenzione, dunque, concorre – *assieme* alle dinamiche riproduttive e al consolidamento fattuale delle relazioni parentali – a scrivere una storia che interroga il diritto: una storia, nella quale un progetto di vita si fa esperienza concreta di relazione e comunità di affetti. Il minore è al centro di tale comunità, indubbiamente, e per questo è al suo interesse che il criterio dell'intenzione guarda, nel prisma del principio di responsabilità procreativa.

L'assunzione di una prospettiva paidocentrica – in questa chiave – non può dunque essere ricondotta al tentativo di stemperare la specificità della genitorialità delle persone omosessuali; né, tantomeno, all'esigenza di “correggere”, nell'interesse del minore, una “deviazione” rispetto a modelli, che siano veri o presunti tali<sup>105</sup>. Proprio in questa prospettiva, peraltro, non deve essere sopravvalutato nemmeno il riferimento all'istituto dell'adozione in casi particolari, almeno nella sua attuale configurazione: la circostanza che, in tale procedimento, la corrispondenza dell'adozione all'interesse del minore sia “da provare” si intreccia pesantemente con la resistenza diffusa di profili di stigma verso le esperienze

102 Come sembra fare, almeno in parte, B. Pezzini, *La Corte costituzionale ammonisce...*, cit., p. 27.

103 Come bene afferma G. Ferrando, *I bambini, le loro mamme...*, cit., p. 14, «Non bisogna cadere nell'equivoco di identificare “intenzione” di essere genitori, con “desiderio” di un figlio, rivolto principalmente a soddisfare un supposto interesse (egoistico) degli aspiranti genitori. Se è vero, infatti, che è il “desiderio” di un figlio che muove ogni essere umano a ricercarne la nascita, è però anche vero che l’“intenzione” che si manifesta nel consenso alla PMA supera tale desiderio e costituisce assunzione di responsabilità verso il nato».

104 Con riferimento, ad esempio, al racconto delle origini o, come pure accade nei casi di nascita da GPA, alla conservazione di una relazione con la donna che ha partorito. Sul punto v. ancora, in ambito psicologico, N. Carone, *Le famiglie omogenitoriali*, cit., specie pp. 211 ss. e 218 ss.

105 Che molto spesso, nella giurisprudenza in materia, alla tutela del minore si sostituisca la difesa di un “modello” di famiglia ritenuto preferibile è sottolineato da G. Ferrando, *I diritti dei bambini smarriti tra formule e modelli*, cit.

di omogenitorialità<sup>106</sup>. La precomprensione profonda, allora, è che l'adottante omosessuale debba dimostrare di essere un buon genitore per il minore, pur avendo dato vita al progetto procreativo che ha condotto alla sua nascita. A simile profilo sarebbe opportuno porre attenzione, ragionando ad esempio – *de jure condendo*, in sede di revisione dell'istituto adottivo come suggerito dalle sentenze n. 32 e 33 del 2021 – su una sorta di inversione dell'onere della prova: stabilendo cioè che l'adozione è disposta, salvo che risultino elementi di contrasto in concreto con l'interesse del minore.

Ad ogni buon conto, il cambio di passo implicato dalle due sentenze n. 32 e 33 del 2021 allarga l'ambito di operatività del principio costituzionale di pari dignità sociale, illuminandone la portata con riferimento alla complessità di situazioni di vita ed esperienza che chiedono riconoscimento e stabilizzazione giuridica.

Non è dunque in questione – o almeno non soltanto – il profilo della non discriminazione delle persone omosessuali nell'esercizio dei doveri connessi alla genitorialità ma – anche e soprattutto – una concreta dinamica di riconoscimento di esperienze di vita familiare, che inverano il libero svolgimento delle personalità (di adulti e minori) in formazioni sociali e la cui pari dignità assume urgenza e spessore proprio se riguardata dal punto di vista del minore: prima ancora del profilo antidiscriminatorio, vi è – insomma – un profilo dirimente di riconoscimento dell'identità personale, affettiva, relazionale e sociale, per come impegnata in relazioni e formazioni familiari. Ed è proprio questo ancoraggio nelle soggettività coinvolte a restituire profondità e concreto spessore al profilo antidiscriminatorio, illuminandone il significato. Non è allora un caso che – come mostrano proprio le sentenze n. 32 e 33/2021 – a fare la differenza, nella risposta a concrete domande di giustizia, sia proprio il maggiore o minore *attunement*<sup>107</sup> dei percorsi dell'argomentazione giuridica rispetto alle concrete esperienze di vita e, in particolare, la stessa messa a fuoco delle questioni non attraverso una astratta comparazione tra classificazioni e situazioni, bensì nella lente delle storie e delle esperienze, soprattutto con riferimento alla posizione del minore e delle sue esigenze.

In questa prospettiva, il trattamento giuridico dell'omogenitorialità – e soprattutto l'introduzione di strumenti idonei a garantire piena tutela ai minori coinvolti, assicurando l'effettiva corrispondenza tra la loro identità affettiva, relazionale e sociale e la loro identità giuridica – deve necessariamente ricercare e perseguire un punto di equilibrio tra le diverse “tangenti giuridiche” del fenomeno e i diversi interessi in gioco. A ben vedere, peraltro, esse rimangono compresenti e contribuiscono a chiarire la ricostruzione dei contorni giuridici delle fattispecie – pur diverse – che sono alla base delle diverse esperienze di omogenitorialità: sicché non è mai un criterio a prevalere sull'altro, mentre è tenace e ricorrente la ricerca di una composizione in armonia, di un punto di equilibrio. E non è neutra la prospettiva – adulto- o paidocentrica – in cui ci si pone, come dimostrano con estrema chiarezza proprio le due più recenti decisioni in materia della Corte costituzionale.

106 Molto penetranti, sul punto, ancora le riflessioni di Ferrando, la quale rileva – in *I bambini, le loro mamme...*, cit., p. 8 – profili di intrinseca irragionevolezza nell'applicazione dell'istituto adottivo a fattispecie ben più specifiche e complesse: «Nel caso [...] di figlio generato nell'ambito di una coppia di donne o di uomini – osserva l'A. - frutto di un comune progetto parentale, l'adozione appare una soluzione “di ripiego” in quanto il bambino non ha un “altro” genitore. È figlio della coppia, voluto, atteso, accudito da entrambi. Si tratta di una genitorialità fondata non (o non solo) sulla discendenza genetica ma sulla scelta, sull'intenzione di essere genitori. L'adozione appare una sorta di finzione (si adotta il figlio altrui, non il proprio), non garantisce al figlio lo *status* fin dalla nascita, ma solo successivamente, in seguito ad un procedimento giudiziale che ha i suoi tempi, le sue procedure, le sue incertezze negli esiti». Un quadro molto vivido e toccante delle aporie e incongruenze del procedimento adottivo, applicato in coppia omogenitoriale (e anche della diffusa resistenza di stigma) è stato di recente offerto, in letteratura, da M. Zecca, *Lo capisce anche un bambino. Storia di una famiglia inconcepibile*, Milano, Feltrinelli, 2021.

107 Questo concetto proviene dal lavoro e dal metodo di Ruth Bader Ginsburg che, nella sua opera di *Justice*, ha sempre prestato molta attenzione all'intreccio tra giudizio di uguaglianza e rilievo delle specifiche condizioni di fatto in cui la discriminazione opera e sulle quali, in qualche modo, reagisce, partendo dall'ascolto e dall'attenzione verso le storie dedotte in giudizio. Sul punto, tra i molti lavori che hanno approfondito questo profilo dell'opera di Bader Ginsburg, cfr. D. Jones Merritt, *Hearing the voices of individual women and men: Justice Ruth Bader Ginsburg*, in *Univ. of Hawai'i Law Review*, 1998, pp. 635 ss.; N. Siegel, *Equal citizenship statute: Justice Ginsburg's constitutional vision*, in *New England Law Rev.*, 2009, pp. 799 ss.; R. Siegel, *Equality and choice: sex equality perspectives on reproductive rights in the work of Ruth Bader Ginsburg*, in *Columbia Journal of Gender and Law*, 2013, pp. 63 ss.; W. W. Williams, *Ruth Bader Ginsburg's Equal Protection clause*, ivi, pp. 41 ss.

Anna Maria Lecis Cocco Ortu\*

## La “PMA pour toutes” in Francia: tante risposte e qualche interrogativo aperto

### Sommario

1. Introduzione. L’approvazione della legge e la promessa (tardivamente) mantenuta – 2. Le risposte: l’allargamento dell’accesso alla PMA tra desiderio genitoriale, interesse superiore del minore e tutela della vita familiare: – 2.1. L’abolizione di una discriminazione ingiustificata – 2.2. Le modalità di riconoscimento del legame con la madre intenzionale – 2.3. L’allargamento della possibilità di crioconservazione dei gameti – 3. Alcuni profili problematici della riforma – 3.1. L’irragionevole disparità di trattamento quanto al riconoscimento della maternità intenzionale – 3.2. La marcia indietro sul riconoscimento dei figli nati da GPA – 3.3. La possibilità di accesso all’identità del donatore e i suoi possibili effetti sulla disponibilità di gameti per la PMA eterologa – 4. Il nodo della “mobilità procreativa” e delle sue conseguenze al rientro: spunti conclusivi sull’esigenza di un riconoscimento pieno dei legami di filiazione.

### Abstract

L’articolo analizza la recente riforma francese in materia di bioetica che ha esteso l’accesso alle tecniche di procreazione medica assistita a tutte le donne, indipendentemente dal loro stato civile o orientamento sessuale. Dopo aver presentato i principali contenuti della legge, l’articolo evidenzia alcuni aspetti problematici della riforma, riguardanti essenzialmente la discriminazione che persiste nel riconoscimento della filiazione per i figli di coppie di persone dello stesso sesso. L’analisi si conclude con alcune considerazioni sulla necessità di uno standard comune di riconoscimento giuridico della filiazione a prescindere dalle normative nazionali sull’accesso alle tecniche di procreazione, in nome dell’interesse superiore del minore.

*The article aims to analyse the French reform on Bioethics which extended access to medical assisted procreation techniques to all women, regardless of their marital status or sexual orientation. After presenting the main contents of the bill, the article highlights some problematical aspects of the reform, essentially concerning discrimination that persists in the recognition of the filiation for children with gay couples. The analysis ends with some considerations on the need for a common standard of legal recognition of filiation regardless of national regulations on access to procreation techniques, in the name of the best interests of the child.*

\* Maître de conférences en Droit public, Sciences Po Bordeaux.  
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

## 1. Introduzione. L'approvazione della legge e la promessa (tardivamente) mantenuta

Dopo due anni di accessi dibattiti dentro e fuori dall'emiciclo, il Parlamento francese ha approvato la legge che estende l'accesso alla procreazione medicalmente assistita (di seguito PMA<sup>1</sup>) a tutte le donne, incluse le donne unite in una coppia omosessuale o le donne non sposate. Sebbene si trattasse di uno degli impegni assunti dall'attuale Presidente Emmanuel Macron durante la campagna elettorale del 2017, la riforma della PMA si è tradotta in legge soltanto lo scorso 2 agosto, a meno di un anno dalla fine della legislatura e del mandato presidenziale.

La "PMA per tutte" ("*PMA pour toutes*") – questo l'appellativo impiegato nel dibattito pubblico e politico per designare la riforma, che riprende il celebre titolo ufficiosamente attribuito ad un'altra grande riforma in tema di uguaglianza e diritti civili, il "*mariage pour tous*", risalente al 2013<sup>2</sup> – è stata inclusa all'interno della più ampia riforma della legge sulla bioetica<sup>3</sup>. Definitivamente approvata il 29 giugno dalla sola Camera bassa – l'Assemblea nazionale – dopo il fallimento di ogni tentativo di accordo con il Senato a maggioranza di destra<sup>4</sup>, la legge è stata rimessa al controllo preventivo del Consiglio costituzionale, che si è pronunciato sulla sua conformità alla Costituzione il 29 luglio<sup>5</sup>, e quindi promulgata il 2 agosto. Un primo decreto attuativo è stato pubblicato il 29 settembre ed ulteriori aggiornamenti delle procedure amministrative sono in corso di adozione, affinché possa essere mantenuta la promessa del Governo secondo cui "i primi percorsi di PMA [potranno essere iniziati] entro la fine del 2021"<sup>6</sup>.

Prima della riforma in commento, il ricorso alla PMA era riservato alle sole coppie di persone di sesso diverso - sposate, unite da un PACS<sup>7</sup> o conviventi in una coppia di fatto - e limitato alle sole ipotesi di sussistenza di problemi di fertilità certificati da un medico ad uno dei membri della coppia ovvero di rischio di trasmissione al nascituro di una malattia grave<sup>8</sup>.

- 1 In realtà, la legge impiega l'espressione "assistenza medica alla procreazione", abbreviata nell'acronimo AMP, la quale, seppur sinonima di PMA, è preferita dal punto di vista medico (e etico) in quanto pone l'accento sulla pratica medica dell'assistenza, e non sulla procreazione, che ne è il risultato (peraltro eventuale e non garantito). Tuttavia, ci sembra che l'acronimo PMA sia ancora per il momento più diffuso, in Italia come in Francia, e pertanto più immediatamente comprensibile.
- 2 Il riferimento è ovviamente alla celebre legge che ha aperto il matrimonio alle coppie di persone dello stesso sesso, la n. 2013-404 del 17 maggio 2013, presentata e fortemente difesa dall'allora Ministra della Giustizia Christiane Taubira sotto la Presidenza socialista di François Hollande.
- 3 Legge n. 2021-1017 sulla bioetica del 2 agosto 2021. Il progetto di legge era stato presentato dal Governo il 24 luglio 2019. Il dossier legislativo è disponibile all'indirizzo: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043884384>. Sulla peculiare procedura di adozione della legge, si veda *infra*.
- 4 Si ricorda che il bicameralismo imperfetto della Quinta Repubblica francese consente che, in caso di disaccordo tra le due assemblee al termine della seconda lettura (o della prima, se il Governo ha attivato la procedura d'urgenza), possa essere riunita una Commissione mista paritaria composta di deputati e senatori incaricata di elaborare un testo di compromesso suscettibile di essere approvato dalle due assemblee. In caso di fallimento di questa procedura, il Governo può dare l'ultima parola all'Assemblea nazionale, nella quale può contare sul sostegno della propria maggioranza per l'approvazione definitiva della legge. Il disaccordo tra le due camere portava in particolare proprio sulle disposizioni concernenti l'allargamento dell'accesso alla PMA e la crioconservazione di gameti senza ragione medica. A seguito del rifiuto da parte del Senato di deliberare sul testo elaborato dalla Commissione mista paritaria, il progetto di legge è stato quindi definitivamente approvato dalla sola Camera bassa il 29 giugno.
- 5 *Cons. const.* dec. n. 2021-821 DC del 29 luglio 2021.
- 6 Risposta del ministro della Salute O. Veran alle domande poste in Senato, 13 gennaio 2021, <https://www.publicsenat.fr/article/parlementaire/pma-olivier-veran-espere-lancer-les-premiers-parcours-a-la-fin-de-l-annee-2021>.
- 7 Il PACS, acronimo di "*Pacte civil de solidarité*", è stato il primo istituto giuridico che ha consentito il riconoscimento legale delle coppie di persone dello stesso sesso da parte dell'ordinamento francese. Istituito con la legge n. 99-944 del 15 novembre 1999 e tuttora in vigore, il Pacs è un contratto - registrato in comune, presso un notaio o in tribunale - sottoscrivibile da due persone di sesso differente o dello stesso sesso per regolare la propria vita in comune secondo una formula intermedia tra il matrimonio e il concubinato (situazione della coppia convivente di fatto). Tra le principali differenze rispetto al matrimonio, si segnalano la possibilità di rottura unilaterale del Pacs e le disposizioni in materia di successione e di filiazione.
- 8 Art. L. 2141-2 del Codice della Salute francese, modificato da ultimo dalla legge sulla bioetica del 2011. La PMA, inizialmente riservata alle sole coppie "in età fertile", sposate o conviventi da almeno 2 anni, era stata introdotta per la prima volta nel 1994, con la legge n. 94-654, per "rimediare all'infertilità il cui carattere patologico sia stato diagnosticato da un medico" oppure "per evitare la trasmissione al figlio di una malattia grave". La disciplina della PMA era stata poi sottoposta a diverse modifiche di disciplina in occasione delle revisioni della legge sulla bioetica che si sono succedute negli anni, da ultimo con la riforma del 2011, che aveva abolito la condizione minima di due anni di convivenza per le coppie di fatto.



Dal 1994, anno della prima regolamentazione della PMA nell'ordinamento francese, la materia ha conosciuto importanti evoluzioni tecnico-scientifiche e sociali<sup>9</sup>, che hanno infiammato i dibattiti in occasioni delle successive revisioni programmate della legge sulla bioetica, facendo sgretolare progressivamente quel grande consenso politico trans-partisano che aveva accompagnato l'adozione della prima legge del 1994<sup>10</sup>. Se alcune modifiche sono state nondimeno adottate, in particolare per andare ad inserire ulteriori divieti e limitazioni<sup>11</sup>, non si è invece raggiunto il consenso, nel corso degli anni, su nessuna riforma che rispondesse all'evoluzione delle esigenze sociali dettate dal progressivo emergere di nuove forme familiari<sup>12</sup> e dalla conseguente richiesta crescente di accesso all'assistenza medica alla procreazione nell'ambito di un progetto genitoriale monoparentale o omoparentale.

Nonostante un certo indebolimento dell'eteronormatività nel "diritto delle sessualità"<sup>13</sup>, in materia di procreazione assistita vigeva ancora una disparità di trattamento fondata unicamente sull'alterità di sesso tra i genitori (biologico e intenzionale)<sup>14</sup>, e ciò sorprendentemente anche dopo l'adozione della legge che aveva introdotto il matrimonio tra persone dello stesso sesso, aprendo contestualmente anche all'adozione piena da parte di tali coppie. Inoltre, il modello tradizionale ed eteronormativo della famiglia, fondato sulla "verosimiglianza" tra concepimento "naturale" e concepimento tramite assistenza alla procreazione, si opponeva anche all'allargamento dell'accesso alla PMA alle donne non stabilmente legate ad un uomo.

Sebbene dunque le coppie di persone dello stesso sesso possano adottare congiuntamente un figlio dal 2013, e le persone non coniugate possano (teoricamente)<sup>15</sup> fare altrettanto già dal 1966<sup>16</sup>, la possibilità di accesso alla PMA era rimasta riservata alle sole coppie eterosessuali fino alla riforma in commento, in nome di un presunto interesse superiore del minore. Interesse superiore del minore a geometria variabile, che non ostava a che un minore, già nato e versante nella situazione di vulnerabilità e precarietà data dallo stato di adottabilità, potesse essere cresciuto da una persona sola o da due persone dello stesso sesso, ma che invece si opponeva alla possibilità che un figlio potesse venire al mondo in seno ad una famiglia monoparentale o omoparentale.

- 
- 9 Che avrebbero fatto nascere una vera e propria "cultura della procreazione": M. Iacub, *Penser les droits de la naissance*, PUF, 2002.
- 10 S. Hennette-Vauchez, *Bioéthique, biodroit, biopolitique : politique et politisation du vivant*, in S. Hennette-Vauchez (cur.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique*, LGDJ, 2006, p. 29 ss.
- 11 Ad esempio, il divieto del trasferimento degli embrioni dopo il decesso, la domanda di divorzio o la revoca del consenso di uno dei membri della coppia.
- 12 Sebbene altri modelli familiari esistessero già, lo studio che accompagnava il progetto di legge osservava che negli ultimi decenni, da un lato, sono aumentate le famiglie monoparentali e ricomposte e, dall'altro, hanno acquisito maggiore visibilità e riconoscimento giuridico le famiglie omoparentali e fondate su coppie di persone dello stesso sesso, così che oramai in Francia "circa il 60% delle nascite avviene al di fuori del matrimonio": *Studio di impatto sul progetto di legge bioetica*, 23-07-2019, disponibile all'indirizzo [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b2187\\_etude-impact.pdf](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b2187_etude-impact.pdf). Si veda altresì I. Théry, A.-M. Leroyer (cur.), *Filiation, origines, parentalité - Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Paris, Odile Jacob, 2014.
- 13 D. Borrillo, *Le droit des sexualités*, PUF, 2009.
- 14 L. Mauger-Vielpeau, J.-M. Larralde, *Les interdits relatifs à la famille homosexuelle*, in A. Betteur (cur.), *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, LGDJ, 2012, p. 222.
- 15 Nella pratica, le persone sole incontrano molti ostacoli all'adozione. Adito da numerose associazioni che denunciavano discriminazioni nelle procedure di adozione, il Difensore dei diritti, autorità costituzionale indipendente, ha recentemente emesso una decisione (n° 2020-119 del 15 luglio 2020, disponibile all'indirizzo [https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc\\_num.php?explnum\\_id=19940](https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=19940)) nella quale ha constatato una sola violazione concreta, ma al contempo un sistema radicato di pregiudizi che rendono più complessa la procedura di adozione e sono di ostacolo all'assegnazione di un minore a persone sole considerate idonee. Sul punto, si veda l'analisi di E. Segonds, S. Benetreau, *Entre pratiques discriminatoires, préjugés et intérêt supérieur de l'enfant : la procédure d'adoption vue par le Défenseur des droits*, *La Revue des droits de l'homme [Online]*, *Actualités Droits-Libertés*, 29-03-2021. Sulla differenza di trattamento in funzione dell'orientamento sessuale dell'adottante, poi, si segnalano le celebri sentenze della Corte EDU, *Fretté c. Francia*, n° 36515/97 del 26 febbraio 2002 e *E.B. c. Francia* [GC], n° 43546/02 del 22 gennaio 2008.
- 16 Ai sensi dell'art. 343-1 del Codice civile francese, introdotto dalla legge 66-500 dell'11 luglio 1966, "L'adozione può inoltre essere richiesta da ogni persona di età superiore ai 35 anni. Se l'adottante è sposato e non separato, il consenso del coniuge è necessario". Le persone non coniugate possono quindi accedere all'adozione piena. Ai sensi della legge, le persone che hanno sottoscritto un Pacs sono considerate come non coniugate e possono quindi adottare da sole e non congiuntamente al *partner*.

L'ostacolo normativo non ha tuttavia impedito<sup>17</sup> che numerose coppie di donne e donne single decidessero di ricorrere alla PMA al di fuori dei confini francesi: secondo alcuni studi, sarebbero oltre 2000 le donne che, ogni anno, si recano in Belgio, in Spagna o in altri paesi per avere accesso alla PMA loro preclusa in Francia<sup>18</sup>. A queste cifre corrispondono altrettante famiglie che si ritrovano poi potenzialmente confrontate a difficoltà amministrative e burocratiche per poter vedere riconosciuti i propri legami familiari sul territorio francese, con un'evidente limitazione della protezione della loro vita privata e familiare.

Per la sua connotazione "bioetica", la questione dell'allargamento dell'accesso alla PMA suscita interrogativi e riflessioni di varia natura, sotto il profilo medico-scientifico, filosofico, sociologico, politico, giusciviltistico, costituzionale. Scopo del presente contributo è quello di concentrarsi sui profili di diritto costituzionale della riforma, che non possono tuttavia ignorare completamente alcuni degli altri profili, ove richiamati dalle argomentazioni sulla costituzionalità della stessa, in sede istituzionale o dottrinale.

Da questa prospettiva, si intende mostrare che, grazie alla riforma in commento, l'ordinamento francese potrà offrire una risposta adeguata alle esigenze di tutela della vita privata e familiare di tantissime persone e famiglie, che finora non potevano essere soddisfatte o che potevano esserlo soltanto al prezzo di procedure lunghe, onerose e dall'esito giuridico aleatorio (2). La riforma lascia tuttavia senza risposta qualche interrogativo e ne solleva di nuovi (3), oltre a mantenere accesa l'annosa questione della "mobilità procreativa" (4).

## 2. Le risposte: l'allargamento dell'accesso alla PMA tra desiderio genitoriale, interesse superiore del minore e tutela della vita familiare

In ragione della sua connotazione "bioetica", la riforma ha fatto l'oggetto di un procedimento particolare, dedicato alle leggi sulla bioetica sin dal 1994<sup>19</sup>. Il deposito del disegno di legge all'Assemblea nazionale il 29 luglio 2019 ha perciò costituito il punto di partenza di un lungo *iter* parlamentare, ma altresì il punto di arrivo di un'ampia procedura di concertazione, volta ad approdare ad una sintesi tra le esigenze medico-scientifiche, politico-sociali e giuridiche sollevate<sup>20</sup>. Una delle questioni maggiormente discusse<sup>21</sup> è stata proprio l'estensione della PMA a tutte le donne (2.1), accompagnata da altri profili giuridici ad essa collegati, quali le modalità di riconoscimento del legame con la madre intenzionale (2.2) e la possibilità di crioconservazione dei gameti per cause indipendenti da ragioni di salute (2.3).

### 2.1 L'abolizione di una discriminazione ingiustificata

Sotto il profilo costituzionale, in particolare, la sintesi tra gli interessi costituzionalmente rilevanti in gioco era ricercata sulla questione della disparità di trattamento tra donne in funzione della propria situazione sentimentale o del proprio orientamento sessuale.

Il progetto di legge presentato il 29 luglio 2019 aveva infatti tra i suoi obiettivi quello di mettere fine alla disparità di trattamento tra coppie eterosessuali, coppie omosessuali e donne single nell'accesso all'assistenza medica alla procreazione, conformemente all'impegno assunto dal Presidente Macron che

17 Tanto più che al divieto di ricorso alla PMA al di fuori dei casi previsti dalla legge non è correlata alcuna sanzione in caso di violazione, per cui le "uniche" conseguenze legali, non meno pesanti di una sanzione, si traducono negli ostacoli posti al riconoscimento del legame di filiazione, su cui si veda *infra*.

18 Parere n. 126 del Comitato consultivo nazionale di etica (CCNE) sulla domanda della società in materia di ricorso all'assistenza medica alla procreazione, 15 giugno 2017, p. 27. Secondo un sondaggio del giornale *La Croix*, il numero sarebbe di oltre 2400. Su queste questioni, si veda anche *infra*, par. 4.

19 Sin dal 1994 è stato deciso che le leggi sulla bioetica sarebbero state sottoposte a successive revisioni programmate, destinate ad aprirsi con una fase di concertazione che coinvolgesse esperti e cittadini. Tutte le leggi in materia prevedono pertanto una clausola di revisione che prevede la riunione dei cosiddetti "Stati generali della bioetica" entro un dato termine: su tale procedura, si rinvia a S. Henneute-Vauchez, *Dix ans de loi bioéthique*, in S. Henneute-Vauchez (cur.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique*, *op.cit.*, p. 11.

20 Si veda il *Rapport de synthèse du Comité consultatif national d'éthique - Opinions du Comité citoyen* accessibile all'indirizzo <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/184000352.pdf>.

21 *Ibidem*.

aveva definito tale discriminazione “intollerabile”<sup>22</sup> e priva di “giustificazione giuridica”<sup>23</sup>. Ed infatti la riforma non solo consente l’accesso alla PMA a tutte le donne, ma precisa altresì che “tale accesso non può fare l’oggetto di alcuna differenza di trattamento, in particolare sulla base dello stato civile o dell’orientamento sessuale dei richiedenti”<sup>24</sup>.

In realtà, l’esistenza di questa disparità di trattamento è stata a lungo giustificata, quando non addirittura negata. Giustificata, ad esempio, dal Consiglio costituzionale quando, in occasione del controllo di costituzionalità preventivo della legge sul *mariage pour tous*, che consentiva alle coppie coniugate formate da due donne l’accesso all’adozione ma non alla PMA, aveva rigettato le censure fondate sulla violazione del principio di uguaglianza ritenendo che “le coppie formate da un uomo e una donna, per quanto riguarda la procreazione, si trovano in una situazione differente rispetto alle coppie formate da persone dello stesso” e che pertanto “il principio di uguaglianza non si oppone a che il legislatore disciplini in maniera differente situazioni differenti, purché la differenza di trattamento che ne deriva sia coerente con l’obiettivo della legge”<sup>25</sup>. Prima che ogni riferimento all’infertilità patologica come condizione di accesso alla PMA fosse rimosso, l’obiettivo della legge era in effetti quello di rimediare ad un’impossibilità di procreare senza assistenza medica a causa di una patologia, elemento non necessariamente presente all’interno di una coppia composta da due donne.

Un’analoga posizione era stata assunta dal Consiglio di Stato, che per questo motivo aveva ritenuto di non dover rimettere al Consiglio costituzionale una questione prioritaria di costituzionalità che portava sulle disposizioni che escludevano le coppie di persone dello stesso dall’accesso alla PMA<sup>26</sup>. Posizione mantenuta dal Consiglio di Stato anche in sede consultiva quando, nel parere emesso sul disegno di legge presentato dal Governo nel 2018, ha affermato che l’apertura dell’accesso alla PMA a tutte le donne, e non condizionata all’alterità sessuale della coppia e all’esistenza di patologie, fosse possibile ma non costituzionalmente obbligata sulla base del principio di uguaglianza<sup>27</sup>. Secondo i consiglieri di Stato, infatti, la questione della disparità di trattamento si pone unicamente in relazione all’accesso ad un diritto, non configurabile nella fattispecie per l’inesistenza di un “diritto al figlio”, giuridicamente inammissibile dal momento che un figlio è un “soggetto di diritto e che non potrebbe essere considerato oggetto del diritto di un terzo”<sup>28</sup>.

La prospettiva della disparità di trattamento nell’accesso alla PMA è stata così spesso offuscata e negata da una rappresentazione del dibattito sull’accesso alla PMA in termini di contrapposizione tra “diritto al figlio” e “diritti del figlio”<sup>29</sup>, nella quale ovviamente questi ultimi debbono considerarsi prevalenti.

Si tratta in realtà di una presentazione artificiosa, volta a contrastare sul nascere la legittimità di ogni rivendicazione di parità nell’accesso alle tecniche che la scienza mette a disposizione per agevolare il concepimento e, quindi, la realizzazione di un progetto genitoriale. Se, infatti, chi scrive condivide

22 Messaggio condiviso da Emmanuel Macron sul suo conto *Twitter* ufficiale il 16 febbraio 2017.

23 Punti del programma dettagliati sul sito ufficiale della campagna presidenziale: <https://en-marche.fr/emmanuel-macron/le-programme/familles-et-societe>.

24 Codice della Salute pubblica, art. L. 2141-2, co. 2.

25 *Cons. const.* dec. n. 2013-669 DC del 17 maggio 2013, par. 44.

26 *Conseil d’État*, dec. n. 421899 del 28-09-2018.

27 *Conseil d’État*, Parere dell’assemblea generale delle sezioni consultive sul progetto di legge sulla bioetica, accessibile all’indirizzo <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes/revision-de-la-loi-de-bioethique-que-elles-options-pour-demain>, p. 15.

28 *Ibidem*, p. 50.

29 In questo senso, si veda per tutti il Rapporto a cura di C. Brunetti-Pons, *Le droit à l’enfant et la filiation en France et dans le monde*, Lexis-Nexis, 2018, redatto al termine di uno dei progetti di ricerca collettivi finanziati dalla Missione Diritto e giustizia sotto l’egida del Ministero della giustizia francese et del CNRS. Secondo tale rapporto, “l’espressione ‘diritto al figlio’ si riferisce ad una rivendicazione che riguarda innanzitutto i casi nei quali ‘l’offerta di un figlio’ risponde ad una ‘domanda’ che non è volta a rimediare ad un’infertilità patologica e, più in generale, una ‘domanda’ emessa da persone che non soddisfano le condizioni legali per accedere all’AMP: quella delle persone sole, delle coppie di persone dello stesso sesso, delle coppie di persone troppo anziane”: p. 23. Gli autori non spiegano tuttavia perché si tratterebbe in tal caso di una rivendicazione di un “diritto al figlio”, che non sussisterebbe invece negli altri casi di accesso alla PMA previsti dalla legge, né spiega se, di conseguenza, una volta allargato l’accesso alla PMA anche a tali coppie, venga meno la tanto criticata pretesa del diritto al figlio. Accomunando poi, sotto la comune etichetta di “teorie del genere”, le rivendicazioni legate al riconoscimento dell’identità di genere e quelle legate ai diritti riproduttivi, gli autori spiegano che “in definitiva, tutte queste rivendicazioni convergono verso un mondo nel quale gli adulti sono degli individui asessuati e i figli sono fabbricati”: p. 302. Il rapporto è accessibile all’indirizzo <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2017/06/GIP-rapport-final-Le-droit-%C3%A0-lenfant-juin-2017.pdf>.

l'argomento secondo cui il riconoscimento di un "diritto al figlio" non sia concepibile, esso in realtà non sembra nemmeno essere rivendicato da chi richiede l'accesso alla PMA, che richiede invece la possibilità di usufruire di tecniche mediche esistenti ed accessibili ad altri per tentare di agevolare il concepimento di un figlio. Ciò che rileva e che va a configurarsi in diversi ordinamenti<sup>30</sup> non è quindi il riconoscimento di un diritto al figlio, né di un diritto di diventare genitore, ma il diritto ad un progetto parentale, ad una libertà sulle scelte procreative quale parte integrante della libertà di autodeterminazione<sup>31</sup>, che costituisce la trasposizione giuridica del riconoscimento del "desiderio" (e non diritto<sup>32</sup>) di diventare genitori.

Sotto questo profilo, allora, si pone sicuramente la questione del rispetto del principio di uguaglianza nella disparità di trattamento tra donne, laddove l'ordinamento consenta a talune di accedere ad una procedura medica di assistenza alla procreazione che è invece preclusa ad altre<sup>33</sup>. Anche qualora si ammetta che sussistono differenze di situazione tali da giustificare una disparità di trattamento, questa dovrebbe essere fondata su un interesse generale che la giustifichi. Chi si opponeva all'allargamento della PMA a tutte le donne – e, in particolare, alle donne sposate o conviventi con altre donne – invocava l'interesse del minore a fondamento della disparità di trattamento. Nonostante il diritto francese, in linea con la giurisprudenza europea, riconosca che le coppie di persone dello stesso sesso non possono essere ritenute inidonee a crescere un figlio e che pertanto il *best interest of the child* non si opponga, in principio, all'adozione o al riconoscimento del legame di filiazione con due genitori dello stesso sesso, un'obiezione persisteva di fronte alla possibilità che tali coppie possano non solo essere legalmente riconosciute come genitrici di un bambino già nato, ma anche di un bambino che ancora deve nascere. Il Consiglio di Stato, nel parere citato, ha sostenuto a questo proposito che l'accesso all'adozione deve essere distinto dall'accesso alla PMA in quanto, nel primo caso, si tratta di "accogliere un figlio già nato, orfano o i cui genitori non sono in grado di crescerlo a causa di un caso della vita". Le procedure di adozione – prosegue il parere – prevedono inoltre dei controlli di natura amministrativa e giudiziaria volti ad assicurare "che il progetto genitoriale sia conforme all'interesse del minore", controlli che "non esistono, se non in maniera residuale, nella procedura della PMA"<sup>34</sup>. Insomma, secondo tale ragionamento, solo le coppie eterosessuali potrebbero beneficiare di una presunzione di idoneità a diventare genitori mediante PMA, mentre per le donne sole o le coppie di donne tale idoneità dovrebbe essere valutata in concreto attraverso lunghe procedure amministrative e giudiziarie, non potendo bastare la procedura di valutazione medica prevista all'uopo dalla legislazione sulla PMA.

Quest'obiezione, così argomentata, sembra in realtà figlia di posizioni ideologiche più che giuridiche. In tal senso, è stato osservato che, non potendosi (più) ammettere la non idoneità delle coppie di persone dello stesso sesso a crescere un figlio, viene trasferito sui possibili effetti sul minore quel "disprezzo" non giuridicamente giustificabile nei confronti delle coppie<sup>35</sup>. Senza voler riassumere qui i risultati di decenni di studi scientifici – il che sconfinerebbe al di fuori sia delle competenze di chi

30 Per quanto riguarda l'ordinamento francese e quello della CEDU, si veda S. Hennette-Vauchez, D. Roman, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Dalloz, 2020, p. 534 ss.

31 Così come affermato anche dalla Corte costituzionale italiana, per la quale "la scelta di tale coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, [...] riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare": Corte cost. n. 162/2014, par. 6 Cons. in diritto.

32 La nascita del figlio non è d'altronde mai garantita, come talune narrazioni sulla presunta "mercificazione" dell'accesso alla procreazione vorrebbero talvolta far credere, bensì è un risultato non sempre facile da raggiungere, al costo di procedimenti fisicamente e psicologicamente impegnativi. Per una testimonianza di tali percorsi, uscendo dalla saggistica scientifica per addentrarsi nella narrativa, si consiglia E. Mazzoni, *Le difettose*, Einaudi, 2012.

33 D'altronde l'esistenza di una disparità di trattamento era già stata riconosciuta, in Francia, in occasione della riforma del 2011, quando la condizione della durata minima di due anni di vita comune era stata soppressa proprio in nome della volontà di garantire un'uguaglianza di trattamento alle coppie (di persone di sesso differente) a prescindere dalla natura e dalla durata della loro relazione: si veda la relazione di accompagnamento del progetto di legge sulla bioetica del 2011, e in particolare la spiegazione sull'art. 20.

34 *Conseil d'État*, Parere, cit. In realtà, l'art. L. 2141-10 del Codice della Salute prevede la tenuta di colloqui tra il personale medico e la coppia che intende intraprendere il percorso di PMA con l'obiettivo, da un lato, di fornire le informazioni generali sull'assistenza medica alla procreazione e, dall'altro, di verificare la motivazione della coppia, con la possibilità di differire il progetto di PMA se il personale medico ritiene che "un periodo di riflessione complementare è necessario ai richiedenti nell'interesse del nascituro".

35 M.-X. Catto, *Retour sur les trois rapports de recherche*, in M.-X. Catto, K. Martin-Chenut (a cura di), *Procréation assistée et filiation. AMP et GPA au prisme du droit, des sciences sociales et de la philosophie*, Mare&Martin, 2019, p. 122. L'autrice cita un articolo del quotidiano on line Mediapart secondo il quale "Assistiamo in realtà a uno spostamento sulle coppie omosessuali e le famiglie omoparentali di quella patologizzazione che colpiva in passato le persone dette 'deviate' "(*On assiste au retour du refoulé ho-*



scrive che dell'oggetto del presente contributo – ci si limita a riassumere i principali elementi scientifici richiamati a supporto di argomenti giuridici nel dibattito politico e dottrinale. L'obiezione più frequentemente invocata contro l'allargamento dell'accesso alla PMA è fondata sui possibili rischi per il minore dovuti alla crescita con un solo genitore, o "senza un padre e una madre"<sup>36</sup>, rischi legati dunque anche all'adozione e che non sarebbero specifici alla PMA<sup>37</sup>. D'altronde, anche rispetto a questi presunti rischi, come richiamato nel rapporto della missione di informazione costituita all'Assemblea nazionale, in oltre quarant'anni di studi sul tema, "nessun elemento probatorio è mai stato approntato a sostegno della tesi che paventa il rischio di un figlio disturbato, infelice o limitato nello sviluppo per il fatto di crescere in un quadro familiare non convenzionale" e che pertanto "chiunque si avvalga di una riflessione scientifica dovrebbe convenire, in tutta onestà, che allo stato attuale delle conoscenze l'interesse del minore non è minacciato"<sup>38</sup>.

L'altro argomento spesso invocato, poi, è il timore che l'allargamento dell'accesso alla PMA agevoli la via per la legalizzazione della GPA, per una sorta di "effetto domino"<sup>39</sup>. Si tratta, in realtà, di un argomento politico più che giuridico, perché l'estensione dell'ambito di applicazione della PMA non può avere alcuna conseguenza giuridica sulla regolamentazione di una pratica differente come quella della GPA. Per quanto ciò non fosse pertanto necessario, e con il solo obiettivo di privare del loro oggetto le critiche in tal senso, il divieto esplicito di ricorso alla GPA in Francia, già previsto all'interno del Codice civile<sup>40</sup>, è stato tuttavia ribadito all'interno del progetto di legge nel corso della discussione parlamentare.

Al termine dei lavori parlamentari, il progetto di legge proposto dal Governo e approvato dal Parlamento ha così disposto - in sintonia con le conclusioni e raccomandazioni del Comitato consultativo nazionale d'etica<sup>41</sup>, della Commissione nazionale consultativa dei diritti dell'uomo<sup>42</sup> e del Difensore dei diritti<sup>43</sup> - la soppressione di ogni differenza di trattamento tra donne sulla base della loro situazione matrimoniale<sup>44</sup> o del loro orientamento sessuale, nonché la soppressione della condizione di sussistenza di un'infertilità patologica o di una malattia geneticamente trasmissibile.

Il nuovo quadro normativo permetterà quattro tentativi di fecondazione in vitro e sei inseminazioni artificiali rimborsati dal sistema sanitario. Sono rimaste invece vietate la PMA *post-mortem* (mediante l'uso dei gameti del coniuge deceduto) e il dono di ovociti all'interno di una coppia di donne, con l'obiettivo di fare portare avanti all'una la gravidanza di ovuli fecondati dell'altra, permettendo così alla madre intenzionale non partoriente di avere altresì un legame biologico col nascituro. All'interno di una coppia di donne, pertanto, l'unica possibilità ammessa è quella che consente ad una delle donne di portare avanti una gravidanza (con i propri ovuli o con ovuli ricevuti in dono) e di essere pertanto la "madre partoriente", e all'altra di essere madre intenzionale, il che ha richiesto un adeguamento delle disposizioni sul riconoscimento legale del legame di filiazione.

---

*mophobe, Mediapart*, 14 dicembre 2012). In sintesi, prosegue l'autrice, "non si dice più che gli omosessuali sono dei pervertiti, ma li si accusa di provocare nei loro figli le patologie psicologiche che non si osa più imputare loro direttamente", p. 122.

36 C. Brunetti-Pons, *Le droit à l'enfant et la filiation en France et dans le monde*, op.cit., p. "des études révélant la surmorbidity des enfants élevés par une personne seule ou dans des situations atypiques", p. 32 e 310.

37 C. Brunetti-Pons, *Le droit à l'enfant et la filiation en France et dans le monde*, op.cit., p. 310 et 331. Più ampia è invece la letteratura citata sui rischi legati alla GPA, sulla quale non ci attarderemo in questa sede.

38 *Mission d'information de la Conférence des présidents sur la révision de la loi relative à la bioéthique*, [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/bioethique/115b1572\\_rapport-information](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/bioethique/115b1572_rapport-information) p. 42.

39 Si veda ad esempio il dibattito riportato su <https://www.franceculture.fr/emissions/du-grain-moudre/pma-pour-toutes-gpa-pour-tous>.

40 Articolo 16-7 del Codice civile, introdotto dalla legge sulla bioetica del 1994.

41 Si veda il *Rapport de synthèse du Comité consultatif national d'éthique - Opinions du Comité citoyen*, accessibile all'indirizzo <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/184000352.pdf> e il parere n. 126 dello stesso CCNE sulla domanda della società in materia di ricorso all'assistenza medica alla procreazione, cit.

42 *Avis relatif à l'assistance médicale à la procréation*, 20-11-2018, p. 13.

43 Parere n. 15-18 del 3-07-2015.

44 Sulla nozione di "donne non sposate", da preferire a "donne sole o single", si veda il parere del Consiglio di Stato sul progetto di legge, cit., che precisa che la possibilità per una donna di portare avanti da sola un progetto di PMA doveva essere esclusa alle donne sposate, per evitare di imporre gli effetti automatici mediante presunzione della paternità al coniuge che non vi ha preso parte. Tale scelta, d'altronde, consente l'accesso alla PMA non solo alle donne non legate stabilmente in alcuna convivenza, ma anche alle donne che, pur essendo legate in una relazione di fatto o in un'unione civile, desiderino portare avanti da sole una PMA, diventando il solo genitore legale del figlio: così spiega il Rapporto del Senato, n° 237, 8-01-2020, p. 28.

## 2.2 Le modalità di riconoscimento del legame con la madre intenzionale

Per consentire il riconoscimento della genitorialità intenzionale dal momento della nascita del figlio concepito tramite PMA, diverse opzioni si aprivano al legislatore<sup>45</sup>. In particolare, si sarebbe potuto applicare il principio di presunzione di maternità applicato alle coppie eterosessuali, secondo il quale, se la coppia che effettua la PMA è sposata, genitore intenzionale del figlio concepito tramite PMA è il coniuge della partorientente mentre, se non si tratta di coppia sposata, il genitore è la persona che ha acconsentito alla PMA nel quadro di un progetto genitoriale comune<sup>46</sup>.

La soluzione scelta è stata invece quella di permettere alla donna che non ha portato avanti la gravidanza di effettuare un riconoscimento anticipato davanti ad un notaio<sup>47</sup>. A seguito di tale riconoscimento, il doppio legame di filiazione, con la madre partorientente e la madre intenzionale, sarà stabilito nell'atto di nascita.

La legge precisa, inoltre, che le coppie di donne che hanno avuto ricorso alla PMA all'estero prima dell'entrata in vigore della riforma potranno procedere ad un riconoscimento congiunto per vedere stabilita la doppia filiazione entro il termine di tre anni<sup>48</sup>. Questa soluzione mette così fine all'insicurezza giuridica che ha caratterizzato per tanti anni le situazioni familiari delle famiglie omoparentali che, dopo aver avuto ricorso alla PMA all'estero (o talvolta anche in Francia, mediante canali non ufficiali e legali<sup>49</sup>), penavano a veder riconosciuto il legame di filiazione con la madre intenzionale. Tale riconoscimento, un tempo vietato, ha infatti fatto l'oggetto di un'evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha portato ad estenderlo alle coppie di donne sposate.

Dal 2013, in virtù della legge sul *mariage pour tous* che ha contestualmente esteso l'adozione piena alle coppie di persone dello stesso sesso unite in matrimonio, la madre intenzionale può legalmente adottare il figlio della coniuge. La Corte di cassazione si è espressa nel 2014, ritenendo che "il ricorso all'assistenza medica alla procreazione, nella forma di un'inseminazione artificiale con donatore anonimo praticata all'estero, non è di ostacolo alla pronuncia dell'adozione da parte della coniuge del figlio nato da tale procreazione, purché sussistano le condizioni legali per l'adozione e che questa sia conforme all'interesse del minore"<sup>50</sup>. Dal momento che la sussistenza del legame matrimoniale è una condizione per l'esercizio congiunto della piena autorità genitoriale tramite adozione, tale soluzione rimaneva preclusa alle coppie di donne non sposate<sup>51</sup>. Delle vie alternative sono state cercate, come la domanda di riconoscimento della filiazione per possesso di stato, ma la Cassazione ha rigettato tale soluzione<sup>52</sup>.

La situazione pre-riforma non sollevava quindi soltanto una questione di disparità di trattamento tra donne davanti al diritto di intraprendere il proprio progetto genitoriale, ma anche e soprattutto una discriminazione tra minori nati mediante PMA, a seconda della situazione civile e dell'orientamento sessuale dei propri genitori. Si perpetrava così quell'odiosa disparità di trattamento, constatata anche nell'ordinamento italiano e cui la Corte costituzionale non ha saputo porre efficacemente rimedio<sup>53</sup>, tra figli nati da PMA ai quali è dato di avere legalmente due genitori e "figli di un dio minore"<sup>54</sup>, cui questo

45 Si vedano le opzioni vagliate nello *Studio di impatto sul progetto di legge bioetica*, cit., p. 180 ss.

46 In proposito, lo studio di impatto, dopo aver illustrato le soluzioni adottate dai vari ordinamenti esaminati, osserva che solo il Belgio applica tale criterio: *Studio di impatto*, cit. p. 185.

47 Art. 342-11 del Codice civile, introdotto dall'art. 6 della legge di riforma sulla bioetica n. 2021-1017 cit.

48 Art. 6 della legge di riforma sulla bioetica n. 2021-1017 del 2 agosto 2021.

49 Lo studio sull'impatto della riforma allegato al progetto di legge dà atto del fatto che alcune banche dello sperma private situate all'estero affermano di inviare regolarmente in Francia dei campioni forniti da donatori, destinati a dei privati o anche talvolta a delle strutture mediche che agirebbero in violazione della legge: *Studio di impatto sul progetto di legge bioetica*, cit., p. 36-37.

50 *Cour de cassation*, pareri del 22-09-2014.

51 *Studio di impatto sul progetto di legge bioetica*, cit., p. 182.

52 *Cour de cassation, 1ère Chambre civile*, parere n. 17-70.039 del 7-03-2018.

53 Il riferimento è ovviamente a Corte cost. n. 230/2020 e soprattutto a Corte cost. n. 32/2021, nella quale la Corte, pur avendo constatato che "i nati a seguito di PMA eterologa praticata da due donne versano in una condizione peggiore rispetto a quella di tutti gli altri nati, solo in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo" e che "un intervento [del legislatore] è impellente", si limita a rivolgere un monito al legislatore, ritenendo "di non poter ora porre rimedio", poiché spetta al legislatore "individuare, come già auspicato in passato, un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti".

54 Così M. Picchi, "Figli di un dio minore": quando lo status filiationis dipende da luogo di nascita (*Brevi riflessioni sulla sentenza n. 230 del 2020*), *Forum di Quaderni Costituzionali*, n.1, 2021, a commento della decisione della Corte costituzionale italiana n. 230 del

diritto non veniva riconosciuto a causa dell'orientamento sessuale e della situazione matrimoniale dei propri genitori.

Sotto questo profilo, la legge dà così finalmente una risposta ad esigenze di tutela di diritti fondamentali che finora potevano essere soddisfatte solo nelle aule giudiziarie, con il giudice posto "nell'imbarazzo di dover reinterrogare il legame di filiazione tra un figlio nato mediante PMA e i suoi genitori"<sup>55</sup>. La filiazione stabilita nell'atto di nascita a seguito del prericonoscimento davanti al notaio avrà infatti la stessa portata e gli stessi effetti della filiazione naturale. Tuttavia, se gli effetti sono gli stessi, la stessa identità non sussiste quanto alle modalità di riconoscimento, il che lascia sopravvivere un profilo di disparità di trattamento sul quale torneremo a breve.

### 2.3 L'allargamento della possibilità di crioconservazione dei gameti

L'allargamento della PMA a tutte le donne, accompagnato dalla correlata abolizione del riscontro di un'infertilità patologica quale condizione di accesso, ha fatto crollare un altro divieto: quello relativo alla conservazione dei propri ovociti per ragioni diverse da imperativi medici quali una malattia, una terapia o un intervento chirurgico che rischiano di compromettere la fertilità della donna.

Ammettere che il ricorso alla PMA rientra nella libertà di scelta sulle modalità di procreazione davanti a circostanze di varia natura, che possono essere di ostacolo alla procreazione naturale, ha infatti portato a riconoscere altresì la possibilità di prevedere anticipatamente un rimedio a tali difficoltà, mediante la conservazione di gameti<sup>56</sup>.

Si tratta ovviamente di una scelta dall'elevata connotazione etica e politica, che di fatti non aveva fatto l'oggetto di consenso in seno agli Stati generali della bioetica. Al legittimo desiderio di diventare genitori e al correlato diritto alla tutela del proprio progetto genitoriale, hanno potuto essere opposti argomenti legati alla salvaguardia della dignità umana rilevante in ogni tipo di trattamento di materiale biologico umano o argomenti in favore dell'utilità della decrescita demografica e contro il mito della procreazione ad ogni costo. Senza addentrarci oltre nell'analisi dei possibili interessi in conflitto con tale scelta normativa, che peraltro non ha fatto l'oggetto di alcuna contestazione dinanzi al Consiglio costituzionale, ci si limiterà ad osservare che la scelta ci pare coerente con quell'idea di riconoscimento non del diritto ad un figlio, a qualunque costo e a qualunque età, ma con la garanzia del diritto ad un progetto genitoriale, diritto sempre più minacciato nella società attuale da fattori sociologici e biologici che portano a ritardare l'età media della procreazione e ad aumentare le necessità di ricorso ad una PMA<sup>57</sup>. La possibilità di crioconservazione dei gameti consente di ridurre, in caso di successivo ricorso alla PMA, i disagi e gli ostacoli dovuti alla difficoltà di produzione degli stessi. La legge, tuttavia, in merito al diritto d'accesso alla gratuità delle cure, distingue le procedure di PMA finora analizzate da tale procedura, che è propedeutica ad una PMA eventuale e mira perciò a rimediare a difficoltà non ancora concrete di procreazione: pertanto, mentre l'atto medico di prelievo dei gameti è preso in carico dal servizio sanitario, i costi della conservazione sono a carico del paziente.

2020. Il bilancio odierno non è molto più rassicurante, nonostante il forte monito formulato dalla Corte costituzionale nella più recente sentenza n. 32/2021; monito che non è però stato accompagnato da meccanismi decisionali più efficaci per garantire l'esecuzione della sentenza da parte del Legislatore. Sul punto, si vedano anche le considerazioni sulle conseguenze della "mobilità procreativa", *infra* par. 4.

55 M.X. Catto, *Avant-propos*, in M.-X. Catto, K. Martin-Chenut (a cura di), *Procréation assistée et filiation*, *op.cit.*, p. 12 e M. Gross, *L'embarras des magistrats français entre l'intérêt de l'enfant et l'ordre public*, *ibidem*, p. 143.

56 La nozione comprende qui sia ovociti che spermatozoi, poiché tale possibilità è accordata sia alle donne che agli uomini che desiderino conservare i propri gameti in vista di un'eventuale PMA.

57 Nel 2018, circa 1 nato su 30 in Francia è stato concepito mediante PMA (Fonte: INED, *Population et Sociétés*, juin 2018, n° 556). Dati analoghi sono riportati in S. Hennette-Vauchez, D. Roman, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, *op.cit.*, che parlano di 25 OOO nascite all'anno, pari a circa il 3% delle nascite complessive sul territorio francese.

### 3. Alcuni profili problematici della riforma

#### 3.1 L'irragionevole disparità di trattamento quanto al riconoscimento della maternità intenzionale

Come accennato, le modalità di riconoscimento della genitorialità intenzionale non sono le stesse per coppie eterosessuali o omosessuali. Nel caso di PMA portata avanti da una coppia composta da una donna e un uomo, quest'ultimo beneficia della presunzione di paternità se è sposato con la partoriente, oppure, se i due non sono sposati, beneficia del riconoscimento della paternità alla nascita per semplice dichiarazione, senza bisogno di alcun prericonoscimento dinanzi ad un notaio<sup>58</sup>. Nel caso in cui, invece, la PMA sia portata avanti da una coppia di donne, una previa dichiarazione di riconoscimento dinanzi ad un notaio è richiesta affinché sia stabilita la doppia filiazione e la madre intenzionale possa essere iscritta nell'atto di nascita.

Come denunciato da diverse associazioni e contestato in sede di controllo di costituzionalità preventivo<sup>59</sup>, ciò costituisce una violazione del principio di uguaglianza ed un'ingiustificata limitazione del diritto alla tutela della vita familiare nei confronti della madre intenzionale, che non può beneficiare della presunzione di maternità alla nascita né del riconoscimento davanti all'ufficiale di stato civile al momento della nascita o in qualunque momento successivo, com'è invece consentito al padre intenzionale<sup>60</sup>. Tale violazione, inoltre, colpisce ovviamente anche gli altri membri della famiglia e in particolare il figlio, il cui riconoscimento di un legame di doppia filiazione è sottoposto ad un ostacolo amministrativo, il cui espletamento è per di più oneroso, che non è invece imposto ai nati in seno ad una coppia composta da un uomo e una donna. È pur vero che, da un punto di vista pratico, tale dichiarazione davanti al notaio non si traduce necessariamente in un allungamento delle procedure amministrative, in quanto essa può essere fatta contestualmente alla dichiarazione di consenso alla ricezione dei gameti o degli embrioni, che deve essere espressa dinanzi ad un notaio in tutti i casi di PMA eterologa, che si tratti di coppie di donne, di coppie composte da una donna ed un uomo o di donne sole<sup>61</sup>. Tuttavia, da un punto di vista simbolico (e finanziario) si tratta comunque di una condizione supplementare imposta alle sole coppie di donne senza, a parere di chi scrive, alcun fondamento che giustifichi la disparità di trattamento.

Sebbene tale soluzione sia stata scartata in sede di approvazione della legge, sarebbe pertanto auspicabile una modifica delle norme in materia di riconoscimento del genitore intenzionale, che vada ad equiparare le coppie di donne alle coppie composte da un uomo e una donna, estendendo alle prime la regola della presunzione di filiazione (non più soltanto "presunzione di paternità"), seguendo il "modello belga"<sup>62</sup>.

58 Una dichiarazione dinanzi al notaio è tuttavia necessaria in caso di fecondazione eterologa, per esprimere il consenso alla ricezione di gameti o embrioni donati da donatori anonimi. Anche in questo caso, tuttavia, alcuna dichiarazione di prericonoscimento del nascituro è richiesta da parte del padre intenzionale.

59 La contestazione di tale profilo di incostituzionalità è stata fatta mediante il deposito di un "contributo esterno" redatto da un gruppo di universitarie. Si tratta di osservazioni sulla costituzionalità di una legge, denominate anche "portes étroites" (porte strette) inviate in via informale al Consiglio costituzionale nell'ambito della procedura di controllo preventivo, che non prevede formalmente il deposito di osservazioni da parte di terzi o *amicus curiae*. Le osservazioni, benché non ufficialmente parte della procedura, sono tuttavia pubblicate dal *Conseil constitutionnel*: [https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/decisions/2021821dc/2021821dc\\_contributions.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2021821dc/2021821dc_contributions.pdf).

60 Anche la *Commission nationale consultative des droits de l'homme* auspicava l'adozione dello stesso regime giuridico applicato alle coppie composte da una donna e un uomo, in quanto si sarebbe trattato della soluzione più egalitaria e meno discriminante: *Avis relatif à l'assistance médicale à la procréation*, cit., p.13.

61 Art. L. 2141-10 del Codice della salute pubblica e art. 342-10 del Codice civile, come modificati dall'art. 6 della legge sulla bioetica.

62 Il modello belga è stato preso in considerazione, ma in definitiva escluso, nello *Studio di impatto*, cit. p. 185. Sull'ordinamento belga, v. A.M. Lecis Cocco Ortu, *La "presunzione di maternità" presto in vigore in Belgio*, *Articolo29*, 22-12-2014.



### 3.2 La marcia indietro sul riconoscimento dei figli nati da GPA

La legge contiene altresì una disposizione sul riconoscimento della filiazione dei nati da GPA all'estero che, andando a modificare l'articolo 47 del Codice civile in materia di trascrizione degli atti civili prodotti all'estero, prevede che la veridicità del contenuto di un atto di stato civile straniero, condizione per la sua trascrizione, "sarà valutata secondo la legislazione francese"<sup>63</sup>.

Tale disposizione, introdotta per via di emendamento e passata piuttosto in sordina nel dibattito pubblico, ha per obiettivo di mettere fine al più recente orientamento giurisprudenziale che, a seguito di una lunga evoluzione alimentata altresì da un dialogo con la Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>64</sup>, aveva consentito la trascrizione integrale dell'atto di nascita estero con l'indicazione di entrambi i genitori, biologico e intenzionale<sup>65</sup>.

Se dapprima la trascrizione integrale sembrava dover costituire, conformemente al parere reso dalla Corte Edu<sup>66</sup>, l'alternativa all'adozione nei casi in cui quest'ultima si rivelava impossibile o comunque difficoltosa, le più recenti pronunce di sezione della Corte di cassazione avevano fatto della trascrizione integrale la regola. Tale orientamento si fondava su un'interpretazione della "veridicità dei fatti indicati nell'atto civile estero" valutata non secondo la verità fattuale o secondo la legislazione francese, bensì secondo la legge estera del paese nel quale l'atto è stato legalmente prodotto<sup>67</sup>. Pertanto, anche in caso di non conformità alla veridicità *fattuale*, il contenuto dell'atto poteva essere considerato veritiero, e pertanto integralmente trascrivibile, ove conforme alle regole dell'ordinamento nel quale era stato prodotto in merito all'indicazione di entrambe le madri, partoriente e intenzionale.

Il riferimento alla necessità di valutare la veridicità dell'atto "secondo la legge francese" inserito all'articolo 47 del Codice civile è quindi volto a impedire, in sede di trascrizione, l'indicazione del genitore intenzionale che non abbia un legame biologico col figlio, con la conseguenza che il legame di filiazione con quest'ultimo non possa essere riconosciuto che tramite la via dell'adozione, con tutti i problemi che ciò comporta per la tutela della vita familiare di genitori e figlio e soprattutto del diritto del minore ad un'identità anagrafica. La futura prassi potrà dirci se tale disposizione lascerà comunque un margine per la trascrizione integrale degli atti di nascita, secondo un'interpretazione convenzionalmente orientata conforme alla piena tutela dell'interesse superiore del minore<sup>68</sup>.

### 3.3 La possibilità di accesso all'identità del donatore e i suoi possibili effetti sulla disponibilità di gameti per la PMA eterologa

Un altro aspetto della riforma degno di considerazione è la possibilità per i nati da PMA eterologa con donatore anonimo di poter accedere, alla maggior età, all'identità anagrafica del donatore<sup>69</sup>.

63 L'articolo 47 del Codice civile dispone che un atto di stato civile redatto all'estero "fa fede, salvo ove emerga [...] che tale atto è irregolare, falsificato o che i fatti ivi dichiarati non corrispondono alla realtà. Questa sarà valutata conformemente alla legislazione francese" (in corsivo la modifica apportata dall'art. 7 della legge sulla bioetica del 2 agosto 2021).

64 Si richiamano in particolare le sentenze Corte Edu, *Mennesson c. Francia*, n. 65192/11 e *Labassee c. Francia*, n. 65941/11, entrambe del 26 giugno 2014; Corte Edu, *Laborie c. Francia*, 17 gennaio 2017 e, da ultimo, Corte EDU *Parere consultivo relativo al riconoscimento in diritto interno del legame di filiazione tra un figlio nato da una gestazione per altri praticata all'estero e la madre intenzionale*, 10 aprile 2019. Sul punto, sia consentito rinviare al nostro contributo *L'obbligo di riconoscimento della genitorialità intenzionale tra diritto interno e CEDU: Riflessioni a partire dal primo parere consultivo della Corte Edu su GPA e trascrizioni*, su *Questa rivista*, n. 1/2019, p. 68.

65 Si vedano in particolare *Cour de cass. Civ. 1re*, n° 1111 del 18-12-2019, *Cour de cass. Civ. 1re*, 18-11-2020 e il commento di L. Gareil-Sutter, *GPA et transcription de l'acte de naissance de l'enfant : la Cour de cassation persiste et signe*, *Dalloz actualité*, 3-12-2020.

66 Corte Edu, *Parere*, cit.

67 *Cour de cass. Civ. 1re*, 18-11-2020.

68 A supporto di tale soluzione, si rinvia alle considerazioni già avanzate in merito al parere della Corte Edu che, seppur dispone un obbligo di risultato (il riconoscimento del legame di filiazione con il genitore intenzionale) lasciando agli Stati un margine di apprezzamento quanto alle modalità di esecuzione, impone un limite a tale margine nella necessità di garantire "che ci sia un meccanismo effettivo che permetta, secondo la valutazione delle circostanze del caso, il riconoscimento del legame tra figlio e madre intenzionale al più tardi dal momento in cui esso si è concretizzato" in modo da "evitare che il minore sia mantenuto a lungo in una situazione di incertezza giuridica quanto al legame [di filiazione]" (Corte Edu, *Parer cit.*, par. 52 e 54). Pertanto, la trascrizione integrale ci sembra l'unica soluzione efficace, salvo nei casi in cui essa possa risultare, in concreto, pregiudizievole per l'interesse del minore (si rinvia a *L'obbligo di riconoscimento della genitorialità intenzionale tra diritto interno e CEDU*, *op. cit.*, sul punto p. 76 ss.).

69 Art. 3 della legge sulla bioetica del 2 agosto 2021. In realtà, i nati da PMA potranno chiedere di accedere all'identità del donatore ovvero a "dati non identificativi" (quali l'età, le caratteristiche fisiche, etc.). La disposizione precisa che l'accesso a tali

A tale disposizione, che solleva molteplici profili degni di un'analisi più approfondita quanto al bilanciamento degli interessi costituzionali in conflitto, saranno tuttavia dedicate poche righe, al solo scopo di porre l'accento su alcuni interrogativi in merito agli ostacoli che tale innovazione può opporre all'accesso alla PMA. È stato infatti osservato che l'obbligo per i donatori di prestare il consenso alla comunicazione, seppur solo eventuale, dei propri dati anagrafici, è destinato ad avere un effetto dissuasivo, che rischia di compromettere l'effettività dell'accesso alla PMA, già messa sotto tensione dall'estensione della platea delle aspiranti beneficiarie<sup>70</sup>. Considerando che gli stock di gameti maschili soddisfano a pena la domanda attuale, l'aumento della domanda, sommato agli eventuali effetti della possibile soppressione dell'anonimato dei donatori, rischia di prolungare i tempi di attesa ben al di là dei 12 mesi attuali<sup>71</sup>.

Il rischio di difficoltà nell'accesso concreto all'assistenza medica alla procreazione, malgrado il dato normativo, mantiene quindi viva l'annosa questione dell'attraversamento dei confini nazionali, per poter accedere altrove a procedimenti di assistenza alla procreazione indisponibili nel proprio paese di residenza.

#### 4. Il nodo della “mobilità procreativa” e delle sue conseguenze al rientro: spunti conclusivi sull'esigenza di un riconoscimento pieno dei legami di filiazione

Una questione che resta aperta anche a seguito della recente riforma, in Francia come in altri paesi, è dunque quella delle conseguenze, nel diritto interno, sullo *status* dei nati a seguito di assistenza alla procreazione legalmente posta in essere in un altro paese<sup>72</sup>.

La questione che qui si pone non porta più su come un ordinamento decida di disciplinare tale o tale tecnica di procreazione assistita, e quindi che garanzie intenda dare alle persone che intendano legittimamente ricorrervi sul suo territorio, ma porta piuttosto su quali garanzie lo Stato debba offrire alle persone che subiscono gli effetti di procedure già (legittimamente) poste in essere altrove: in altre parole, non si discute di che tutela accordare al diritto ad un progetto genitoriale (che abbiamo visto essere talvolta criticamente qualificato “diritto al figlio”), ma di che tutela accordare invece ai diritti del figlio, già nato e soggetto di diritto, e non mero risultato eventuale di un progetto genitoriale.

Il composito puzzle di legislazioni in materia<sup>73</sup>, e gli ostacoli concreti oltre che legali che talvolta si frappongono all'accesso alla PMA<sup>74</sup>, continuano infatti ad offrire terreno fertile al ricorso all'estero a pratiche mediche riproduttive precluse nel paese di residenza, secondo quello che è spesso definito

informazioni non può condurre ad alcun riconoscimento del legame di filiazione.

- 70 In proposito, il Consiglio di Stato, nel suo Rapporto sul progetto di legge già citato, aveva osservato che l'allargamento dell'accesso avrebbe inevitabilmente condotto ad una penuria di gameti e pertanto a termini di attesa più lunghi: p. 15.
- 71 L'attesa media di 6 mesi sarebbe già aumentata ad un anno a seguito dell'allargamento dell'accesso alla PMA, che ha portato ad un incremento delle domande superiore a quello prospettato (3500 domande contro 1000 attese). Il Governo ha annunciato un piano di investimento che consenta di incrementare mezzi e servizi, ma senza poter avere ovviamente potere di intervento sulle donazioni: [https://www.lemonde.fr/societe/article/2021/09/14/pma-pour-toutes-le-gouvernement-veut-reduire-les-delais-d-attente-d-un-an-a-six-mois\\_6094624\\_3224.html](https://www.lemonde.fr/societe/article/2021/09/14/pma-pour-toutes-le-gouvernement-veut-reduire-les-delais-d-attente-d-un-an-a-six-mois_6094624_3224.html).
- 72 Per quanto riguarda il riconoscimento degli *status* familiari all'interno dell'UE, nelle more della pubblicazione del presente contributo la Corte di giustizia dell'UE ha emesso un'importante pronuncia in materia, stabilendo definitivamente il principio secondo cui “chi è genitore in un paese, è genitore in tutti i paesi”. Si veda la decisione CGUE, *V.M.A. c. Comune di Sofia, distretto di Pancharevo, Bulgaria*, C-490/20, e il commento di A. Schillaci, *Genitori in ogni paese: la Corte di Giustizia si pronuncia sulla tutela transnazionale delle famiglie arcobaleno nell'UE*, Diritti comparati, 22 dicembre 2021.
- 73 Si rinvia ancora allo *Studio di impatto sul progetto di legge bioetica*, p. 185 ss. e, nella dottrina francese, V. Rozée, *Approche démographique: dis-moi qui tu es je te dirais où aller. Les recours transnationaux de l'assistance médicale à la procréation*, in M.X. Catto, *Procréation assistée et filiation*, op.cit., p. 165. Nella dottrina italiana, per quanto non più recentissimo, si segnala l'ottimo volume di S. Penasa, *La legge della scienza. Nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015; più di recente: L. Chieffi (a cura di), *Tecniche procreative e nuovi modelli di genitorialità. Un dialogo italo-francese*, Mimesis, Milano - Udine 2018; S. Aceto di Capriglia, *La stepchild adoption e il fenomeno delle coppie same sex nel diritto europeo contemporaneo*, Federalismi.it, 8/2020, 1° aprile 2020, 1 ss.
- 74 Come ad esempio la penuria di gameti per l'accesso all'eterologa, che va ad allungare i tempi di attesa, su cui si è detto *supra*.

“turismo procreativo” ma che, per eliminare ogni assimilazione ad un’attività di svago, potrebbe più propriamente essere definito “mobilità procreativa”<sup>75</sup>.

Quali risposte offre l’ordinamento al rientro da tale mobilità procreativa? Quali sono le conseguenze sul piano del riconoscimento della filiazione per i nati a seguito di procedure di assistenza alla riproduzione, non consentite o comunque non concretamente autorizzate nel territorio francese?

Abbiamo visto che la legge in commento offre una soluzione alle coppie di donne che abbiano avuto ricorso alla PMA all’estero prima della sua legalizzazione in Francia, consentendo di procedere ad una dichiarazione di riconoscimento della madre intenzionale davanti ad un notaio. Ma resta da capire quali saranno le soluzioni offerte per il riconoscimento della doppia filiazione dei nati in seno alle coppie che continuino ad avere ricorso alla PMA all’estero, vuoi perché non soddisfano i requisiti imposti dalla legge francese, o perché non vogliono sottoporsi alle lunghe attese o ancora perché preferiscono optare per paesi che consentano tecniche di assistenza alla procreazione che aumentano le *chance* di successo<sup>76</sup>. Se la questione interessa potenzialmente tutte le donne, a prescindere dalla situazione matrimoniale o dall’orientamento sessuale, il problema relativo al riconoscimento della filiazione riguarda principalmente le coppie di donne, nei confronti delle quali il riconoscimento di una doppia filiazione alla nascita incontra più ostacoli. In caso di nascita all’estero, sarà possibile richiedere la trascrizione integrale dell’atto di nascita con l’indicazione di due madri, oppure la modifica apportata all’articolo 47 del Codice civile, secondo cui la veridicità del contenuto dell’atto va valutata conformemente alla legislazione francese, può ostare alla trascrizione laddove la madre intenzionale non abbia proceduto al previo riconoscimento dinanzi ad un notaio, come previsto dalla legge francese? E in caso di nascita sul suolo francese a seguito di PMA portata avanti da una coppia di donne all’estero, sarà possibile l’iscrizione della doppia filiazione nell’atto, anche in assenza di previa dichiarazione davanti al notaio? Si tratta, qui, di una delle ipotesi nelle quali la discriminazione indiretta derivante dall’orientamento sessuale dei genitori quanto alle condizioni di riconoscimento della doppia filiazione manifesta tutti i suoi effetti, malgrado le soluzioni apportate dalla legge sulla “PMA per tutte”.

Analoghi problemi, come abbiamo visto, potranno ripresentarsi per il riconoscimento della doppia filiazione nei confronti dei nati da GPA, per effetto della marcia indietro imposta dalla legge in merito alla trascrizione integrale degli atti di nascita.

Nonostante gli evidenti progressi della legislazione francese in merito alla tutela dei minori nati da pratiche di assistenza medica alla procreazione, nell’ordinamento francese continuano tuttavia a persistere alcune delle criticità che osserviamo, con intensità più elevata e su più larga scala, anche nell’ordinamento italiano, e alle quali le recenti sentenze della Corte costituzionale non hanno saputo apportare una soluzione soddisfacente<sup>77</sup>.

75 Se non addirittura “esilio”, come proposto da M. C. Inhorn, P. Patrizio, *Rethinking reproductive “tourism” as reproductive “exile”*, in *Fertility and Sterility*, vol. 92, n. 3/2009, p. 904. L’espressione “turismo procreativo” è comunque, ci sembra, la più ampiamente utilizzata anche con accezione neutra e non necessariamente spregiativa: tra i tanti contributi che impiegano tale espressione, si vedano, in Francia J.-J. Lemouland, *Le tourisme procréatif*, LPA., n. 62/2001, p. 84 e, in Italia, M. C. Venuti, *Coppie sterili o infertili e coppie “same sex”. La genitorialità negata come problema giuridico*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2015, p. 259. In maniera critica e spregiativa, altri autori parlano invece di “delocalizzazione procreativa” (J. Mouly, *La délocalisation procréative : fraude à la loi ou habileté permise ?*, *Actualité Dalloz*, 2014, p. 2419) o di « esternalizzazione e delocalizzazione della fabbricazione dei bambini” (J. Hauser, *RTD. civ.*, 2011, p. 340).

76 V. Rozée, *Approche démographique : dis-moi qui tu es je te dirais où aller*, *op.cit.*, p. 165. Per un’analisi delle condizioni di accesso alla PMA in diversi paesi, si veda lo *Studio di impatto sul progetto di legge bioetica*, cit.

77 Il riferimento è ovviamente a Corte cost. n. 230/2020 e soprattutto a Corte cost. n. 32/2021, nella quale la Corte, pur avendo constatato una violazione dei diritti costituzionali dei nati da PMA che non possano vedersi riconosciuto un doppio legame di filiazione, si limita a indirizzare un monito al legislatore, senza assortirlo di meccanismi decisionali più efficaci per garantirne il rispetto, come sperimentato invece in occasione del caso Cappato. In proposito, sull’approccio oscillante della corte, “che quando vuole fa”: A. Ruggeri, *Ancora in tema di procreazione medicalmente assistita (chiose minime a margine di un corposo studio recente)*, *ConsultaOnLine*, n. 1/2021, e N. Zanon, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, n. 3/2021, 27-01-2021, p. 86, spec. 96 ss. Auspicano l’applicazione di una “soluzione Cappato” in caso di perpetrata inerzia del legislatore: A. Matteoni, *Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle “decisioni di incostituzionalità prospettata”: verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?*, *ConsultaOnLine*, n. 2, 2021, 375 F. Manella, *Oltre un serio avvertimento al legislatore? La Corte costituzionale e la nuova categoria di “nati non riconoscibili” Nota alla sentenza n.32 del 2021 della Corte costituzionale*, *Nomos*, n. 1/2021, A. Schillaci, *Non imposta, né vietata: l’omogenitorialità a metà del guado, tra Corti e processo politico*, in *Questa Rivista*, n° 2/2021, spec. p. 29. Tuttavia, il monito della Corte offre un margine per un’interpretazione costituzionalmente orientata da parte dei giudici comuni, come attestano alcune pronunce di cui dà atto M. Gattuso, *Cagliari e Roma: le prime due decisioni dopo le sentenze della Corte costituzionale*, in *Articolo29*, 5-05-2021.

Per quanto la questione della disciplina legale delle tecniche di assistenza alla procreazione<sup>78</sup> e quella del riconoscimento dei legami di filiazione da queste prodotti siano indubbiamente legate, ci sembra essenziale che gli ordinamenti le trattino in maniera distinta, senza poter fare della seconda il semplice corollario della prima. La legittima – seppur non illimitata – discrezionalità di cui godono gli Stati nella regolamentazione delle tecniche riproduttive non può trovare speculare applicazione nella regolamentazione degli effetti sui nati, se non nei limiti in cui essa possa comunque garantire il diritto del minore al riconoscimento legale dei propri genitori e della propria identità anagrafica, in nome dell'interesse superiore del minore.

La giurisprudenza può continuare ad agire *au cas par cas*, cercando di porre rimedio, nei limiti consentiti dall'ordinamento, agli ostacoli concretamente frapposti all'interesse superiore del minore nel riconoscimento dei legami di filiazione<sup>79</sup>. Ma la legge dovrebbe assicurare il riconoscimento di tali legami, o almeno astenersi dall'ostacolarlo, come ha invece voluto fare il legislatore francese con la modifica del Codice civile volta ad ostacolare la trascrizione integrale degli atti di nascita dei nati da GPA. Si è obiettato che un tale approccio condurrebbe, di fatto, a legalizzare un'elusione della legge, sopprimendo uno dei principali elementi di dissuasione dalle violazioni, ovvero che potrebbe innescare un effetto domino destinato ad agevolare, a termine, la legalizzazione di alcune procedure per il momento vietate. Il rischio, inutile negarlo, esiste. Ma le regole non possono essere difese a costo di più gravi violazioni di diritti fondamentali. Davanti al puzzle variegato della regolamentazione dell'accesso alle tecniche di assistenza alla procreazione, la stessa varietà non deve invece caratterizzare la tutela delle situazioni familiari, la quale deve essere fondata non su esigenze dissuasive e di coerenza dell'ordinamento con i divieti da esso imposti, ma sulla protezione dei legami familiari in nome dell'interesse superiore del minore.

---

78 Includendo qui anche le tecniche di GPA, proprio perché riteniamo che, davanti alle esigenze di tutela dei nati, i metodi tramite i quali sono stati messi al mondo, pur potendo essere valutati in concreto nella valutazione del *best interest of the child*, non devono costituire aprioristicamente il criterio di discriminare.

79 Sulla miopia della riflessione politica in materia, che lascia i giudici soli dinanzi alla necessaria regolamentazione delle conseguenze giuridiche sullo *status filiationis* delle pratiche di procreazione assistita attuate all'estero: M. Gross, *L'embaras des magistrats français entre l'intérêt de l'enfant et l'ordre public*, *op.cit.*, p. 143 e, in Italia, tra i numerosi contributi, C. Campiglio, *Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri costituzionali: il ruolo creativo della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 481 e G. Luccioli, *Questioni eticamente sensibili. Quali diritti e quali giudici. La maternità surrogata*, *ConsultaOnline*, 2, 2017, p. 325.



---

## *Commenti*

Edoardo Formelli\*

# Lo status giuridico delle minoranze LGBTQ+ nella Repubblica Popolare Cinese: uno studio comparato. Dalla Cina imperiale alle esperienze attuali

## Sommario

Introduzione – 1. Profili storici del trattamento giuridico degli individui sulla base dell’orientamento sessuale e dell’identità di genere – 1.1. Dal periodo Antico alla Dinastia Ming: tra accettazione e tentativi di limitazione – 1.2. Dalla dinastia Qing alla Repubblica Popolare Cinese: tra ordine e rinnovamento – 1.3. La Repubblica Popolare Cinese: dal maoismo al 1997 – 2. L’orientamento sessuale e l’identità di genere nel prisma della legislazione vigente – 2.1. La posizione delle persone LGBTQ+ nel diritto di famiglia; uno sguardo al nuovo Codice civile – 2.2. La tutela della persona nel diritto del lavoro – 2.3. La condizione degli individui LGBTQ+ nel diritto penale – 2.4. La dissonanza tra realtà giuridica e realtà sociale – 2.5. La particolarità dei profili giuridici legati all’identità *transgender* – 3. Lo status giuridico e il riconoscimento delle minoranze LGBTQ+ in ottica comparata: uno sguardo a Oriente ed Occidente – 3.1. Il modello taiwanese – Conclusione

## Abstract

Il presente elaborato ambisce a ricostruire l’attuale quadro legislativo concernente lo *status* giuridico degli individui LGBTQ+<sup>1</sup> nella Repubblica Popolare Cinese, in considerazione della frammentarietà della disciplina previgente e il recente tentativo di razionalizzazione avutosi con l’introduzione del nuovo Codice civile. L’analisi proposta prende le mosse dalle più risalenti evidenze storiche di epoca imperiale e giunge ai profondi cambiamenti che hanno investito la Cina a partire dall’instaurazione del regime comunista nel 1949 e sino al presunto traguardo della depenalizzazione dei rapporti omosessuali avvenuta nel 1997. A partire da tali premesse, si tenterà di mostrare mediante un approccio critico l’esistenza di vuoti di tutela nonché contraddizioni immanenti al sistema, cui fanno da corollario una fitta giurisprudenza e da contrappeso una realtà sociale dissonante, fatta di luci ed ombre. L’attenzione sarà rivolta in questo stadio anche ai profili giuridici inerenti all’identità *transgender*. Dopo aver delineato il quadro attuale, il saggio offre una breve comparazione con una delle realtà più virtuose nel panorama dell’estremo Oriente, quella di Taiwan, per poi concludersi con considerazioni di tipo sistematico, le quali richiamano alcune chiavi di lettura tipiche del diritto internazionale sotto il segno di una “globalizzazione attraverso i diritti”.

*This paper aims at reproducing the current legal framework concerning the status of LGBTQ+ persons in the People’s Republic of China. Considering the fragmentation of the former legal framework and the recent rationalization brought by the introduction of the new Civil Code, the prospected analysis leaps back to the most remote evidence of the imperial age and reaches up to the deep changes China has been faced with during the communist era, that have led to the decriminalization of homosexuality in 1997. A critical approach is implemented to shed a*

\* Studente magistrale presso l’Università di Trento.  
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1 La sigla sta ad indicare le minoranze: “lesbian, gay, bisexual, transexual, queer and any other sexual identity”; *Oxford learner’s dictionary*, Oxford University Press, 2020.

light on the defectiveness of the legal protection and the system's immanent contradictions, while also including references to case law and the contrast with a divergent social reality. At this stage, some space is duly given to legal considerations arising from the condition of transgender individuals. Ultimately, chapter 3 is dedicated to a comparative assessment of one Asia's most virtuous legal systems: Taiwan. Final remarks are inspired by a systematic reading of the legal issues and freely implement paradigms typical of international law to endorse the idea of globalization through rights.

## Introduzione

L'esistenza di minoranze LGBTQ+ come componenti del tessuto politico-sociale è un dato di fatto, che tuttavia solo nell'ultimo ventennio ha rivestito una crescente rilevanza anche dal punto di vista della sua regolamentazione giuridica. Ogni stato contemporaneo si trova al centro di un'intera struttura di relazioni di potere di genere — e identità di genere<sup>2</sup> — che esercitano una significativa influenza anche sulla dimensione giuridica, autentico formante della cultura ampiamente detta<sup>3</sup>. Solo in tempi recentissimi tali posizioni sono state oggetto di un ripensamento su ampia scala, sulla scorta di movimentazioni sociali e politiche.

Al processo di internalizzazione e regolamentazione del fenomeno dei diritti delle minoranze LGBTQ+ oggi non è estranea nemmeno la Cina: la depenalizzazione dei rapporti omosessuali attuata nel 1997 ha aperto la strada ad un lento processo, segnato da numerose tappe legislative e giurisprudenziali, di riconoscimento delle istanze sollevate da dette minoranze che, ciononostante, risente ancora di un fisiologico ritardo rispetto ad altre esperienze; ed è proprio questo indizio a suggerire il metodo d'indagine più proficuo per questa trattazione.

Il fine che mi pongo con questo elaborato è anzitutto quello di ricostruire, in brevissimi termini, l'evoluzione storica della materia, rifacendomi alle prime testimonianze di Epoca imperiale e ripercorrendo i momenti salienti dell'esperienza comunista<sup>4</sup> per giungere, infine, alla trattazione dell'attuale quadro legislativo, in cui si inserisce il nuovo Codice civile. La mia attenzione sarà rivolta, a questo stadio, non solo al diritto civile, ma anche al diritto penale e al diritto del lavoro, con particolare attenzione anche alla normativa applicabile alle persone *transgender*. Il terzo e ultimo momento della mia ricerca sarà invece improntato all'indagine in chiave comparata delle principali soluzioni adottate in Asia, nello specifico da Taiwan.

Come suggerito, il metodo che mi prefiggo di adottare è quello tipico della comparazione giuridica, non tanto nell'ottica del "miglioramento del diritto nazionale" tramite l'imitazione<sup>5</sup>, quanto piuttosto allo scopo di mostrare le attuali distanze e le future prospettive di contatto che l'attualità della materia dei diritti delle minoranze LGBTQ+ ci richiede di sondare, tanto più in un contesto di internazionalizzazione del riconoscimento e della tutela dei diritti umani.

## 1. Profili storici del trattamento giuridico degli individui sulla base dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere

### 1.1 Dal periodo Antico alla Dinastia Ming: tra accettazione e tentativi di limitazione

Dal punto di vista prettamente storicistico, che tuttavia la brevità di questo lavoro non ci permette di approfondire, l'omosessualità<sup>6</sup> in Cina trova le sue più antiche testimonianze nell'epoca della dinastia Shang (1675 a.C. - ca. 1046 a.C.), periodo in cui veniva riguardata come normale tendenza individuale,

2 R. Connel, *Questioni di genere*, il Mulino, Bologna, 2011.

3 R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, UTET, Milano, 2019.

4 Si intende quella della Repubblica Popolare Cinese.

5 Concetto caro a G. Gorla, *Diritto comparato e straniero*, Giuffrè, Milano, 1963.

6 Si tratterà di questo tema in particolare, essendo le prime testimonianze di transessualità risalenti al XX Secolo.

tanto da divenire nel corso dei secoli usuale anche in ambienti aristocratici<sup>7</sup>. Questo assetto inclusivo e paritario si conservò sostanzialmente invariato per tutta l'epoca *Zhou* (c. 1045-256 a.C.) e *Qin* (221-206 a.C.); emblematico l'esempio, tra leggenda e realtà, della storia tra *Mi Zixia* (彌子瑕) e il duca *Ling* della regione *Wei* (衛靈公)<sup>8</sup>. Fu invece con l'avvento della dinastia *Han* (206 a.C.-220 d.C.) che le relazioni omosessuali, anche femminili, cominciarono a trovare menzione in ambienti cortigiani; tale realtà non trovò significative opposizioni di tipo regolamentare fino alla fine della dinastia *Tang* (618-907); in sostanza, quindi, la dimensione sessuale restò libera, ossia scevra di regolamentazione, fino al X Secolo<sup>9</sup>.

Allo schiudersi dell'epoca *Song* (960-1279), per via della crescente urbanizzazione delle città costiere e, soprattutto, per l'emersione della classe mercantile, si assistette alla monetizzazione dell'attività sessuale<sup>10</sup>, ad ogni grado e di ciascuna tipologia, nondimeno quella tra uomini. Fu in questo contesto, spesso sentito come cifra di decadenza sociale, che l'imperatore *Zhao Ji* (趙佶) emanò il primo provvedimento a noi conosciuto contro la prostituzione maschile, prevedendo come sanzioni (si direbbe oggi di natura penale) la fustigazione e la multa<sup>11</sup>. Il provvedimento, tuttavia, non trovò mai concreta applicazione.

Sebbene quanto fin qui detto sia già sufficiente a suggerire un naturale confronto con la condizione esistente nell'Europa medievale, caratterizzata da feroci persecuzioni<sup>12</sup>, è propriamente lo studio dell'epoca *Ming*, attraverso le parole di autorevoli interpreti<sup>13</sup>, che ci permette di saggiare la distanza di pensiero e di costumi rispetto al vecchio Continente. Lo stesso Ricci rese testimonianza della diffusione, a livello pubblico, di quelle che egli chiamava "perversioni contro natura"<sup>14</sup>; modi d'essere, come si è visto, ampiamente diffusi ed accettati, se non addirittura apprezzati in determinati contesti sociali<sup>15</sup>. Non deve stupire quindi che, nonostante nel 1546 l'imperatore *Zhu Houcong* (朱厚熜) promulgò uno statuto che proibiva nominalmente i rapporti tra persone dello stesso sesso, l'omosessualità continuò ad essere accettata, al punto che non di rado si celebravano unioni matrimoniali tra due uomini o due donne<sup>16</sup>.

## 1.2 Dalla dinastia *Qing* alla Repubblica Popolare Cinese: tra ordine e rinnovamento

Gli ultimi decenni della dinastia *Ming* sono ricordati dalla storiografia come un periodo di caos sociale ed instabilità politica, dati da una frammentazione tanto interna alla corte, quanto territoriale<sup>17</sup>. Gli imperatori *Qing* (1644-1911) si fecero interpreti dell'anelito di ordine e rinnovamento, che incanalarono nelle forme del pensiero confuciano. Questo indirizzo di *policy* si sostanziò anche in forme di regolamentazione della vita familiare e nell'obbedienza ad una determinata concezione di ordine sociale, secondo quella stessa idea di famiglia come modello a partire dal quale fondare la società politica, conosciuta anche dal pensiero occidentale<sup>18</sup>. Fu proprio in un simile contesto sociale che iniziò ad emergere diffusamente un sentimento di repulsione ed una tendenza a marginalizzare le persone omosessuali<sup>19</sup>; alcuni autori si sono spinti a ritenere che l'omosessualità fu ampiamente censurata anche nel successivo contesto del c.d. Movimento di Auto-rafforzamento<sup>20</sup> attuato dall'Imperatore *Tongzhi*, alla luce del fatto che l'omofobia sarebbe stata importata in Cina assieme alla scienza ed alla filosofia occidentali<sup>21</sup>. Ciò che qui tuttavia maggiormente interessa è porre in evidenza che proprio in quest'epoca, nello specifico

7 L. Yinhe, «同性戀亞文化» *Subculture of Homosexuality*, China Today Press, 1998.

8 Per approfondire: B. Hinsch, *Passions of the Cut Sleeve*, University of California Press, 1990.

9 *History of homosexuality*, www.china.org.cn, 2016.

10 B. Hinsch, cit.

11 M. Sommer, *Sex, law and society in late imperial China*, Stanford University Press, 2019.

12 Per un autorevole confronto: G. Dall'Orto, *L'omosessualità dall'antichità al secondo dopoguerra*, il Saggiatore, 2015.

13 Per primo, il gesuita Matteo Ricci.

14 M. Ricci, *Descrizione della Cina, 1609-1610*.

15 T. Brook, *The confusions of pleasure*, University of California Press, 1998.

16 L. Yinhe, cit.

17 M. Sabbatini – P. Santangelo, *Storia della Cina*, Laterza, 2010.

18 Sulla famiglia come "piccola monarchia" si veda J.J. Rousseau, *Il contratto sociale*, 1762.

19 Si veda nota 16.

20 Risalente alla metà del XIX Secolo.

21 M. Manoli, *Sexuality in ancient China*, GBTimes, 2017.



nel 1740, fu adottato il primo decreto che definiva i rapporti omosessuali come illegali; fu la prima volta nella storia della Cina in cui l'omosessualità venne trasformata in un crimine<sup>22</sup>.

L'Epoca moderna si schiuse all'insegna del rinnovamento del precedente assetto politico-economico, caratterizzato da diffuse forme di autoritarismo e paternalismo, di cui si fece promotrice la Rivoluzione *Xinhai* del 1911 e che culminò nella nascita della Repubblica di Cina l'anno successivo<sup>23</sup>. Già da prima, tuttavia, la riflessione intellettuale maturata verso la fine dell'Ottocento creò un terreno propizio allo sviluppo di nuove idee; il confucianesimo era stato indebolito, ma la sua influenza restava eminente nella società e nella famiglia.<sup>24</sup> Il quadro sarebbe però incompleto senza menzione di un avvicinamento di mentalità verso l'Occidente sui temi della legislazione familiare e dell'intolleranza sociale nei confronti del "diverso"<sup>25</sup>.

### 1.3 La Repubblica Popolare Cinese: dal maoismo al 1997

La fondazione della Repubblica Popolare Cinese nel 1949 portava anzitutto con sé il significato di rinascita di una moderna identità nazionale, alla stregua del riadattamento del pensiero marxista-leninista alle specificità della Cina<sup>26</sup>. Il pensiero Marxista delle origini non si occupò mai direttamente della questione dell'omosessualità, e ciò stesso pare essere il motivo della profonda differenziazione degli approcci rinvenibili nelle principali esperienze comuniste del Novecento. Il modello più virtuoso fu sicuramente quello della Repubblica di Weimar (1918-1933), contesto nel quale l'allora partito comunista tedesco<sup>27</sup> promosse la legalizzazione dei rapporti omosessuali<sup>28</sup>. Dal lato opposto dello spettro si collocava invece l'approccio adottato da Stalin che, dopo un intervento di depenalizzazione voluto da Lenin, reintrodusse all'art. 121 del codice penale sovietico un primo comma che, mediante l'associazione al pederastismo, puniva l'omosessualità con la reclusione fino a 5 anni<sup>29</sup>.

È in questo quadro ideologico, quantomeno ambiguo, che si situa la soluzione adottata dal maoismo. In linea con l'esempio sovietico, il Partito Comunista Cinese interpretò la manifestazione di orientamenti sessuali "diversi" come sintomatico di quella decadenza borghese che il comunismo, non solo cinese, si proponeva di eradicare con gli strumenti della rivoluzione proletaria<sup>30</sup>. Alcuni autori hanno sottolineato, a ben vedere, l'esistenza di significative continuità tra la legge dell'impero *Qing* e il passato confuciano, da un lato, e l'attenzione al dato morale proprio del pensiero maoista, dall'altro.<sup>31</sup>

A destare stupore è però il fatto che pure a fronte della diffusa stigmatizzazione e di episodi di incarcerazione durante la Rivoluzione Culturale (1966-1976), l'omosessualità non fu mai esplicito oggetto di divieto da parte della legge penale; evidenza della mancata regolamentazione è rintracciabile anche in una pronuncia della Suprema Corte del Popolo del 29 aprile 1957 in cui si negava luogo a procedere contro la sodomia, quando consensuale e volontaria<sup>32</sup>. L'omosessualità fu invece ricondotta alla più ampia nozione di «流氓» (*hooliganism*), con la quale la legge usava etichettare qualsiasi attività che fosse socialmente eversiva rispetto all'ordine voluto dal Partito<sup>33</sup>. Il concetto ricevette una sua positivizzazione solo con il codice penale del 1979<sup>34</sup>, ed una interpretazione ufficiale nel 1984, la quale in realtà chiarificò

22 Si veda nota 9.

23 G. Samarani, *La Cina contemporanea*, Einaudi, Torino, 2017.

24 *Ibid.*

25 W.Q. Kang, *Obsession: male same-sex relations in China*, Hong Kong University Press, 2009.

26 G. Samarani, *La Cina contemporanea*, Einaudi, Torino, 2017.

27 Il *Kommunistische Partei Deutschlands* (o KPD).

28 G. Dall'Orto, *L'omosessualità dall'antichità al secondo dopoguerra*, il Saggiatore, 2015.

29 Nella versione tradotta dalla CIA: «sexual relations between men shall be punishable by deprivation of freedom for a period not to exceed five years», U.S. Publications Research Service, Washington D.C. 1961.

30 Y.H. Zhang, *Rethinking Sexual Repression in Maoist China: Ideology, Structure and the Ownership of the Body*, Sage, 2005.

31 R.J. Smith *The teachings of ritual and the rectification of customs: echoes of tradition in the political culture of modern China*, Institute of Modern History, Taipei, 1998.

32 «Regarding the question whether sodomy between two consenting adults constitutes a crime, a legislative solution is needed in the future. Before a clear provision is made in the law, we think it appropriate not to treat the case your court mentioned as a criminal offence.»

33 X. Guo, *Homosexuality: a perspective from chinese law*, Beijing Intellectual Property Press, 2007.

34 All'art. 160: "Affrays, provoke and insult women or other hooliganism and disrupt public order, if the circumstances are flagrant, shall be sentenced to imprisonment of not more than seven years, criminal detention or public surveillance. The ringleaders of rogue group,

che solo la sodomia con minori e lo stupro potevano ritenersi forme aggravate di *hooligan crimes*. Ma il potere esecutivo ebbe gioco facile a interpretare estensivamente la nozione, sulla base dell'art. 79 della stessa legge<sup>35</sup>, in modo da ricomprendervi, nello specifico, il rapporto tra uomini sia in pubblico che in privato e quindi ordinare alle forze dell'ordine a procedere discrezionalmente<sup>36</sup>.

La condizione delle persone LGBTQ+ ha visto una vera e propria svolta solo a partire dalla legge di emendamento al codice penale del 1997, che ha definitivamente eliminato il riferimento al «流氓», trasferendo il suo precedente contenuto in nuove ed autonome fattispecie di reato, tra le quali non si registra, appunto, alcuna previsione sulla sodomia o sui rapporti sessuali consenzienti ampiamente detti. L'importanza di questo dato risulterà chiara considerando che (anche) il diritto penale cinese si regge sul principio del *nullum crimen sine lege*.<sup>37</sup> Oltre alla sanzionabilità penale del comportamento, l'omosessualità era classificata, e questo non solo in Cina, come disturbo della psiche. A partire dal 1997 si aprì la fase di generale decriminalizzazione, accompagnata e rafforzata da un intervento di depatologizzazione dell'omosessualità, culminata nel 2001 con la definitiva estromissione di quest'ultima dal novero dei *sexual disorders* ad opera della *Chinese Society of Psychiatry* nell'intento di conformarsi agli standard di trattamento internazionali; da notare che l'intervento ebbe luogo sette anni dopo la rimozione da parte della WHO dell'omosessualità dalla *International Classification of Diseases*.<sup>38</sup> Di qui in avanti la materia verrà quindi trattata dal punto di vista della legislazione più recente e delle tappe salienti che hanno caratterizzato questa graduale apertura.

## 2. L'orientamento sessuale e l'identità di genere nel prisma della legislazione vigente

Prima di poter procedere alla trattazione della legislazione più recente nello specifico, nucleo centrale della materia, si rende necessario ricostruire, in termini sia pure generali, il quadro complessivo dello status giuridico-politico delle persone LGBTQ+. L'emersione di istanze popolari di riconoscimento di diritti e libertà, sempre più frequenti a partire dal 1997, non è stata accompagnata da una relativa discussione politica come invece ci si aspetterebbe: tanto il legislatore quanto il governo hanno sempre avuto un atteggiamento di silenzio di fronte alla problematica; silenzio che suggerisce due effetti. Anzitutto esso produce una situazione di sostanziale stallo legislativo nella rimozione delle discriminazioni legali; in secondo luogo, il silenzio come sempre genera incertezza circa l'effettivo status e trattamento da riservare alle persone LGBTQ+<sup>39</sup>. Di fronte ad un simile atteggiamento di *policy*, riassumibile come «不支持, 不反对, 不提倡» (non incoraggiante, non scoraggiante, non promozionale) e connotato a tratti da una certa ambiguità, il mio scopo sarà quello di tentare di donare un minimo di chiarezza al quadro legislativo presente, onde rendere fruttuoso lo studio comparato.

### 2.1 La posizione delle persone LGBTQ+ nel diritto di famiglia; uno sguardo al nuovo Codice civile

Al pari di ogni altra, anche la società cinese si sviluppa attorno al perno centrale del rapporto uomo-donna, inteso come veicolo di conservazione della memoria e dell'eredità di due famiglie. Com'è intuibile, questa realtà spesso genera delle pressioni in capo ai singoli figli, al punto che è divenuto comune per persone non-eterosessuali<sup>40</sup> venire costrette a concludere matrimoni di convenienza. Certo è che sui "ruoli" assegnati dal sistema sociale alla donna e all'uomo andava ad aumentare la pressione anche la

*fixed-term imprisonment of not less than seven years*".

35 «Crimes not clearly stipulated in the provisions of this law may be sentenced by using the most similar provisions in the law with the approval of the Supreme People's Court».

36 Vedi nota 33.

37 Art. 3: «An act which is expressly defined by law as a criminal act shall be grounds for conviction and sentencing in accordance with law; if it is not expressly defined by law as a criminal act, it may not be considered grounds for conviction and sentencing.»

38 G.J. Li, *Lesbian, gay, bisexual and transgender culture in contemporary China*, University of Mississippi, 2016.

39 T. Mountford, *The Legal Status and Position of Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender People in the People's Republic of China*, British Embassy Publishings, Beijing, 2009.

40 Di qui in poi si intenderà con questo termine qualsiasi relazione intercorrente tra due persone delle quali almeno una si identifica come LGBTQ+; si utilizzerà in alternativa il termine *partner*.

politica del figlio unico<sup>41</sup>, la quale assegnava una grande “responsabilità” ad un unico individuo<sup>42</sup>. Della non trascurabile concordanza che intercorre tra il diritto canonico e quello della RPC è oggi testimone anche il nuovo Codice civile, autentico mediatore culturale dei canoni giuridici romani e, nel contempo, complice di una reminiscenza delle categorie del diritto naturale<sup>43</sup>.

Da un primo punto di vista, va segnalato che ad oggi l’unione tra due persone dello stesso sesso non ha ricevuto alcun tipo di regolamentazione; gli effetti di questo silenzio legislativo riportano alla situazione vigente anche in Italia prima dell’entrata in vigore la L. 76/2016: mancanza di una qualsiasi protezione giuridica in ambito successorio, impossibilità di costituzione di un nucleo familiare e quindi di accesso ad agevolazioni fiscali e regolamentari, quindi anche la mancanza dei requisiti utili per l’adozione. Nondimeno, anche volendo ragionare “in positivo”, la mancata regolamentazione pone il problema del riconoscimento e della tutela di quelle istanze che potenzialmente nascono da tali situazioni<sup>44</sup>.

La legge previamente applicabile in tema di matrimonio (e di divorzio) risale al 1980, poi novellata nel 2001 ed infine riassorbita all’interno del nuovo Codice civile<sup>45</sup>, che la sostituisce ed abroga. Essa dettava all’art. 32 (oggi art. 1079 del Codice) le condizioni in presenza delle quali il giudice può pronunciare lo scioglimento del matrimonio e la cessazione degli effetti civili; tra queste rileva quella della «bigamia o della coabitazione con altra persona», fermo restando che la norma non specifica se debba trattarsi necessariamente di una parallela relazione eterosessuale, aprendo quindi, almeno ipoteticamente, all’ingresso di una tutela (in negativo) per le persone LGBTQ<sup>+</sup><sup>46</sup>. A questo problema interpretativo diede soluzione la Suprema Corte del Popolo, adottando una linea decisamente restrittiva, la quale statui che l’inciso doveva intendersi nel senso di «*one who is married living together with another person of the opposite sex continuously and stably, without calling themselves husband and wife*». Se guardassimo alla vicenda attraverso le lenti del giurista, non esiteremmo a rinvenire una palese discriminazione a danno non solamente della persona esterna al matrimonio, ma anche dell’adultero in quanto la relazione di fatto (non eterosessuale) venutasi a creare tra questi due non potrà, in assenza delle altre condizioni indicate all’art. 32, essere assunta come motivo di pronuncia del divorzio da parte del giudice; cosa che invece non avverrebbe nel caso di una parallela relazione eterosessuale. E mi pare possibile fare tesoro di tale *ratio* interpretativa anche in riferimento al nuovo art. 1079 del Codice.

Nell’ambito del diritto successorio, coerentemente con la disciplina in materia di matrimonio, nessuna disposizione attribuisce particolari prerogative di tutela ai *partner* di una relazione non-eterosessuale e tantomeno equipara la posizione del *partner* a quella del coniuge. Ciononostante, due *partner* possono trovare una parziale soddisfazione ricorrendo all’istituto del c.d. «accordo di legato in cambio di assistenza», previsto dall’art. 31<sup>47</sup> della legge sulla successione del 1985<sup>48</sup>. L’accordo costituisce uno strumento contrattuale utile per la protezione delle rispettive spettanze tra due persone fisiche, o tra una persona fisica ed una società, che elimina in radice il problema della successione riconoscendo al legatario il diritto di succedere al *de cuis* in cambio della prestazione di assistenza in vita a favore di quest’ultimo. Trattandosi tuttavia di un accordo, esso potrà dispiegare gli effetti predeterminati dalle parti solamente se, al momento dell’apertura della successione, ne sarà data integrale applicazione,

41 In vigore fino al 2015.

42 S. Xin, *Effects of Internalized Homophobia, Homosexual Identity, Perceived Family Support, and Disclosure Among Chinese Gay and Bisexual Men*, Routledge, 2018.

43 Per un approfondimento in tema di veda il contributo di P. Lo Iacono, *La sorprendente ‘sinfonia’ tra Chiesa cattolica e Repubblica Popolare Cinese (a proposito del diritto naturale e dell’eterosessualità del matrimonio)*, Rivista Roma e America, n. 41, 2020.

44 M. Huang, *Alcuni problemi del Libro sul diritto matrimoniale e di famiglia nel Codice civile cinese*, in *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano*, 2020.

45 Per un riferimento italiano di grande utilità si veda D. Oliviero, D. Dursi e A. Masi, *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, Pacini Giuridica, Pisa, 2021.

46 *Ibid* 39.

47 Si riporta la traduzione: «*A citizen may enter into a legacy-support agreement with a person who, in accordance with the agreement, assumes the duty to support the former in his or her lifetime and attends to his or her interment after death, in return for the right to legacy. A citizen may enter into a legacy-support agreement with an organization under collective ownership which, in accordance with the agreement, assumes the duty to support the former in his or her lifetime and attends to his or her interment after death, in return for the right to legacy*».

48 A.M. Han, *Inheritance law in the PRC*, Brown&Emerson, Shanghai, 1998.

pena l'eventuale nullità dell'accordo, come ricavabile dall'art. 21 della stessa legge.<sup>49 50</sup> Tale istituto è oggi confluito nell'art. 1158 del nuovo Codice, che anzi provvede ad ampliare le categorie di potenziali legatari, potendo infatti l'accordo di legato essere stipulato con qualsiasi persona, fisica o giuridica, che non sia qualificabile come erede *ex lege*.

Avendo detto che la legislazione attualmente in vigore non si occupa di dare una specifica veste giuridica alle relazioni tra persone LGBTQ+, ci si chiede quali possibili prospettive si aprano sul tema dell'adozione. La legge di riforma del 1991<sup>51</sup>, emendata nel 1998 ed anch'essa assorbita dal Codice, non prevede alcuna forma di adozione specificamente aperta anche alle coppie non-eterosessuali, il che significa che alle persone LGBTQ+ rimane solo la possibilità di adottare *uti singuli*, al pari di ogni altro cittadino<sup>52</sup>. In particolare, l'art. 4, integralmente ripreso dall'attuale art. 1098, stabilisce che possono adottare tutti i cittadini cinesi che non abbiano prole, che siano ritenuti capaci di educare e mantenere un figlio e che abbiano compiuto i 30 anni. Verificata la presenza di tali requisiti, la persona sarà ammessa ad adottare un solo minore degli anni 14; quest'ultimo requisito sembra invece sparire nel Codice, che all'art. 1093 qualifica il potenziale adottato semplicemente come "orfano" o "minore i cui genitori non possano essere rintracciati o siano incapaci di provvedere in ragione di non comuni difficoltà".<sup>53</sup> Nel caso specifico di adozione da parte di uomo celibe, il Codice conferma che la differenza di età tra adottante ed adottato deve superare i 40 anni<sup>54</sup>.

Specifiche menzioni della posizione delle persone omosessuali, nello specifico, è rinvenibile in un provvedimento della *Chinese Centre for Adoption Affairs* che, chiamata a pronunciarsi nel 2005 in tema di adozione internazionale, ha esplicitamente proibito l'adozione di orfani cinesi da parte di persone o coppie omosessuali straniere<sup>55</sup>. Il dato da ultimo richiamato fa emergere un diverso profilo discriminatorio, tra l'altro non estraneo neppure al sistema italiano: quello per cui il figlio minore di persona unita in via *de facto* ad altra (che non ne è il genitore) sulla base di una relazione non-eterosessuale sarà, al momento della morte del genitore naturale, considerato orfano di quest'ultimo, senza possibilità per il *partner* di vantare alcun dovere o diritto nei confronti del minore; e questo avviene noncurante dell'apporto materiale e morale che il partner possa aver dato allo sviluppo della prole e del nucleo familiare.

## 2.2 La tutela della persona nel diritto del lavoro

Per completare il quadro privatistico è opportuno spendere alcune brevi considerazioni sulla posizione che le persone LGBTQ+ occupano nella dimensione del lavoro. Com'è intuibile, il contesto lavorativo costituisce un ambiente particolarmente importante sotto il profilo dell'autodeterminazione della persona: esso può rivelarsi tanto luogo di accettazione ed inclusione, quanto tristemente anche di discriminazioni. Va notato che in un ordinamento comunista come quello cinese il concetto di lavoro assurge a perno centrale dell'intera costruzione socioeconomica, intendendosi questo sia come strumento di manifestazione della personalità, sia come veicolo attraverso il quale condurre il processo rivoluzionario proletario<sup>56</sup>; di conseguenza è naturale che il comunismo affidi questo ruolo ai cittadini tutti, mediante l'eliminazione programmatica delle disparità tra uomini e donne. A positivizzare il fondamentale canone della parità tra lavoratori è stato l'art. 3 della legge del 5 luglio 1994, che proclama, tra le altre cose, l'uguaglianza nell'accesso all'occupazione e del trattamento economico e ferie, a parità di lavoro prestato<sup>57</sup>. Manca tuttavia in questo quadro una specifica previsione che vieti le discriminazioni fondate

49 J. F. Chen, *Chinese law: context and transformation*, Brill, 2016.

50 «Where there are obligations attached to testamentary succession or legacy, the successor or legatee shall perform them. Anyone who fails to perform the obligations without proper reasons may, upon request by a relevant organization or individual, entail nullification of his right to inheritance by a people's court».

51 Essa recepì le innovazioni rispetto al precedente regime contenuto nella legge sul matrimonio del 1985.

52 Il dato è confermato dall'art. 1098 del nuovo Codice («adopter»).

53 Essendo la traduzione italiana puramente indicativa, si riporta il testo della traduzione inglese ufficiale: «The following minors may be adopted: (1) an orphan bereaved of parents; (2) a minor whose natural parents cannot be traced; or (3) a minor whose natural parents are incapable of raising him due to unusual difficulties.»

54 All'art. 1102.

55 Rileva la CCAA che: «Legally, the Marriage Law of the People's Republic of China recognizes only families formed by marriage of opposite sex and does not recognize the legality of homosexual families, and the homosexual families are, therefore, not protected by laws».

56 Secondo una concezione tipicamente marxista-leninista.

57 Dalla traduzione: «Labourers shall have equal right to employment and choice of occupation, the right to remuneration for labour, to rest and vacations, to protection of occupational safety and health, to training in vocational skills, to social insurance and welfare, to submis-



sull'orientamento sessuale o l'identità di genere: l'art. 12 della stessa legge si occupa solamente di porre un generico divieto di disparità di trattamento fondata sull'etnia, il *genere* o la religione<sup>58</sup>. Il punto cruciale della questione ruota dunque attorno alla nozione di "genere"<sup>59</sup>; certamente lo scopo del legislatore del 1994 era quello di incentivare la parità lavorativa tra uomini e donne e non di curarsi nello specifico della possibile valenza delle nozioni di identità di genere ed orientamento sessuale, evidentemente estranee alla *ratio* legislativa. Ciò significa che l'eventuale tutela in queste ipotesi sarà limitata ai diritti ed alle obbligazioni delle parti così come definiti dal regolamento contrattuale<sup>60</sup>.

Il rapporto lavorativo pare quindi essere incentrato su una logica sostanzialmente dualista, non essendo a noi note specifiche istanze di interpretazione analogico-estensiva del concetto di "genere", tali da ricomprendervi le più fluide ipotesi in cui si identificano le persone LGBTQ+<sup>61</sup>; e questo stesso dato, pur rivelando un vuoto nella tutela giuridica, rende fede allo spesso rivendicato carattere compartimentale delle nozioni di genere, identità di genere ed orientamento sessuale<sup>62</sup>. Alcuni interpreti si sono spinti a riconoscere che quella lavorativa sembra essere una dimensione in cui i diritti dei lavoratori sono sacrificati in nome dell'efficienza produttiva<sup>63</sup>.

### 2.3 La condizione degli individui LGBTQ+ nel diritto penale

Si è già ricordato come il processo di graduale apertura nei confronti delle diverse identità di genere ed orientamenti sessuali abbia avuto inizio con la depenalizzazione dell'omosessualità avvenuta nel 1997 e la sua depatologizzazione, attuata però solo nel 2001. La legge di riforma al codice penale del 1979 estromise definitivamente dal novero delle fattispecie delittuose l'ipotesi dei già ricordati *hooligan crimes* («流氓»), superando dunque l'interpretazione estensiva che di tale fattispecie era stata data dalla giurisprudenza<sup>64</sup>. Nonostante nella Cina di oggi nessun individuo possa essere perseguito penalmente sulla sola base della propria identità o sessualità, una lettura sistematica fornisce gli strumenti per ritenere che vi siano alcune lacune legislative, o meglio dei possibili profili discriminatori a cui si auspica il legislatore potrà mettere mano.

Volgendo l'attenzione alla categoria dei cc.dd. reati sessuali, contemplati peraltro nella quasi totalità degli ordinamenti moderni, emerge anzitutto la fattispecie del reato di stupro, prevista dall'art. 236 e ss. del codice. Diversamente da quanto accade in Italia<sup>65</sup>, la fattispecie è articolata "al femminile": essa è concepita come limitata esclusivamente alla protezione di uno specifico bene giuridico, ossia l'integrità psico-fisica della donna, e non già anche quella dell'uomo<sup>66</sup>. Questo significa che, astrattamente, la violenza sessuale perpetrata da un soggetto a danno di un uomo non è un fatto penalmente rilevante; esso può invece acquisire indiretta rilevanza giuridica sotto la legge amministrativa: è nello specifico l'art. 44<sup>67</sup> della legge sull'amministrazione della sicurezza pubblica del 2005 che si occupa di sanzionare qualsiasi tipo di molestie fisiche ed esposizione forzata del corpo altrui con l'arresto dai 5 ai 10 giorni. Lascia qualche incertezza il motivo di questa differenziazione di tutela, che risulta infine sostanzialmente inesistente per gli uomini; che sia il riflesso di una particolare concezione del rapporto uomo-donna o di un tabù maschile è difficile dire<sup>68</sup>, ma anche se così fosse, pare quasi che al legislatore sia sfuggito che la violenza sessuale può avvenire anche tra due uomini. In un rapporto del 2013 prodotto dall'agenzia

*sion of labour disputes for settlement and other rights relating to labour stipulated by law».*

58 «Labourers, regardless of their ethnic group, race, sex, or religious belief, shall not be discriminated against in employment».

59 Sulle possibili accezioni della nozione si veda R. Connell, *Questioni di genere*, il Mulino, Bologna, 2011.

60 *Ibid* 39.

61 Con questo si intendono concetti quali: *bisessuale, inter-sex, non-binario, transessuale, cis-gender, ecc.*

62 *Ibid* 54.

63 R. Cavalieri, *Diritto dell'Asia orientale*, Cafoscarina, Venezia, 2019.

64 Si veda *supra*.

65 Il riferimento è al nostro art. 609-bis c.p.

66 Recita l'articolo: «Whoever rapes a woman by violence, coercion or any other means shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than three years but not more than 10 years».

67 «A person who molests another person or intentionally exposes his/her body in a public place, if the circumstances are abominable, shall be detained for not less than 5 days but not more than 10 days».

68 A riguardo si veda un interessante articolo di Time: <https://time.com/2921491/hope-solo-women-violence/>

UN Women<sup>69</sup> viene in evidenza come l'1.7% degli stupri riportati tra il 2010 e il 2013 avvenisse tra due uomini adulti; un dato non irrilevante se si considera che nel 2007 il numero di stupri riportati superava i 30.000<sup>70</sup>.

Una diversa offesa, penalmente sanzionata, di cui possono essere vittime anche persone LGBTQ+ è quella dell'estorsione, intesa nel senso di una minaccia a che venga dichiarato pubblicamente l'orientamento sessuale o l'identità di genere della persona; ipotesi che assume un certo peso se pensiamo a soggetti cresciuti o che lavorano in contesti sociali in cui si riscontrano atteggiamenti *omo/lesbo/bi/transfobici*. Pur non esistendo una specifica fattispecie o circostanza aggravante riferibile esclusivamente all'ipotesi citata, ciascuna persona vittima di estorsione può vedere tutelata la propria riservatezza ai sensi dell'art. 274<sup>71</sup> del codice del 1979, il quale distingue a seconda del valore dei beni oggetto dell'estorsione; nell'ipotesi più grave esso prevede la pena della reclusione fino ad un massimo di 10 anni. Tra l'altro è interessante notare che si tratta della stessa sanzione prevista dal nostro art. 629 c.p., con la specificazione tuttavia che a questa dovrà accompagnarsi anche la multa e che, in ipotesi aggravate applicabili anche al reato di rapina, la pena della reclusione può giungere fino a 20 anni.

## 2.4 La dissonanza tra realtà giuridica e realtà sociale<sup>72</sup>

Sebbene quanto sin qui esposto in merito al processo di depenalizzazione suggerisca di avvalorare una interpretazione della condizione giuridica delle persone LGBTQ+, almeno in ipotesi non patologiche<sup>73</sup>, in senso paritario rispetto a quella degli individui eterosessuali, non deve tacersi la rilevanza del dato concreto che mostra come la realtà sociale, soprattutto in contesti di interazione tra individui e forze di ordine pubblico, sia ben lontana dal traguardo della non discriminazione. È difatti in questo clima di "silenzio legislativo", di cui si è già parlato, che gli individui LGBTQ+ non trovano efficace protezione giuridica, a tal punto che sono divenuti ormai notori episodi di molestie da parte delle forze dell'ordine a danno di questi ultimi<sup>74</sup>.

Episodio riportato anche dalla cronaca occidentale fu quello avvenuto durante le olimpiadi del 2008 di Pechino, occasione durante la quale oltre 40 volontari, presenti all'interno del parco *Dongdan* in quanto parte di una campagna di sensibilizzazione pubblica sull'AIDS e la sua trasmissibilità tramite la prostituzione, furono arrestate da parte delle forze dell'ordine e sottoposte ad interrogatorio. Nonostante all'episodio fosse seguita anche una lettera formale di spiegazioni da parte della ONG *Aizhixing*, i volontari non ricevettero alcun tipo di risposta, e neppure scusa formali, da parte delle autorità<sup>75</sup>.

Simili incidenti si verificarono anche nella città di Guangzhou nel 2009 quando, tra marzo ed aprile, in due distinte occasioni un numero considerevole di persone LGBTQ+ (tra le 50 e 60 in totale) furono arrestate ed interrogate. Le persone si trovavano all'interno del parco *Renmin*, divenuto nel tempo luogo di ritrovo per chi viveva in ambienti familiari poco propizi all'apertura, ritrovando quindi al di fuori delle mura di casa un luogo di incontro e conoscenza. Il motivo dell'arresto veniva genericamente rintracciato in questioni di ordine pubblico, essendo anche in questo caso le persone ritenute sospette di aver ingaggiato in campagne di sensibilizzazione sul tema dell'AIDS; situazione che alimenta ulteriori obiezioni se si considera che le *International Guidelines on HIV/AIDS and Human Rights* del 2006, recepite dal Regolamento sulla prevenzione e il trattamento del virus HIV<sup>76</sup>, hanno esplicitamente segnalato l'importanza del confronto come veicolo della sensibilizzazione e quindi la sua legittimità agli occhi dell'ordinamento<sup>77</sup>.

Il problema del discostamento della realtà sociale da quella giuridica risulterà ancora più chiaro se si prende in considerazione il poco spazio mediatico che viene dedicato ai temi propri degli individui

69 *United Nations multi-country Study on men and violence in Asia and the Pacific*.

70 O almeno così ha riportato lo *US Department of State*.

71 «Whoever extorts public or private property by blackmail, and the amount involved is quite large, is to be sentenced to not more than three years of fixed-termed imprisonment, criminal detention, or control; when the amount involved is huge and the other circumstances are serious, the sentence is to be not less than three years but not more than 10 years of fixed-term imprisonment».

72 Concetto approfondito da R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Utet, Milano, 2019.

73 Si intende, ipotesi di mancata commissione di reati quali lo stupro e l'estorsione.

74 G.J. Li, *Lesbian, gay, bisexual and transgender culture in contemporary China*, University of Mississippi, 2016.

75 *Ibid* 39.

76 Decreto del Consiglio di Stato n. 457 del 18 gennaio 2006.

77 <https://outrightinternational.org/content/china-stop-police-discrimination-against-gay-men-guangzhou>

LGBTQ+, in relazione a quello dedicato invece alla diffusione di contenuti di ordinaria politica familiare. Il primo *Pride* della storia cinese si tenne a Shanghai nel giugno del 2009 e rappresentò secondo alcuni un'autentica rivoluzione per la comunità LGBTQ+ cinese ed asiatica in generale<sup>78</sup>; nonostante l'evento fosse stato ampiamente riportato dal giornalismo occidentale, come testimoniavano gli articoli di autorevoli testate quali *The Guardian* e *The New York Times*, altrettanto non accadde in Cina, dove addirittura l'Ufficio amministrativo dell'Industria e del Commercio di Shanghai intervenne al fine di evitare che si svolgessero alcuni incontri organizzati per il *Pride* in quanto si allegava la mancanza dell'autorizzazione necessaria per la riproduzione di una pellicola<sup>79</sup>.

I dati sin qui richiamati suggeriscono che, alla fine, la decriminalizzazione dell'omosessualità attuata nel 1997, pur costituendo senza dubbio un'importante evoluzione che sprona verso un allineamento agli standard di tutela dei diritti umani internazionalmente riconosciuti, non è tuttavia stata accompagnata da una parallela apertura in seno al potere, le cui maglie rimangono ancora strette entro una concezione reazionaria della composizione socio-familiare. A questo si aggiunga, senza però scadere in generalizzazioni, che nemmeno il corpo sociale ampiamente considerato risulta permeabile da parte di certe innovazioni, le quali inevitabilmente hanno l'effetto di scardinare alcuni assetti ritenuti "certi". È anche vero però che il risultato del dibattito sui diritti LGBTQ+ dipende dalle premesse da cui esso origina: se quella della parità o isonomia conduce ad un esito non condiviso da parte di chi vede l'altro con gli occhi del "diverso", quella di una protezione giuridica "su misura" sarà certamente più propizia; ed in effetti è proprio questo l'espedito giuridico che alcuni parlamenti occidentali<sup>80</sup> hanno adottato al fine di superare, almeno sulla carta, quell'impasse tanto ideologica quanto reale che spesso pervade la maggioranza. Ma è altrettanto vero che se la volontà può modellare, e modella, il diritto, lo stesso non può fare quest'ultimo con la società; o almeno non in tempi brevi.

## 2.5 La particolarità dei profili giuridici legati all'identità transgender

Se quanto sin qui esposto può essere riferito alla questione del riconoscimento di istanze di tutela delle minoranze LGBTQ+ in senso ampio, è anche vero che esistono dei profili regolatori che interessano esclusivamente la minoranza *transgender*<sup>81</sup>, in quanto attengono alle due fondamentali questioni della riassegnazione del sesso anagrafico e della correzione, non solo chirurgica, degli attributi sessuali fisici.

Per quanto attiene alla questione della riassegnazione del sesso anagrafico, i Principi Generali sulla legge civile del 1986 assicurano, all'art. 99<sup>82</sup>, il diritto al nome e la possibilità della sua modificazione, rinviando per la disciplina specifica a quanto previsto dalla legge, senza tuttavia estendere questa facoltà all'ipotesi della rettificazione del genere assegnato alla nascita; la pronuncia giudiziale di riassegnazione del genere è infatti possibile solo all'esaurirsi di un lungo procedimento, che richiede anche l'intervenuta sottoposizione del soggetto richiedente all'operazione chirurgica di correzione degli attributi fisici.<sup>83</sup> L'aver reso quest'ultima una precondizione per l'alterazione dei dati anagrafici e legali costituisce secondo alcuni<sup>84</sup> una palese violazione di diritti fondamentali della persona, in particolare quello delle persone transessuali all'integrità fisica e all'autodeterminazione terapeutica; a tacer poi del costo economico che una persona transgender si vede costretta a sopportare, il quale supera spesso i CNY 100.000. Il risultato è paradossale: spesso le persone transgender, non potendo permettersi un simile investimento, ricorrono a modificazioni estetiche e a terapie ormonali, con la conseguenza che la normativa sul cambio di sesso, pur restando valida, si rivela in moltissimi casi non effettiva<sup>85</sup>.

È evidente come l'intera materia della modificazione del sesso legale ruoti essenzialmente attorno alla c.d. SRS (*Sex Reassignment Surgery*) anche detta *Gender-Affirming Surgery*. La normativa in materia, ossia gli *Sex Reassignment Procedural Management Standards* del 2017, richiede la sussistenza cumulativa

78 T. Shang, *Mainland China's first Pride event*, *The Shanghaiist*, 2009.

79 C. Hogg, *China bans part of gay festival*, *BBC*, 2009.

80 Tra cui anche il nostro, in tema di Unioni Civili (L. 76/2016).

81 Potrebbe applicarsi anche a soggetti *non-binari*, nella misura in cui il soddisfacimento della propria identità di genere dovesse passare per la riassegnazione del sesso.

82 «Citizens shall enjoy the right of personal name and shall be entitled to determine, use or change their personal names in accordance with relevant provisions».

83 Le norme in esame sono contenute in due provvedimenti del Ministero di Pubblica Sicurezza: n. 478/2008 e n. 131/2002, ove sono stabilite anche le tempistiche ed ulteriori requisiti documentali.

84 Il riferimento è all'autorevole studio condotto dalla *United Nations Development Programme* nel 2018.

85 Sulla differenza tra validità ed effettività si veda A. Andronico, *Dimensioni del diritto*, Giappichelli, Torino, 2019.

di alcuni requisiti affinché il soggetto possa sottoporsi all'intervento chirurgico; tra questi, oltre a requisiti comuni anche ad altri modelli normativi, quale la perizia psichiatrica che accerti l'esistenza duratura del desiderio del soggetto di cambiare sesso, gli *Standards* impongono la sussistenza di ulteriori presupposti, di particolare interesse ai fini della loro analisi: il consenso della famiglia d'origine, il compimento dei 20 anni di età, non essere legato da vincolo matrimoniale, l'assenza di precedenti penali.

A cominciare dal primo, il consenso dei membri della famiglia di origine è richiesto a prescindere dall'età del richiedente; e se si tratta di prossimi congiunti, viene richiesta l'apposizione della firma di questi alla richiesta di cambio di sesso, pena l'invalidità della procedura. Ai nostri occhi un simile requisito, se richiesto al soggetto maggiore d'età, parrebbe inaccettabile dal punto di vista giuridico: l'acquisizione della maggiore età, e quindi della capacità di agire, al compimento del diciottesimo anno elimina infatti qualsiasi residuo della potestà genitoriale e rende il soggetto legalmente intitolato al compimento di atti giuridici ed all'autodeterminazione terapeutica<sup>86</sup>, anche ove essa si sostanzi nel disporre legalmente del proprio corpo. Ed è soprattutto alla luce dell'art. 10<sup>87</sup> dei Principi Generali sulla legge Civile del 1986 che risulta difficile comprendere la differenziazione di trattamento tra un soggetto maggiore di età che si sottoponga ad un qualsiasi trattamento sanitario ed il soggetto transessuale, parimenti maggiore di età, che voglia sottoporsi alla SRS. Questa riflessione è utile per osservare in un'ottica critica anche il requisito del compimento dei vent'anni di età, in merito al quale possono riproporsi le stesse riflessioni.

Oltre ad aver ricevuto l'espresso consenso della famiglia ed essere maggiore degli anni 20, gli *Standards* richiedono che il soggetto, al momento della presentazione della domanda, non sia unito in matrimonio ad altro soggetto. Tale prerogativa si fonda, coerentemente, sulla conformazione stessa che la legge dà al matrimonio, intendendo come tale l'unione tra un uomo e una donna. I problemi possono sorgere, come tra l'altro è capitato in riferimento ad un caso deciso dalla Corte del Popolo di Nanchino nel 2005<sup>88</sup>, quando il soggetto richiedente, avendo inoltrato la domanda di cambio di sesso da celibe/nubile, si sia successivamente sposato prima della pronuncia giudiziale di riassegnazione del sesso anagrafico. In simili circostanze viene infatti a prospettarsi un'ipotesi di matrimonio che, nato tra due persone di sesso opposto, diviene "omosessuale"; ipotesi evidentemente non ammessa né regolata da specifiche norme di legge. A questo proposito la Corte di Nanchino, pur ricordando che la legge ammette il solo matrimonio eterosessuale, aggiunge che «*the fact that same-sex marriage is not protected should not be used as an excuse to prevent a married person from undergoing sex reassignment surgery. Law regulates behaviours instead of the consequences of them. When the law does not prohibit a certain behaviour, its legality as such should not be negated simply because its consequence is illegal*». In altre parole, la Corte riconosce la rettificazione del sesso come legittimo atto di disposizione del proprio corpo e che, in sede di bilanciamento, non può essere derogato dalla circostanza per cui il consorte vedrebbe, genericamente, violati i suoi interessi; tantomeno in un caso come quello richiamato, in cui la richiedente aveva ricevuto l'avvallo della consorte.

L'ultimo punto che merita di essere trattato è quello relativo all'assenza di precedenti penali. L'Ufficio Generale di Sanità Pubblica e la Commissione di Pianificazione Familiare<sup>89</sup> richiedono che un soggetto che si candidi alla SRS debba preventivamente presentare una visura del casellario giudiziale che certifichi l'assenza di precedenti penali. Questo tipo di approccio incontra tuttavia alcuni limiti rilevanti: oltre alla mancanza di una specificazione, e quindi differenziazione, all'interno del novero delle offese penalmente sanzionate, di quelle fattispecie la cui gravità potrebbe giustificare, dal punto di vista politico-criminale, l'invalidità della procedura di riassegnazione del sesso<sup>90</sup>, pare che vi sia una questione ben più profonda sulla quale, in questa sede, non è possibile soffermarsi, ossia quella della *ratio*. La mancata isonomia che viene a crearsi fra trattamento riservato a persone con qualsiasi tipo di precedente penale, anche di scarsa gravità, e quello invece riservato alle persone con una "fedina penale pulita" sembra difficilmente giustificabile da un punto di vista puramente giuridico; si badi che con questo non si intende criticare una scelta di *policy* che, come tale, è e rimane pienamente legittima, bensì si intende mettere in luce come sia difficile comprendere quale sia la correlazione tra la commissione

86 Lo stabilisce l'art. 11 del GPCL del 1987: «*A citizen aged 18 or over shall be an adult. He shall have full capacity for civil conduct, may independently engage in civil activities and shall be called a person with full capacity for civil conduct*».

87 «*All citizens are equal as regards their capacity for civil rights*».

88 *Gao T. v. Oriental Hospital Nanjing*.

89 Propriamente il «*国家卫生和计划生育委员会*».

90 Di questo limite tratta ampiamente lo studio condotto dalla *United Nations Development Programme* e *China Women's University* nel 2018.



di un'offesa penalmente sanzionata e la sottoposizione ad un'operazione chirurgica, tanto da porre un ostacolo alla libera autodeterminazione del soggetto.

### 3. Lo status giuridico e il riconoscimento delle minoranze LGBTQ+ in ottica comparata: uno sguardo a Oriente ed Occidente

L'analisi della soluzione adottata dalla Cina di fronte alla questione del riconoscimento e della protezione delle prerogative di tutela degli individui LGBTQ+ non potrebbe dirsi compiuta senza un raffronto con alcuni modelli di riferimento che faccia emergere, grazie agli strumenti della comparazione giuridica, la consapevolezza del collocamento del modello cinese nello spettro dei possibili approcci adottati su scala globale. La brevità di questo elaborato impone tuttavia di limitare l'analisi comparata ad alcuni esempi significativi; si guarderà, brevemente, alla soluzione adottata da Taiwan, riconosciuta come la più progressista nel continente asiatico.

#### 3.1 Il modello taiwanese

Negli occhi di una persona LGBTQ+ Taiwan rappresenta senza dubbio, in Asia, lo stato<sup>91</sup> più innovatore dal punto di vista del riconoscimento di istanze di protezione giuridica legate all'orientamento sessuale e all'identità di genere. Non solo il rapporto sessuale consenziente tra due persone dello stesso sesso non è mai stato ricondotto ad una fattispecie criminosa, fermo restando il reato di prostituzione, ma Taiwan è anche stato il primo paese asiatico a dare riconoscimento al matrimonio omosessuale, dapprima sulla scorta di una pronuncia della Corte Costituzionale nel 2017<sup>92</sup>, e poi con la formale modifica legislativa al codice civile, resa effettiva a partire dal maggio 2019<sup>93</sup>. L'apertura della società politica taiwanese al tema dei diritti LGBTQ+, che trova testimonianza già con il primo *Pride* tenutosi nel 2003, ha avuto degli importanti risvolti anche nelle materie dell'adozione e delle tutele contro la discriminazione.<sup>94</sup>

La riforma al codice civile del 2019, equiparando dal punto di vista giuridico il matrimonio omosessuale a quello eterosessuale, ha garantito la possibilità di adottare anche a coppie non-eterosessuali, con la specificazione, tuttavia, che può farsi luogo alla sola c.d. *stepchild adoption*. Per quanto attiene invece alle procedure mediche di riproduzione assistita, esse rimangono disponibili per le sole coppie eterosessuali.<sup>95</sup>

Ma è soprattutto sotto il profilo delle tutele contro la discriminazione che la soluzione taiwanese segna una certa distanza, in senso progressista, non solo dai vicini stati asiatici, ma anche da alcuni modelli giuridici occidentali. Già dal 2004, con l'approvazione il *Gender Equity Education Act*, si è creato uno spazio di tutela giuridica specificamente indirizzato a contrastare gli atti discriminatori, fondati sull'orientamento sessuale e l'identità di genere, negli ambienti scolastici ed accademici, nell'ottica di prevenire possibili atti di bullismo<sup>96</sup>. Non solo: a partire dal 2011 il Ministero dell'Educazione ha avviato un progetto di sensibilizzazione, da attuarsi proprio all'interno delle scuole, che ha lo scopo di educare i giovani al rispetto delle diverse identità ed orientamenti. Tra l'altro il successivo referendum del 2018, avente ad oggetto l'opportunità di proseguire in tale progetto educativo, nonostante il risultato pendente in senso negativo, non sembra farà cessare le iniziative di promozione da parte del governo<sup>97</sup>.

Il definitivo avvallo circa l'opportunità di istituire una specifica protezione legale contro atti di omofobia/lesbobia/bifobia/transfobia è provenuto però dalla Corte Costituzionale la quale, essendo stata chiamata a pronunciarsi sull'interpretazione dell'art. 7<sup>98</sup> della Costituzione, ha ritenuto che nella nozione di "sex" possa farsi rientrare non solo il genere biologico, ma anche l'identità di genere e l'orientamento sessuale;

91 In questo lavoro non è dato soffermarsi sullo status giuridico internazionale di Taiwan; per correttezza e semplicità si rinvia a A. Gioia, *Diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2019.

92 *Chi Chia-Wei v. Taipei City Government*.

93 *Enforcement Act of Judicial Yuan Interpretation No. 748*.

94 H. Kuan, *LGBT Rights in Taiwan – The Interaction Between Movements and the Law*, Springer, 2019.

95 E. Bitocchi, *Il riconoscimento delle coppie dello stesso sesso: una comparazione tra RPC, Taiwan e Hong Kong*, 2019.

96 Artt. 20-27 del provvedimento.

97 Nelle stesse parole del ministro Yeh Jiunn-Rong.

98 «All citizens of the Republic of China, irrespective of sex, religion, race, class, or party affiliation, shall be equal before the law».

l'argomento utilizzato fu quello tipico della lettura di clausola aperta: la norma non dovrebbe infatti intendersi come un elenco tassativo, bensì come esemplificativo, e non esaustivo, dei singoli parametri che possono giustificare il riconoscimento di nuove prerogative di tutela<sup>99</sup>.

Infine, soffermandosi brevemente sulla posizione delle persone *transgender*, preme sottolineare che anche a Taiwan, ai fini della rettificazione anagrafica del sesso, è richiesto che il soggetto si sia sottoposto alla SRS. Con riferimento all'unione tra persone transgender, il Ministero dell'Interno, con un provvedimento del 2013, ha deciso di non revocare e quindi ritenere valido il matrimonio tra due donne transessuali<sup>100</sup>, argomentando sulla base del fatto che si trattava in realtà di una normale ipotesi di matrimonio omosessuale, giuridicamente riconosciuto, avendo le due donne previamente ottenuto la modifica del sesso anagrafico.

## Conclusioni

L'attualità della materia trattata impone di indagare quali siano i punti di contatto tra i vari modelli, e si è visto che delineare un quadro compiuto dello status giuridico delle minoranze LGBTQ+ nella Repubblica Popolare Cinese non sarebbe possibile senza avere consapevolezza del reale collocamento del sistema nello spettro delle molteplici soluzioni che differenziano uno stato dall'altro. Se il punto di partenza oggi è quello per cui uno stesso individuo non può godere dei medesimi diritti che ad altri spettano in ordinamenti giuridici diversi, il lento percorso che la Cina, ma non solo questa, si trova ad intraprendere al fine di allinearsi ad uno standard internazionalmente condiviso non potrà essere un viaggio in solitario; e questo è dovuto alla partecipazione, tanto della Cina quanto dell'Italia, alla società internazionale. Numerose le risoluzioni adottate dall'Assemblea Generale dell'ONU, da ultimo quella del giugno 2016, che riconoscono in capo alle Nazioni, sulla scia della dottrina della c.d. *responsabilità di proteggere*<sup>101</sup>, un vero e proprio obbligo di leale cooperazione in ordine all'implementazione di misure di contrasto alle situazioni discriminatorie di cui sono vittime gli individui LGBTQ+ su scala globale.

È altrettanto vero, tuttavia, che aspettarsi che l'iniziativa di questo faticoso percorso possa provenire, tra gli altri, da un paese come la Cina, che ha tentato di ostacolare le più recenti risoluzioni ONU in materia con il suo voto contrario, risulta quantomeno utopistico. Senonché questo dato non deve tradire le reali prospettive di riavvicinamento che animano le più recenti legislazioni, sulla scorta di una lungamente sperata presa di coscienza che affonda le sue radici nella Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948, ove statuisce che gli individui tutti nascono eguali in libertà e diritti. Un impegno collettivo che, in quanto tale, è soprattutto la Cina a doversi assumere<sup>102</sup>, in ragione del suo peso economico e politico internazionale; a parere di chi scrive, un'autentica svolta, per tutti, potrà registrarsi solamente con l'elaborazione di un'agenda politica che sia espressione di una comunità d'intenti che non si limiti ad accordi di interesse economico, ma che trascenda quei confini artificiali entro cui è tanto facile costringere le persone; auspicare, cioè quello che Stefano Rodotà avrebbe chiamato «la globalizzazione attraverso i diritti, non attraverso i mercati».

99 J.Y. Interpretation No. 748/2017.

100 D. Yiu, *Taiwan: same-sex transgender marriage can stay*, GSN, 2013.

101 A. Veneziani, *Teoria e prassi della responsabilità di proteggere tra potere d'imperio statale e tutela dei diritti umani*, *Opinio Juris in Comparatione*, 2018.

102 Il riferimento è all'art. 33 della Costituzione.

*Dimitri Girotto\**

# Il diritto all'interruzione di gravidanza nell'ordinamento statunitense, con innovativi e controversi profili processuali. Le leggi del Texas e del Mississippi al vaglio della Corte Suprema

## Sommario

1. Considerazioni introduttive – 2. La legge del Texas e i tentativi di *pre-enforcement challenge* – 3. La pronuncia della Corte Suprema sulle questioni concernenti il diritto ad agire in giudizio – 4. Ulteriori tentativi di *pre-enforcement challenge* della SB 8 – 5. La legge dello Stato del Mississippi. Considerazioni conclusive

## Abstract

L'articolo prende in esame due casi giudiziari pendenti davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti, nei quali vengono in rilievo le discipline legislative dell'interruzione di gravidanza, rispettivamente del Texas e del Mississippi. I casi mettono in evidenza nuovi profili di carattere processuale e sostanziale, inducendo il dubbio sulla tenuta dei fondamentali precedenti della Corte in materia, *Roe v. Wade* e *Planet Parenthood of Pennsylvania v. Casey*.

*The article examines two cases pending before the US Supreme Court, dealing with two abortion laws passed in Texas and Mississippi. New procedural and substantive elements arise, putting fundamental judicial precedents, such as Roe v. Wade and Planet Parenthood of Pennsylvania v. Casey, at risk of being overruled.*

## 1. Considerazioni introduttive

Era da tempo ricorrente, nel dibattito politico statunitense, ma anche nelle riflessioni della dottrina, la sensazione che la Corte Suprema, nella sua attuale composizione decisamente orientata in senso conservatore, avrebbe ripensato alle proprie posizioni in tema di interruzione di gravidanza; maggiormente aperta era, ed è ancora, la discussione sui possibili approdi della giurisprudenza costituzionale all'esito di una rivisitazione di un orientamento ancora fondato sulle storiche decisioni *Roe v. Wade* e *Planet Parenthood v. Casey*<sup>1</sup>.

\* Professore associato di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Udine. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1 In argomento, e soprattutto sulla vicenda su cui principalmente ci si soffermerà, v. M.C. Errigo, *The most dangerous branch? La Corte Suprema e il Texas Heartbeat Act*, in giurcost.org, 2021, 1035 ss.. Nella dottrina americana v., fra gli altri, M. Ziegler, *Abortion and the Law in America*, Cambridge University Press, 2020. V. inoltre, nella stampa americana maggiormente informata sul tema in generale, sui casi di cui si tratta e sugli atteggiamenti dei giudici della Corte Suprema al riguardo, per tutti, L. Greenhouse, *The Free Ride May Soon Be Over for Anti-Abortion Politicians*, in nytimes.com, 20 maggio 2021; Id., *Mississippi Explains All*

Un sintomo implicito di questo atteggiamento revisionista è stato colto, dalla stampa generalista ma anche da taluni osservatori qualificati, nella decisione<sup>2</sup> di non accogliere l'istanza con la quale, pochi mesi fa, alcuni *abortion providers* avevano chiesto alla Corte di sospendere l'entrata in vigore della legge approvata dallo stato del Texas, che preclude il ricorso all'interruzione di gravidanza nel momento in cui diventa percepibile il battito cardiaco del feto: cioè in un momento databile, con qualche approssimazione, a sei settimane dall'inizio della gravidanza<sup>3</sup>.

Come si cercherà di argomentare, se si astrae da quello che finirebbe per risolversi in un processo alle intenzioni dei singoli giudici della Corte Suprema (e non mancherebbero, per vero, elementi quantomeno presuntivi, rinvenibili in prese di posizione pubbliche dei *justices*, o in loro scritti accademici precedenti<sup>4</sup>), la decisione della Corte può prestarsi ad una valutazione diversa, mostrando di reggere sul piano squisitamente processuale e astratto, ed accompagnandosi ad un'esplicita delimitazione delle sue finalità, che non interessano la questione principale, ovvero la compatibilità della legge texana con i principi costituzionali.

La vicenda processuale è stata tuttavia arricchita, nel breve volgere di un paio di mesi, da un secondo procedimento giurisdizionale, azionato dal governo federale contro lo Stato del Texas, che si è quindi aggiunto alla prima iniziativa, posta in essere da associazioni e cliniche abortiste<sup>5</sup>.

Si illustrerà tra breve che la Corte Suprema ha scelto, al momento, di trattare i due casi menzionati proprio sotto il profilo processuale, astraendosi - per quanto sia possibile - dalle problematiche di costituzionalità nel merito della legge texana; le due udienze, svoltesi a inizio novembre 2021, non sembravano aver offerto elementi predittivi in ordine alle *opinions* che la Corte potrebbe adottare, ma i dubbi sono stati fugati da una decisione, intervenuta nel giro di poche settimane, che ha timidamente dischiuso le porte ad una *Judicial review* della legge in oggetto.

Ci si soffermerà sul particolare meccanismo che il legislatore texano ha introdotto al fine di garantire l'osservanza delle disposizioni della legge, e risulterà presto evidente la ragione per la quale l'intervento legislativo richieda una preliminare disamina quanto alle possibilità di *enforcement* e di contestazione in sede giudiziale, trattandosi di uno schema potenzialmente replicabile anche con riguardo all'esercizio di altri diritti costituzionali<sup>6</sup>.

Quasi in parallelo, la Corte ha affrontato, dedicandosi questa volta al contenuto sostanziale, l'esame di una legge dello Stato del Mississippi, che vieta, salvo poche eccezioni, il ricorso all'interruzione di gravidanza dopo la quindicesima settimana; le due vicende - quella texana e soprattutto quella dello Stato del Mississippi - offriranno la possibilità di mettere alla prova la tenuta dei principi giurisprudenziali, attualmente radicati nelle motivazioni delle storiche sentenze *Roe* e *Casey*.

## 2. La legge del Texas e i tentativi di *pre-enforcement challenge*

La legge denominata SB 8 è entrata in vigore il 1° settembre 2021; essa introduce importanti limitazioni alla possibilità di ricorrere all'interruzione di gravidanza, disponendo che *"a physician may not knowingly perform or induce an abortion on a pregnant woman if the physician detected a fetal heartbeat for the unborn child"*: il rilevamento del battito cardiaco del feto preclude l'aborto, indirettamente configurando un

*on Abortion*, in nytimes.com, 29 luglio 2021; e *The Supreme Court Gaslights Its Way to the End of Roe*, in nytimes.com, 3 dicembre 2021.

2 Supreme Court, 1.9.2021, *Whole Woman's Health v. Jackson*, 594 U.S. (2021).

3 S.B. n. 8 (*An act relating to abortion, including abortions after detection of an unborn child's heartbeat; authorizing a private civil right of action*).

4 Ad esempio, in merito alle posizioni manifestate da Amy Coney Barrett, ultimo giudice in ordine di ingresso alla Corte, v. A. Liptak, *Barrett's Record: A Conservative Who Would Push the Supreme Court to the Right*, in nytimes.com, 2 novembre 2020. In generale, sulle posizioni manifestate dai giudici della Corte, in sede di *confirmation hearing* o anteriormente alla nomina, v. R. Barnes-S. Tan, *What the Supreme Court justices have said about abortion and Roe v. Wade*, in washingtonpost.com, 24 novembre 2021.

5 *United States of America v. The State of Texas*, Case 1:21-cv-00796, proposto davanti alla Corte distrettuale del distretto occidentale del Texas, divisione di Austin. Il procedimento promosso dalle parti private è *Whole Woman's Health et al. v. Austin Reeve Jackson, Judge, 114th District et al.*, Case 1:21-cv-00616-RP

6 Nella dottrina italiana, per un'analisi del *preenforcement constitutional challenge* negli Stati Uniti, con un'agile trattazione del concetto di *standing* nel diritto processuale americano, v. C. Padula, *La tutela diretta dei diritti fondamentali*, Torino, 2018, in particolare 8-12.



limite temporale collocabile attorno alla sesta settimana di gravidanza, salve le situazioni di “*medical emergency*”<sup>7</sup>.

Il divieto legislativo è dunque assai incisivo, comportando una notevole anticipazione del termine oltre la quale l’interruzione di gravidanza diviene una pratica illecita; ma ancor più sorprendente è il meccanismo di applicazione della legge, che non è affidato all’autorità pubblica, ma esclusivamente ad un sistema di *private civil actions*: vere e proprie azioni giudiziarie consentite a chiunque (a parte i funzionari pubblici), a prescindere dalla sussistenza di un interesse specifico e individualizzato, ritenga di poter dimostrare che un altro individuo sia impegnato, o intenda impegnarsi ad eseguire interruzioni di gravidanza in difformità alla legge, o favorisca tali pratiche<sup>8</sup>.

Al netto di ogni riserva sulla indeterminatezza della previsione legislativa (che sembra da un lato punire la mera intenzione di porre in essere l’interruzione di gravidanza, e d’altro lato rende illecite le condotte di agevolazione, non meglio specificate)<sup>9</sup>, le iniziative di *private enforcement*, se ritenute fondate dal giudice, comporteranno non solo l’emissione di un’ingiunzione nei confronti dell’autore della violazione di legge, ma anche il riconoscimento, in favore dell’attore, di c.d. *statutory damages* in misura non inferiore a diecimila dollari per ogni interruzione di gravidanza eseguita, indotta o favorita, oltre al rimborso delle spese legali.

Viene così configurato un “premio” a beneficio del privato cittadino che agisca in giudizio per ottenere il rispetto della legge; con un minimo di enfasi, si è parlato della istituzione *ex lege* di una “taglia” a carico dei trasgressori, ma certamente il meccanismo introdotto dal legislatore texano si caratterizza per una assoluta originalità, anche nella parte in cui vieta il *public enforcement*<sup>10</sup>.

Tali peculiarità non sono il frutto di una estemporanea scelta del legislatore, ma sembrano preordinate a rendere più difficile la contestazione in giudizio della legge e della sua eventuale illegittimità costituzionale.

Invero, escludendo i funzionari pubblici dalla applicazione della legge, ed essendo difficile promuovere azioni preventive nei confronti di privati, cittadini o enti, indeterminati, il solo momento nel quale con certezza si potrebbe esercitare una *judicial review* della legge sarebbe individuabile in un procedimento giudiziario di *private enforcement* contro un presunto trasgressore, così costringendo il cittadino a vedersi contestare la violazione della legge per poterne ottenere il sindacato di costituzionalità.

Peraltro, alcune associazioni abortiste e alcuni cittadini hanno tentato, nonostante quanto sopra, di attivare in via preventiva azioni giudiziarie presso tribunali federali, volte a precludere l’entrata in vigore della legge. Anche a livello statale sono state configurate azioni preventive<sup>11</sup>, finalizzate in prima battuta alla emissione di un *restraining order* preclusivo della attivazione di iniziative di *private enforcement*, e successivamente ad ottenere un *declaratory judgement* avente ad oggetto la legittimità costituzionale della disciplina<sup>12</sup>.

Prendendo in considerazione la giurisdizione federale, l’azione preventiva – nella vicenda processuale qui considerata – viene comunque rivolta contro una serie di funzionari pubblici, con un *escamotage* che consiste nel considerarli quali soggetti a qualche titolo coinvolti nell’attività di *enforcement*, in veste di giudici chiamati a decidere sulle eventuali azioni promosse dai privati ai sensi della legge, e

7 La nuova legge non definisce la nozione di “emergenza medica”, per la quale occorre attingere alle previsioni del già vigente Health and Safety Code: “*Medical emergency means a life-threatening physical condition aggravated by, caused by, or arising from a pregnancy that, as certified by a physician, places the woman in danger of death or a serious risk of substantial impairment of a major bodily function unless an abortion is performed*”.

8 La responsabilità civile (S.B. 8, sec. 171.208), può essere fatta valere contro “*any person, who ... knowingly engages in conduct that aids or abets the performance or inducement of an abortion*”.

9 Riassume il contenuto della SB n. 8, soffermandosi anche sugli aspetti di carattere processuale, M. Fasan, *Il ruolo della Corte Suprema nel dialogo tra diritto e politica. Considerazioni sul diritto all’aborto nell’ordinamento statunitense*, in DPCE Online, 4/2021,4466-4468.

10 In merito alla decisione di non concedere un *injunctive relief* prima dell’entrata in vigore della legge, il Chief Justice Roberts, in una breve nota di dissenso in *Whole Woman’s Health v. Jackson*, 594 U.S. (2021), evidenzia che “*the statutory scheme before the Court is not only unusual, but unprecedented*”. Con toni più forti, sempre in dissenso, la giudice Sotomayor sostiene che “*the Texas Legislature has deputized the State’s citizen as bounty hunters, offering them cash prizes for civilly prosecuting their neighbors’ medical procedures*”.

11 Nella Opinione della Corte Suprema del 10 dicembre 2021, su cui ci si soffermerà tra breve, viene menzionato un contenzioso pendente presso la Corte distrettuale statale di Travis City, Texas (D-1-GN-21-004179, *Van Stean v. State of Texas et al.*), nel quale il ricorrente ha chiesto un’ordinanza restrittiva nei confronti di una organizzazione pro-life e di alcuni cittadini, volta a precludere l’instaurazione di procedimenti giurisdizionali ai sensi della legge in commento.

12 Sulla ammissibilità di *declaratory judgements*, nella prospettiva di un accertamento dell’incostituzionalità di una legge in via astratta, v. ancora C. Padula, *La tutela diretta*, cit., 35 ss.

nella funzione di cancellieri chiamati ad operare negli uffici giudiziari. Vengono inoltre convenuti in giudizio il Procuratore generale del Texas, nonché altri funzionari che si assumono comunque preposti all'applicazione della legge, oltre ad un privato cittadino che avrebbe concretamente preannunciato l'intenzione di applicare la legge immediatamente dopo la sua entrata in vigore.

Intuibile ed immediata, nella costituzione in giudizio dei convenuti, la richiesta di preventivo rigetto delle richieste attoree, sul presupposto della mancanza dell'interesse ad agire, sia sotto il profilo della attualità della controversia, sia per quanto attiene alla legittimazione passiva dei convenuti, che si considerano del tutto estranei al meccanismo di attuazione della legge.

In un continuo botta e risposta tra *petitioners* e *defendants*, nel giro di pochi giorni una corte distrettuale respinge le richieste di rigetto formulate da questi ultimi, e successivamente sospende il giudizio dopo l'immediata impugnazione del mancato rigetto, lasciandola proseguire soltanto per quanto concerne la posizione del privato cittadino coinvolto<sup>13</sup>.

La Corte d'appello sospende, tuttavia, il procedimento con riguardo a tutti i convenuti, e rifiuta di adottare un provvedimento di emergenza, richiesto dagli attori; di qui, con soli due giorni di anticipo sull'entrata in vigore della legge, la prima richiesta alla Corte Suprema, respinta con la decisione interlocutoria citata in esordio: la Corte rileva la mancanza di requisiti che potremmo con qualche semplificazione assimilare al *fumus boni iuris* e al *periculum in mora*, cui si aggiunge la (in)sussistenza di un interesse pubblico. Dirimenti sembrano essere ragioni di ordine processuale, nonostante le "*serious questions regarding the constitutionality of S.B. 8*", perché la Corte ritiene non essere dimostrato che i funzionari pubblici convenuti dispongano del potere di applicare la legge, e il discorso vale in particolare per le autorità giudiziarie statali, rispetto alle quali la Corte richiama un noto precedente (*Ex parte Young*, 209 U.S. 123 - 1908) sul quale sarà necessario ritornare<sup>14</sup>.

La Corte d'appello del Texas, di cui viene da più parti lamentato un orientamento conservatore (al punto, secondo alcuni, da potersi prevedere con una certa probabilità le decisioni nel caso in commento), si pronuncia nuovamente in via cautelare, a legge ormai in vigore, ribadendo il precedente orientamento con una più articolata *opinion*, e disconoscendo la natura di *proper defendant* ai cancellieri degli uffici giudiziari, individuati quali meri esecutori sotto la direzione dei giudici, i quali ultimi non possono essere destinatari di ordini ad opera di autorità federali, secondo la giurisprudenza citata. Da ultimo, l'affidamento ai soli privati cittadini del compito di dare applicazione alla legge rende estranei ad ogni pretesa il Procuratore generale e gli altri funzionari pubblici.

Parallelamente, si attiva anche il Governo federale, ottenendo inizialmente un'ingiunzione nei confronti dello Stato del Texas, estesa ai suoi "*officers, officials, agents, employees, and any other persons or entities acting on its behalf*", ai quali si vieta di dare applicazione alla S.B. 8. Il provvedimento ha breve durata, in quanto la Corte d'Appello lo riforma nel volgere di pochi giorni, sospendendone l'efficacia in pendenza dell'appello immediatamente proposto dallo Stato del Texas.

In entrambi i procedimenti (quello promosso da associazioni, cliniche e singoli abortisti, e quello instaurato dal Governo federale) viene proposta un'istanza alla Corte Suprema, con richiesta di *certiorari*: la Corte accoglie la richiesta limitatamente ai profili processuali sopra invocati, e cioè per quanto attiene (nel procedimento azionato dai privati) al quesito se uno Stato possa sottrarre alla giurisdizione federale il controllo di costituzionalità di una legge che vieta l'esercizio di un diritto costituzionale, delegando alla collettività il compito di rendere effettivo il divieto mediante azioni civili. Nel procedimento azionato dal Governo federale il *certiorari* è ammesso relativamente al quesito se gli Stati Uniti possano rivolgersi ad una corte federale per ottenere un provvedimento ingiuntivo di accertamento nei confronti di giudici o altri funzionari statali, allo scopo di impedire l'applicazione della S.B. 8.

Il precedente invocato dalla Corte (*ex parte Young*), per quanto piuttosto risalente, ancora governa l'interpretazione costituzionale della c.d. *State sovereign immunity* nelle corti federali, protetta dal XI Emendamento. Nato in reazione al noto caso *Chislm v. Georgia*, e ratificato nel 1795, l'Emendamento vieta di estendere la giurisdizione delle corti federali alle controversie promosse contro uno degli Stati da cittadini di un altro Stato, o di uno Stato straniero<sup>15</sup>.

In *ex parte Young* la Corte ha configurato un'eccezione alla immunità degli Stati presso i tribunali federali, nei casi in cui venga in rilievo una legge statale contrastante con la Costituzione degli Stati Uniti: in queste situazioni, osserva la Corte, sarebbe incongruo che un cittadino, per poter ottenere una

13 La vicenda processuale è compendiata nelle prime pagine della *opinion of the Court* n. 21-463, nel citato caso *Whole Woman's Health et al. v. Austin Reeve Jackson, Judge, 114th District et al.*, 595 U.S. (2021).

14 In merito al privato cittadino convenuto, la Corte rileva che questi ha sottoscritto un affidavit negando di avere intenzione di applicare la legge.

15 XI Emendamento: "*The Judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by Citizens of another State, or by Citizens or Subjects of any Foreign State*".

*judicial review* della legge, debba esporsi ad una violazione ed alla conseguente sanzione. D'altro lato, il funzionario statale che intende dare applicazione ad una legge incostituzionale non può qualificarsi quale soggetto agente nell'interesse dello Stato, e pertanto può essere convenuto in un giudizio preordinato all'emissione di una ingiunzione nei suoi confronti.

Il principio, tuttavia, non può applicarsi nei confronti di un giudice di uno Stato, perché a ragionare altrimenti, osserva la Corte, si produrrebbe una alterazione della forma di governo (nel nostro linguaggio si potrebbe parlare più correttamente di forma di Stato, posto che l'Emendamento presidia l'autonomia degli Stati rispetto alla Federazione).

Intuitiva è la rilevanza del principio nel caso delle azioni promosse dalle associazioni e cliniche abortiste e dal Governo federale: individuandosi anche le autorità giudiziarie quali possibili destinatari degli *injunctive orders* richiesti dai ricorrenti, la Corte Suprema deve necessariamente affrontare la questione della validità del proprio precedente.

### 3. La pronuncia della Corte Suprema sulle questioni concernenti il diritto ad agire in giudizio

Se, in precedenza, si è accennato alla pendenza di due diversi procedimenti, il riferimento, nel titolo, ad una singola pronuncia e non a due è giustificato dalla decisione della Corte di rivedere il proprio precedente pronunciamento in merito all'azione promossa dal Governo federale: se, in precedenza, il *certiorari* era stato concesso, ora la Corte capovolge la decisione, rilevando - senza motivare, come è costume nei casi di valutazioni sulle richieste di *writ of certiorari* - che lo stesso fosse stato "*improvidently granted*".

Viceversa, per quanto concerne l'azione promossa dai *petitioners* filoabortisti, la Corte produce una articolata (e sofferta) decisione, redatta quasi nella sua interezza dal giudice Gorsuch, ed accompagnata da una *dissenting opinion* del giudice Thomas e da due opinioni in parte dissenzienti e in parte concorrenti: la prima redatta dal Chief Justice Roberts (condivisa dai tre giudici progressisti, Breyer, Sotomayor e Kagan), la seconda ad opera del giudice Sotomayor (condivisa da Breyer e da Kagan).

Premettendo a chiare lettere che la questione di merito (eventuale illegittimità costituzionale della legge S.B. 8) "*is not before the Court*", la Corte precisa come *Ex parte Young* abbia configurato una "*narrow exception*" al principio della immunità giurisdizionale degli Stati, ma ribadisce l'impossibilità per le corti federali di adottare ordinanze ingiuntive nei confronti dei giudici statali.

Andando oltre, la Corte esclude persino che un giudice possa essere "parte" di un giudizio nel quale si controverte intorno alla legittimità costituzionale di una legge statale, né può esserlo un funzionario di cancelleria; in merito al quale ultimo, la disciplina processuale del Texas certo non consente un vaglio sostanziale di ammissibilità di un'azione giudiziaria, a tacere della contraddittorietà di una configurazione che veda i giudici tutelati dall'immunità, e i loro primi collaboratori sprovvisti di tale garanzia.

Al Procuratore generale del Texas la Corte non riconosce quella che nel nostro lessico processuale potremmo definire "legittimazione passiva", non ravvisando alcun possibile ruolo del medesimo nell'ambito dell'applicazione della legge sull'interruzione di gravidanza.

Dove la Corte apre alla possibilità di *pre-enforcement challenge* è in riferimento ad alcuni funzionari dello Stato del Texas, che ricoprono la veste di *executive director* o *executive commissioner* di alcune *agencies* statali operanti nel settore sanitario<sup>16</sup>: ciò in ragione di una clausola della legge in esame, secondo la quale essa non può essere interpretata in modo da precludere l'applicazione di altre leggi che disciplinano o proibiscono l'interruzione di gravidanza. In effetti, la Corte richiama l'esistenza di previsioni legislative statali che affidano ai convenuti sopra citati funzioni di controllo in materia, ad esempio per quanto concerne il potere disciplinare nei confronti dei medici che violino la legge<sup>17</sup>.

L'*opinion* di maggioranza si conclude non senza una nota polemica nei confronti della giudice Sotomayor, la quale rimproverava ai colleghi di rinunciare a difendere la supremazia della Costituzione, a fronte di una legge fortemente sospettata, nel merito, di illegittimità costituzionale, e costruita in modo da renderne difficile la sindacabilità in sede giurisdizionale. La replica della maggioranza è nel senso

16 I convenuti nei confronti dei quali la Corte ha ammesso la prosecuzione dell'azione giudiziaria ricoprono, rispettivamente, la carica di *Executive Director* del *Texas Medical Board*; di *Executive Director* del *Texas Board of Nursing*; di *Executive Commissioner* del *Texas Health and Human Services Commission*; di *Executive Director* del *Texas Board of Pharmacy*.

17 L'esempio citato dalla Corte riguarda il *Texas Medical Board*, al quale sono affidati poteri disciplinari nei confronti dei medici che violino l'*Health and Safety Code*, un *corpus* normativo che include la SB 8.

che l'ordinamento giuridico-processuale americano conosce varie possibilità di tutela della supremazia del diritto federale; che i *petitioners* non sono sempre in grado di scegliere accuratamente gli strumenti di tutela; da ultimo, che non esiste un diritto incondizionato di *pre-enforcement challenge* nelle corti federali<sup>18</sup>.

Anche l'ulteriore rilievo critico, un po' provocatorio, di Sotomayor, viene controbattuto: se la giudice pone l'interrogativo di cosa accadrebbe se altri stati intendessero replicare il meccanismo della S.B. 8 (divieto di esercitare un diritto costituzionalmente tutelato, accompagnato da un meccanismo di esclusivo *private enforcement*), Gorsuch risponde accennando alla possibilità di utilizzare strumenti di *pre-enforcement* simili a quelli ammessi nel caso in esame, e di far valere il primato del diritto federale in qualunque azione giudiziaria, ferma restando la discrezionalità del legislatore federale, che potrebbe introdurre altri e nuovi rimedi giurisdizionali.

Quanto alle *opinions* accompagnatorie, se la posizione di Clarence Thomas appare essere certamente la più conservatrice, tentando di argomentare l'inammissibilità di un'azione proposta anche contro i direttori delle agenzie governative statali, alle quali dovrebbe estendersi la *sovereign immunity* dello Stato, quella del *Chief Justice* Roberts - che sembra decisamente discostarsi, sul tema, dalla posizione dei colleghi di maggioranza, pur nella comune discendenza di nomina ad opera di Presidenti repubblicani - si muove in direzione eguale e contraria, affermando che pure l'Attorney General del Texas potrebbe essere un *proper defendant*, essendo munito del potere di agire in giudizio nei confronti di un medico che violi la legge, e aggiungendo che i *clerks* delle corti giudiziarie esercitano funzioni amministrative distinte da quelle dei giudici, e pertanto potrebbero essere parimenti convenuti in giudizio. Roberts condivide, peraltro, le preoccupazioni di Sotomayor sui rischi che corre la Corte Suprema di fronte all'iniziativa legislativa dello Stato del Texas, rimarcando la celebre affermazione contenuta in *Marbury v. Madison*, secondo la quale "*it is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is*"<sup>19</sup>.

#### 4. Ulteriori tentativi di *pre-enforcement challenge* della SB 8

L'articolazione in senso federale della funzione giurisdizionale può consentire, in talune circostanze, di moltiplicare i rimedi concessi al cittadino che intenda ottenere una *judicial review* di una legge statale; nel contempo, il sistema delle fonti concorre ad arricchire il quadro dei parametri di costituzionalità, affiancando le Costituzioni statali alla Costituzione federale, fermo ovviamente il primato di quest'ultima.

Il caso esaminato ne fornisce una prova, dal momento che la legge texana sull'interruzione di gravidanza è stata contestata anche sotto il profilo della sua compatibilità con la Costituzione dello Stato del Texas, ad opera di varie organizzazioni abortiste e privati operatori (medici); anche in questa circostanza i profili processuali vengono preliminarmente in rilievo, posto che gli attori hanno chiesto una declaratoria di illegittimità della legge, in via di urgenza, relativamente al meccanismo di *private enforcement* configurato, lasciando in disparte ogni sindacato di merito sul contrasto della legge con la giurisprudenza delle corti federali, Supreme Court in primis.

La Corte distrettuale statale di Travis County<sup>20</sup>, riunendo ben quattordici procedimenti, ha superato tutte le eccezioni in punto di *jurisdiction* formulate dalle parti convenute (varie associazioni *pro-life*), riconoscendo lo standing agli attori e ritenendo che la controversia sia *ripe* (matura per la decisione) stante il c.d. *chilling effect* che la legge produce nei confronti delle pratiche abortive. Inoltre, e si trattava di uno dei profili maggiormente spinosi, l'azione in giudizio non può essere preclusa dalla c.d. *state action doctrine*, inutile essendo il tentativo relegare alla sfera dei rapporti privati le pretese azionate: vi osterebbe il carattere trasversale della garanzia del *due process of law* - che si assume violato dalla legge in commento - applicabile anche nel contenzioso tra parti private; a tacere del fatto che, ad avviso del

18 *Whole Woman's Health v. Jackson*, 595 U.S. (2021), 15: "*this Court has never recognized an unqualified right to pre-enforcement review of constitutional claims in federal court ... To this day, many federal constitutional rights are as a practical matter asserted typically as defenses to state-law crimes, not in federal pre-enforcement cases like this one*".

19 *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 177 (1803). Sulla insoddisfazione generata dalla *opinion* della Corte, e sul rischio, paventato dai giudici che si sono trovati parzialmente in minoranza, che venga vulnerato il ruolo stesso della Corte suprema nel sistema costituzionale statunitense, cfr. M.C. Errigo, *The most dangerous branch?*, cit., 1045-1046.

20 Nel già citato caso D-1-GN-21-004179, *Van Stean v. State of Texas et al.*



giudice, la legge texana configura una delega (di *enforcement*) dallo Stato ai privati cittadini, di talché l'esercizio della delega sarebbe comunque considerabile quale *state action*<sup>21</sup>.

Il giudice texano esclude che la Costituzione dello Stato del Texas garantisca un diritto alla *privacy* tale da includere il diritto di interrompere la gravidanza, sullo schema di *Roe v. Wade*; né ritiene che ulteriori previsioni della SB 8, nel richiedere alle strutture sanitarie la raccolta e conservazione di dati ed informazioni mediche, possano considerarsi costituzionalmente illegittime. Ad essere in contrasto con la Costituzione del Texas, viceversa, sono le previsioni legislative che:

- a) ampliano lo *standing*, attribuendo un diritto di agire in giudizio a persone che non hanno subito alcun pregiudizio per effetto dell'applicazione della legge;
- b) negano il *due process of law* a danno degli *abortion providers* eventualmente condannati all'esito delle azioni di *private enforcement*, prevedendo una sorta di sanzione ad importo predeterminato;
- c) delegano un potere esecutivo a soggetti privati, violando il principio di separazione dei poteri.

Il giudice distrettuale ha peraltro negato l'emissione di un'ingiunzione, richiesta dagli attori, volta ad impedire ai convenuti di incoraggiare la proposizione di *private actions* ai sensi della legge, che inoltre rimane in vigore nel suo contenuto sostanziale.

## 5. La legge dello stato del Mississippi. Considerazioni conclusive

All'inizio del mese di dicembre 2021 davanti alla Corte Suprema si è svolto l'*oral argument* relativo al caso *Dobbs v. Jackson Women's Health*, nel quale si discute sulla legittimità costituzionale di una legge introdotta dallo Stato del Mississippi nel 2018, la quale proibisce l'interruzione di gravidanza dopo la quindicesima settimana, con l'eccezione di *medical emergencies* e delle situazioni di *severe fetal abnormality*.

L'unica organizzazione abortista autorizzata nel Mississippi si è rivolta ad una corte federale distrettuale, la quale ha ingiunto allo Stato di non porre in attuazione la legge; confermata la decisione in Corte d'appello, lo Stato del Mississippi ha chiesto ed ottenuto alla Supreme Court il *certiorari*. Il quesito di diritto sul quale la Corte dovrebbe pronunciarsi potrebbe sembrare già indicativo: "*whether all pre-viability prohibitions on elective abortions are unconstitutional*". Senza mezzi termini, la Corte è chiamata a rivalutare il proprio orientamento, dal quale dottrina e giurisprudenza concordemente desumono, ad oggi, un divieto per gli Stati di proibire le interruzioni di gravidanza fino alla c.d. *viability* del feto, collocata attorno alla ventiquattresima settimana e per la quale (*viability*) viene ammessa, al limite, la possibilità di una verifica in concreto, come è emerso nel noto caso *Webster v. Reproductive Health Services*<sup>22</sup>.

La necessità di un *overruling* di *Roe vs. Wade* e *Planet Parenthood vs. Casey* è stata esplicitamente prospettata dai difensori dello stato del Mississippi, i quali hanno definito i citati precedenti "*egregiously wrong*": la tesi sostenuta, pressoché comune a tutti i detrattori della menzionata giurisprudenza, è che non esista alcun fondamento costituzionale del diritto all'interruzione di gravidanza, come pure del diritto alla *privacy*, e che le pronunce della Corte non avrebbero concorso ad offrire un chiaro orientamento al legislatore, con riguardo al possibile contenuto di previsioni legislative che questi potrebbe adottare per intervenire in una materia che non gli è, in principio, preclusa. Anche il collegamento alla *viability* è contestato, in quanto superato dalle attuali conoscenze mediche, nonché sul presupposto della sua intrinseca arbitrarietà, poiché la dipendenza del concepito dall'intervento altrui non viene in rilievo solo nello stato fetale, ma riguarda anche la fase successiva alla nascita.

Su fronte opposto, a parte una contestazione fondata sullo stato dell'evidenza scientifica, che non supporterebbe il limite alla quindicesima settimana, viene segnalato il rischio di incoraggiare un c.d. turismo abortivo, spingendo le donne che intendono ricorrere all'aborto a trasferirsi in Stati nei quali la legislazione è maggiormente permissiva; viene inoltre lamentata la non compatibilità della legge con la garanzia dell'*equal protection*, laddove la legge rivelerebbe, per un verso, una concezione stereotipata del ruolo della donna nella società e per altro verso incrementerebbe le disparità a danno delle donne e delle famiglie con limitata capacità economica. Anche l'argomento di diritto comparato viene portato a sostegno della illegittimità della legge, se si svolge un'analisi non strettamente limitata alla previsione del termine per ricorrere alla pratica abortiva (che in alcuni paesi, come in Italia, certo non arriva alle

21 In dottrina, in questo senso, si cita il caso *Terry v. Adams*, 345 U.S. 461 (1953) a sostegno della tesi per la quale lo stato non potrebbe eludere la *state action doctrine* delegando funzioni pubbliche a privati cittadini. Sul punto, cfr. A. J. Lindvall, *Texas, Abortion ad State Action*, in *SMU Law Review Forum*, Vo. 74, 9-2021, 142.

22 *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989); su questa pronuncia cfr., per tutti nella manualistica americana, E. Chemerinsky, *Constitutional law*, Wolters Kluwer, 2020, 969 ss.

24 settimane), bensì estesa alle numerose possibili eccezioni correlate a situazioni peculiari alle singole gravidanze.

L'*oral argument* non ha offerto spunti predittivi di rilievo, anche se l'idea che la problematica "aborto" debba essere rimessa alle valutazioni e decisioni del legislatore sembra aver persuaso alcuni giudici, in particolare Kavanaugh, il quale ha invocato la neutralità della Corte sul tema; il Chief Justice Roberts è parso maggiormente concentrato sulla previsione legislativa in commento, piuttosto che sul possibile *overruling* dei precedenti citati, apprendo alla possibilità che una valutazione della legge nel senso della sua legittimità costituzionale possa comunque accompagnarsi ad una conferma di *Roe* e *Casey*<sup>23</sup>.

Che ci si trovi in presenza di un momento cruciale, nella configurazione del diritto (costituzionale) all'interruzione di gravidanza, è indirettamente testimoniato, ad avviso di chi scrive, dall'insistenza con la quale alcuni autorevolissimi *amici curiae*<sup>24</sup> hanno evidenziato la necessità di assicurare, nel caso *Dobbs*, il rispetto del principio dello *stare decisis*, quale "*bedrock principle of legal jurisprudence since the founding of the nation*". Viene sottolineata, in quanto senso, la delicatezza con la quale la Corte, in *Roe* e *Casey*, avrebbe realizzato un difficile ma chiaro bilanciamento fra interessi contrapposti, in modo da impedire che i legislatori statali siano "*left to interpret nebulous constitutional standards without concrete guidance, leading to a multitude of challenges to state practices, and forcing federal judges to effectively make legislative judgements on a case-by-case basis*"<sup>25</sup>.

Il richiamo allo *stare decisis* pare evidenziare una preoccupazione di fondo sulla tenuta dei precedenti giurisprudenziali; in effetti, la calendarizzazione dei casi *Whole Woman's Health v. Jackson* e *Dobbs v. Mississippi*, e prima ancora la decisione di garantire il *certiorari* relativamente a quesiti che appaiono accuratamente selezionati, sembrano azioni congegnate per rivedere il margine di discrezionalità degli Stati nella regolamentazione dell'aborto; il lato processuale e quello sostanziale si configurano come una "tenaglia legislativa", che accompagna alla previsione di termini più stretti per procedere all'interruzione di gravidanza il trasferimento del possibile contenzioso al piano dei rapporti tra privati, escludendo i poteri pubblici ed affrancandoli da iniziative di *pre-enforcement*.

I sostenitori di *Roe* e *Casey*, dal canto loro, possono auspicare che, stando al quesito formulato e ammesso nel caso *Dobbs*, la Corte, persino con questa maggioranza conservatrice, non intenda mettere in discussione il fondamento costituzionale del diritto all'interruzione di gravidanza; quanto ai profili processuali, la pluralità dei rimedi esperibili sta offrendo alcune brecce nella barriera eretta dal legislatore texano, ma a rivelarsi decisivo potrebbe essere l'effetto a cascata, prodotto dalla SB 8, qualora il meccanismo ivi escogitato fosse replicato, in altri Stati, a supporto di restrizioni di altri diritti costituzionali viceversa più congegnali all'orientamento conservatore (si pensi al Secondo Emendamento<sup>26</sup>). In tali evenienze, in disparte il possibile intervento del legislatore federale, potrebbe davvero la Corte limitarsi alle parole di Justice Gorsuch, secondo il quale essa non dovrebbe "*disregard the traditional limits on the jurisdiction of federal court just to see a favored result win the day*"<sup>27</sup>.

23 Utili indicazioni sugli esiti dell'udienza in A. Howe, *Majority of Court appears poised to roll back abortion rights*, in *Scotus blog*, [www.scotusblog.com/2021/12/majority-of-court-appears-poised-to-uphold-mississippi-ban-on-most-abortions-after-15-weeks/](http://www.scotusblog.com/2021/12/majority-of-court-appears-poised-to-uphold-mississippi-ban-on-most-abortions-after-15-weeks/), 2021.

24 Il riferimento è al *brief* presentato da alcuni fra i maggiori costituzionalisti statunitensi (tra i quali Erwin Chemerinsky, Michael Dorf, Geoffrey Stone, David Strauss, Laurence Tribe), no. 19-1392.

25 Sul bilanciamento, e in particolare sul criterio del c.d. *undue burden*, enunciato in *Casey*, v. le interessanti osservazioni di A. Baraggia, *Whole Woman's Health v. Hellerstedt: nuove dimensioni del diritto all'aborto negli Stati Uniti*, in Osservatorio costituzionale, 1/2017, ove si segnala una ulteriore evoluzione dell'orientamento della Corte, nella decisione commentata dall'Autrice, verso un approccio *evidence based* e non più *rational basis*, nella valutazione sulla sussistenza o meno di un *undue burden*.

26 Poche ore dopo la pubblicazione della *opinion* della Corte Suprema sulla SB 8 il governatore della California ha annunciato l'intenzione di proporre una nuova disciplina sul possesso e l'utilizzo delle armi d'assalto, assistita da un procedimento di attuazione mutuato dal modello texano, sul presupposto per il quale "*if states can shield their laws from review by the federal courts ... then California will use that authority to protect people's lives, where Texas used it to put women in harm's way*". Cfr. R. Dahl, *California Gov. Plans to Use Citizen Enforcement Measures for Guns, Are Other States Next?*, in [www.findlaw.com/legalblogs/practice-of-law/california-gov-plans-to-use-citizen-enforcement-measures-for-guns-are-other-states-next/](http://www.findlaw.com/legalblogs/practice-of-law/california-gov-plans-to-use-citizen-enforcement-measures-for-guns-are-other-states-next/), 2021.

27 Sulle posizioni dei giudici Gorsuch e Kavanaugh, e sulle aspettative di *overruling* di *Roe* e *Casey* da parte dei conservatori, v. M. Ziegler, *Abortion and the Law in America*, cit., 222 ss.

*Alessia Valongo\**

## Riflessioni in tema di violenza sulle donne migranti: un caso emblematico

### Sommario

1. La vicenda: la sottostima dei fatti da parte del Pubblico ministero – 2. La recente evoluzione della giurisprudenza penale in funzione protettiva delle vittime di violenza familiare – 3. La critica all’ordinanza di archiviazione tra diritto, religione e tradizioni del Marocco – 4. Pluralismo sociale, principio di differenziazione e libertà delle donne musulmane di indossare il velo islamico – 5. La coesistenza e la pari dignità tra culture diverse non giustifica fatti di violenza di genere – 6. Considerazioni conclusive: l’importanza dei rimedi civilistici e la centralità della soluzione socio-culturale-educativa

### Abstract

Il lavoro, di stampo interdisciplinare, prende spunto dalla critica di un recente provvedimento del Pubblico ministero di Perugia, che ha disposto l’archiviazione di una denuncia per maltrattamenti familiari esposta da una donna di origine marocchina. La donna era costretta dal marito a subire numerose imposizioni, tra le quali l’obbligo di indossare il velo islamico. Secondo il sostituto procuratore, l’imposizione del velo non integra, di per sé, gli estremi del reato, rientrando nel quadro culturale dei soggetti interessati dalla vicenda. Dopo aver richiamato la recente evoluzione della giurisprudenza penale in funzione protettiva delle vittime di violenza familiare, il commento della richiesta di archiviazione, successivamente revocata dal capo della Procura, è l’occasione per svolgere riflessioni sulle interconnessioni fra la tradizione del velo islamico e il tema della lesione dei diritti fondamentali delle donne musulmane. L’analisi dimostra che l’usanza del velo non è un emblema della sottomissione femminile, ma una manifestazione della propria identità religiosa, culturale e politica, che, tuttavia, va ritenuta meritevole di approvazione nei limiti in cui non sia utilizzata come strumento di violazione di «principi universali» e, nella specie, come mezzo di violenza verso il genere femminile.

*The paper criticizes a recent decision issued by the Public Prosecutor of Perugia, which rejected an accusation of domestic violence made by a Muslim woman. The woman, of Moroccan origin, was forced by her husband to many impositions and, in particular, she was obliged to wear the Islamic veil. According to the prosecutor, the imposition of the veil is not a crime, but an expression of the Islamic cultural background. This paper focuses on the meaning of the Muslim veil, analysing its impact on the protection of the fundamental rights of Muslim women who are particularly vulnerable persons. The article shows that the Islamic veil is not an emblem of female submission, but a sign of women’s freedom, an expression of their own religious, cultural and political identity. However, this tradition is worthy of approval provided that it is not used as an instrument of violation of “universal principles” and, in particular, as a means of coercion towards the female gender.*

\* Professoressa associata di diritto privato, Università di Perugia.  
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

## 1. La vicenda: la sottostima dei fatti da parte del Pubblico ministero

La vicenda da cui trae origine la decisione in commento ci consegna un quadro di vita familiare caratterizzato da continue vessazioni subite da una donna da parte del marito. La coppia di origine marocchina, sposata dal 2014, aveva vissuto per alcuni mesi in Marocco per poi trasferirsi in Umbria insieme ai tre figli di 6, 4 e 3 anni, nati tutti in Italia. Il rapporto è stato connotato fin dall'inizio da continue pressioni che hanno condotto ad una situazione di sottomissione della donna, la quale inizialmente non ha avuto la forza di reagire fin quando ha deciso di esporre querela per maltrattamenti, dopo essere fuggita dalla residenza familiare italiana trovando ospitalità in una casa famiglia a Napoli. Nella denuncia presentata al commissariato di polizia, la donna raccontava di aver sposato l'uomo su consiglio della famiglia secondo la tradizione del suo popolo e di aver subito l'imposizione del velo integrale durante i quattro anni di convivenza, dal 2015 al 2019; riferiva di essere stata segregata in casa dal marito, picchiata e offesa, per poi essere condotta forzatamente in Marocco con la promessa di restarvi con i tre bambini, mentre, una volta privata dei suoi documenti, era stata riportata dallo stesso marito presso l'abitazione della madre dove riceveva la comunicazione del divorzio. Successivamente, la donna era riuscita a tornare in Italia per sporgere denuncia.

Il 15 ottobre 2021 il Pubblico ministero di Perugia ha chiesto al Giudice per le indagini preliminari l'archiviazione del procedimento per mancanza di prove, in quanto la donna non avrebbe mai subito «aggressioni fisiche», non sarebbe mai ricorsa ad una struttura sanitaria per la cura delle lesioni lamentate, non sarebbe stata mai minacciata di morte e non avrebbe chiesto aiuto ai servizi sociali. Per queste ragioni, secondo il sostituto procuratore, le evidenze emerse a seguito delle indagini, non avrebbero permesso di ravvisare la sussistenza del reato rubricato dall'art. 572 c.p.<sup>1</sup>

La Procura di Perugia, guidata da Raffaele Cantone, ha revocato la richiesta di archiviazione in seguito alla presentazione di opposizione da parte della persona offesa. La revoca è giustificata dalla necessità di svolgere ulteriori indagini e di provvedere direttamente all'ascolto della donna per accertare la sussistenza degli estremi del reato di maltrattamenti in famiglia.

La decisione di archiviazione assunta dal sostituto procuratore non è condivisa per diverse ragioni. Innanzitutto, sembra esprimere la tendenza volta a sottostimare il fenomeno della violenza sulle donne. Nello specifico, le circostanze che la donna non abbia subito «aggressioni fisiche», che non sia ricorsa mai ad una struttura sanitaria e che non sia stata mai minacciata di morte, non sono, di per sé, elementi indicatori dell'assenza di maltrattamenti da parte del marito. Nello specifico, non viene dato peso agli atti di violenza morale, mentre, per opinione ormai unanime, deve considerarsi “maltrattante” ex art. 572 c.p. qualsiasi complesso di atti prevaricatori, vessatori e oppressivi o condotte omissive reiterate nel tempo, tali da produrre nella persona offesa un'apprezzabile sofferenza non solo fisica, ma anche soltanto psichica, tale da pregiudicare il pieno sviluppo della personalità della stessa. Sono perciò considerate condotte integranti il delitto di maltrattamenti in famiglia non solo minacce, ma anche soltanto atti di disprezzo, soprusi o altri atti offensivi, purché reiterati nel tempo. Il bene giuridico oggetto della lesione è, evidentemente, la personalità e la dignità della vittima, che viene ridotta ad una condizione di vita umiliante e degradante.

Quanto all'elemento soggettivo dell'agire, ai fini della configurazione del reato di maltrattamenti in famiglia, è sufficiente la sussistenza del dolo generico, vale a dire della consapevolezza di avvilire e sopraffare la vittima, ingenerando nella stessa una serie di conseguenze negative.

La donna marocchina qui appare esasperata da un grave stato di ansia e paura generato dall'uomo che continua insistentemente a sottoporla ad una serie di minacce, insulti e atti di asservimento, come quello di essere piegata a coprirsi interamente il volto e il capo. Il carattere abituale del reato implica che i comportamenti attuati dal soggetto attivo rilevano non singolarmente, ma solo se considerati nel loro complesso e se protratti nel tempo.

Nel caso di specie, la donna aveva trovato rifugio in una casa famiglia a Napoli ed il fatto che non abbia chiesto aiuto ai servizi sociali non permette di escludere che sia stata vittima di abusi da parte del marito, in quanto una donna che è normalmente chiusa a chiave in casa si trova nell'impossibilità totale

1 Il reato di maltrattamenti in famiglia si configura ogni qual volta un soggetto maltratta una persona appartenente alla sua famiglia o comunque con lui convivente o una persona sottoposta alla sua autorità o che gli è stata affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia o per l'esercizio di una professione o di un'arte. Tra i contributi dottrinali sul tema, v. A. Colacci, *Maltrattamenti in famiglia e verso fanciulli*, Napoli, Jovene, 1963, p. 1 ss.; F. Coppi, *Maltrattamenti in famiglia*, Perugia, Libreria editrice universitaria, 1989, p. 197 ss.; M. Meneghello, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, IV, *Diritto penale della famiglia* a cura di S. Riondato, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 517-536; R. Zannotti, *Delitti contro la famiglia*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 267 ss.; C. Pecorella e P. Farina, *La risposta penale alla violenza domestica: un'indagine sulla prassi del Tribunale di Milano in materia di maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2017, p. 1-26.



o parziale di chiedere aiuto. A ciò deve poi aggiungersi la diffusa tendenza delle donne a non esternare agli altri e, soprattutto, alle autorità pubbliche, gli abusi subiti. La violenza nelle relazioni familiari è, infatti, un fenomeno molto taciuto e difficile da scoprire a causa della scarsa propensione alla denuncia<sup>2</sup>. Nella prevalenza dei casi, le vittime hanno difficoltà ad accettare l'idea di ricorrere allo strumento penale per il timore di ritorsioni e per la convinzione di rischiare di andare incontro a maggiori danni. Alcune donne non sporgono querela perché provano vergogna e ritengono che la questione debba essere risolta senza ricorrere alle pubbliche autorità, anche per la sfiducia che molte hanno nei confronti delle forze dell'ordine e dei giudici. Un dato che emerge in maniera costante nelle indagini svolte è l'alto numero di archiviazioni legate anche alla scarsa collaborazione della vittima con le istituzioni e alla tendenza a ritirare la denuncia poco dopo averla presentata o a ritrattare le accuse, una prassi che evidenzia l'incapacità del sistema della giustizia di soddisfare le istanze di salvaguardia e di protezione. Per contrastare questa tendenza, la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica (nota come Convenzione di Istanbul, del 7 aprile 2011, ratificata dall'Italia il 19 giugno 2013), chiede agli Stati di assicurare che «il procedimento possa continuare anche se la vittima dovesse ritrattare l'accusa o ritirare la denuncia» (art. 55).

La necessità di un ulteriore approfondimento del caso, ormai decisa dal capo della Procura, potrà portare ad accertare la ripetizione nel tempo delle vessazioni subite dalla donna in un contesto esacerbato durante i quattro anni di convivenza.

## 2. La recente evoluzione della giurisprudenza penale in funzione protettiva delle vittime di violenza familiare

La necessità di un approfondimento della vicenda in commento si impone anche alla luce della giurisprudenza penale degli ultimi anni, che ha interpretato in via estensiva l'ambito di applicazione non solo del delitto di maltrattamenti in famiglia, ma anche del reato di atti persecutori o *stalking* (art. 612 bis c.p.)<sup>3</sup>, al fine di accrescere il più possibile la protezione non della famiglia in sé, ma della persona come potenziale vittima di sopraffazione nell'ambiente domestico<sup>4</sup>.

Le soluzioni offerte dai giudici denotano una lettura progressivamente più ampia del contesto relazionale nel quale si possono realizzare questi reati, offrendo un'interpretazione assiologica ed evolutiva, oltre che sistematica, delle norme, che ha permesso di adeguarle al continuo divenire del concetto di famiglia, intesa non solo come gruppo di persone legate da vincoli di coniugio o parentela, ma anche e soprattutto in senso ampio, come luogo di affetti e di comuni interessi, come libera unione di persone tra le quali, per consuetudini di vita, sono sorti legami di reciproca assistenza e protezione.

Per quanto riguarda i maltrattamenti familiari, sono stati inclusi nel concetto i fatti realizzati sia nell'ambito delle convivenze coniugali e paraconiugali, sia in tutti quei rapporti affettivi o di assistenza reciproca, nei quali la vittima sia vincolata all'autore da un rapporto sentimentale che comporti la continua frequentazione della sua abitazione.

Con riferimento al reato di atti persecutori, quando la violenza si consuma in danno di una persona della famiglia, non è agevole tracciare una linea di confine dal delitto di maltrattamenti, potendo essere

2 Per molto tempo sono stati esigui i dati delle ricerche sull'argomento, perché le prime politiche organiche relative all'indagine sociale, alla raccolta di dati, alla predisposizione di statistiche sulla violenza domestica sono dovute alla Quarta Conferenza mondiale delle Donne di Pechino del 1995. V. AA.VV., *La violenza domestica: un fenomeno sommerso*, a cura dell'Associazione italiana donne magistrato e della *International Association Women Judges*, Milano, Angeli, 1995; C. Pecorella, *Violenza di genere e sistema penale*, in *Diritto penale e processo*, 2019, 9, p. 1181.

3 Il D.l. 23 febbraio 2009, n. 11 (c.d. decreto sicurezza), convertito nella legge 23 aprile 2009, n. 38, recante «Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori», ha introdotto il nuovo reato di atti persecutori (art. 612 bis c.p.) o *stalking*, colmando in tal modo una lacuna legislativa che precedentemente si cercava di riempire ricorrendo ad altre fattispecie incriminatrici, come maltrattamenti in famiglia, violenza privata, minacce, lesioni, molestie, ingiuria e diffamazione. Queste ultime non fornivano una adeguata risposta di giustizia, in quanto calibrate sull'episodio singolo, sì che la reiterazione della condotta illecita poteva dar luogo solo ad una ipotesi di reato continuato, mentre nello *stalking* l'abitudine dei comportamenti è divenuta elemento costitutivo del reato. Sul delitto di atti persecutori, v. F. Mantovani, *Diritto penale, parte speciale, I, Delitti contro la persona*, Padova, Cedam, 2011, p. 339 ss.

4 In dottrina, F.M. Zanasi, *Violenza in famiglia e stalking: dalle indagini difensive agli ordini di protezione*, Milano, Giuffrè, 2006; A. Sorgato, *Stalking*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 51 ss.; M. Riverditi, *La doppia dimensione della famiglia (quella "legittima" e quella "di fatto") nella prospettiva del diritto penale vigente. Riflessioni*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 560 ss. Con specifico riguardo ai rapporti tra *stalking* e maltrattamenti in famiglia, v. A.M. Maugeri, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, 2010, Torino, Giappichelli, p. 189 ss.

simili le modalità della condotta lesiva e comuni i soggetti attivi e passivi delle due fattispecie. Entrambi i crimini potrebbero sovrapporsi ove la vittima sia un familiare, perchè la novella del 2013 (art. 1, comma 3, lett. a), d.l. 2013 n. 93, convertito con l. 2013 n. 119), ampliando la sfera di protezione del nuovo comma 2 dell'art. 612 *bis* c.p., ha ricompreso in una nuova fattispecie aggravata di atti persecutori ogni fatto commesso «dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa».

Quando il comportamento illecito si prolunga anche dopo la cessazione della convivenza, può prospettarsi il concorso tra i due reati di *stalking* e maltrattamenti in famiglia, sul presupposto della diversità dei beni giuridici tutelati. Secondo una tesi interpretativa<sup>5</sup>, dovrebbe ritenersi integrato il delitto di maltrattamenti in famiglia fino alla data di interruzione del rapporto di convivenza e poi, dalla cessazione di tale rapporto, quello di atti persecutori; in quest'ottica, il reato di atti persecutori avrebbe un'applicazione residuale in tutte le ipotesi in cui le condotte, sorte in costanza di convivenza, siano perdurate anche dopo la cessazione della stessa, mentre il delitto di maltrattamenti non sarebbe configurabile per i fatti commessi dopo l'interruzione della relazione.

Su una posizione diversa si pone la prevalente giurisprudenza di legittimità<sup>6</sup>, che ritiene configurabile il delitto di cui all'art. 572 c.p. anche in danno di persona non più convivente, in caso di coniugi separati o divorziati, dovendosi ritenere persistente il reato dinanzi alla sopravvenuta crisi coniugale, quando sussiste ancora la stabilità di un legame, ad esempio, in presenza di figli. Sembra corretto ritenere che l'applicazione della norma che incrimina i maltrattamenti familiari si giustifichi anche quando il matrimonio è ormai svuotato di contenuti perché sono venuti completamente meno, nei fatti, quei vincoli di rispetto e aiuto reciproci che riempiono di significato il concetto stesso di famiglia.

Va ricordato, a proposito della distinzione tra i delitti di cui agli artt. 572 e 612 *bis* c.p., che il reato di maltrattamenti è un reato «proprio» contro la famiglia e il suo oggetto giuridico è costituito dai congiunti interessi dello Stato alla tutela della famiglia da comportamenti vessatori e violenti, e dell'interesse dei suoi componenti alla difesa della propria incolumità fisica e psichica. Pertanto soggetto attivo del reato può essere soltanto chi sia legato alla vittima da particolari vincoli familiari, ovvero da un rapporto di autorità o dipendenza scaturente dallo svolgimento di una professione o di un'arte o, ancora, da rapporti di cura e di custodia. Il reato di atti persecutori, invece, è un delitto «comune» contro la persona e in particolare contro la libertà morale, che può essere commesso da chiunque attraverso il necessario ripetersi di una condotta di minaccia o molestia, che causi uno dei tre eventi alternativi tipizzati dalla norma (un perdurante e grave stato di ansia o di paura tale da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva, ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita). E' pacifico che rientrano nella norma di cui all'art. 612 *bis* c.p. le condotte poste in essere dall'imputato nei confronti della persona offesa con caratteristiche di insistenza ed ossessiva ripetitività, come il controllo delle uscite da casa e delle frequentazioni sociali.

Un problema delicato per il giudice è quello della necessità talvolta di affidarsi a fini probatori, quasi esclusivamente, alle dichiarazioni della vittima, dal momento che in certi casi le violenze non hanno testimoni diretti e nessun altro materiale probatorio è acquisito. A tale proposito è particolarmente utile l'indicazione contenuta nella Risoluzione del Consiglio Superiore della Magistratura del 9 maggio del 2018, a conclusione del monitoraggio sulla violenza di genere avviato circa un anno prima. Tra le buone prassi da attuare, nei rapporti tra Procure e polizia giudiziaria, si segnala quella di raccomandare a quest'ultima che «al momento della raccolta della denuncia, della redazione delle annotazioni di servizio o dei verbali di assunzione delle informazioni, siano riportate informazioni il più possibile det-

5 Da un punto di vista sistematico, si ritiene di dover restringere l'operatività della norma relativa ai maltrattamenti familiari alle relazioni connotate dal requisito della convivenza, confrontando la nuova formulazione dell'art. 572 c.p. con l'art. 612 *bis*, comma 2, c.p., anch'esso di recente modificato. In tal senso, M. V. Falco, *Osservazioni a Corte di Cassazione penale*, sentenza del 24 novembre 2011, in *Cassazione penale*, 2013, p. 1056; L. Tarasco, *Maltrattamenti in famiglia o verso conviventi: prospettive di "ulteriore" riforma*, in *Diritto penale e processo*, 2015, I, p. 78 ss. In giurisprudenza, v. Corte di Cassazione penale, sentenza del 7 luglio 2015, n. 32156, in *Diritto penale e processo*, 2015, II, p. 1390, con nota di A. Roiati, *Sul ruolo da attribuire al requisito della convivenza nella fattispecie dei maltrattamenti in famiglia*.

6 Corte di Cassazione penale, sentenza del 3 luglio 1997, n. 8953, in *Cassazione penale*, 1998, p. 2614, secondo la quale «ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 572 c.p., deve considerarsi "famiglia" ogni consorzio di persone tra le quali, per strette relazioni e consuetudini di vita, siano sorti rapporti di assistenza e solidarietà, senza la necessità della convivenza e della coabitazione. È sufficiente un regime di vita improntato a rapporti di umana solidarietà ed a strette relazioni, dovute a diversi motivi anche assistenziali». Corte di Cassazione penale, sentenza del 22 febbraio 2018, n. 19868, in *Diritto penale e processo*, 2018, 9, p. 1201, con nota di M.C. Barbati, *Maltrattamenti in famiglia e nuovi contesti familiari*. Qui la Corte ha configurato il reato di cui all'art. 572 c.p. nell'ipotesi in cui i maltrattamenti siano stati posti in essere dal marito nei confronti dell'ex moglie, non rilevando l'intervenuta sentenza di divorzio tra i due. In senso conforme: Corte di Cassazione penale, sentenza del 22 settembre 2003, n. 49109, in *Rivista penale*, 2005, p. 230; Corte di Cassazione penale, sentenza del 13 dicembre 2017, n. 3356, in [www.leghiditalia.it](http://www.leghiditalia.it).

tagliate, corredate eventualmente da documentazione fotografica; che siano accuratamente descritte le condizioni fisiche e psicologiche della parte offesa; che sia dato atto della presenza di eventuali testimoni; che lo stato dei luoghi sia attentamente documentato, anche a mezzo di ripresa fotografica; che si accertino, documentandoli, eventuali ulteriori interventi delle forze dell'ordine che abbiano riguardato le stesse parti, le precedenti segnalazioni, gli accessi delle vittime a strutture sanitarie di pronto soccorso».

A tale riguardo, di notevole rilievo è l'orientamento giurisprudenziale<sup>7</sup>, secondo il quale la prova del grave e perdurante stato di ansia o di paura possa desumersi dalle dichiarazioni della vittima e anche dalla natura dei comportamenti tenuti dall'uomo se idonei a determinare in una persona comune un effetto destabilizzante della serenità e dell'equilibrio psicologico della vittima, non essendo necessario che la vittima cambi abitudini di vita, né che siano stati compiuti atti contro l'incolumità fisica, né l'accertamento clinico del suo stato patologico.

Questo indirizzo della giurisprudenza deve essere accolto con favore in quanto volto ad accrescere la tutela delle donne vittime di violenza e può essere di sostegno al giudice chiamato ad approfondire la vicenda in commento.

Al medesimo fine, è opportuno ricordare che, di recente, la norma di cui all'art. 9 della legge 19 luglio 2019, n. 69 recante "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica o di genere", (c.d. codice rosso, termine mutuato dal pronto soccorso ospedaliero per identificare i casi urgenti aventi priorità assoluta sugli altri) è intervenuta sui delitti di maltrattamenti contro familiari per adeguare l'ordinamento italiano a precisi obblighi derivanti dalle fonti sovranazionali<sup>8</sup>.

Obiettivi principali della riforma sono stati di introdurre nuovi reati, accrescere le sanzioni previste per i maltrattamenti familiari<sup>9</sup> e assicurare un canale privilegiato e accelerato per l'instaurazione del processo, offrendo in tempi rapidi al pubblico ministero tutti gli elementi per decidere in ordine all'esercizio dell'azione penale, desumibili soprattutto dall'ascolto della vittima. Nell'intento di rafforzare la tutela delle vittime attraverso una più celere adozione dei provvedimenti, il codice rosso ha stabilito che la polizia debba riferire immediatamente al pubblico ministero la notizia di reato anche in forma orale e che il pubblico ministero debba sentire la persona che ha denunciato il fatto entro il termine massimo di tre giorni. È stata, tra l'altro, modificata la misura cautelare del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, introducendo la possibilità per il giudice di applicare il braccialetto elettronico al fine di garantire il rispetto del divieto di avvicinamento dell'agente ai luoghi frequentati dalla vittima.

Particolarmente significativo è il contenuto de comma 4, dell'art. 572 c.p., rinnovato dal codice rosso, secondo il quale il minorenne che «assistere» ai maltrattamenti «si considera persona offesa dal reato»; di conseguenza, la valutazione della gravità del pregiudizio da parte del giudice deve tener conto della c.d. violenza indiretta subita dai minori che assistono alle manifestazioni di aggressività di un genitore verso l'altro. Difatti, la violenza che si vuole contrastare non riguarda unicamente il soggetto che la pone in essere e quello che la subisce, ma interessa tutte le componenti del nucleo familiare e specialmente

7 Corte di Cassazione penale, sentenza del 28 febbraio 2012, n. 14391, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it); Corte di Cassazione penale, sentenza del 24 novembre 2014, n. 48690, in *Famiglia e Diritto*, 2015, 2, p. 155 ss.

8 Il D.lgs. 15 dicembre 2012, n. 212, attuativo della direttiva europea 2012/29/UE, ha inteso assicurare particolari cautele sul piano del processo a favore della c.d. "vittima vulnerabile". Ai sensi dell'art. 90 *quater* del codice di procedura penale, la condizione di particolare vulnerabilità di una parte lesa, che è definita dall'autorità procedente (polizia giudiziaria, pubblico ministero o giudice), si ricava da elementi soggettivi, quali l'età, lo stato di salute o di dipendenza economica dall'autore del e da elementi oggettivi, quali le modalità e le circostanze del fatto per cui si procede. Alla vittima vulnerabile è attribuito il diritto di conoscere, fin dal primo momento, diverse informazioni riguardanti il procedimento penale, come le modalità di presentazione degli atti (denuncia/querela), l'assistenza legale anche gratuita, la traduzione degli atti del procedimento per le persone che non conoscono la lingua italiana e vogliono rendere dichiarazioni, le misure di sostegno esistenti a tutela della vittima, le modalità di risarcimento del danno, ecc.

9 L'art. 572 c.p., come riformato dal codice rosso, prevede «*Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, maltratta una persona della famiglia o comunque convivente, o una persona sottoposta alla sua autorità o a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte, è punito con la reclusione da tre a sette anni. La pena è aumentata fino alla metà se il fatto è commesso in presenza o in danno di persona minore, di donna in stato di gravidanza o di persona con disabilità come definita ai sensi dell'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero se il fatto è commesso con armi. Se dal fatto deriva una lesione personale grave, si applica la reclusione da quattro a nove anni; se ne deriva una lesione gravissima, la reclusione da sette a quindici anni; se ne deriva la morte, la reclusione da dodici a ventiquattro anni. Il minore di anni diciotto che assiste ai maltrattamenti di cui al presente articolo si considera persona offesa dal reato*». Il codice rosso ha aumentato la pena da 2 a 6 anni di reclusione a quella da 3 a 7 anni e ha previsto una fattispecie aggravata quando il delitto di maltrattamenti è commesso in presenza o in danno di minore, di donna in stato di gravidanza o di persona con disabilità, ovvero se il fatto è commesso con armi; in questi casi la pena è aumentata fino alla metà. Il fatto è ulteriormente aggravato se derivano delle lesioni personali e, se agli episodi di violenza assiste un minore, anch'esso considerato persona offesa dal reato. Sulle novità del codice rosso, v. A. Valsecchi, *Codice rosso e diritto penale sostanziale: le principali novità*, in *Diritto penale e processo*, 2020, 2, p. 163 ss.



i bambini che sono fortemente danneggiati dalla percezione di un quadro familiare violento, tanto da manifestare gravi sintomi di disagio o depressione, fino ad assumere persino atteggiamenti aggressivi a carattere emulativo. In questa direzione si pone già da tempo la giurisprudenza<sup>10</sup>, che ravvisa il reato di maltrattamenti in danno dei figli minori nelle condotte di reiterata violenza tenute dal padre nei confronti della madre, qualora i minori siano spettatori obbligati della vicenda; ciò anche se non assistano personalmente ai singoli episodi, ma percepiscano il clima di terrore presente in famiglia, integrando l'atteggiamento dell'uomo violento una totale trascuratezza verso i bisogni essenziali dei figli.

Venendo al caso oggetto di commento, qualora fosse riconosciuta la sussistenza del reato di maltrattamenti in famiglia, i tre figli minori potrebbero rappresentare altrettante persone offese, perchè, pur essendo interessati di riflesso dalla lesione, in presenza di un'unica condotta dell'uomo (marito e padre) che offende una pluralità di soggetti (madre e figli minori), si potrebbe delineare un concorso omogeneo di reati con conseguente inasprimento delle sanzioni.

### 3. La critica all'ordinanza di archiviazione tra diritto, religione e tradizioni del Marocco

Nell'ordinanza di archiviazione oggetto di commento, il magistrato perugino ha scritto che il rapporto di coppia è stato influenzato da forti fattori religiosi-culturali e che la condotta di costringere la donna a tenere il velo integrale rientra «nel quadro culturale dei soggetti interessati» pur non condivisibile nell'ottica occidentale<sup>11</sup>. Non vi è dubbio che il diritto è connesso alla cultura di ciascuna nazione, intesa come insieme di valori etici, religiosi, tecnologici, economico-sociali, ma non sembra che l'imposizione del velo integrale alla donna marocchina rientri «nel quadro culturale dei soggetti interessati», in quanto non è «tipica» della cultura attuale del Marocco, dove la maggioranza delle donne veste l'*hijab*, che nasconde il capo ma lascia scoperto il volto. Al riguardo si impongono alcune osservazioni critiche che permettono di impostare il tema nella sua complessa articolazione, attraverso uno studio interdisciplinare, posta la necessità di coinvolgere saperi diversi.

E' noto che il Regno del Marocco<sup>12</sup>, fedele alla scelta di costituire una monarchia costituzionale democratica, da tempo si propone in campo internazionale come punto di riferimento dell'Islam moderato, che tiene fede alle proprie tradizioni secolari, in un confronto aperto e dialogante con i sistemi giuridici occidentali, nel contrasto dell'Islam radicale. In particolare, il diritto di famiglia in Marocco è stato attraversato da mutamenti rivoluzionari volti ad affermare valori universalmente riconosciuti, quali la pace, la solidarietà, il rispetto dei diritti dell'uomo.

In tal senso si pongono la riforma *Mudawwana* del 2004 e la revisione della Costituzione marocchina nel 2011, eventi che hanno portato ad una rilettura in chiave moderna degli istituti del diritto di famiglia<sup>13</sup>.

10 Sulla violenza assistita, v. Tribunale dei minori de L'Aquila, sentenza del 19 luglio 2002, in *Famiglia e diritto*, 2003, 5, p. 482, con nota di C. Dolcini, *L'allontanamento del genitore violento dalla casa familiare*; Tribunale di Genova, decreto del 7 gennaio 2003, in *Famiglia e Diritto*, 2004, p. 387, con nota di L. Carrera, secondo il quale «il comportamento violento del padre nei confronti della madre, nonché la conseguente querela e ricorso per separazione presentati da questa, rendono opportuno ordinare, nell'interesse del minore, la cessazione della condotta violenta, disporre l'allontanamento dalla casa familiare e prescrivere il divieto di avvicinarsi ai luoghi frequentati dalla moglie e dai figli».

11 In merito alle difficoltà dei giudici italiani di pronunciarsi su comportamenti estranei ai nostri costumi sociali, v. V.M. Bouchard, *Dalla famiglia tradizionale a quella multi-etnica e multiculturali: maltrattamenti ed infanzia ab usata in "dimensione domestica"*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2000, 1, p. 19 e ss. Sui profili penali del «fattore culturale», v. A. Bernardi, *L'ondivaga rilevanza penale del «fattore culturale»*, in *La Politica del Diritto*, 2007, pp. 3-48.

12 H Saidi Azbeg, *Processus de démocratisation et monarchie constitutionnelle au Maroc. Droit*, Université de Bordeaux, 2014, Français, in <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01242384/document>; T.E. Frosini, *Diritto pubblico comparato: le democrazie stabilizzate*, Bologna, Il Mulino, 2019.

13 La Costituzione del Marocco, adottata il 27 dicembre 1962, fu riformata nel 2011: Constitution of Morocco, 2011, traduzione in inglese di Jefri J. Ruchti (in [www.constituteproject.org/constitution/Morocco\\_2011.pdf](http://www.constituteproject.org/constitution/Morocco_2011.pdf)); H. Alami M'Chichi, M. Benradi, A. Chaker, M. Mouaqit, M.S. Saadi, A. Yaakoubd, *Féminin-Masculin La marche vers l'égalité au Maroc, 1993-2003*, Diwan 3000, ImprimElite; O. Bendourou, R. El Mossadeq e M. Madani (a cura di), *La nouvelle Constitution marocaine à l'épreuve de la pratique*, Casablanca, 2014 (in [www.fes.org.ma/common/pdf/publications\\_pdf/constitution/constitution\\_fr.pdf](http://www.fes.org.ma/common/pdf/publications_pdf/constitution/constitution_fr.pdf)); A. Sadoun, *The Bill on Fighting Violence against Women in Morocco: Anything new?* Kohl: a Journal for Body and Gender Research Vol. 1, 2015, pp. 105-115, in: <https://kohljournal.press/bill-on-fighting-vaw-in-morocco>. Con riguardo all'accesso alla giustizia in Marocco da parte delle donne, v. L. Hanafi, *Contextualised analysis of access to justice in Morocco*, Arribat, in *International Journal of Human Rights*, 1, 2021, pp. 42-67 (in [www.humanrights.periodikos.com.br/article/60afc5cfa953954612374053/pdf/human-rights-1-1-42.pdf](http://www.humanrights.periodikos.com.br/article/60afc5cfa953954612374053/pdf/human-rights-1-1-42.pdf)).



La Costituzione marocchina, come di recente modificata, ha assegnato un posto di rilievo al principio di uguaglianza di tutte le persone davanti alla legge e ai diritti umani, che per la prima volta vengono qualificati come «fondamentali» da norme che non possono essere oggetto di revisione costituzionale, perché rappresentano l'identità costituzionale del paese e acquistano priorità rispetto ad altre norme costituzionali. In materia di famiglia, l'art. 19 proclama i principi di uguaglianza tra uomini e donne e di non discriminazione, riconosce la parità tra i sessi all'interno delle istituzioni e prevede un'Autorità per la lotta contro tutte le forme di discriminazione. Nella stessa direzione si era posta in precedenza la citata riforma del *Code de famille* del 2004, che ha proclamato la parità tra i coniugi e rafforzato la posizione giuridica della moglie, non più tenuta per legge all'obbligo di obbedire al marito, mentre la regola precedente stabiliva l'obbedienza quale dovere assoluto della moglie musulmana<sup>14</sup>. Va, inoltre, tenuto presente che la Costituzione del Marocco, affermando la gerarchia delle norme giuridiche, delinea un sistema nel quale tutte le fonti del diritto dovrebbero essere conformi a Costituzione, similmente a quanto avviene nel nostro ordinamento ed in molti altri sistemi giuridici occidentali.

Il 12 settembre 2018 è stata approvata la legge 103-13 contro la violenza sulle donne<sup>15</sup>. Ulteriori progressi sono stati compiuti di recente nel campo dei diritti delle donne marocchine; basti pensare alla nascita di numerose associazioni che difendono i diritti umani e all'istituzione della Commissione per l'equità e la riconciliazione, che si occupa del risarcimento dei danni subiti dalle vittime di violazioni sistematiche dei diritti previsti nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

Una svolta importante per la promozione dei diritti umani in Marocco si è avuta anche attraverso l'impegno assunto dallo Stato di armonizzare la legislazione del Regno con le convenzioni internazionali ratificate.

Nel complesso può affermarsi che il diritto di famiglia marocchino, benché ancora impregnato dei fondamenti della religione islamica, sta muovendo verso un lento processo di laicizzazione e di progressivo abbandono delle imposizioni derivanti dalla religione, avendo affermato nella recente Costituzione nuovi principi; alla luce di questi principi, i giudici di quello Stato dovrebbero interpretare i rapporti familiari ed orientare le tecniche ermeneutiche, in modo da poter individuare soluzioni di compromesso nella ricerca di valori convergenti con quelli della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, in attuazione di un percorso di effettiva tutela della persona umana<sup>16</sup>.

#### 4. Pluralismo sociale, principio di differenziazione e libertà delle donne musulmane di indossare il velo islamico

Il principio personalista di cui all'art. 2 della Costituzione italiana, riconoscendo i diritti inviolabili dell'uomo a tutte le persone e non soltanto ai «cittadini», legittima il pluralismo della nostra società, caratterizzata dalla compresenza, al suo interno, di storie, identità e culture diverse. Sempre crescente è la diffusione nel nostro paese di famiglie diverse da quelle tradizionali, come le famiglie multiethniche e multiculturali, a seguito della globalizzazione e dell'aumento dei flussi migratori.

14 A. Booley, *The Rights and Freedoms of Moroccan Women has the 2004 reforms benefited Moroccan Women?*, PER / PELJ 2016(19) - DOI <http://dx.doi.org/10.17159/1727-3781/2016/v19n0a824>.

15 Legge n. 103-13 del 12 settembre 2018, in <https://english.alaraby.co.uk/news/morocco-introduces-law-combat-violence-against-women>. Questa legge, però, non menziona il coinvolgimento della società civile e del movimento nazionale per i diritti umani nel campo della lotta contro ogni forma di violenza nei confronti delle donne, concentrandosi prevalentemente sul ruolo attivo del governo. Emergono pertanto criticità in questa legge, che, tra l'altro, non condanna in modo esplicito lo stupro coniugale, dando così per presupposto che il marito abbia il potere di esigere rapporti sessuali dalla moglie, avendone acquisito il diritto con il matrimonio. Inoltre, non stabilisce chiaramente i compiti di polizia, dei pubblici ministeri e dei giudici nei casi di violenza domestica, né stanziamenti per i centri di supporto alle donne.

16 M. D'Arienzo, *Diritto di famiglia islamico e ordinamento giuridico italiano*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2004, p. 189 ss.; C. Campiglio, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, I, pp. 43-76; R. Clerici, *La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in *Famiglia e diritto*, 2009, 2, p. 197.

Secondo i principi costituzionali di laicità<sup>17</sup> dello Stato e del pluralismo confessionale<sup>18</sup>, l'Italia non fa propria alcuna religione, né alcun orientamento filosofico o ideologico, ma elabora strategie dirette a realizzare forme di convivenza tra le diverse culture e confessioni religiose. La secolarizzazione dell'era contemporanea, se, da un lato, ha determinato il declino delle pratiche religiose e il confinamento della fede nella sfera privata, dall'altro, ha dato luogo ad una maggiore apertura al multiculturalismo, per cui ciascun essere umano ha diritto di crescere secondo la cultura alla quale appartiene e non secondo la cultura maggioritaria del contesto socio-politico in cui vive<sup>19</sup>. Il rispetto della diversità culturale nel sistema giuridico italo-europeo e internazionale significa rispetto del diritto alla «differenziazione»<sup>20</sup> quale conseguenza dell'attuazione del principio di eguaglianza, che non vuol dire «omologazione, rimozione o distruzione delle differenze», ma, al contrario, rispetto delle varie identità culturali, le quali vanno apprezzate e garantite in quanto «scelte di libertà».

Alla luce di detti principi, una corretta politica di integrazione nel tessuto sociale italiano dei cittadini marocchini, come di tutti gli immigrati, non significa piatta assimilazione dei *mores* del paese d'accoglienza<sup>21</sup>, non vuol dire recidere il legame con la cultura originaria, da sostituire con quella dominante, ma comporta che i diversi gruppi etnici e religiosi abbiano pari dignità e vivano gli uni accanto agli altri nel confronto reciproco e nel mutuo rispetto con il riconoscimento delle diverse tradizioni. Questo implica la possibilità di ottenere una tutela differenziata da parte del sistema giuridico mediante misure e strumenti che garantiscano e promuovano la differenza culturale.

Tale approccio induce a rifuggire dalle tendenze generalizzanti, che riscontrano sempre nell'utilizzo del velo islamico la traccia di un condizionamento attuato ai danni delle donne<sup>22</sup>.

- 
- 17 Dal principio di uguaglianza senza distinzione di religione (art. 3, comma 1, Cost.) e da quello che riconosce la libertà di professare la propria fede religiosa, di farne propaganda e di esercitarne il culto (art. 19 Cost.), deriva il principio di laicità dello Stato, in base al quale il nostro sistema giuridico non sceglie una religione come religione di Stato, dovendo restare equidistante nei confronti di tutte le confessioni religiose ed essendo i loro rapporti regolati da intese stipulate tra le relative rappresentanze e il Governo. Sul principio di laicità, v. C. Cardia, *Stato laico*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, XLIII, 1990, p. 875 ss.; N. Colaianni, *La laicità al tempo della globalizzazione* in *www.statoe.chiese.it*, giugno 2009, pp. 1-14. Sul rapporto tra lo Stato italiano e il diritto islamico, v. A. Cilardo, *Il diritto islamico e il sistema giuridico italiano: le bozze di intesa tra la Repubblica italiana e le associazioni islamiche italiane*, cit., p. 211 ss., spec. p. 295 ss. Circa il confronto tra la famiglia cattolica e quella islamica, v.: A. Cilardo, F. Mennillo, *Due sistemi a confronto: la famiglia nell'Islam e nel diritto canonico*, Padova, Cedam, 2009.
- 18 Il principio del pluralismo confessionale, enunciato dalla formula secondo la quale tutte le confessioni religiose sono «ugualmente libere davanti alla legge» (art. 8, comma 1, Cost.) comporta che l'uguaglianza dei culti sussiste nella libertà di esercizio e non nella disciplina, sì che non tutte le confessioni religiose sono sottoposte alla medesima regolamentazione, il che giustifica possibili diversità di trattamento, come il riconoscimento legislativo di alcuni privilegi alla Chiesa cattolica (si pensi al matrimonio concordatario o all'insegnamento facoltativo della religione cattolica nelle scuole pubbliche). L'art. 8 Cost. prosegue affermando che «le confessioni religiose diverse dalla cattolica hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano. I loro rapporti con lo Stato sono regolati per legge sulla base di intese con le relative rappresentanze» (art. 8, commi 2 e 3, Cost.). In generale, v. U. De Siervo, *Il pluralismo sociale nella Costituzione repubblicana ad oggi: presupposti teorici e soluzioni nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Il pluralismo sociale nello Stato democratico*, Milano, 1980, p. 64. Sul rapporto con la religione islamica, v. P. Cavana, *Prospettive di un'intesa con le comunità islamiche in Italia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 23, 2016, p. 14.
- 19 Il rispetto della diversità culturale è una delle radici dello sviluppo, come indica l'art. 3 della Dichiarazione Universale Unesco sulla Diversità Culturale, adottata a Parigi il 2 novembre 2001, secondo la quale «la diversità culturale è necessaria all'umanità quanto la biodiversità lo è per la natura» (art. 1), perché porta a un miglioramento delle condizioni di benessere individuale e sociale. Anche la Convenzione Unesco per la salvaguardia del patrimonio immateriale culturale del 2003, ratificata dall'Italia il 30 ottobre dal 2007, si impegna globalmente per la promozione delle identità culturali diverse e per la tutela dei diritti culturali individuali e collettivi. Sul dibattito della dottrina italiana intorno alla società pluralista e al multiculturalismo, v. E. Ceccherini, voce *Multiculturalismo* (dir. comp.), in *Digesto Discipline pubblicistiche*, Aggiornamento, Torino, Utet, 2008, p. 486 ss.; A. Donati, *Immigrazione e multiculturalismo: le ragioni degli oppositori*, Roma, Armando Ed., 2012; G.C. Feroni, *Diritto costituzionale e società multiculturali*, in *Rivista trimestrale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 1, 2017, p. 1 ss.; M. Di Masi, *Famiglie, pluralismo e laicità. Processi di secolarizzazione nel diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2018, 3, p. 243 ss. Sul valore dei simboli religiosi negli spazi pubblici, v. A. Morelli, *Simboli, religioni e valori nelle democrazie costituzionali contemporanee*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2006, pp. 1-22.
- 20 P. Perlingieri, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, III, 1, 2017, p. 165; V. Turchi, *Convivenza delle diversità, pluralismo religioso e universalità dei diritti. Modelli di approccio. Indicazioni metodologiche*, in *www.statoe.chiese.it*, n. 16/2017.
- 21 F. Scuto, *Diritti culturali e multiculturalismo nello Stato costituzionale*, in *Diritti culturali e nuovi modelli di sviluppo. La nascita dell'Osservatorio sulla sostenibilità culturale*, a cura di P. Bilancia, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 49 ss., secondo il quale l'essenza dei «diritti culturali» sta proprio nel diritto delle minoranze «di mantenere la propria cultura e di non essere assimilate nella cultura ospitante e maggioritaria».
- 22 Il Corano si limita ad un generale ammonimento a tutte le donne di coprirsi; il velo non è menzionato nel Corano come precetto religioso al quale è obbligatorio conformarsi, ma l'usanza rientra fra i doveri morali della donna musulmana, che si trasmette tra generazioni secondo le tradizioni dell'Islam. Le minorenni che hanno convissuto con donne che portano il velo, lo indossano tendenzialmente per imitazione, tanto da farlo diventare un'espressione di onore, dignità personale e identità

Nella realtà, molte donne musulmane non considerano il velo essenziale ai fini dell'adempimento dei precetti religiosi dell'islam<sup>23</sup>; altre, invece, lo indossano per manifestare la volontà di distaccarsi dai valori predominanti nella società occidentale e di aderire ai dettami della cultura musulmana. Perciò, la decisione di indossarlo può essere autentica, spontanea e svincolata da qualunque forma di imposizione: quale segno di identità nazionale e di appartenenza ad un popolo che condivide gli stessi valori, il velo diviene il mezzo che garantisce la continuità culturale mediante la trasmissione di quegli stessi valori di generazione in generazione. Si tratta di un simbolo che può essere garanzia di libertà di religione, di espressione e di tutela dell'identità culturale per coloro che scelgono di portarlo<sup>24</sup>. In linea generale, tale costume deve considerarsi lecito, perché l'ordinamento riconosce pienamente ad ogni persona, nell'ambito del diritto inviolabile alla sua identità personale, il potere di manifestare il proprio credo religioso, anche attraverso determinate abitudini di abbigliamento.

Mentre il referente della libertà religiosa sul piano costituzionale è rappresentato dall'art. 19 Cost., a livello internazionale il diritto di manifestare anche all'esterno, con atti e comportamenti adeguati, la propria fede religiosa, è garantito dall'art. 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Tale diritto appare rigidamente sacrificato in alcuni Paesi europei, come in Francia<sup>25</sup>.

A tale riguardo, è opportuno analizzare una vicenda<sup>26</sup>, nella quale una donna musulmana, cittadina francese, ha impugnato dinanzi alla Corte di Strasburgo la legge dell'11 ottobre 2010, che vieta l'occultamento del volto negli spazi pubblici, stabilendo multe e imponendo corsi di educazione alla cittadinanza per le ipotesi di violazione del divieto. Nel caso di specie, la donna rivendicava la sua libertà personale, affermando di voler indossare il velo integrale non in qualsiasi momento nei luoghi pubblici, ma solo in determinate circostanze, ad esempio, durante il Ramadan, per esprimere la sua religiosità e per sentirsi in pace con sé stessa. Aggiungeva, inoltre, di aver sempre accettato di mostrare il suo volto dinanzi alla richiesta di verificare la propria identità, senza sottrarsi ai controlli di sicurezza delle pubbliche autorità, specialmente nelle banche e negli aeroporti. Per queste ragioni, la donna lamentava la violazione da parte della legge francese degli articoli 3 (divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti), 8 (diritto alla vita privata e familiare), 9 (diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione), 10 (diritto alla libertà di espressione) e 11 (diritto di associazione), oltre che dell'art. 14 (divieto di discriminazione) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

La Francia ha addotto tre principali motivazioni per affermare la legittimità della misura restrittiva: sicurezza pubblica, eguaglianza di genere e armonia sociale. Secondo il governo francese, l'uso del velo, oltre ad essere un pericolo per la sicurezza della collettività, impedendo l'identificazione della persona, sarebbe simbolo di disuguaglianza fondata sul sesso ovvero espressione di subordinazione della donna all'uomo, essendo soltanto all'uomo permesso di rivelare il proprio volto; pertanto comporterebbe lesione della uguale dignità di genere, negazione dell'identità della donna e conseguente discriminazione del genere femminile. La Corte europea, riunitasi nella Grande Camera, da un lato, ha rifiutato i primi due motivi del ricorso (pericolo per la sicurezza pubblica e violazione dell'uguaglianza di genere); dall'altro, ha accolto il terzo motivo, dichiarando che l'importanza del *vivre ensemble* può essere considerata una legittima ragione per imporre restrizioni al diritto di manifestare la religione, perché lo Stato può percepire il velo sul volto come un ostacolo alla pacifica convivenza tra tutti i consociati, trattandosi di una pratica volta ad impedire la piena interazione della persona con l'altro e con l'intera collettività. In mancanza di una visione comune sulla tematica in ambito europeo, la Corte ha così deciso di lasciare

familiare. In argomento, v. F. Castro, voce *Diritto musulmano e dei paesi musulmani*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XI, Roma, 1989, p. 1 ss.

23 P. Bilancia, *Società multiculturale: i diritti delle donne nella vita familiare*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), n. 1, 2012, pp. 1-20; P. Palermo, *Parità coniugale e famiglia multiculturale in Italia*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2012, p. 1866 ss.

24 Sul significato del velo, la letteratura è vastissima e ci si limita a richiamare alcuni contributi dottrinali in argomento: S.F. Regasto, *Il velo (islamico) fra pregiudizio e realtà*, in <https://iris.unibs.it/>; R. Mazzola, *Il velo islamico nel contesto giuridico europeo. Le ragioni del conflitto*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2018, 1, pp. 1-28.

25 Negli ultimi vent'anni, a seguito degli eventi terroristici successivi all'11 settembre 2001, in alcuni paesi europei il burqa è stato oggetto di interventi normativi volti a vietarne l'uso nei luoghi pubblici. In argomento, v. F. Pastore, *Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia*, in *Rivista del diritto internazionale*, 1993, pp. 73-117; E. Raffiotta, *La Francia approva il divieto del burqa: e l'Italia?*, in *Quaderni Costituzionali*, 2010, n. 4, pp. 846-849; M. L. Quattrocchi, *Il divieto di indossare il burqa ed il niqab in Italia e in Europa*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2011; J. Thielmann, K. Vorholzer, *Il burqa in Germania: un problema minore*, Traduzione di A. Gianfreda, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2012, n. 1, pp. 211-218; A. Overbeeke, *Verso un divieto generale del burqa nei Paesi Bassi*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2012, n. 1, pp. 107-132.

26 Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande camera, 1 luglio 2014, S.A.S. c. Francia (ricorso n. 43835/11), disponibile in: <http://hudoc.echr.coe.int>. In argomento, v. A. Giusti, *Velo islamico sul posto di lavoro: il divieto di indossarlo è legittimo*, in *Ius in Itinere*, 30 marzo 2017, consultabile in: <https://www.iusinitinere.it/velo-islamico-sul-posto-lavoro-divieto-indossarlo-legittimo-1781>.



allo Stato francese un ampio margine di apprezzamento, come in tutti i campi della politica, nei quali al ruolo del legislatore nazionale è riconosciuto un peso speciale.

La decisione della Grande Camera è apprezzabile nella parte in cui critica la rigidità della soluzione adottata dal Parlamento francese, che sancisce il divieto generico del velo integrale, al fine di assicurare la sicurezza pubblica, a prescindere dalla verifica di una concreta minaccia al bene tutelato. La difesa dei valori storico-culturali europei avrebbe richiesto una scelta diversa dal divieto assoluto ed un approccio più elastico e aderente ai principi del pluralismo sociale e culturale.

Quando il velo nasconde completamente il volto della persona (*burqa* o *niqab*), impedendo il riconoscimento dell'individuo, potrebbe compromettere la sicurezza della collettività, specie per il rischio di attentati ove l'abbigliamento renda possibile l'occultamento di esplosivi; ma un divieto normativo dell'uso del *burqa* o *niqab* potrebbe ritenersi giustificato in determinati luoghi pubblici, esposti a pericoli o soggetti a speciali misure di sicurezza. Singoli divieti potrebbero parimenti giustificarsi all'interno di contesti educativi, come, ad esempio, negli istituti scolastici, nei quali sussiste anche l'esigenza sia di favorire la piena comunicazione tra le persone, sia di difendere il principio di laicità. In questa direzione, la Corte di Strasburgo il 10 novembre 2005 ha affermato che la legislazione turca può limitare la libertà di manifestare una religione vietando il velo islamico nelle università<sup>27</sup>. Secondo la Corte europea, il divieto non costituisce per le studentesse universitarie una violazione dei diritti enunciati agli articoli 8, 9, 10 e 14 della Cedu, perché le manifestazioni della libertà religiosa possono subire restrizioni ad opera della legge per finalità idonee a garantire una società democratica, quali la pubblica sicurezza, l'ordine pubblico, la salute e la morale pubblica, la protezione dei diritti e delle libertà altrui (art. 9, comma 2, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo). Più esattamente, la Corte ha dichiarato che il regolamento adottato dall'Università di Istanbul è legittimo, in quanto specificazione del principio di neutralità dell'istruzione pubblica. I giudici europei si sono nuovamente affidati alla dottrina del margine di apprezzamento e, in tal caso, hanno dichiarato che l'uso del velo può rappresentare un atto di pressione e proselitismo verso le studentesse che scelgono di non indossarlo, ponendosi in contrasto con il pluralismo e la libertà delle idee.

Il pluralismo sociale e culturale comporta il dovere delle istituzioni di promuovere il riconoscimento della diversità culturale, ma non vuol dire rinuncia all'osservanza dei principi costituzionali, europei ed internazionali universalmente riconosciuti, al rispetto di quei valori che si traducono in principi vigenti ovunque, a prescindere dal territorio in cui ci si trovi. Questi principi sono alla base della Carta costituzionale, dei Trattati fondativi dell'Unione Europea, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo; il riferimento è al riconoscimento dei diritti fondamentali e delle libertà personali a tutti gli individui in condizioni di uguaglianza, al principio democratico e a quello di solidarietà. Tali principi «universali» si possono desumere anche da una lettura evolutiva e moderna della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo nell'Islam del 1990 e dalla Carta araba dei diritti dell'uomo del 1994<sup>28</sup>.

Il principio di uguaglianza tra le «persone» appartenenti allo stesso gruppo deve considerarsi prioritario e prevalente rispetto a quello di uguaglianza tra «gruppi» e tra «culture». Questa interpretazione permette di cogliere il vero significato del pluralismo sociale, che, altrimenti, sarebbe svuotato di

27 Corte europea dei diritti umani, Grande camera, 10 novembre 2005, *LEYLA Sahin c. Turchia* (ricorso n. 44774/98). In questo caso, alla ricorrente venne negato l'accesso ad una serie di corsi universitari dopo che il rettore dell'Università di Istanbul aveva adottato una circolare che vietava agli studenti con la testa coperta di partecipare alle lezioni. Ancora, si veda Corte europea dei diritti umani, 15 febbraio 2011, *Dahlab c. Svizzera*, (ricorso n. 42393/9); in tal caso, la ricorrente, una donna islamica residente in Svizzera, aveva lamentato una violazione dell'art. 9 Convenzione Edu, perché impossibilitata a vestire il copriscapo sul posto di lavoro. La donna, un'insegnante della scuola primaria a Ginevra, aveva cominciato a vestire il velo islamico in classe, senza che per anni vi fossero reclami da parte né dei colleghi, né genitori, né degli alunni. Tuttavia, dopo un periodo di maternità, tale libertà le veniva negata dal direttore generale della pubblica istruzione. La Corte di Strasburgo anche qui ha riconosciuto un ampio margine d'apprezzamento allo Stato, sottolineando che il divieto di indossare il velo fosse limitato al solo ambiente scolastico, in ottemperanza al principio che tutela il sentimento religioso degli alunni. Il velo islamico è stato, infatti, definito un *powerful external symbol* avendo un forte impatto sugli studenti che sono facilmente influenzabili. Anche in un'altra vicenda, la Corte europea (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 4 dicembre 2008, *Dogru c. Francia*, ricorso n. 27058/05) ha affermato che il divieto adottato da una scuola di indossare il foulard islamico non si configura come una violazione dell'art. 9 della Convenzione Edu, perché disposto dalla legge e finalizzato a rispettare le regole della scuola in materia di salute, sicurezza e frequenza costante in classe. Tutte le citate sentenze della Corte Edu sono consultabili nel sito <http://hudoc.echr.coe.int>.

28 S. Angioi, *La tutela dei diritti della donna nel mondo islamico*, in *Diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 1996, 3, pp. 22-32; A. Cilardo, *Il diritto islamico e il sistema giuridico italiano: le bozze di intesa tra la Repubblica italiana e le associazioni islamiche italiane*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 153 ss., spec. p. 157 e p. 161. Con specifico riguardo al contrasto con i diritti fondamentali della persona del ripudio islamico, v. A. Bellelli, *L'irriconecibilità nell'ordinamento italiano del provvedimento straniero di scioglimento del matrimonio fondato sul ripudio*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, 2, p. 421 ss., che sottolinea l'incompatibilità con il diritto alla parità di genere del ripudio, con il quale si esercita una autorità maritale e si attua una discriminazione della donna.



contenuto, perché lo Stato non può abdicare al ruolo di selettore degli interessi meritevoli di tutela: in una società libera e democratica non possono convivere idee diverse se non esiste un nucleo di valori che garantisca la pacifica convivenza e la crescita sociale. Quei principi fondanti fanno parte della storia delle democrazie occidentali, costituiscono il patrimonio genetico dell'Unione europea e non possono essere messi in discussione in nome della tutela delle tradizioni dei Paesi di provenienza o delle diverse convinzioni religiose.

## 5. La coesistenza e la pari dignità tra culture diverse non giustifica fatti di violenza di genere

L'attaccamento di una persona immigrata alla propria tradizione, reputata lecita dall'ordinamento del paese di origine, non può portare alla lesione dei diritti di altre persone<sup>29</sup>, perché il sistema giuridico italiano, anche se aperto a normative di provenienza esterna, resta, come si è detto, un sistema ancorato alla supremazia dei valori condivisi a livello costituzionale, europeo e internazionale, che costituiscono limiti irrinunciabili e insormontabili per qualsiasi cultura e per qualsiasi religione.

Il contrasto con tali limiti insuperabili si riscontra in alcuni contesti di famiglie musulmane, quando il velo islamico è utilizzato dagli uomini come strumento per esercitare una forma di coercizione verso le proprie mogli, partner, madri o sorelle. In tali situazioni, l'imposizione del velo non è assolutamente giustificabile, perché la donna viene considerata come oggetto di «proprietà» e obbligata a custodire i canoni morali tramandati all'interno della famiglia. Questo comportamento, con il quale gli uomini esercitano il controllo sulla vita intima e sociale della donna, si osserva di frequente quando l'imposizione riguarda il velo integrale<sup>30</sup>.

In questi casi, l'usanza non è frutto di una scelta libera e spontanea, ma è resa obbligatoria dal comportamento impositivo di un membro maschile della famiglia o della comunità, in un sistema patriarcale di consuetudini religiose e sociali tendenti alla subordinazione della donna all'uomo. Qualora la donna musulmana non sia in grado di prendere una decisione autonoma contro il parere del marito, del padre o fratello, o contro la pressione della sua famiglia o della comunità di origine, la sua autodeterminazione è evidentemente esclusa e ciò reclama protezione da parte dell'ordinamento giuridico; a lei, come a qualsiasi altra donna, deve riconoscersi l'effettiva libertà di scegliere se uniformarsi alle usanze della propria cultura o a quelle della società di accoglienza. La libertà di abbigliamento è una

29 Per tutte, v., di recente, Corte di Cassazione penale, sentenza del 15 maggio 2017, n. 24084, in *Giurisprudenza italiana*, 2017, 8-9, p. 1957, con nota di G. Tucci, secondo il quale «in una società multietnica, invero, ove la convivenza tra soggetti di diversa etnia richiede necessariamente la identificazione di un nucleo comune in cui immigrati e società di accoglienza devono riconoscersi, se l'integrazione non impone l'abbandono della cultura di origine, il limite invalicabile è costituito dal rispetto dei diritti umani e della civiltà giuridica della società ospitante, di talché l'immigrato deve necessariamente conformare i propri valori a quelli della società in cui ha liberamente scelto di inserirsi e deve verificare preventivamente la compatibilità dei propri comportamenti con i principi che la regolano e, quindi, la liceità di essi in relazione all'ordinamento giuridico che la disciplina. (In applicazione dell'esposto principio, nel caso concreto non è stato ritenuto giustificato dal credo religioso il porto di uno strumento atto ad offendere, quale il coltello kirpan, in quanto la condotta è chiaramente lesiva della pacifica convivenza e della sicurezza, operati quali limiti alla libertà religiosa pur costituzionalmente garantita)». Si aggiunge, altresì, che «a norma dell'art. 2 Cost., i diritti inviolabili degli immigrati al rispetto della identità personale e della libertà religiosa trovano i loro limiti invalicabili nel rispetto dei diritti umani e della civiltà giuridica del paese ospitante» e che «la società multietnica è una necessità, ma non può portare alla formazione di arcipelaghi culturali configgenti, a seconda delle etnie che la compongono, ostandovi l'unicità del tessuto culturale e giuridico del nostro paese che individua la sicurezza pubblica come un bene da tutelare e, a tal fine, pone il divieto del porto di armi e di oggetti atti ad offendere». Cfr. C. Murgò, *Il corpo svelato e la Corte europea: quando l'interesse all'integrazione prevale sui convincimenti religiosi*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 6, p. 830 ss.

30 N. Fiorita, *Libertà religiosa e società multiculturali: il caso del velo islamico in Stato, Chiese e Pluralismo confessionale*, 2008, in [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it); M.L. Quattrocchi, *Il divieto di indossare il burqa ed il niqab in Italia e Europa*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 27 febbraio 2011, pp. 1-16; S. Mulally, *Civic Integration, Migrant Women and the Veil: at the Limits of Rights?*, in *The Modern Law Review*, 2011, vol. 74, n. 1, pp. 27-56; L. Mancini, *Burqa, niqab e diritti della donna*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2012, n. 1, pp. 27-38; S. Ferrari, *Il burqa e la sfera pubblica in Europa*, in *Id.*, p. 5 ss.; R. Aluffi Beck-Peccoz, *Burqa e Islam*, in *Id.*, pp. 13-26; G. Cavaggion, *Gli enti locali e le limitazioni del diritto alla libertà religiosa: il divieto di indossare il velo integrale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 28, 2016, p. 42. S. Angeletti, *Il divieto francese al velo integrale, tra valori, diritti, laicità e fraternité*, in <http://www.federalismi.it/document/22012016105122.pdf>, 2016. Si rinvia anche a quanto affermato dal Comitato per l'Islam italiano nel documento: *Burqa e niqab. Parere del Comitato per l'Islam Italiano*, in [http://www.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/19/00036\\_Comitato\\_Islam\\_-\\_relazione\\_Burqa\\_07\\_10.pdf](http://www.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/19/00036_Comitato_Islam_-_relazione_Burqa_07_10.pdf), 2010. Cfr. S. Down, *Debating the burqa: how the burqa debate can reveal more than it hides*, in *Canterbury Law Review*, 2011, vol. 17, n. 2, pp. 375-396, che interpreta il fenomeno del burqa in chiave di oppressione e subalternità della donna musulmana, costruzione questa che ha origine nel periodo colonialista e si fonda sul metodo definito Orientalista, nei confronti delle donne musulmane.

componente dell'identità personale che si configura quale diritto ad essere se stesso, con le convinzioni ideologiche, religiose, morali e ogni individuo.

Nella vicenda in esame, l'imposizione del velo integrale dà luogo ad un comportamento illecito, contrario ai principi di tutela della libertà, ma anche dell'integrità fisica e morale, dell'immagine, dell'identità e della dignità della persona (artt. 2, 13 e 32 Coste) e, dunque, ricorre senza dubbio un'ipotesi di violenza sulla donna.

La «violenza nei confronti delle donne» è un fenomeno di enorme rilevanza sociale<sup>31</sup>, che non necessariamente coincide con fatti penalmente rilevanti, ma è caratterizzata da una varietà di comportamenti non sempre incasellabili nelle fattispecie tipiche di reato.

Nonostante siano passati circa quarant'anni dalla ratifica della Convenzione contro la discriminazione delle donne, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1979, gli Stati ad essa aderenti non hanno garantito al genere femminile gli stessi diritti del genere maschile. Sotto questo profilo scarsi i risultati sono stati anche dopo l'adozione, nel 1993, della Dichiarazione ONU sull'eliminazione della violenza contro le donne. A conclusioni analoghe si giunge anche a livello globale, come dimostra il Rapporto dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, presentato nel 2013, dal quale risulta che la violenza colpisce più di un terzo (35%) delle donne in tutto il mondo. Lo studio ha, altresì, rivelato che la più comune forma di pratica abusiva, che riguarda il 30% delle donne al mondo, è la violenza inflitta dal partner. Pertanto l'OMS la definisce "un problema di salute di proporzioni globali enormi", che riguarda tutte le fasce d'età e che si verifica in tutte le regioni del mondo.

La violenza sulle donne è oggi definita dalla Convenzione di Istanbul come «una violazione dei diritti umani ed una forma di discriminazione contro le donne, che comprende tutti gli atti di violazione di genere che determinano o sono suscettibili di provocare danno fisico, sessuale, psicologico o economico o una sofferenza alle donne, comprese le minacce di tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica che nella vita privata» (art. 3). La Convenzione identifica poi la «violenza domestica» con «tutti gli atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra attuali o precedenti coniugi o partner, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivide o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima». Quest'ampia nozione non solo conferma la parificazione della violenza psicologica alla violenza fisica, ma consente anche di includere nel concetto comportamenti che, in alcuni sistemi giuridici, sarebbero giudicati leciti.

Nella casistica giurisprudenziale<sup>32</sup> la violenza domestica non si presenta mai come un gesto isolato, ma come una serie continua di azioni, aventi modalità ed intensità di volta in volta differenti, che, tuttavia, sono caratterizzate da un unico obiettivo, quello di stabilire il dominio di una persona «forte» nei confronti dell'altra, considerata socialmente «debole».

La Convenzione di Istanbul, all'art. 3, lett. c), precisa che il «genere» indica «ruoli, comportamenti, attività e attributi socialmente costruiti che una determinata società considera appropriati per donne e uomini». Definire la violenza domestica come un «fenomeno di genere» implica considerarla un fatto legato alle modalità con le quali la società e la cultura di un'epoca costruiscono i rapporti tra le persone, in relazione al sesso, ma anche ad altri fattori, quali l'età, l'integrità fisica, la salute, l'orientamento sessuale, l'identità di genere. Tale approccio significa leggere la violenza come un problema sociale, come un'espressione della contrapposizione tra un genere forte e un genere debole, che ha condotto alla discriminazione delle donne da parte degli uomini e che ha costituito un ostacolo alla realizzazione, all'emancipazione e al progresso femminile.

Gli episodi di prevaricazione non appartengono soltanto a contesti sociali degradati e non connotano solo determinati ambienti etnici e religiosi, ma hanno carattere trasversale, potendo riguardare ogni strato sociale: è un dato di fatto che gli uomini violenti possono essere di qualunque condizione economico-sociale, di qualunque etnia e religione. L'aggressività e il disprezzo verso i valori della solidarietà, della cura e del rispetto dell'altro possono essere presenti in qualunque famiglia ed i protagonisti sono non soltanto i mariti, i compagni, i figli, coloro che vivono all'interno di una stessa casa, ma anche gli ex

31 Tra i numerosi studi, v. A.A.V.V., *La violenza domestica: un fenomeno sommerso*, a cura dell'Associazione italiana donne magistrato e della *International Association Women Judges*, Milano, Angeli, 1995; E. Larrauri, D. Varona, *Violencia doméstica y legítima defensa*, Barcelona, EUB, 1995; A.G. Cianci, *Gli ordini di protezione familiare*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 9 ss.; L. Ciaroni, *Illeciti tra familiari e violenza domestica in Italia*, in R. Torino (a cura di), *Illeciti tra familiari, violenza domestica e risarcimento del danno*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 81 ss.

32 Tra le numerose pronunce del panorama giurisprudenziale italiano relative ai reati in materia di violenza familiare e di genere, si segnala: Corte di Cassazione penale, Sezioni unite, sentenza del 29 gennaio 2016, n. 10959, in *Diritto penale e processo*, 2016, p. 1063, con nota di S. Michelagnoli, *L'espressione "delitti commessi con violenza alla persona" al vaglio delle Sezioni unite: rileva anche la violenza psicologica*.

conviventi, i fratelli, gli amici, in quanto la violenza di genere può essere compiuta sia dentro che fuori delle mura domestiche, anche se queste ultime continuano a rappresentare il luogo privilegiato.

## 6. Considerazioni conclusive: l'importanza dei rimedi civilistici e la centralità della soluzione socio-culturale-educativa

La prima considerazione che discende dalla presente analisi è che le violenze di genere continuano tuttora ad essere ridimensionate a conflitti familiari nelle aule dei tribunali, con la conseguenza che ancora oggi la protezione delle donne da uomini violenti presenta numerose lacune.

Nonostante i progressi compiuti in campo giuridico, si avverte un notevole divario tra il diritto e la realtà, ove sempre più elevato è il numero dei soprusi commessi a danno delle donne in ambito familiare. Le vittime hanno una scarsa percezione della gravità dei fatti subiti che raramente denunciano: la verità è che coloro che subiscono una violenza, prima ancora di decidere di denunciare, devono riconoscersi come vittime, come persone che hanno subito un reato e ciò non è sempre agevole, specie quando si tratta di donne musulmane nelle quali sia radicata fin dall'infanzia l'idea della loro subordinazione rispetto agli uomini.

La situazione è aggravata dal fatto che le tradizioni socio-culturali dell'Islam vengono spesso invocate a giustificazione di comportamenti aberranti, che trovano fondamento nella dottrina religiosa o in consuetudini proprie anche di paesi non musulmani. Ma l'adesione ad una cultura, quale quella del mondo islamico, non può mai legittimare una coazione di libertà personale. Il fattore culturale, che può essere tenuto in considerazione in sede giudiziaria quando sono coinvolti soggetti «culturalmente diversi», non deve essere utilizzato dai giudici per tollerare comportamenti che ledono o pongono in pericolo i diritti fondamentali della persona. Per garantire un'adeguata tutela di questi ultimi, l'autorità giudiziaria deve percepire il potenziale lesivo insito nelle dinamiche familiari aggressive e intervenire prontamente. In particolare, è necessario evitare il senso di isolamento e abbandono da parte dello Stato che si ingenera nelle vittime dinanzi al venir meno della sicurezza e dell'effettivo sostegno nell'ambito del sistema giudiziario.

A questo fine non si lamenta la carenza di norme giuridiche, come emerge dagli interventi legislativi che si sono succeduti a più riprese negli ultimi venti anni<sup>33</sup>. Al contrario, si avverte il bisogno di investire nuove risorse nelle politiche di prevenzione, le uniche che possono scongiurare il rischio di vanificare i risultati raggiunti sul piano normativo.

In questa direzione, è opportuno valorizzare gli strumenti rimediali offerti dal diritto civile, che permettono di superare la riluttanza delle vittime alla denuncia penale. Al riguardo, la legge 4 aprile 2001, n. 154, recante «Misure contro la violenza nelle relazioni familiari» (come modificata con l. 6 novembre 2003, n. 304), oltre ad aver introdotto nel codice di procedura penale la misura cautelare coercitiva dell'allontanamento dell'indagato dalla casa familiare (art. 282 *bis* c.p.p.), ha aggiunto al codice civile gli artt. 342 *bis* e 342 *ter* c.c., che disciplinano gli ordini di protezione familiare, al fine di prevenire gli atteggiamenti violenti nel contesto domestico<sup>34</sup>. Questi rimedi hanno un contenuto analogo a quello della misura cautelare penale (allontanamento dalla casa dell'autore della violenza, divieto di avvicina-

33 Oltre alle leggi penali già citate nel corso del presente lavoro, si ricorda la legge 4 aprile 2001 n. 154 in tema di contrasto alla violenza nelle relazioni familiari, che prevede l'introduzione degli ordini di protezione contro gli abusi familiari, con l'inserimento, nel codice civile, dei nuovi artt. 342 *bis* e 342 *ter* e, nel codice di procedura civile, dell'art. 736 *bis* c.p.c.; al livello di procedura penale, disciplina la misura cautelare coercitiva che impone all'imputato/indagato di lasciare immediatamente la casa familiare (art. 282 *bis* c.p.p.). Da ciò deriva un duplice binario di protezione, consistente nella possibilità di conseguire un ventaglio di provvedimenti all'esito di un procedimento civile, unitamente all'opportunità di ottenere, nel corso di un procedimento penale, una o più misure cautelari tipiche, con il risultato che la vittima gode di due tutele parallele e può scegliere gli strumenti rimediali più adeguati. Sugli ordini di protezione familiare, v. A.G. Cianci, *Gli ordini di protezione familiare*, cit., p. 73 ss.; F.M. Zanasi, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 10 ss.

34 La norma di cui all'art. 342 *ter* c.c. prevede che il tribunale possa ordinare all'autore della violenza la cessazione della condotta pregiudizievole e l'allontanamento dalla casa familiare, prescrivendogli altresì, ove occorra, di non avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dalla vittima, ed in particolare al luogo di lavoro, al domicilio della famiglia d'origine, ovvero al domicilio di altri prossimi congiunti o di altre persone ed in prossimità dei luoghi di istruzione dei figli della coppia, salvo che questi non debba frequentare i medesimi luoghi per esigenze di lavoro. Il giudice può disporre, altresì, ove occorra l'intervento dei servizi sociali del territorio o di un centro di mediazione familiare, nonché delle associazioni che abbiano come fine statutario il sostegno e l'accoglienza di donne e minori o di altri soggetti vittime di abusi e maltrattati; il pagamento periodico di un assegno a favore delle persone conviventi che, per effetto degli ordini di protezione familiare, rimangono prive di mezzi adeguati, ordinando, se del caso, che la somma sia versata direttamente all'avente diritto dal datore di lavoro dell'obbligato, distraendola dalla retribuzione del medesimo.

mento a determinati luoghi, pagamento periodico di un assegno), alla quale si aggiunge la possibilità di disporre l'intervento dei servizi sociali, nonché delle associazioni che abbiano come fine statutario il sostegno e l'accoglienza di donne e minori o di altri soggetti vittime di abusi e maltrattati.

Una serie indefinita di comportamenti legittima la vittima ad agire in sede civile per ottenere un provvedimento contro l'abuso familiare, a prescindere dalla qualificazione degli stessi come reati, quando sono causa di grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà del coniuge o convivente. Gli ordini di protezione si apprezzano per la loro flessibilità e capacità di soddisfare le esigenze specifiche di tutela richieste nel caso concreto, dal momento che il codice civile non descrive la condotta pregiudizievole in termini tassativi, ma fa leva sulla concezione di grave pregiudizio ad essa conseguente. Pertanto, sul piano civilistico possono rilevare una pluralità di forme di denigrazione, intimidazione, strategie di isolamento e, persino, aggressioni meramente verbali tali da creare un clima di continua tensione, mentre solo alcune condotte risultano rilevanti penalmente, stante il principio di tipicità della legge penale.

Sempre nella direzione della prevenzione, occorre promuovere il cambiamento della percezione sociale del fenomeno, da attuare attraverso la disseminazione della moderna costruzione socio-culturale dell'identità di genere. Occorre che la concezione contemporanea della famiglia, fondata sull'assistenza reciproca, sulla condivisione dei compiti e sull'intercambiabilità dei ruoli tra uomo e donna, si radichi uniformemente nella coscienza collettiva, con l'obiettivo di evitare condotte oppressive e violente. L'importanza di una nuova educazione è testimoniata dalla Convenzione di Istanbul, che impegna gli Stati a favorire programmi educativi, a promuovere campagne di sensibilizzazione e di comunicazione (anche attraverso l'uso dei social media) e a formare le figure professionali che entrano in relazione con le vittime di violenza.

In particolare, i protagonisti del processo sia penale, che civile - autorità di pubblica sicurezza, pubblico ministero, giudici, avvocati - debbono essere adeguatamente specializzati, adottare una metodologia condivisa con i consulenti tecnici e con gli operatori dei servizi sociali, pubblici e privati, al fine di porre in essere un intervento interdisciplinare integrato tra tutti i soggetti operanti nel settore.

Si impone, pertanto, un rafforzamento della collaborazione a livello giuridico, psicologico e sociale e un potenziamento della rete dei servizi territoriali. I giuristi, come gli psicologi, gli assistenti sociali, gli educatori presenti nelle istituzioni pubbliche e negli enti privati (come i centri antiviolenza, le case rifugio, i consultori familiari, le varie associazioni e strutture di accoglienza, di gestione di linee telefoniche antiviolenza), svolgono un ruolo fondamentale nell'ascoltare le donne che subiscono violenza domestica e nell'individuare la soluzione ai loro problemi; inoltre, tali enti sono chiamati ad attivare, su tutto il territorio nazionale, azioni di recupero e di accompagnamento dei soggetti responsabili delle violenze nelle relazioni affettive, al fine di limitare i casi di recidiva.

In questo senso si volgono nuovi strumenti introdotti dal c.d. codice rosso, volti a contrastare anche su un piano extra-giuridico forme recidivanti, accrescendo la competenza e la cultura degli operatori di polizia che intervengono nel trattamento penitenziario dei condannati (art. 5, l. 2019, n. 69), prevedendo la partecipazione di essi a trattamenti psicologici di sostegno e a percorsi di reinserimento nella società e di recupero organizzati previo accordo tra gli istituti penitenziari e gli enti specializzati nella prevenzione di reati sessuali, di maltrattamenti in famiglia e atti persecutori (v. art. 13 bis, legge 1975, n. 354, come modificato dalla citata legge 2019, n. 69).

Parallelamente, sulla stessa scia, il 17 dicembre 2021, il Ministro per le pari opportunità, in attuazione dell'art. 5 del d.l. 2013 n. 93, anche avvalendosi del Fondo per le politiche relative ai diritti e alle pari opportunità (di cui all'art. 19, comma 3, del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla l. 4 agosto 2006, n. 248), ha approvato il «Piano strategico nazionale sulla violenza sessuale e di genere 2021-2023»<sup>35</sup>, che individua strutture, interventi e risorse adeguate per contrastare il fenomeno, favorendo l'integrazione tra politiche e interventi da promuovere non solo da parte del governo, ma, soprattutto

35 Come previsto dall'art. 5 del d.l. 2013 n. 93, il *Piano strategico nazionale sulla violenza sessuale e di genere 2021-2023* persegue, tra l'altro, le seguenti finalità: «b) sensibilizzare gli operatori dei settori dei media per la realizzazione di una comunicazione e informazione, anche commerciale, rispettosa della rappresentazione di genere e, in particolare, della figura femminile anche attraverso l'adozione di codici di autoregolamentazione da parte degli operatori medesimi; c) promuovere un'adeguata formazione del personale della scuola alla relazione e contro la violenza e la discriminazione di genere e promuovere, nell'ambito delle indicazioni nazionali per il curriculum della scuola dell'infanzia e del primo ciclo di istruzione, delle indicazioni nazionali per i licei e delle linee guida per gli istituti tecnici e professionali, nella programmazione didattica curricolare ed extracurricolare delle scuole di ogni ordine e grado, la sensibilizzazione, l'informazione e la formazione degli studenti al fine di prevenire la violenza nei confronti delle donne e la discriminazione di genere, anche attraverso un'adeguata valorizzazione della tematica nei libri di testo; d) potenziare le forme di assistenza e di sostegno alle donne vittime di violenza e ai loro figli attraverso modalità omogenee di rafforzamento della rete dei servizi territoriali, dei centri antiviolenza e dei servizi di assistenza alle donne vittime di violenza; e) garantire la formazione di tutte le professionalità che entrano in contatto con fatti di violenza di genere o di stalking; f) accrescere la protezione delle vittime attraverso il rafforzamento della collaborazione tra tutte le istituzioni coinvolte; g) promuovere lo sviluppo e l'attivazione, in tutto il territorio nazionale, di azioni, basate



to, da parte delle amministrazioni regionali e degli enti locali, valorizzando il ruolo delle associazioni e del partenariato socio-economico nella definizione e programmazione delle politiche.

---

su metodologie consolidate e coerenti con linee guida appositamente predisposte, di recupero e di accompagnamento dei soggetti responsabili di atti di violenza nelle relazioni affettive, al fine di favorirne il recupero e di limitare i casi di recidiva».

Juan Ocón García\*

## La captación subrepticia de imágenes íntimas en la vía pública (con ocasión del asunto A Maruxaina)

### Sumario

1. Introducción – 2. Los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen en la Constitución Española – 2.1. ¿Derecho a la intimidad en la vía pública? – 3. Las distintas vías de protección de la intimidad y la imagen en el ordenamiento jurídico español – 3.1. La vía civil – 3.2. La protección penal – 4. La compleja determinación de la norma aplicable – 4.1. La adecuación de la conducta al tipo penal – 4.2. La existencia una intromisión grave en la intimidad – 5. Conclusiones.

### Abstract

La grabación de mujeres orinando en la vía pública para su difusión a través de Internet ha generado en España cierto revuelo mediático, pero sobre todo ha planteado una compleja cuestión jurídica respecto a la respuesta que deba dar el ordenamiento. El artículo analiza los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen, especialmente en cuanto a su eficacia en la vía pública. Además, examina las normas que el ordenamiento dispensa para su protección en sede civil y penal, y trata de aportar criterios para la determinación de la norma aplicable.

*La registrazione di immagini di donne che urinano su strade pubbliche per la loro successiva diffusione attraverso Internet ha suscitato un certo scalpore mediatico in Spagna, ma soprattutto ha sollevato una complessa questione giuridica circa la risposta che l'ordinamento dovrebbe offrire. Lo scritto analizza i diritti fondamentali alla privacy e alla propria immagine, soprattutto in termini di efficacia sulla strada. Inoltre, esamina le regole che l'ordinamento giuridico dispensa per la sua tutela nei procedimenti civili e penali e cerca di fornire criteri per determinare la norma applicabile.*

*The recording of women urinating on public roads for broadcast on the Internet has generated a certain media stir in Spain, but above all it has raised a complex legal question about the response that the legal system should give. The paper analyzes the fundamental rights to privacy and one's own image, especially in terms of their effectiveness on public roads. In addition, it examines the rules that the legal system dispenses for its protection in civil and criminal proceedings, and tries to provide criteria for determining the applicable rule.*

\* Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de La Rioja. Trabajo realizado en el marco del Proyecto «El nexo dato científico/tecnológico derecho fundamental: un desafío para los actuales ordenamientos constitucionales»; Proyecto DER-FUNDAT (PGC2018-093737-B-I00), financiado por: FEDER/Ministerio de Ciencia e Innovación – Agencia Estatal de Investigación. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

## 1. Introducción

Durante la celebración de una fiesta popular en agosto de 2019, muchas mujeres, al igual que quizá hombres y a falta de mejor opción, acudieron para aliviar sus necesidades fisiológicas a una plazoleta medianamente apartada y reservada. Al haberse instalado previamente diversas cámaras a tal fin, se registraron grabaciones de las mujeres que evacuaban sus orines y posteriormente fueron incorporadas a determinadas páginas web dedicadas a la divulgación de contenidos de carácter erótico<sup>1</sup>.

El juzgado encargado de la investigación acordó el sobreseimiento provisional al considerar que, al realizarse las grabaciones en un lugar público, los hechos no eran constitutivos de delito. Decisión que fue confirmada con ocasión de la resolución del recurso interpuesto contra el primer auto, concluyéndose que los hechos debían ser, en su caso, sancionados en la vía civil. Por su parte, la Audiencia Provincial decidió revocar el auto de sobreseimiento ordenando continuar con la investigación para determinar el carácter público o reservado del lugar de los hechos y las condiciones y finalidad de los dispositivos de grabación colocados.

No se pretende, ni ello es posible, realizar un comentario jurisprudencial al uso, dado que no existe siquiera una resolución sobre el fondo del asunto. Se trata simplemente de analizar, a partir de los hechos conocidos y de la problemática jurídica que traslucen las resoluciones de trámite, una cuestión que tiene difícil respuesta en el ordenamiento jurídico español, a saber, si la captación de imágenes íntimas en la vía pública exige una respuesta punitiva o, por el contrario, una meramente indemnizatoria en la vía civil.

## 2. Los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen en la Constitución Española

El artículo 18.1 de la Constitución Española garantiza «el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen». A pesar de la abigarrada redacción de la norma, esta recoge claramente tres derechos autónomos que, por tanto, poseen diferentes objetos y contenidos.

En lo que ahora interesa, el reconocimiento constitucional del derecho fundamental a la intimidad se dirige a proteger un ámbito reservado del individuo frente a la acción y conocimiento de los demás: «lo que el art. 18.1 CE garantiza es, pues, el secreto sobre nuestra propia esfera de la vida personal y, por tanto, veda que sean los terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los contornos de nuestra vida privada»<sup>2</sup>.

La ausencia de una definición constitucional y legal del concepto de intimidad responde a sus dificultades semánticas y su carácter dúctil y evolutivo, en tanto que su «extensión viene determinada en cada sociedad y en cada momento histórico»<sup>3</sup>.

Ello explica que el Tribunal Constitucional haya seguido predominantemente un criterio material en su delimitación, considerando ese ámbito reservado como aquel «necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana»<sup>4</sup>. En ocasiones, no obstante, ha parecido avalar una versión subjetiva de la intimidad, apoderando al propio titular del derecho para su configuración al afirmar que «corresponde a cada persona acotar el ámbito de la intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno»<sup>5</sup>.

1 Hechos extraídos del Auto de Audiencia Provincial de Lugo, núm. 890/2021, de 11 de noviembre de 2021.

2 Sentencia del Tribunal Constitucional 85/2003, de 8 de mayo (FJ. 21).

3 Sentencia del Tribunal Constitucional 171/1990, de 12 de noviembre (FJ. 4).

4 Entre otras, Sentencias del Tribunal Constitucional 231/1988, de 2 de diciembre (FJ. 3); 197/1991, de 17 de octubre (FJ. 3); 57/1994, de 28 de febrero (FJ. 5); 207/1996, de 16 de diciembre (FJ. 3); 202/1999, de 8 de noviembre (FJ. 2); 127/2003, de 30 junio (FJ. 7); 77/2009, de 23 de marzo (FJ. 2) y 25/2019, de 25 de febrero (FJ. 4).

5 Sentencia del Tribunal Constitucional 196/2006, de 3 de julio (FJ. 5). A estos dos posibles modos de delimitación se refiere también la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, cuando afirma en art. 2.1 que «la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia».

Sea como fuere, el derecho fundamental atribuye a su titular «el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido»<sup>6</sup>.

La esfera de la vida personal que la intimidad pretende confinar abarca diversas facetas o dimensiones: la situación económica (Sentencia del Tribunal Constitucional 233/2005, de 26 de septiembre; FJ. 4), las conductas y preferencias sexuales (Sentencia del Tribunal Constitucional 151/1997, de 29 de septiembre; FJ. 5), o la información relativa a la salud (Sentencia del Tribunal Constitucional 70/2009, de 23 de marzo; FJ. 2). También, en lo que hace al caso, comprende la intimidad corporal, dirigida a proteger «el sentimiento de pudor personal en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad», un ámbito que, como constructo cultural, no se identifica con el de la realidad física del cuerpo humano, sino que viene determinado «por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal», que podrá llegar a depender, por tanto, de la significación simbólica atribuida a las diversas partes del cuerpo objeto de la intromisión (Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1989, de 15 de febrero; FJ. 7).

Por su parte, el reconocimiento del derecho fundamental a la propia imagen se dirige a proteger la iconificación, esto es, la representación gráfica del aspecto físico de la persona en tanto que «instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su reconocimiento como sujeto individual»<sup>7</sup>. Su contenido se cifra en la facultad de «impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, con independencia de la finalidad perseguida por quien la capta o difunde»<sup>8</sup>.

Por tanto, la captación de la imagen de una persona puede constituir tanto una lesión de alguno de los derechos analizados como de ambos, en función de si las imágenes reproducen algún aspecto de su intimidad y, al tiempo, de la persona misma a través de sus rasgos físicos (propia imagen)<sup>9</sup>.

Es fácil convenir, y no parece haberse puesto en duda en el procedimiento, que la captación no consentida de imágenes de una persona mientras atiende sus necesidades fisiológicas constituye una injerencia en el derecho fundamental a la intimidad<sup>10</sup>. En primer lugar, porque se trata de un acto reservado según las pautas sociales imperantes que rigen en su delimitación y, además, porque exige la exposición de partes del cuerpo amparadas por la aludida intimidad corporal; más notable, en el caso de la micción femenina<sup>11</sup>. A su vez, si las imágenes permitieren la identificación de las personas filmadas, los hechos constituirían una lesión simultánea de su derecho a la propia imagen.

## 2.1 ¿Derecho a la intimidad en la vía pública?

Se trata ahora de determinar si la conclusión alcanzada —la aparente lesión de la intimidad— debe modificarse por haberse realizado la actividad enjuiciada en la vía pública, elemento que constituye la *ratio decidendi* del sobreseimiento inicial del Juzgado de Instrucción<sup>12</sup>.

En una primera aproximación podría decirse, con razón, que la reserva del conocimiento ajeno de determinados aspectos de la vida privada no se compadece con su exposición voluntaria y consciente en la vía pública. El concepto de reserva alude a una actitud de discreción de quien la pretende y encuentra,

6 Por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2012, de 30 de enero (FJ. 5).

7 Sentencia del Tribunal Constitucional 176/2013, de 21 de octubre (FJ. 6). *Vid.* A. Pascual Medrano, *El derecho fundamental a la propia imagen. Fundamento, contenido, titularidad y límites*, Cizur Menor, Aranzadi, 2003.

8 Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2012, de 30 de enero (FJ. 5).

9 *Vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional 156/2001, de 2 de julio (FJ. 3).

10 Se ha señalado que podrá entenderse vulnerado el derecho a la intimidad siempre que la captación se produzca de forma disimulada, camuflada o subrepticia, y ello con independencia de la naturaleza de los hechos captados: «a nuestro juicio no carece de fundamento dogmático la idea de que la vulneración de este derecho se hallaría siempre presente, en tanto que el procedimiento utilizado privaría a las personas afectadas de la facultad de decisión sobre su propio ámbito reservado, privado y personal. En una cámara oculta, la persona que es objeto de la misma revela —y consiente— opiniones o hechos en un determinado y específico marco objetivo y subjetivo, que no es público, al margen del lugar físico donde se realicen y de su tenor material. De forma que la falsedad de dicho marco conllevaría *per se* la intromisión en un ámbito privado para la que se carece de consentimiento». *Vid.* A. Pascual Medrano, *La captación subrepticia y difusión pública de imágenes de las personas en el ámbito periodístico: las cámaras ocultas*, en *Revista general de derecho constitucional*, 2012, 15, p. 15.

11 La grabación de imágenes de mujeres orinando en los aseos de un centro escolar constituye el objeto del procedimiento de la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 917/2016, de 2 diciembre de 2016.

12 El lugar de filmación no tiene relevancia en el derecho a la propia imagen que faculta a su titular para impedir su obtención con independencia de la finalidad perseguida y, por tanto, de la ubicación donde se produzca la captación de la imagen.



por tanto, su ámbito espacial ideal en lugares *cerrados*, especialmente en aquellos configurados como domicilio, tradicionalmente dotado de una protección constitucional específica.

Sin embargo, no es posible afirmar la completa irrelevancia del derecho a la intimidad en la vía pública en todo caso.

En la doctrina se ha señalado que la exposición pública de la imagen íntima puede comportar un consentimiento tácito a su eventual captación<sup>13</sup>. Sin embargo, aunque podría entenderse válido respecto a la percepción inmediata y directa de quienes se encuentren en ese lugar, no cabrá extenderlo a la obtención de las imágenes por medios técnicos con cualquier fin, incluso, como en el caso, para su posterior divulgación a terceros no presentes.

Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, al menos respecto de la ponderación entre los derechos fundamentales a la intimidad y a la libertad de información, afirmando que «la intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce necesariamente a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado» (Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2012, de 30 de enero, FJ. 5) y que, por tanto, «el carácter público del lugar donde se obtienen las imágenes no ubica necesariamente al afectado fuera del ámbito de protección inherente al derecho a la intimidad» (Sentencia del Tribunal Constitucional 18/2015, de 16 de febrero, FJ. 5)<sup>14</sup>.

Además, mediante la recepción de la doctrina del Tribunal de Estrasburgo respecto a la interpretación del art. 8 Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>15</sup>, y con base en el criterio formal de delimitación de la intimidad referido *supra* —«corresponde a cada persona acotar el ámbito de la intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno»—, el Tribunal Constitucional ha incorporado el criterio de la expectativa razonable de privacidad:

«Un criterio a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a intromisiones ilegítimas es el de las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno. Así por ejemplo cuando se encuentra en un paraje inaccesible o en un lugar solitario debido a la hora del día, puede conducirse con plena espontaneidad en la confianza fundada de la ausencia de observadores»<sup>16</sup>.

Es decir, la posible eficacia del derecho a la intimidad en la vía pública podrá depender de la actitud de su titular de procurarse un espacio dotado de una razonable reserva.

13 «El ámbito en el que se desarrolle la escena en cuestión puede expresar, en algunas ocasiones, una renuncia fáctica del sujeto al control exclusivo de una posible grabación, lo que equivaldrá a considerar la existencia de un consentimiento tácito». Cfr. C. Juanatey Dorado, A. Doval Pais, *Límites de la protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes*, en *La protección jurídica de la intimidad*, J. Boix Reig (dir.), Madrid, Iustel, 2010, p. 168. Consideramos, no obstante, que no resulta necesario ni adecuado recurrir al concepto de consentimiento, respecto del que la ley exige en todo caso que sea expreso (vid. art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen). Resulta más preciso articular la ausencia de vulneración del derecho con base en los propios actos de su titular, que constituye un criterio de delimitación previsto legal y jurisprudencialmente.

14 En consecuencia, ha considerado que debe rechazarse «que el carácter accesible al público de algunas dependencias del establecimiento hotelero tenga la capacidad de situar la actuación de los demandados extramuros del ámbito de protección del derecho a la intimidad, pues ante una faceta estrictamente reservada de su vida privada y no existiendo consentimiento expreso, válido y eficaz prestado por los titulares de los derechos afectados, se produce una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales a la intimidad», cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 176/2013, de 21 de octubre (FJ. 7). En similar sentido, respecto de la captación de fotografías en la vía pública, Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2014, de 27 de enero (FJ. 4).

15 «There are a number of elements relevant to a consideration of whether a person's private life is concerned by measures effected outside a person's home or private premises. Since there are occasions when people knowingly or intentionally involve themselves in activities which are or may be recorded or reported in a public manner, a person's reasonable expectations as to privacy may be a significant, although not necessarily conclusive factor». Vid. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de septiembre de 2001 (asunto P.G. y J.H. contra Reino Unido, §57).

16 Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2012, de 30 de enero (FJ. 5).

### 3. Las distintas vías de protección de la intimidad y la imagen en el ordenamiento jurídico español

Los derechos a la intimidad y la propia imagen son, en primer lugar, y como todos los que se integran en la categoría de fundamentales, derechos públicos subjetivos, derechos de defensa del ciudadano frente a la actividad del Estado. Pero, a su vez, poseen una dimensión objetiva por la que operan como principios de ordenación de la actividad de los poderes públicos<sup>17</sup>.

Esta doble dimensión, además de imponerle su no vulneración, sujeta al Estado a la obligación positiva de contribuir a su eficacia, también en las relaciones entre particulares<sup>18</sup>.

Para dar cumplimiento a este deber de protección, el ordenamiento jurídico español dispone tanto normas penales como civiles que contienen supuestos de hecho en los que son subsumibles los hechos que tratamos. La decisión de qué vía de protección deba activarse en cada caso constituye precisamente el objeto controvertido. A su examen dedicaremos las siguientes páginas<sup>19</sup>.

#### 3.1 La vía civil

La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, ha desarrollado conjuntamente los derechos reconocidos en el art. 18.1 CE.

El tratamiento unitario de los tres derechos es también la regla seguida en la descripción de las conductas consideradas como intromisión ilegítima, que se enumeran en el art. 7 sin referencia expresa al derecho fundamental implicado en cada caso<sup>20</sup>.

Los dos primeros apartados prevén conductas que comprometen al derecho fundamental a la intimidad y en las que es posible subsumir los hechos: 1. «El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas; y 2. «La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción».

Por su parte, el apartado 5, relativo al derecho a la propia imagen, considera intromisión ilegítima «la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos».

De este modo, la protección civil alcanza, respecto a la captación no consentida de imágenes, tanto al derecho a la intimidad —imagen como registro gráfico del hecho íntimo—, como a la propia imagen —registro o difusión de la imagen identificable de una persona—.

Las conductas descritas no incorporan requisitos locativos que hagan desmerecer la protección civil cuando la captación de la imagen se produce en lugares públicos. El emplazamiento de aparatos de filmación o dispositivos ópticos se persigue «en cualquier lugar» (art. 7.1) y la captación de la imagen de una persona se considera intromisión ilegítima «en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos» (art. 7.5).

17 Sentencias del Tribunal Constitucional 21/1981, de 15 de junio (FJ. 10), 25/1981, de 14 de julio (FJ. 5), 18/1984, de 7 de febrero (FJ. 6), 53/1985, de 11 de abril (FJ. 4) y 245/1991, de 16 de diciembre (FJ. 5). Sobre la incidencia en diversos ordenamientos de la doctrina de la doble dimensión de los derechos fundamentales, véase, A. Di Martino, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, en *Rivista gruppo di pisa*, 2016, 2.

18 Esta doctrina también ha sido acogida en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos: «*The Court reiterates that the object of Article 8 is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities. However, this provision does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there are positive obligations inherent in an effective respect for private or family life. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves*»; cfr. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de noviembre de 2013 (asunto Söderman contra Suecia, §8).

19 Además, las imágenes registradas en soportes físicos constituyen datos de carácter personal siempre que identifiquen o permitan la identificación de la persona (Sentencia del Tribunal Constitucional 29/2013, de 11 de febrero, FJ. 5), por lo que existirá una tercera vía de protección, ejercitable junto a alguna de las anteriores, mediante la reclamación administrativa frente a la Agencia Española de Protección de Datos. *Vid.* arts. 63 y siguientes de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

20 No resulta en absoluto problemático la ubicación de cada conducta descrita en el objeto de alguno de los tres derechos fundamentales que la ley se desarrolla. Para una clasificación, *vid.*, *v.gr.*, P. Grimalt Servera, *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Madrid, Iustel, 2007, pp. 63 ss.

La única referencia locativa que actúa como criterio de exclusión es la prevista en el art. 8.2.a) respecto de la delimitación entre el derecho a la propia imagen y la libertad de información: «el derecho a la propia imagen no impedirá: a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público».

Se trata en todo caso de una previsión que no opera en el caso analizado, ya que los requisitos previstos poseen carácter cumulativo, exigiéndose la condición pública tanto de la persona como del acto o lugar en que la imagen es captada<sup>21</sup>.

No parece, por tanto, problemático el encaje de los hechos en las conductas descritas en los apartados 1, 2 y 5 del artículo 7 de la Ley, lo que daría lugar a la tutela prevista en su art. 9 encaminada al cese de la intromisión y la reparación indemnizatoria del daño<sup>22</sup>.

La cuestión a resolver es si la respuesta en vía civil es la única posible o si, además, los hechos son subsumibles en las conductas tipificadas en las normas penales de protección de la intimidad.

### 3.2 La protección penal

El art. 197.1 del Código penal regula el delito de descubrimiento y revelación de secretos, con el siguiente tenor literal:

«El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses».

El apartado tercero prevé el subtipo agravado, elevando la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.

Como ha señalado la jurisprudencia, se trata de un delito de compleja tipicidad al acoger acciones diversas. En lo que al caso respecta, interesa la modalidad conocida como «control auditivo y visual clandestinos», descrita en el segundo inciso del apartado 1: la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen<sup>23</sup>.

En cuanto a la realización de los elementos del tipo basta con la utilización de artificios técnicos de grabación de la imagen (elemento objetivo) con la finalidad de vulnerar la intimidad (elemento subjetivo), sin que sea necesario alcanzar el resultado<sup>24</sup>.

En sede penal, por tanto, se dispensa protección únicamente a la intimidad, pero no al derecho fundamental a la propia imagen, y ello pese a que el Título X del Libro I en que se inserta la norma lleva por rúbrica «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio»<sup>25</sup>.

21 Además, y a pesar de que no es un requisito exigido por el art. 8.2.a), se ha entendido necesaria la concurrencia efectiva de un interés público informativo que justifique la utilización sin consentimiento de las imágenes en cuestión. A. Pascual Me-drano, *Personajes públicos y derecho a la propia imagen*, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2055, 17, p. 18. Sobre la interpretación de la noción de «lugares abiertos al público», véase I. Lazkano Brotóns, Iñigo, *Personajes públicos, actos públicos y lugares abiertos al público. La necesidad de reformar la Ley Orgánica 1/1982 para adaptarla a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a la vida privada*, en *La ética y el derecho en la producción y el consumo del entretenimiento*, Valencia, Fundación COSO, 2006, pp. 295 ss.

22 Podría operar también en este caso el apartado sexto, que considera intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen «la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga»; y ello en tanto que las grabaciones fueron posteriormente difundidas a través de páginas web de contenido erótico, algunas de ellas de acceso mediante pago.

23 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 1219/2004 de 10 de diciembre de 2004 (FJ. 8.a).

24 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 694/2003, de 20 de junio de 2003 (FJ. 5).

25 El art. 193 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal era el único precepto del Capítulo II del Título IX y llevaba por rúbrica «Delitos contra la propia imagen». Su apartado primero disponía que «el que atentare contra la intimidad de otra persona mediante la utilización de su imagen, por cualquier medio y sin su consentimiento, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses». Cfr. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, núm. 77-1, de 26 de septiembre de 1994. Es decir, el precepto se dirigía a sancionar, como el actual art. 197.1 y pese a su rúbrica, las conductas que, a través de la imagen, vulnerasen la intimidad, pero no la mera imagen física reconocible de una persona que integra el objeto autónomo del derecho fundamental a la propia imagen. Sobre el iter legislativo de este precepto *vid.* L. De Las Heras Vives, *El derecho a la propia imagen en España. Un análisis desde el derecho constitucional, civil y penal*, en *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2018, 8, pp. 448 ss.

Es decir, la imagen se protege únicamente en tanto que *vía o recurso* material de plasmación de la intimidad<sup>26</sup>.

## 4. La compleja determinación de la norma aplicable

La configuración normativa de las conductas es, como hemos visto, ciertamente similar en vía penal y civil. En el primer caso, se considera punible la utilización de artificios técnicos de grabación o reproducción de la imagen para vulnerar la intimidad de otra persona. Por su parte, la norma civil define como intromisión ilegítima el emplazamiento y utilización de aparatos de filmación, dispositivos ópticos o cualquier otro medio para conocer, grabar o reproducir la vida íntima de las personas.

La determinación de la respuesta que deba dar el ordenamiento ante unos hechos como los descritos constituye la incógnita nuclear del caso comentado, cuya dificultad viene determinada por la ausencia de criterios específicos tanto en la legislación, como en la doctrina jurisprudencial y científica.

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1982 pareció establecer una regla favorable a la aplicación de la norma penal, al afirmar que «en los casos que exista la protección penal tendrá ésta preferente aplicación, por ser sin duda la de más fuerte efectividad, si bien la responsabilidad civil derivada del delito se deberá fijar de acuerdo con los criterios que esta ley establece». Se trata en todo caso de una regla interpretativa que no posee carácter normativo y cuya aplicación jurisprudencial no ha tenido acogida.

En la doctrina, Romeo Casabona propone acudir a dos criterios sucesivos para resolver la dicotomía protección penal–protección civil: «el primer criterio decisivo será el de la adecuación de la conducta a un tipo penal o no, incluido el tipo subjetivo —el dolo—. En segundo lugar, los tribunales han apuntado a una exigencia de cierta gravedad en la intromisión en la intimidad para que pueda ser considerada delito, lo cual parece razonable desde el momento en que el legislador ha optado por prescindir de las faltas para este tipo de infracciones y, lógicamente, deben marcarse niveles de separación cuantitativos (por razón de la gravedad) entre uno y otro ilícito, puesto que son los únicos posibles estructuralmente»<sup>27</sup>.

Dedicaremos los apartados que siguen al examen de estos criterios dada su relevancia para los hechos objeto de este comentario.

### 4.1 La adecuación de la conducta al tipo penal

En cuanto al cumplimiento del elemento objetivo del tipo, esto es, la utilización de artificios técnicos de grabación o reproducción de la imagen, se ha señalado por la doctrina la necesidad de que la captación sea de carácter subrepticio, no estando justificada la intervención represiva en el supuesto simple de mera captación no consentida<sup>28</sup>.

No es este, sin embargo, un elemento relevante para nosotros, puesto que las imágenes fueron captadas con ocultación de los dispositivos de grabación y, por tanto, sin oportunidad de manifestar su rechazo o de adecuar su conducta a dicha circunstancia.

26 La distinción entre protección penal de la imagen íntima y de la propia imagen de forma autónoma se aprecia con nitidez en el Código Penal portugués. Al primer objetivo se encamina su art. 192: «*Quem, sem consentimento e com intenção de devassar a vida privada das pessoas, designadamente a intimidade da vida familiar ou sexual: [...]; b) Captar, fotografar, filmar, registar ou divulgar imagem das pessoas ou de objectos ou espaços íntimos*». Por su parte, el bien jurídico protegido por el art. 199.2 es la propia imagen en sentido estricto: «*Na mesma pena incorre quem, contra vontade: a) Fotografar ou filmar outra pessoa, mesmo em eventos em que tenha legitimamente participado; ou b) Utilizar ou permitir que se utilizem fotografias ou filmes referidos na alínea anterior, mesmo que licitamente obtidos*».

27 C.M. Romeo Casabona, *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, pp. 59 s.

28 Vid. A. Jareño Leal, *El derecho a la imagen como bien penal*, en *La protección jurídica de la intimidad*, J. Boix Reig (dir.), Madrid, Iustel, 2010, p. 113. La jurisprudencia infiere el requisito de la grabación subrepticia de «la utilización por el legislador de la expresión “artificios” —por la nota disimulo, doblez o habilidad que contiene su significado— y la naturaleza clandestina de los sistemas de captación o apoderamiento de la intimidad que caracterizan las otras de modalidades típicas (interceptación de telecomunicaciones o de otra señal de comunicación)», cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, núm. 122/2020, de 17 de febrero de 2020 (FJ. 4).



Los dos Autos del Juzgado de Instrucción que, en un primer momento, acordaron el sobreseimiento provisional, basaron su decisión en la atipicidad de los hechos por haber sido realizados en la vía pública<sup>29</sup>.

También la doctrina ha considerado que la captación de imágenes íntimas en la vía pública deberá acogerse en sede civil, descartándose la intervención penal. Así, se ha afirmado que «parece evidente que no existe ilícito cuando se captan imágenes de terceros en la vía pública, puesto que se trata de un ámbito en el que, por definición, no es posible llevar a cabo una actividad íntima», descartando asimismo que la difusión o posterior reproducción de dichas imágenes pueda constituir delito<sup>30</sup>.

No consideramos, sin embargo, que el lugar donde la imagen sea captada pueda utilizarse para excluir la tipicidad de la conducta, y ello porque la norma no incorpora en su definición requisito locativo alguno, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos de nuestro entorno<sup>31</sup>.

El artículo 197 del Código Penal fue modificado en el año 2015, incorporando, entre otras cuestiones, un nuevo delito dirigido a castigar la difusión no consentida de imágenes privadas, en cuya descripción típica sí prevé un requisito espacial respecto de la captación de las imágenes<sup>32</sup>. Pues bien, aunque esta norma no resulte de aplicación al caso, sí puede tener cierta importancia interpretativa.

En primer lugar, porque demuestra que la ausencia de referencias locativas en la definición de la conducta punible del art. 197.1 no puede ser entendida como un olvido del legislador necesitado de integración jurisprudencial<sup>33</sup>.

Pero, sobre todo, porque el art. 197.7 no se circunscribe únicamente a la captación de imágenes en espacios cerrados. Junto al domicilio se prevé, trasladando a la norma la doctrina de la expectativa razonable de privacidad, «cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros», permitiendo así su persecución aun cuando las imágenes hayan sido tomadas en la vía pública. Así lo ha interpretado la Fiscalía General del Estado, afirmando que el lugar de captación debe ser «un espacio físico excluido, *en ese momento*, al conocimiento de terceros», pudiendo tratarse de «un lugar al aire libre, si bien en este caso habría que acreditar que reúne garantías suficientes de privacidad de tal forma que pueda asegurarse que las escenas/imágenes, captadas o grabadas, lo fueron en un contexto de estricta intimidad y sustraído a la percepción de terceros ajenos a ellas»<sup>34</sup>.

Es decir, si el 197.7, especialmente acotado como vemos, considera posible la vulneración de la intimidad en la vía pública, no puede descartarse respecto del 197.1, en que el legislador ni siquiera realiza referencia alguna al lugar de captación de la imagen. Las circunstancias espaciales y temporales podrán determinar el grado de desvalor de la acción, su gravedad al cabo, pero no el juicio de tipicidad.

Respecto al elemento subjetivo del tipo, la conducta ha de ser dolosa, no siendo posible su comisión imprudente, lo que tendría lugar, por ejemplo, mediante el registro de imágenes íntimas por videocámaras instaladas por motivos de seguridad. Al emplear el precepto la preposición «para», la grabación debe llevarse a cabo con la expresa finalidad de vulnerar la intimidad de otra persona<sup>35</sup>.

29 Así, el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Viveiro, de 15 de marzo de 2021, que acordó en un primer momento el sobreseimiento provisional, considera que, al realizarse las grabaciones «en un lugar público en la que podía ser vistas [*sic*] por cualquier persona que por allí transitase, [...] no suponen ningún ataque ni vulneración de la intimidad en el sentido recogido en el artículo 197 del CP». En similares términos se expresa el Auto del mismo Juzgado de 6 de septiembre de 2021, que, resolviendo el recurso de reforma interpuesto contra el primero, afirma: «debe tenerse en cuenta que cuando el precepto comentado se refiere a la utilización de artificios técnicos para captar la imagen se refiere a la instalación clandestina de aparatos de filmación en lugares cerrados o el empleo de dichos medios para grabar desde fuera lo que sucede en un lugar cerrado siendo atípicas las grabaciones clandestinas efectuadas en lugares públicos, las cuales tendrán su tratamiento sancionador en la vía civil al amparo de los dispuesto en la LO 1/1982».

30 A. Jareño Leal, *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, Madrid, Iustel, 2008, p. 109.

31 Así sucede en el art. 201A del Código Penal alemán («*in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum befindet*»), en el art. 226-1.2º del Código Penal francés («*dans un lieu privé*»), o en el art. 614 (por remisión del 615 bis) del Código Penal italiano («*nell'abitazione altrui, o in un altro luogo di privata dimora, o nelle appartenenze di essi*»).

32 «Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia *en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros*, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona». *Cursiva añadida*.

33 Existen, además, condenas en aplicación dicha norma por la captación de imágenes en lugares públicos. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 282/2010, de 26 de marzo de 2010, respecto de la filmación con un teléfono móvil por debajo de la falda de la víctima cuando ambos se encontraban en un centro comercial.

34 *Vid.* Circular 3/2017, de 21 de septiembre, de la Fiscalía General del Estado, ap. 1.2, p. 6.

35 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 694/2003, de 20 de junio de 2003 (FJ. 5).

En el caso concreto, puede apreciarse la concurrencia del elemento subjetivo en la colocación subrepticia de las cámaras, en su ubicación en un lugar cuya utilización para atender las necesidades fisiológicas en circunstancias similares era conocida y en el destino de las grabaciones, que fueron alojadas en una web pornográfica.

Atendiendo además a elementos o criterios de perspectiva de género en la aplicación e interpretación normativa de creciente relevancia ordinamental, los hechos objeto del proceso —la captación de imágenes de personas orinando para su posterior difusión en plataformas divulgativas de contenidos sexuales— afectan en la práctica totalidad de los casos a mujeres con la finalidad de vulnerar su intimidad, frente a otras finalidades posibles como la simple mofa o la denuncia de la actitud incívica por producirse en la vía pública, en las que el género carece —o debiera carecer— de relevancia.

#### 4.2 La existencia una intromisión grave en la intimidad

Superado el juicio de tipicidad, el segundo criterio que se ha entendido determinante para la activación de una u otra vía es el de la gravedad de los hechos, considerándose que, en aplicación del principio de intervención mínima, el derecho penal solo debe actuar cuando la intromisión en la intimidad sea de especial gravedad pues, de lo contrario, la jurisdicción civil menguaría su misión<sup>36</sup>.

Según dijimos, es en esta sede donde debe atenderse al lugar donde la imagen fue captada. Así parece haberlo entendido el Tribunal Supremo cuando afirma que «la intervención del derecho penal está justificada por la especial insidiosidad del medio empleado que penetra en los espacios reservados de la persona, de ahí la intensa ofensividad para el bien jurídico tutelado, que se *atenúa* cuando se produce en lugares públicos, aún sin consentimiento del titular del derecho, que *en línea de principio* debe generar una respuesta extrapenal»<sup>37</sup>.

No es posible, por tanto, descartar de plano la reacción punitiva ante la grabación de imágenes íntimas en la vía pública. El principio de intervención mínima se dirige especialmente al legislador penal, quien, en su ponderación de la gravedad de los hechos merecedores de sanción, no ha considerado oportuno excluir aquellos que se produzcan en lugares públicos.

Las circunstancias contextuales de la grabación podrían, por la propia actitud del sujeto pasivo, atenuar la lesión en la intimidad, pero no hacerla desaparecer. Es por ello necesario acudir a otros criterios.

El primero de ellos, y el más evidente por su reflejo normativo, es del número de personas objeto de grabación. Se trata de un criterio de gravedad que viene determinado por la propia norma con ocasión de las reglas de perseguibilidad.

Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (arts. 197 a 200 CP) son infracciones penales semipúblicas o cuasipúblicas, esto es, no son delitos perseguibles de oficio, sino que requieren para su procedibilidad denuncia de la persona agraviada o de su representante legal (art. 201.1 CP).

No obstante, el art. 201.2, ponderando los intereses de la víctima y los fines del derecho penal, desplaza la perseguibilidad privada a la acusación pública en determinados casos; entre ellos, cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas, supuestos en que «el conjunto de los derechos subjetivos afectados adquieren una transcendencia social que debe tutelarse con la intervención del Derecho penal»<sup>38</sup>.

La especial gravedad de los hechos justifica la respuesta penal en cumplimiento de su finalidad de prevención general:

«[...] la pena ha de operar en estos casos disuasoriamente con el fin de prevenir conductas similares del mismo autor o de otros que pudieran realizar actos de pareja entidad, ya que desbordan los márgenes propios de un grupo familiar o de otra índole integrado por un número escaso de personas cuya intimidad resulta vulnerada. Se atiende así también a la tutela del bien jurídico de la intimidad pero apreciado o calibrado desde una dimensión más social o colectiva. Tanto el interés de la víctima o agraviado como el de la generalidad de los ciudadanos son intereses públicos, pero a la hora de tutelarlos se acude en mayor o menor medida al *ius puniendi* atendiendo al grado de menoscabo del interés general que ocasiona la conducta delictiva»<sup>39</sup>.

Por último, es posible acudir a otros dos criterios que, según creemos, avalan la reacción penal: la difusión de las imágenes y la finalidad lucrativa.

36 En este sentido, entre otros, L. Arroyo Zapatero *et al.* (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Iustel, 2007, p. 472 y Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 146/1999, de 23 de marzo de 1999.

37 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 1219/2004, de 10 de diciembre de 2004 (FJ. 8.a). Cursiva añadida.

38 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 917/2016, de 2 de diciembre de 2016 (FJ. 2.2).

39 *Ibidem*, FJ. 2.3.

Se trata de dos elementos que comportan un incremento de la lesión del bien jurídico, por lo que el legislador los ha configurado como tipos agravados en los apartados 3 y 6 del art. 197 CP<sup>40</sup>.

Respecto al primero de ellos, la norma equipara las conductas de difundir, ceder o revelar, siendo posible la existencia del tipo agravado por la transmisión de las imágenes a una sola persona<sup>41</sup>. Resulta evidente, sin embargo, que el desvalor de la acción y, por tanto, la gravedad de la lesión en la intimidad, es mayor cuando las imágenes captadas se ponen a disposición de una generalidad indeterminada de personas que cuando se envían o revelan a un solo contacto.

Por tanto, consideramos que, en el caso comentado, no es posible rechazar de plano la intervención del Derecho penal. Presumiblemente las imágenes fueron captadas de forma subrepticia en un lugar razonablemente apartado de las miradas ajenas, afectando a varias decenas de mujeres, para su posterior divulgación a un número potencialmente ilimitado de personas mediante su incorporación a páginas web de contenido pornográfico, algunas de ellas con acceso mediante pago.

## 5. Conclusiones

La captación no consentida de imágenes de personas orinando en la vía pública, que abrigan una razonable expectativa de privacidad atendidas las circunstancias espacio-temporales de su práctica, constituye una injerencia en su derecho fundamental a la intimidad personal. Además, en caso de que mediante las imágenes pudieran identificarse sus rasgos físicos, dicha conducta afectará a su derecho fundamental a la propia imagen.

En la determinación de la respuesta jurídica, en vía civil o penal, frente a la conducta descrita, no es posible utilizar como criterio determinante la ubicación de los hechos, dado que la tipificación de la norma no contiene requisito locativo alguno.

Será necesario acudir, cumplidos los elementos del tipo, a otros criterios que determinen la gravedad de la conducta, como la modalidad subrepticia de la captación, el número de víctimas, su posterior difusión o la finalidad lucrativa perseguida.

40 Dispone el 197.3 que «se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores». Por su parte, el primer inciso del 197.6 establece: «si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior».

41 C.M. Romeo Casabona, *cit.*, p. 147.

---

# *Osservatorio documenti*



**INPS**

## **Circolare del 7 marzo 2022 n. 36**

### **Oggetto**

Permessi di cui alla legge n. 104/1992 e congedo straordinario ai sensi dell'articolo 42, comma 5, del D.lgs n. 151/2001 in favore dei lavoratori del settore privato. Concessione agli uniti civilmente. Riconoscimento dei benefici in favore dei parenti dell'altra parte dell'unione civile. Variazioni al piano dei conti.

### **Sommario**

Con la circolare n. 38/2017, in attuazione delle disposizioni di cui alla legge n. 76/2016, sono state fornite le istruzioni operative per la concessione dei permessi di cui alla legge n. 104/1992 e del congedo straordinario ai sensi dell'articolo 42, comma 5, del D.lgs n. 151/2001 in favore del lavoratore dipendente del settore privato, parte di un'unione civile, che presti assistenza all'altra parte. Con la presente circolare si forniscono nuove istruzioni operative finalizzate al riconoscimento dei suddetti benefici in favore dei parenti dell'altra parte dell'unione civile.

### **Indice**

1. Premessa – 2. Il quadro normativo nazionale e comunitario – 3. Effetti sulla concessione dei permessi di cui all'articolo 33, comma 3, della legge n. 104/1992 ai lavoratori dipendenti del settore privato – 4. Effetti sulla concessione del congedo straordinario ai sensi dell'articolo 42, comma 5, del D.lgs n. 151/2001 ai lavoratori dipendenti del settore privato – 5. Istruzioni contabili

### **1. Premessa**

L'articolo 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, prevede il diritto ad usufruire di tre giorni di permesso mensili retribuiti in favore di lavoratori dipendenti che prestino assistenza al coniuge, a parenti o ad affini riconosciuti in situazione di disabilità grave ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della medesima legge.

Il comma 5 dell'articolo 42 del D.lgs 26 marzo 2001, n. 151, stabilisce la concessione del congedo straordinario in favore di soggetti con disabilità grave ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge n. 104/1992, fissando un ordine di priorità dei soggetti aventi diritto al beneficio che, partendo dal coniuge, degrada fino ai parenti e agli affini di terzo grado.

Le predette disposizioni sono state nel tempo coordinate con quelle introdotte dalla legge 20 maggio 2016, n. 76, e dalla sentenza della Corte costituzionale n. 213 del 5 luglio 2016, tenendo conto in particolare che:

- la legge n. 76/2016 ha disciplinato le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto prevedendo al comma 20 dell'articolo 1, tra l'altro, che *“le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque*

*ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso”;*

- la Corte costituzionale con la sentenza n. 213 del 5 luglio 2016, inoltre, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 33, comma 3, della legge n. 104/1992 nella parte in cui non include il convivente tra i soggetti legittimati a fruire dei permessi ai sensi del medesimo articolo 33, comma 3.

Pertanto, la circolare n. 38 del 27 febbraio 2017 ha fornito le istruzioni operative per la concessione dei permessi di cui alla legge n. 104/1992 e del congedo straordinario ai sensi dell'articolo 42, comma 5, del D.lgs n. 151/2001 in favore del lavoratore dipendente del settore privato, parte di un'unione civile o convivente di fatto, che presti assistenza all'altra parte o convivente, precisando quanto segue:

- la parte di un'unione civile, che presti assistenza all'altra parte, può usufruire di:
  - permessi di cui alla legge n. 104/1992,
  - congedo straordinario ai sensi dell'articolo 42, comma 5, del D.lgs n. 151/2001;
- il convivente di fatto di cui ai commi 36 e 37 dell'articolo 1 della legge n. 76/2016, che presti assistenza all'altro convivente, può usufruire unicamente di:
  - permessi di cui alla legge n. 104/1992.

Ciò premesso, con la presente circolare si forniscono nuove istruzioni operative finalizzate al riconoscimento dei benefici in oggetto in favore dei parenti dell'altra parte dell'unione civile.

## 2. Il quadro normativo nazionale e comunitario

Come anticipato, l'articolo 1, comma 20, della legge n. 76/2016 che ha istituito e regolamentato le unioni civili tra persone dello stesso sesso, prevede che: *“Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso”*. Lo stesso comma, proseguendo, precisa che *“la disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge [...]”*.

Dal momento che l'articolo 78 del codice civile, che individua il rapporto di affinità tra il coniuge e i parenti dell'altro, non viene espressamente richiamato dalla legge n. 76/2016, nella circolare n. 38/2017 era stato seguito l'orientamento, a suo tempo condiviso con il Ministero del Lavoro e delle politiche sociali, per cui tra una parte dell'unione civile e i parenti dell'altro non si costituisce un rapporto di affinità.

Pertanto, a differenza di quanto avviene per i coniugi, era stato previsto che la parte di un'unione civile potesse usufruire dei permessi di cui alla legge n. 104/1992 unicamente nel caso in cui prestasse assistenza all'altra parte dell'unione e non nel caso in cui l'assistenza fosse rivolta ad un parente dell'unito, non essendo riconoscibile in questo caso rapporto di affinità.

Successivamente, su espresso parere del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali viene sottolineata la necessità di modificare tale posizione, potendosi configurare altrimenti una discriminazione per orientamento sessuale.

L'orientamento seguito finora, infatti, seppure attuativo di una norma nazionale, sarebbe in contrasto con il consolidato orientamento giurisprudenziale dell'Unione europea che, al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio di parità di trattamento, vieta la discriminazione basate sull'orientamento sessuale, in particolare per quanto concerne l'occupazione, le condizioni di lavoro e la retribuzione (Direttiva 2000/78/CE attuata in Italia con il D.lgs 9 luglio 2003, n. 216).

Il diritto ai benefici in oggetto nei confronti delle parti di un'unione civile, infatti, non avrebbe la stessa estensione riconosciuta ai soggetti legati da un rapporto di coniugio (al quale pur volendo non potrebbero accedere), anche se in presenza di situazioni comparabili, caratterizzate entrambe da una stabile relazione tra le parti e da un rapporto di affettività che da essa deriva anche nei confronti dei parenti del *partner*.

Pertanto, alla luce della normativa antidiscriminatoria di origine comunitaria e del primato del diritto dell'Unione europea nei confronti della normativa nazionale, si forniscono di seguito nuove istruzioni operative finalizzate al riconoscimento dei benefici in oggetto in favore dei parenti dell'altra parte dell'unione civile. Fatte salve le modifiche e le integrazioni di cui alla presente circolare, restano ferme le indicazioni già fornite dall'Istituto con la circolare n. 38/2017.

### 3. Effetti sulla concessione dei permessi di cui all'articolo 33, comma 3, della legge n. 104/1992 ai lavoratori dipendenti del settore privato

Come premesso, l'articolo 33, comma 3, della legge n. 104/1992 prevede il diritto ad usufruire di tre giorni di permesso mensili retribuiti, in favore di lavoratori dipendenti che prestino assistenza al coniuge, a parenti o ad affini entro il secondo grado – con possibilità di estensione fino al terzo grado – riconosciuti in situazione di disabilità grave ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della medesima legge.

Alla luce di quanto disposto dalla legge n. 76/2016 e dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 213/2016 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 33, comma 3, della legge n. 104/1992, nella parte in cui non include il convivente tra i soggetti legittimati a fruire del permesso mensile retribuito per l'assistenza alla persona con disabilità in situazione di gravità, nella circolare n. 38/2017, è stato specificato che i permessi in argomento possono essere fruiti anche:

- dalla parte di un'unione civile che presti assistenza all'altra parte;
- dal convivente di fatto, di cui ai commi 36 e 37 dell'articolo 1 della legge n. 76/2016, che presti assistenza all'altro convivente.

In particolare, fermo restando il principio del referente unico, come individuato nelle circolari n. 155 del 3 dicembre 2010 e n. 32 del 6 marzo 2012, il diritto ad usufruire dei permessi di cui al citato articolo 33, comma 3, della legge n. 104/1992, per assistere il disabile in situazione di gravità, può essere concesso, in alternativa, al coniuge, alla parte dell'unione civile, al convivente di fatto, al parente o all'affine entro il secondo grado. Inoltre, è possibile concedere il beneficio a parenti o affini di terzo grado qualora i genitori o il coniuge/la parte dell'unione civile/il convivente di fatto della persona con disabilità in situazione di gravità abbiano compiuto i 65 anni di età oppure siano affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti.

Alla luce delle considerazioni di cui al paragrafo 2, si forniscono le seguenti nuove istruzioni.

Al fine di evitare comportamenti discriminatori nei riguardi di due situazioni giuridiche comunque comparabili (uniti civilmente e coniugi), seppure l'articolo 78 del codice civile non venga espressamente richiamato dalla legge n. 76/2016, ai fini del riconoscimento dei benefici in parola, va riconosciuto sussistente il rapporto di affinità anche tra l'unito civilmente e i parenti dell'altra parte dell'unione.

Ne deriva che, per i lavoratori del settore privato, il diritto ai permessi di cui all'articolo 33, comma 3, della legge n. 104/1992 va riconosciuto all'unito civilmente, oltre che nel caso in cui in cui questi presti assistenza all'altra parte dell'unione, anche nel caso in cui rivolga l'assistenza ad un parente dell'unito.

Allo stesso modo i parenti dell'unito civilmente avranno diritto ad assistere l'altra parte dell'unione.

Resta fermo il rispetto del grado di affinità normativamente previsto.

Si evidenzia, invece, che il rapporto di affinità non è riconoscibile tra il "convivente di fatto" e i parenti dell'altro *partner*, non essendo la "convivenza di fatto" un istituto giuridico, ma una situazione di fatto tra due persone che decidono di formalizzare il loro legame affettivo stabile di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale.

Pertanto, a differenza di quanto avviene per i coniugi e gli uniti civilmente, il "convivente di fatto" può usufruire dei permessi di cui alla legge n. 104/1992 unicamente nel caso in cui presti assistenza al convivente e non nel caso in cui intenda rivolgere l'assistenza a un parente del convivente.

Ai fini della valutazione della spettanza del diritto ai permessi in argomento, si ribadisce inoltre quanto segue.

Allo stato normativo attuale, mentre l'unione civile può essere costituita solo tra persone dello stesso sesso, la convivenza di fatto può essere costituita sia da persone dello stesso sesso che da persone di sesso diverso.

Per la qualificazione di "convivente" deve farsi riferimento alla "convivenza di fatto" come individuata dal comma 36 dell'articolo 1 della legge n. 76/2016 in base al quale "*si intendono per «conviventi di fatto» due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile*" e accertata ai sensi del successivo comma 37.

Quest'ultimo comma prevede che, ferma restando la sussistenza dei presupposti di cui al precedente comma 36, per l'accertamento della stabile convivenza deve farsi riferimento alla dichiarazione anagrafica di cui all'articolo 4 e alla lettera b) del comma 1 dell'articolo 13 del regolamento di cui al D.P.R. 30 maggio 1989, n. 223.

Per quanto riguarda la qualificazione di “parte dell’unione civile”, ai sensi del comma 3 dell’articolo 1 della legge n. 76/2016, dovrà farsi riferimento agli atti di unione civile registrati nell’archivio dello stato civile.

Trattandosi in entrambi i casi di dati detenuti da altra pubblica Amministrazione, ai fini della concessione del diritto sarà sufficiente la dichiarazione del richiedente, nella domanda, di essere coniuge/parte di unione civile/convivente di fatto ai sensi del comma 36 dell’articolo 1 della legge n. 76/2016. Sarà cura dell’operatore di Sede provvedere, secondo le consuete modalità, all’espletamento dei controlli delle dichiarazioni sostitutive di certificazioni.

Le Strutture territoriali avranno cura di riesaminare, alla luce dei suddetti chiarimenti, i provvedimenti già adottati e le istanze già pervenute e non ancora definite relativamente ai rapporti non esauriti, intendendosi come tali quelle situazioni giuridiche per le quali non sia intervenuta sentenza passata in giudicato o prescrizione del diritto.

#### **4. Effetti sulla concessione del congedo straordinario ai sensi dell’articolo 42, comma 5, del D.lgs n. 151/2001 ai lavoratori dipendenti del settore privato**

Il comma 5 dell’articolo 42 del decreto legislativo n. 151/2001 stabilisce la concessione del congedo straordinario in favore di soggetti con disabilità grave accertata ai sensi dell’articolo 4, comma 1, della legge n. 104/1992, fissando un ordine di priorità dei soggetti aventi diritto al beneficio che degrada dal coniuge fino ai parenti e agli affini di terzo grado.

Come indicato nella circolare n. 38/2017, alla luce di quanto disposto dalla legge n. 76/2016, l’unito civilmente è incluso, in via alternativa e al pari del coniuge, tra i soggetti individuati prioritariamente dal legislatore ai fini della concessione del beneficio in parola.

Per le ragioni illustrate nel precedente paragrafo 3, la tutela del congedo straordinario in argomento non è prevista, invece, in favore del convivente di fatto di cui ai commi 36 e 37 dell’articolo 1 della legge 76/2016.

Tutto quanto sopra premesso, è possibile usufruire del congedo in esame secondo il seguente ordine di priorità:

1. il “coniuge convivente”/la “parte dell’unione civile convivente” della persona disabile in situazione di gravità;
2. il padre o la madre, anche adottivi o affidatari, della persona disabile in situazione di gravità, in caso di mancanza, decesso o in presenza di patologie invalidanti del “coniuge convivente”/della “parte dell’unione civile convivente”;
3. uno dei “figli conviventi” della persona disabile in situazione di gravità, nel caso in cui il “coniuge convivente”/la “parte dell’unione civile convivente” ed entrambi i genitori del disabile siano mancanti, deceduti o affetti da patologie invalidanti;
4. uno dei “fratelli o sorelle conviventi” della persona disabile in situazione di gravità nel caso in cui il “coniuge convivente”/la “parte dell’unione civile convivente”, “entrambi i genitori” e i “figli conviventi” del disabile siano mancanti, deceduti o affetti da patologie invalidanti;
5. un “parente o affine entro il terzo grado convivente” della persona disabile in situazione di gravità nel caso in cui il “coniuge convivente”/la “parte dell’unione civile convivente”, “entrambi i genitori”, i “figli conviventi” e i “fratelli o sorelle conviventi” siano mancanti, deceduti o affetti da patologie invalidanti;
6. uno dei figli non ancora conviventi con la persona disabile in situazione di gravità, ma che tale convivenza instauri successivamente, nel caso in cui il “coniuge convivente”/la “parte dell’unione civile convivente”, “entrambi i genitori”, i “figli conviventi” e i “fratelli o sorelle conviventi”, i “parenti o affini entro il terzo grado conviventi” siano mancanti, deceduti o affetti da patologie invalidanti.

Sulla base delle considerazioni espone nei paragrafi precedenti, anche con riferimento al congedo straordinario, il diritto per i lavoratori del settore privato va riconosciuto all’unito civilmente oltre che nel caso in cui in cui questi presti assistenza all’altra parte dell’unione, anche nel caso in cui rivolga l’assistenza a un parente dell’unito.

Allo stesso modo i parenti di una parte dell’unione civile avranno diritto ad assistere l’altra parte dell’unione.



Resta fermo il limite del terzo grado di affinità e il requisito della convivenza (come individuato nella circolare n. 32/2012, paragrafo 6, fatte salve le precisazioni di cui al messaggio n. 6512/2010) con l'affine disabile grave da assistere.

Ai fini della valutazione della spettanza del diritto al congedo in argomento, si rinvia a quanto evidenziato nel paragrafo precedente in merito alla qualificazione di parte dell'unione civile.

Le Strutture territoriali avranno cura di riesaminare, alla luce di tali chiarimenti, i provvedimenti già adottati e le istanze già pervenute e non ancora definite relativamente ai rapporti non esauriti, intendendosi come tali quelle situazioni giuridiche per le quali non sia intervenuta sentenza passata in giudicato o prescrizione del diritto.

## 5. Istruzioni contabili

Ai fini delle rilevazioni contabili delle prestazioni oggetto della presente circolare si farà riferimento ai conti già istituiti con il messaggio n. 843 del 27 febbraio 2017, appositamente ridenominati, alla luce del nuovo quadro normativo:

- GAT30188 per rilevare gli oneri per le indennità derivanti dalle agevolazioni di cui all'articolo 33, comma 3, della Legge n. 104/1992, corrisposte direttamente ai lavoratori che prestino assistenza alla parte di una unione civile e/o ai parenti ed affini derivanti da unione civile.
- GAT30190 per rilevare gli oneri per le indennità derivanti dalle agevolazioni di cui all'articolo 42, comma 5, del Decreto Legislativo n. 151/2001, corrisposte direttamente ai lavoratori che prestino assistenza alla parte di una unione civile e/o ai parenti e agli affini derivanti da unione civile.
- GAT10118 - Debito per l'erogazione diretta delle indennità di cui all'art. 33, comma 3, della legge n. 104/1992 e delle indennità di cui all'art. 42, comma 5, del decreto legislativo n. 151/2001, alle parti di unione civile e/o ai parenti e agli affini derivanti da unione civile.

La valorizzazione dei conti, a seguito dell'erogazione diretta delle indennità, avverrà su implementazione di apposita procedura gestita a livello centrale.

Si rammenta che le indennità in argomento sono soggette a tassazione corrente da imputare al conto GPA27009.

Eventuali riaccrediti di somme per pagamenti non andati a buon fine andranno rilevati sulla contabilità di Direzione generale al conto d'interferenza GPA55180, da parte della procedura automatizzata che gestisce i riaccrediti da Banca d'Italia.

La chiusura del conto d'interferenza, sulla Sede interessata, avverrà in contropartita del conto in uso GPA10031, assistito da partitario contabile, con l'indicazione del codice bilancio esistente: "03059" – Somme non rimosse dai beneficiari - Indennità derivanti dalle agevolazioni di cui all'art. 33, comma 3 della legge n. 104/1992 e art. 42, comma 5 del Decreto legislativo n. 151/2001 – GAT.

Eventuali recuperi dell'indennità in argomento saranno imputanti rispettivamente ai conti in uso, appositamente ridenominati:

- GAT24188 recupero e re-introito delle indennità derivanti dalle agevolazioni di cui all'art. 33, comma 3, della legge n. 104/1992, ai lavoratori dipendenti che prestino assistenza alla parte di una unione civile e/o ai parenti o agli affini derivanti da unione civile;
- GAT24190 recupero e re-introito delle indennità derivanti dalle agevolazioni di cui all'art. 42, comma 5, del decreto legislativo n. 151/2001, alla parte di una unione civile e/o ai parenti o agli affini derivanti da unione civile.

Ai conti di recupero verrà abbinato nell'ambito della procedura "recupero crediti per prestazioni", il codice bilancio già utilizzato "01147" – Recupero indennità derivanti dalle agevolazioni di cui all'art. 33, comma 3 della legge n. 104/1992 e art. 42, comma 5 del Decreto Legislativo n. 151/2001 – GAT.

Eventuali partite creditorie, risultanti allo stesso titolo al termine dell'esercizio, andranno imputate al conto in uso GAT00030, sulla base della ripartizione del saldo del conto GPA00032, eseguita dalla suddetta procedura. Il citato codice bilancio "01147" dovrà essere utilizzato, altresì, per evidenziare, nell'ambito del partitario del conto GPA00069, i crediti per prestazioni divenuti inesigibili.

I rapporti finanziari con lo Stato, ai fini del rimborso degli oneri derivanti dall'erogazione della prestazione in parola, verranno curati direttamente dalla Direzione generale.

*Il Direttore Generale*  
Vincenzo Caridi

## Unione europea

# Colmare il divario digitale di genere: la partecipazione delle donne all'economia digitale

Risoluzione del Parlamento europeo del 21 gennaio 2021 sull'eliminazione del divario digitale di genere: la partecipazione delle donne all'economia digitale (2019/2168(INI))  
(2021/C 456/20)

Il Parlamento europeo,

- visti l'articolo 2 e l'articolo 3, paragrafo 3, secondo comma, del trattato sull'Unione europea, nonché l'articolo 8 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE),
- visto l'articolo 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea,
- viste la Dichiarazione e la Piattaforma d'azione di Pechino, adottate in occasione della quarta Conferenza mondiale sulle donne svoltasi nel 1995, in particolare la problematica «Donne e media»,
- viste la Convenzione dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) sulla violenza e le molestie (n. 190) e la raccomandazione dell'OIL sulla violenza e le molestie (n. 206), entrambe del 2019,
- visto il documento finale, del 16 dicembre 2015, della riunione ad alto livello dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite sulla revisione generale dell'attuazione dei risultati del vertice mondiale sulla società dell'informazione,
- viste la comunicazione della Commissione del 6 maggio 2015 dal titolo «Strategia per il mercato unico digitale in Europa» (COM(2015)0192) e la revisione intermedia della sua attuazione, del 10 maggio 2017, intitolata «Un mercato unico digitale connesso per tutti» (COM(2017)0228),
- visto il pilastro europeo dei diritti sociali, in particolare i principi 1, 2, 3 e 20,
- visti i pilastri II (creare le condizioni ideali che consentano alle reti e servizi digitali di prosperare) e III (massimizzare il potenziale di crescita dell'economia digitale) della strategia della Commissione per il mercato unico digitale,
- visto il quadro strategico per la cooperazione europea in materia di istruzione e formazione (ET 2020),
- visti gli studi della Commissione dal titolo «ICT for work: Digital skills in the workplace» (TIC per il lavoro: le competenze digitali sul posto di lavoro) e «Women in the Digital Age» (Donne nell'era digitale),
- vista la comunicazione della Commissione, del 5 marzo 2020, dal titolo «Un'Unione dell'uguaglianza: la strategia per la parità di genere 2020-2025» (COM(2020)0152),
- vista la comunicazione della Commissione del 1o luglio 2020 dal titolo «Un'agenda per le competenze per l'Europa per la competitività sostenibile, l'equità sociale e la resilienza» (COM(2020)0274),
- vista la relazione della Commissione del 1o ottobre 2013 dal titolo «Women active in the ICT sector» (Donne attive nel settore delle TIC),
- visto lo studio dell'Istituto europeo per l'uguaglianza di genere (EIGE), del 26 gennaio 2017, dal titolo «Gender and Digital Agenda» (Genere e agenda digitale europea),
- viste le conclusioni del Consiglio, del 30 maggio 2016, sullo sviluppo dell'alfabetizzazione mediatica e del pensiero critico per mezzo dell'istruzione e della formazione,
- viste le conclusioni del Consiglio, del 6 dicembre 2018, sulla parità di genere, la gioventù e la digitalizzazione,
- viste le conclusioni del Consiglio, del 10 dicembre 2019, sulla parità di genere nelle economie dell'UE: la via da seguire,
- visto il parere del comitato consultivo per le pari opportunità tra donne e uomini, del 19 dicembre 2018, dal titolo «The future of gender equality strategy after 2019: the battles that we win never stay won» (Il futuro della strategia sulla parità di genere dopo il 2019: le battaglie che vinciamo non restano mai vinte per sempre),
- vista la Dichiarazione di impegno sulle donne nel digitale, firmata nel 2019 da 27 ministri e rappresentanti degli Stati membri dell'UE e dalla Norvegia,

- vista la sua risoluzione del 24 maggio 2012 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore<sup>1</sup>,
- vista la sua risoluzione del 12 marzo 2013 sull'eliminazione degli stereotipi di genere nell'Unione europea<sup>2</sup>,
- vista la sua risoluzione del 12 settembre 2013 sull'Agenda digitale per la crescita, la mobilità e l'occupazione: è ora di cambiare marcia<sup>3</sup> e, in particolare, la Grande coalizione per l'occupazione nel digitale,
- vista la sua risoluzione dell'8 ottobre 2015 sull'applicazione della direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego<sup>4</sup>,
- vista la sua risoluzione del 28 aprile 2016 sull'uguaglianza di genere e l'emancipazione delle donne nell'era digitale<sup>5</sup>,
- visto il Forum 2019 del Vertice mondiale sulla società dell'informazione (WSIS) sul tema «Tecnologie dell'informazione e della comunicazione per conseguire gli obiettivi di sviluppo sostenibile»,
- visto il Forum 2020 del WSIS intitolato «Promuovere la trasformazione digitale e i partenariati globali: linee d'azione del WSIS per conseguire gli obiettivi di sviluppo sostenibile»,
- vista l'interrogazione alla Commissione sull'emancipazione delle donne e delle ragazze attraverso il settore digitale (O-000004/2018 — B8-0010/2018),
- vista la sua risoluzione del 17 aprile 2018 sull'emancipazione delle donne e delle ragazze attraverso il settore digitale<sup>6</sup>,
- vista la sua riunione interparlamentare di commissione, svoltasi in occasione della Giornata internazionale della donna 2018, sull'emancipazione delle donne e delle ragazze nel settore dei media e delle TIC,
- vista l'analisi approfondita dal titolo «Empowering Women on the Internet» (Emancipazione delle donne su internet), pubblicata dalla direzione generale delle Politiche interne il 30 ottobre 2015<sup>7</sup>,
- visto lo studio intitolato «The underlying causes of the digital gender gap and possible solutions for enhanced digital inclusion of women and girls» (Le cause sottostanti al divario digitale di genere e possibili soluzioni per una migliore inclusione digitale delle donne e delle ragazze), pubblicato dalla Direzione generale delle Politiche interne il 15 febbraio 2018<sup>8</sup>,
- visto lo studio dal titolo «Cyber violence and hate speech online against women» (La violenza informatica e l'incitamento all'odio online contro le donne), pubblicato dalla Direzione generale delle Politiche interne il 16 agosto 2018<sup>9</sup>,
- visto lo studio «Education and employment of women in science, technology and the digital economy, including AI and its influence on gender equality» (Istruzione e occupazione delle donne nei campi delle scienze, della tecnologia e dell'economia digitale, compresa l'IA e la sua influenza sulla parità di genere), pubblicato dalla Direzione generale delle politiche interne il 15 aprile 2020<sup>10</sup>,
- vista l'indagine dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, dal titolo «Violenza contro le donne: un'indagine a livello di Unione europea» pubblicata nel marzo 2014,

1 GU C 264 E del 13.9.2013, pag. 75.

2 GU C 36 del 29.1.2016, pag. 18.

3 GU C 93 del 9.3.2016, pag. 120.

4 GU C 349 del 17.10.2017, pag. 56.

5 GU C 66 del 21.2.2018, pag. 44.

6 GU C 390 del 18.11.2019, pag. 28

7 Analisi approfondita – «Empowering Women on the Internet», Parlamento europeo, Direzione generale delle Politiche interne, Dipartimento tematico C — Diritti dei cittadini e affari costituzionali, 30 ottobre 2015.

8 Studio – «The underlying causes of the digital gender gap and possible solutions for enhanced digital inclusion of women and girls», Parlamento europeo, Direzione generale delle Politiche interne, Dipartimento tematico C – Diritti dei cittadini e affari costituzionali, 15 febbraio 2018.

9 Studio – «Cyber violence and hate speech online against women», Parlamento europeo, Direzione generale delle Politiche interne, Dipartimento tematico C – Diritti dei cittadini e affari costituzionali, 16 agosto 2018.

10 Studio – «Education and employment of women in science, technology and the digital economy, including AI and its influence on gender equality», Parlamento europeo, Direzione generale delle Politiche interne, Dipartimento tematico C – Diritti dei cittadini e affari costituzionali, 15 aprile 2020

- vista la direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta degli esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI<sup>11</sup>,
  - viste la comunicazione della Commissione, del 19 giugno 2012, dal titolo «La strategia dell’UE per l’eradicazione della tratta degli esseri umani (2012 — 2016)» (COM(2012)0286) e la relazione intermedia del 17 ottobre 2014 sulla relativa attuazione (SWD(2014)0318),
  - visto il quadro di valutazione relativo alle donne nel settore digitale<sup>12</sup>,
  - visto l’articolo 54 del suo regolamento,
  - vista la relazione della commissione per i diritti delle donne e l’uguaglianza di genere (A9-0232/2020),
- A.** considerando che secondo l’articolo 8 TFUE, in tutte le sue azioni l’Unione deve mirare ad eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità, tra uomini e donne; che, per conseguire la parità di genere, le ragazze e le giovani donne devono godere di un accesso paritario alla tecnologia e alla formazione online ed essere sicure su internet; che l’obiettivo di sviluppo sostenibile (OSS) n. 5 fa riferimento alla parità di genere e all’emancipazione delle donne e che ciò implica l’uso della tecnologia e di internet;
- B.** considerando che la digitalizzazione ha radicalmente modificato la maggior parte degli aspetti della nostra vita in modi che creano innumerevoli opportunità, ma determinano anche nuove sfide; che la crisi della pandemia di COVID-19 e le sue conseguenze si tradurranno, con buona probabilità, in cambiamenti permanenti della vita in Europa, in cui la digitalizzazione rivestirà un ruolo di primo piano; che occorre studiare e valutare l’impatto della digitalizzazione sulle prospettive occupazionali delle donne e le ramificazioni del telelavoro; che la ricerca di un equilibrio tra telelavoro, vita privata e responsabilità di assistenza aggiunge pressioni supplementari e che le donne devono pertanto far fronte a oneri accresciuti sul piano emotivo, mentale e sociale; che, a causa della pandemia, il mercato del lavoro si sta confrontando con la sfida di un’importante trasformazione digitale;
- C.** considerando che gli stereotipi di genere rappresentano un grave ostacolo alla parità tra uomini e donne, contribuendo alla segregazione di genere nell’istruzione e nel lavoro, aggravando ulteriormente il divario di genere nel settore digitale e impedendo la piena partecipazione delle donne in qualità di utenti, innovatrici e creatrici; che stereotipi diffusi tendono ad attribuire elevate capacità intellettive agli uomini più che alle donne e che tali stereotipi sono fatti propri dai bambini, e in particolare dalle bambine, già a sei anni di età, influenzandone gli interessi;
- D.** considerando che l’indice sull’uguaglianza di genere 2019 segnala persistenti disuguaglianze di genere nel settore digitale;
- E.** considerando che i dati Eurostat del 2018 mostrano che circa 1,3 milioni di persone erano impegnate in studi relativi alle tecnologie dell’informazione e della comunicazione (TIC) all’interno dell’Unione europea e che le ragazze e le donne costituivano una minoranza, rappresentando solo il 17 % di tutti gli studenti di materie relative alle TIC nell’UE;
- F.** considerando che il 73 % dei ragazzi di età compresa tra i 15 e i 16 anni si sente a proprio agio nell’utilizzo di dispositivi digitali con cui ha meno familiarità, a fronte di una percentuale del 63 % delle ragazze della stessa fascia di età<sup>13</sup>, le quali si sentono meno sicure malgrado dispongano di conoscenze che consentono loro di riuscire meglio dei ragazzi sul piano dell’alfabetizzazione digitale;
- G.** considerando che gli stereotipi di genere influenzano profondamente le scelte relative alle materie di studio; che pochissime ragazze adolescenti negli Stati membri dell’UE (meno del 3 %) si dicono interessate a lavorare come professionista nell’ambito delle TIC a trent’anni<sup>14</sup>; che gli insegnanti e i genitori possono rafforzare gli stereotipi di genere scoraggiando le ragazze dall’intraprendere una carriera nel settore delle TIC; che, eliminando le aspettative professionali differenziate in base al genere e promuovendo modelli di riferimento femminili nei settori delle discipline scientifiche, tecnologiche, ingegneristiche e matematiche (STEM) e delle TIC, si possono incoraggiare le ragazze a intraprendere studi nell’ambito delle TIC;
- H.** considerando che le donne nel settore dell’informazione e della comunicazione guadagnano il 19 % in meno degli uomini; che il divario retributivo di genere contribuisce direttamente al divario pensionisti-

11 GU L 101 del 15.4.2011, pag. 1.

12 <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/women-digital-scoreboard>

13 Indicatore EIGE n. 6. Fonte: Scheda informativa dell’EIGE dal titolo «Parità di genere e digitalizzazione nell’Unione europea», pubblicata l’11 ottobre 2018.

14 Scheda informativa dell’EIGE dal titolo «Parità di genere e digitalizzazione nell’Unione europea», pubblicata l’11 ottobre 2018.



co di genere<sup>15</sup>; che i livelli retributivi degli uomini e delle donne devono essere coerenti con il principio di equità e di uguaglianza;

- I. considerando che in tutto il mondo le donne, come gruppo demografico, utilizzano internet con minor frequenza rispetto agli uomini per installare un software, fruire di radio e televisione online o utilizzare servizi bancari o di commercio elettronico online;
- J. considerando che, sebbene negli ultimi due anni si sia verificato un aumento del numero di donne che lavorano nel settore della cibersicurezza, le cifre rimangono comunque estremamente basse, poiché le donne rappresentano meno del 20 % dei professionisti della cibersicurezza in Europa;
- K. considerando che probabilmente in futuro il 90 % dei lavori richiederà un certo grado di competenze informatiche e alfabetizzazione digitale;
- L. considerando che è più probabile che le donne faticino ad affermarsi nel settore lavorativo delle TIC a causa di diversi ostacoli, come gli stereotipi di genere e ambienti lavorativi non diversificati e a prevalenza maschile; che nel settore delle TIC si verifica una notevole segregazione sia verticale che orizzontale, e che le donne sono spesso sovraqualificate per le posizioni che occupano; che solo una ristretta minoranza di donne riveste posizioni di alto livello nel settore dell'ingegneria del software;
- M. considerando che l'utilizzo e la creazione di software stanno diventando attività fondamentali per la trasformazione digitale; che il divario di genere tra gli sviluppatori e gli ingegneri di software è causa di preoccupazioni in termini di partecipazione delle donne al settore, così come di potenziali pregiudizi discriminatori di genere, consapevoli o inconsapevoli, in relazione alle applicazioni dell'intelligenza artificiale, ai videogiochi, ai giocattoli e ad altre applicazioni;
- N. considerando che l'indagine dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA) sulla violenza contro le donne mette in luce che il 14 % delle donne ha subito molestie informatiche a partire dall'età di 15 anni<sup>16</sup>; che nei siti di istruzione STEM, comprese le scuole, le università e i luoghi di lavoro, sono stati segnalati numerosi casi di molestie sessuali, il che esclude ulteriormente le donne dal settore; che molte donne sono state vittime di nuove forme di molestie sessuali e psicologiche online durante la pandemia di COVID-19, tra cui lo Zoom bombing, lo stalking o le minacce online; che sono urgentemente necessarie misure per affrontare queste nuove forme di molestie sessuali e psicologiche; che l'oggettificazione, l'ipersessualizzazione e lo sfruttamento delle donne online, in particolare attraverso la pornografia su internet, hanno un effetto devastante sulla costruzione della sessualità e, più in generale, sulla parità di genere;
- O. considerando che le TIC sono un settore con una bassa percentuale di lavoratrici; che un considerevole numero di donne abbandona gli studi superiori, le opportunità accademiche e la propria carriera nell'ambito delle TIC (un fenomeno descritto con la metafora della «conduttura che perde»), principalmente a causa di un insoddisfacente equilibrio tra vita professionale e vita privata, di vincoli organizzativi e di un ambiente di lavoro a prevalenza maschile; che la perdita di produttività annua per l'economia europea dovuta alle donne che abbandonano i loro posti di lavoro nel settore digitale per diventare inattive è pari a 16,1 miliardi di EUR<sup>17</sup>;
- P. considerando che il settore informatico ha registrato un significativo aumento del numero di donne nei consigli di amministrazione ma che, nel contempo, è il settore con la più elevata percentuale di consigli di amministrazione composti interamente da uomini;
- Q. considerando che competenza digitale significa capacità di acquisire, elaborare e comunicare informazioni digitali e che tale competenza è condizionata dal contesto socioculturale ed economico; che le donne dedicano più tempo degli uomini al lavoro domestico e di assistenza non retribuito; che ciò limita il loro tempo libero e il tempo dedicato al lavoro retribuito o alla possibilità di acquisire competenze e abilità digitali nell'uso di internet; che misure volte a promuovere la sensibilizzazione, a mettere in discussione gli stereotipi e le norme di genere e a meglio ridistribuire il lavoro domestico e di cura dei figli non retribuito, permetterebbero alle donne di partecipare maggiormente ai mercati del lavoro e alla formazione (nei settori digitali) e consentirebbe loro di acquisire migliori competenze digitali;
- R. considerando che solo una percentuale marginale degli investitori, degli investitori di capitali di rischio e degli investitori informali è formata da donne; che, dal momento che le ragazze tendono a studiare meno le materie inerenti alle TIC e alle discipline STEM sin dalla scuola primaria e fino all'università, il numero di donne attivo sul mercato del lavoro in tali settori e come fondatrici e proprietarie di imprese private e start-up è significativamente inferiore; che questa minore partecipazione delle donne ai settori tecnologici ha effetti diretti su tutti gli sviluppi sociali e genera pregiudizi in relazione al tipo di innovazioni e nuove tecnologie che vengono immesse sul mercato dei consumatori;

15 <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/women-ict>

16 Sondaggio FRA – [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604979/IPOL\\_STU\(2018\)604979\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604979/IPOL_STU(2018)604979_EN.pdf)

17 Studio della Commissione dal titolo «Women in the Digital Age» (2018).

- S. considerando che rispetto al 2011 si registra un calo tendenziale del numero delle donne che intraprendono studi superiori nel settore delle TIC; che le donne rappresentano solo il 17 % degli 8 milioni di specialisti nel settore delle TIC nell'UE; che, se più donne accedessero al mercato del lavoro del settore digitale, quest'ultimo trarrebbe notevoli benefici da una riserva ancora inutilizzata di talento, competenze e prospettive diversificate, in grado di accrescere il PIL dell'economia europea di 16 miliardi di EUR all'anno;
- T. considerando che, secondo la relazione del 2018 sul divario di genere mondiale pubblicata dal Forum economico mondiale, solo il 22 % dei professionisti nel settore dell'intelligenza artificiale sono donne, rispetto al 78 % degli uomini, il che rappresenta un divario di genere del 72 % ancora da colmare; che nel 2019, per ogni investimento di 100 USD a favore delle imprese europee nel settore della tecnologia, 92 USD sono andati a finanziare gruppi formati esclusivamente da uomini<sup>18</sup>;
- U. considerando che inclusione digitale significa che a tutti gli individui e le comunità è data la possibilità di accedere alle TIC e di utilizzarle; che la mancanza di accesso, di un'offerta di apparecchiature a prezzi abbordabili e di istruzione, nonché le norme socioculturali e le aspettative legate al genere, la minore partecipazione all'istruzione in materia di discipline STEM e TIC, l'impiego limitato di strumenti digitali e la minore attività nelle piattaforme sociali a causa della violenza informatica nei confronti delle ragazze e delle donne sono tutti fattori che concorrono a escluderle dall'inclusione digitale; che la dimensione dell'inclusione di genere digitale deve essere integrata in tutte le iniziative e gli investimenti dell'UE riguardanti le TIC e la digitalizzazione;
- V. considerando che inclusione finanziaria digitale significa accesso digitale e utilizzo di servizi finanziari formali adatti alle proprie esigenze e forniti in maniera responsabile a un costo contenuto; che le leggi e le norme che possono pregiudicare il diritto delle donne di partecipare al mercato del lavoro, controllare attività, raccogliere e accedere a finanziamenti per creare imprese formali e prendere decisioni economiche in autonomia sono il motivo principale dell'esclusione finanziaria delle donne; che circa un miliardo di donne non ha ancora accesso a servizi finanziari formali a causa della mancanza di documenti identificativi, telefoni cellulari, competenze digitali e conoscenze finanziarie, oltre che a causa dell'ineadeguatezza dei prodotti offerti; che migliorando l'accesso a servizi finanziari digitali responsabili e il loro utilizzo è possibile rafforzare il potere economico delle donne e la loro indipendenza economica;
- W. considerando che la capacità delle donne di accedere alle tecnologie digitali e utilizzarle è condizionata da numerosi fattori tra cui gli investimenti, le normative e la concorrenza; che le donne e le ragazze nelle regioni rurali e difficili da raggiungere devono affrontare sfide e superare ostacoli per accedere a internet e alle tecnologie e infrastrutture digitali, il che impedisce loro di beneficiare pienamente del potenziale digitale delle moderne tecnologie; che in particolare nei paesi in via di sviluppo le donne e le ragazze nelle zone rurali lavorano generalmente nel settore agricolo e che il loro lavoro è spesso non retribuito e precario, il che le porta a vivere in contesti tecnologicamente disagiati e determina difficoltà in termini di accessibilità alle tecnologie digitali;

## Osservazioni generali

1. invita la Commissione e gli Stati membri ad allineare le misure volte a promuovere la transizione digitale con gli obiettivi dell'Unione in materia di parità di genere; sottolinea che la transizione digitale non dovrebbe lasciare indietro nessuno; accoglie con favore gli impegni della Commissione volti a promuovere la partecipazione delle donne all'economia e alla società digitali e dell'informazione contenuti nella strategia per la parità di genere 2020-2025; invita la Commissione a continuare ad affrontare il grave divario di genere nel settore delle TIC nel quadro dell'agenda digitale, della strategia digitale europea e di tutte le altre politiche in materia di competenze di digitalizzazione e politiche e iniziative di istruzione, con misure concrete volte ad accrescere specificamente la partecipazione delle donne e delle ragazze al settore; sottolinea l'importante impatto di una maggiore partecipazione delle donne al settore digitale ai fini della lotta contro le disparità di genere, gli stereotipi e le discriminazioni, del miglioramento dell'accesso delle donne al mercato del lavoro e delle loro condizioni di lavoro, nonché sul superamento del divario retributivo di genere; invita la Commissione e gli Stati membri a fornire finanziamenti adeguati ai programmi volti ad attrarre un maggior numero di ragazze e donne allo studio e al lavoro nelle discipline STEM, a istituire programmi per l'imprenditorialità che finanzino donne e ragazze che avviano progetti o nuove imprese tecnologici, a sviluppare strategie volte ad aumentare l'inclusione digitale delle ragazze e delle donne e l'inclusione finanziaria digitale in settori connessi

18 <https://2019.stateofeuropeantech.com/chapter/diversity-inclusion/article/state-di-european-tech/>

alle discipline STEM, all'intelligenza artificiale e al settore della ricerca e dell'innovazione, nonché ad adottare un approccio multilivello per affrontare il divario di genere a tutti i livelli di istruzione e occupazione nel settore digitale;

2. invita la Commissione a tenere debitamente conto delle pari opportunità per donne e uomini nonché del divario digitale di genere nel negoziare i programmi nell'ambito del prossimo quadro finanziario pluriennale nonché i fondi e i prestiti a titolo del piano per la ripresa, così come a favorire la sensibilizzazione in merito a tali meccanismi tra le donne; sottolinea che l'integrazione della dimensione di genere e il bilancio di genere mediante indicatori misurabili dovrebbero rientrare tra le politiche a sostegno dello sviluppo delle TIC; invita la Commissione a garantire l'integrazione della dimensione di genere nella legge sui servizi digitali e in tutte le future proposte riguardanti il settore digitale;
3. invita la Commissione e gli Stati membri a garantire la piena attuazione della dichiarazione ministeriale d'impegno sulle donne nel settore digitale; invita la Commissione a monitorare l'attuazione dei piani nazionali intersettoriali degli Stati membri riguardanti le donne nel settore digitale;

## Formazione

4. sottolinea l'importanza di garantire l'integrazione della dimensione di genere nell'istruzione digitale a tutti i livelli, compresa l'istruzione extracurricolare, informale e non formale, anche per il personale docente; chiede strategie specifiche per le diverse fasce d'età;
5. incoraggia la Commissione e gli Stati membri, così come gli sviluppatori, le imprese e le università ad affrontare il divario di genere nel settore delle TIC e a collaborare onde trovare soluzioni e condividere le migliori prassi per una migliore inclusione delle ragazze in materie pertinenti per l'istruzione digitale da un'età precoce in poi; invita l'UE e gli Stati membri a elaborare, sostenere e attuare le azioni promosse dalle Nazioni Unite e dai suoi organi;
6. invita la Commissione ad affrontare esaurientemente la questione del basso numero di donne che seguono percorsi di studio e intraprendono carriere nell'ambito delle TIC e a garantire una solida prospettiva di genere nel programma Europa digitale e nel piano d'azione aggiornato per l'istruzione digitale, anche provvedendo all'accessibilità materiale di apparecchiature digitali abordabili; invita gli istituti di istruzione a includere una componente di genere in tutti i programmi di studio, i materiali e le prassi di insegnamento relativi alle discipline STEM e alle TIC sin da un'età precoce, al fine di incoraggiare le ragazze a frequentare corsi di matematica, programmazione e materie scientifiche e relative alle TIC nelle scuole e a continuare a studiare tali materie; incoraggia la Commissione e gli Stati membri a collaborare con gli istituti di istruzione e le organizzazioni della società civile per valutare e riformulare le modalità di istruzione in materia di TIC;
7. sottolinea l'importanza del fatto che le donne e le ragazze contribuiscano a determinare il proprio futuro nelle discipline STEM e che le TIC diventino parte integrante dell'istruzione nella scuola materna e primaria, abbandonando gli stereotipi di genere dannosi sul ruolo di ragazze e ragazzi;
8. invita la Commissione e gli Stati membri a tenere conto della prospettiva di genere nello sviluppo delle politiche in materia di istruzione digitale, per consentire agli studenti di entrambi i sessi di affrontare le sfide future; invita la Commissione e gli Stati membri a istituire programmi di tutoraggio con modelli di riferimento femminili nel settore delle TIC a tutti i livelli di istruzione; invita la Commissione e gli Stati membri a promuovere campagne di sensibilizzazione rivolte sia agli studenti, sia ai loro genitori, allo scopo di combattere gli stereotipi di genere nei progetti scolastici e nel mondo del lavoro; sottolinea l'importanza di dare riconoscimento al lavoro svolto da donne, in modo che le ragazze non vedano solo nomi di uomini nei libri scientifici, ma dispongano anche di modelli di riferimento femminili;
9. invita la Commissione e gli Stati membri a sostenere l'apprendimento lungo tutto l'arco della vita per agevolare la transizione professionale delle donne verso posizioni inerenti alle TIC, nonché la formazione e i programmi finalizzati a potenziare le competenze informatiche, il miglioramento delle competenze e la riqualificazione professionale di donne e ragazze; sottolinea che la raccomandazione del Consiglio sull'istruzione e la formazione professionale e su un'agenda aggiornata per le competenze per l'Europa deve garantire una prospettiva di genere;
10. invita la Commissione e gli Stati membri ad adottare politiche e misure volte ad affrontare il fenomeno della «conduttura che perde»;
11. chiede che la parità di genere diventi una componente strutturale coerente della futura strategia e delle future politiche per i giovani dell'UE;

## Occupazione e imprenditorialità

12. esorta gli Stati membri a recepire e attuare pienamente la direttiva relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare e invita la Commissione a monitorarla efficacemente per garantire che entrambi i genitori possano fruire di congedi di paternità, parentali e per i prestatori di assistenza; incoraggia gli Stati membri a considerare le TIC come un mezzo per promuovere l'equilibrio tra attività professionale e vita privata e a osservare le tendenze della digitalizzazione nel mondo del lavoro, compreso nel settore digitale, al fine di adattare, se del caso, le loro misure già esistenti di conciliazione tra attività professionale e vita privata e di promuovere e rafforzare i loro sistemi miranti a una distribuzione equilibrata delle responsabilità di assistenza; incoraggia, in tale contesto, la Commissione e gli Stati membri a introdurre politiche intese ad affrontare la situazione delle lavoratrici autonome, in particolare delle imprenditrici, nei settori delle TIC e del digitale, e la loro necessità di accedere ai sistemi di protezione sociale, ai congedi di maternità e all'assistenza all'infanzia; sottolinea che il telelavoro consente alle donne di lavorare da casa e ha il potenziale di consentire un migliore equilibrio tra attività professionale e vita privata; osserva, tuttavia, che esso deve essere monitorato e adeguatamente disciplinato dagli Stati membri;
13. sottolinea che il divario retributivo di genere ha un impatto negativo sulle prestazioni di sicurezza sociale e sul divario pensionistico per le donne, anche nel settore digitale; accoglie con favore l'impegno della Commissione a presentare misure vincolanti in materia di trasparenza retributiva entro la fine del 2020, tenendo in debita considerazione le circostanze uniche delle piccole e medie imprese europee e i diversi modelli di mercato del lavoro esistenti nell'UE, al fine di affrontare efficacemente il divario retributivo e pensionistico di genere e la povertà in età avanzata;
14. invita la Commissione e gli Stati membri a promuovere la parità di genere nelle imprese nei settori TIC e connessi e nell'economia digitale e ad adottare politiche orizzontali per ridurre il divario di genere nell'economia digitale attraverso misure mirate, compresi fondi europei per finanziare progetti guidati da donne in ambito digitale, la promozione di un numero minimo di ricercatrici per la partecipazione a progetti TIC, corsi di formazione per i dipartimenti delle risorse umane in materia di «pregiudizi discriminatori di genere inconsapevoli» al fine di promuovere assunzioni equilibrate sotto il profilo di genere, la definizione di premi e regimi di incentivazione per le imprese e le organizzazioni che conducono attivamente politiche neutre in termini di genere connesse a obiettivi misurabili, la promozione dell'integrazione della dimensione di genere nelle strategie imprenditoriali nell'ambito della produzione, della progettazione e della commercializzazione di prodotti delle TIC, relazioni annuali sulla diversità e il divario salariale di genere presso le imprese TIC, politiche di appalto pubblico e/o orientamenti sull'acquisto di servizi TIC da parte di fornitori che assicurano un equilibrio di genere nella composizione delle loro imprese e dei loro organi direttivi, la facilitazione della distribuzione di finanziamenti europei a imprese che tengono conto dei criteri dell'equilibrio di genere e incoraggiano l'attuazione di piani e di protocolli per la parità di genere al fine di migliorare e monitorare i risultati delle imprese per quanto riguarda la partecipazione delle donne, anche a livello direttivo e di gestione, nonché programmi di tutoraggio;
15. invita la Commissione e gli Stati membri a valutare esaustivamente le cause e i fattori che determinano l'elevato tasso di abbandono delle carriere nel settore digitale da parte delle donne; invita la Commissione e gli Stati membri ad analizzare le implicazioni della mancanza di equilibrio tra attività professionale e vita privata per la capacità delle donne di partecipare alle misure di miglioramento della formazione necessarie a mantenere il livello di competenze richiesto nel settore delle TIC; invita la Commissione e gli Stati membri a elaborare meccanismi e programmi atti a integrare donne e ragazze in iniziative di istruzione, formazione e occupazione nel settore digitale, a prescindere dal loro status migratorio legale;
16. invita la Commissione e gli Stati membri a promuovere l'imprenditoria delle donne e la loro partecipazione all'innovazione, nonché ad aumentare le opportunità di finanziamento per le imprenditrici e le start-up digitali gestite da donne e a migliorare l'accessibilità dei finanziamenti esistenti, affinché le donne possano godere delle stesse opportunità di competere sul mercato unico digitale e al fine di incoraggiare una composizione più equilibrata in termini di genere delle istituzioni finanziarie;
17. incoraggia la Commissione e gli Stati membri a incrementare i finanziamenti per la ricerca sulle questioni di genere nel settore delle TIC;
18. ritiene che disporre di un maggior numero di modelli di riferimento femminili sia un fattore della massima importanza, così come aumentare il numero di donne in posizioni dirigenziali nel settore delle TIC; invita i modelli di riferimento maschili a esprimersi a favore della parità di genere nell'economia digitale; sottolinea la necessità che le imprese nel settore delle TIC introducano pratiche volte a promuovere la diversità nell'ambito delle risorse umane, come ad esempio misure a favore dell'equilibrio di genere nelle posizioni dirigenziali di medio e alto livello e nei consigli di amministrazione; si compiace dell'intenzione dichiarata dalla Commissione di incoraggiare l'adozione della proposta di direttiva del



2012 riguardante il miglioramento dell'equilibrio di genere fra gli amministratori senza incarichi esecutivi delle società quotate in Borsa e relative misure (la cosiddetta «direttiva relativa alla presenza delle donne nei consigli di amministrazione»), ed esorta il Consiglio a sbloccarla e adottarla;

## I settori culturale, audiovisivo e dei media

19. sottolinea l'impatto dei settori culturale, audiovisivo, pubblicitario e dei media nello sviluppare e rafforzare gli stereotipi di genere e nell'alimentare barriere normative e culturali, perpetuate attraverso il linguaggio e le immagini diffusi;
20. chiede che l'industria audiovisiva e dei media mostri maggiormente donne in professioni attinenti ai settori TIC e STEM, in modo da introdurre una visualizzazione della diversità e delle possibilità nell'ambito delle discipline STEM e delle TIC; invita le imprese nel settore dei media a includere le donne nei gruppi di discussione, negli articoli di giornale e negli altri spazi che contribuiscono a plasmare l'opinione pubblica e il dibattito pubblico su temi di natura tecnologica;
21. rammenta l'importanza di eliminare i pregiudizi discriminatori di genere, sia consapevoli che inconsapevoli, dagli algoritmi, dalle applicazioni dell'IA, dai videogiochi e dai giocattoli che perpetuano stereotipi di genere dannosi e portano a una limitata partecipazione delle donne nel settore digitale, dell'IA e delle TIC; sottolinea la necessità di affrontare il pregiudizio in relazione all'innovazione nel settore delle TIC che fa sì che i progettisti e gli sviluppatori di servizi, software e applicazioni per gli utenti sono per lo più uomini mentre gli utenti sono principalmente donne;

## L'emancipazione civica, politica ed economica delle donne

22. sottolinea che le TIC possono accrescere notevolmente la capacità delle donne di partecipare ai processi elettorali, alle consultazioni pubbliche, ai sondaggi e ai dibattiti, nonché di organizzarsi e sostenere i diritti delle donne; invita la Commissione e gli Stati membri a tenere conto della dimensione di genere nell'elaborazione delle iniziative di e-government; sottolinea l'efficacia dell'utilizzo di internet per le campagne, i forum e la promozione della visibilità dei modelli di riferimento femminili;
23. invita la Commissione e gli Stati membri a impegnarsi in modo costruttivo con le organizzazioni della società civile digitale e a sostenerle, incoraggiandole anche a partecipare alla governance di internet; invita altresì la Commissione e gli Stati membri a collaborare strettamente con le donne e con le organizzazioni delle donne della società civile e a coinvolgerle al fine di rispondere meglio alle preoccupazioni esistenti nella vita quotidiana delle donne e delle ragazze e di attenuarle nella definizione e nell'attuazione delle politiche pubbliche in materia di tecnologia, nonché a promuovere l'inclusione economica e digitale delle donne;
24. incoraggia gli Stati membri e la Commissione a organizzare campagne di sensibilizzazione, formazione e integrazione della dimensione di genere, onde sottolineare l'impatto delle competenze nell'ambito delle TIC sull'emancipazione economica delle donne;
25. ritiene che le donne debbano essere incoraggiate a svolgere un ruolo più cruciale nella progettazione, nello sviluppo, nella costruzione e nella manutenzione delle città o dei comuni intelligenti;

## Raccolta dei dati

26. si compiace della creazione del quadro di valutazione delle donne nel settore del digitale come parte integrante dell'indice di digitalizzazione dell'economia e della società (DESI), nonché dei quattro nuovi indicatori proposti dall'EIGE nella sua relazione del 2018, dal titolo «La parità di genere e i giovani: opportunità e rischi della digitalizzazione»;
27. invita la Commissione e gli Stati membri, nonché le piattaforme e le imprese, a raccogliere dati comparabili disaggregati per genere e per età in merito all'uso delle TIC e a proporre iniziative, compresi studi, volti a comprendere ulteriormente e ad affrontare le cause alla base del divario digitale di genere; esorta la Commissione e gli Stati membri a raccogliere e utilizzare i dati disaggregati per sesso esistenti per

promuovere ulteriori attività di ricerca sull'interazione dei diversi fattori che impediscono l'inclusione digitale delle donne e delle ragazze; sottolinea che la raccolta armonizzata dei dati facilita il confronto e la condivisione di dati ed esempi di migliori pratiche da parte degli Stati membri;

## Lotta alla violenza di genere: la violenza informatica

28. riconosce con grande preoccupazione l'aumento dei reati digitali e degli atti di intimidazione, bullismo, doxing, aggressione e violenza nei confronti delle donne nel mondo digitale; sottolinea l'importanza dell'alfabetizzazione digitale e mediatica, dell'igiene informatica e della sicurezza informatica; chiede fondi e campagne per sensibilizzare e istruire le donne su come rendere sicuri i loro account e le loro comunicazioni per proteggersi online e su come praticare una comunicazione sociale rispettosa su internet, avvertendo le donne in merito a potenziali molestatori o aggressori, nonché informandole su come chiedere aiuto in caso di eventi problematici; ritiene che tali campagne dovrebbero combattere la violenza di genere e gli stereotipi di genere, educare gli uomini su come comportarsi nei confronti delle donne online e garantire che sia mantenuta la libertà di espressione e di partecipazione significativa delle donne al dibattito pubblico; ritiene inoltre che le imprese e gli sviluppatori dovrebbero affrontare la problematica della violenza e degli abusi online basati sul genere nelle loro infrastrutture attraverso meccanismi efficaci di segnalazione e sospensione; invita gli Stati membri ad agevolare i canali di segnalazione e a sostenere lo sviluppo di strumenti di formazione per le forze di polizia, il sistema giudiziario e il settore delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, per consentire alle autorità di contrasto di indagare e perseguire efficacemente gli aggressori dolosi e sostenere le vittime di molestie e violenze online;
29. invita le istituzioni, le agenzie e gli organi dell'UE, nonché gli Stati membri e le rispettive autorità di contrasto, a collaborare e adottare misure concrete per coordinare le loro azioni volte a contrastare l'uso delle TIC a fini criminali, comprese le molestie sessuali online e la tratta di esseri umani a scopo di sfruttamento sessuale, e a raccogliere dati disaggregati per genere riguardo alla violenza di genere online; si compiace dell'annuncio della Commissione di un sondaggio sulla violenza di genere; esorta la Commissione e Stati membri a fornire finanziamenti adeguati per lo sviluppo di soluzioni di IA che prevengano e contrastino la violenza online e le molestie sessuali e lo sfruttamento online nei confronti delle donne e delle ragazze e le molestie sul luogo di lavoro; invita gli Stati membri a rivedere il loro diritto penale per assicurare che le nuove forme di violenza digitale siano definite, riconosciute e configurate come reato, nonché a ratificare la Convenzione dell'OIL sulla violenza e le molestie del 2019, che si applica, tra l'altro, alle comunicazioni legate al lavoro;
30. ritiene essenziale, ai fini del conseguimento della parità di genere, creare un'educazione sessuale e relazionale completa e adeguata all'età, che comprenda la lotta contro la violenza online e le molestie sessuali online, nonché la lotta contro l'oggettificazione, l'ipersessualizzazione e lo sfruttamento sessuale online delle donne; invita la Commissione e gli Stati membri ad adottare politiche e misure volte ad affrontare i casi di molestie sessuali nelle scuole e nei luoghi di apprendimento delle discipline STEM, nonché nell'ambito del settore delle TIC; invita i datori di lavoro ad adottare misure in materia di risorse umane per affrontare le forme nuove e vecchie di molestie online, prevedendo corsi di formazione obbligatori e numeri di emergenza per le vittime;
31. chiede ulteriori misure giuridicamente vincolanti e una direttiva per prevenire e contrastare la violenza di genere, compresa la violenza informatica, che spesso è rivolta nei confronti di donne che sono figure pubbliche, politiche o attiviste, e l'incitamento all'odio online contro le donne; invita la Commissione a garantire che la futura proposta di legge sui servizi digitali e di un nuovo quadro di cooperazione tra le piattaforme online si occupi delle responsabilità delle piattaforme online in relazione all'incitamento all'odio da parte degli utenti e ad altri contenuti dannosi, violenti e sessisti, in modo da salvaguardare la sicurezza delle donne online; invita la Commissione a elaborare definizioni giuridiche armonizzate della violenza online e un nuovo codice di condotta per le piattaforme online per combattere la violenza di genere online;

## Ambiti emergenti

32. invita le amministrazioni pubbliche nazionali e le istituzioni dell'UE a collaborare con il settore privato per organizzare campagne riguardanti modelli di riferimento in tutta Europa, incoraggiando le giovani professioniste a scegliere professioni nel settore della cibersecurity, il che ridurrebbe in misura significativa il divario di competenze, stimolerebbe l'economia e migliorerebbe la resilienza generale dell'industria della cibersecurity in Europa;
33. sottolinea la necessità di ulteriori sforzi normativi per garantire che l'IA rispetti i principi e i valori della parità di genere e della non discriminazione sanciti dall'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea;
34. mette in risalto la necessità di comprendere in maniera più approfondita, attraverso una prospettiva di genere, ambiti emergenti come quelli delle decisioni per mezzo di algoritmi, della tecnologia della blockchain, delle criptovalute e della sorveglianza dei dati, e di formulare strategie per affrontare tali questioni;

## Parità di genere nelle politiche di sviluppo

35. esprime preoccupazione in merito alla possibilità di un aggravarsi del divario digitale di genere nei paesi e nelle regioni in via di sviluppo durante la crisi attuale; sottolinea l'importanza di promuovere l'alfabetizzazione digitale, l'accessibilità digitale e l'abbordabilità delle apparecchiature digitali per donne e ragazze, quali strumenti per conseguire la parità di genere nelle strategie di sviluppo; sottolinea la necessità di destinare fondi per lo sviluppo alla promozione dell'istruzione digitale delle ragazze e delle donne e di sostenere progetti guidati da donne nel settore digitale, in particolare quelli aventi un impatto sociale;
36. rammenta che le persone con disabilità, i gruppi etnici e minoritari, le donne provenienti da diversi contesti socioeconomici, le donne anziane, le donne nelle zone rurali, nonché le donne rifugiate e migranti possono avere difficoltà ad accedere ai servizi digitali e alla relativa infrastruttura; sottolinea l'importanza di un approccio intersezionale a tutte le iniziative di integrazione della dimensione di genere per quanto concerne il rafforzamento dell'accesso delle donne ai servizi digitali e del loro utilizzo, nonché il rafforzamento dell'accesso delle donne all'istruzione e al lavoro nell'economia e nella società digitali; invita gli Stati membri ad affrontare il problema dell'esclusione digitale di tutti i gruppi vulnerabili della società e a rendere loro accessibile l'istruzione in materia di TIC adattando i metodi e i calendari di insegnamento in modo da tenere conto dei diversi fattori determinanti per l'accesso delle donne all'istruzione;
37. incarica il suo Presidente di trasmettere la presente risoluzione al Consiglio e alla Commissione.

## Unione europea

# Prospettiva di genere nella crisi COVID-19 e nel periodo successivo alla crisi

Risoluzione del Parlamento europeo del 21 gennaio 2021 sulla prospettiva di genere nella crisi COVID-19 e nel periodo successivo alla crisi (2020/2121(INI))  
(2021/C 456/18)

Il Parlamento europeo,

- visti l'articolo 2 e l'articolo 3, paragrafo 3, del trattato sull'Unione europea e gli articoli 6, 8 e 153 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea,
- visto l'articolo 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea,
- visto il pilastro europeo dei diritti sociali, in particolare i principi 2, 3, 5, 9, 10, 16 e 20,
- vista l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, il principio del «non lasciare indietro nessuno» e in particolare l'obiettivo 1, che mira a mettere fine alla povertà, l'obiettivo 3, che mira a garantire alle persone la possibilità di una vita sana, l'obiettivo 5, che mira a conseguire l'uguaglianza di genere e a migliorare le condizioni di vita delle donne, e l'obiettivo 8, che mira a realizzare una crescita economica sostenibile,
- vista la convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne del 18 dicembre 1979,
- visto l'articolo 6 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, del 3 maggio 2008,
- viste le direttive europee adottate dal 1975 in poi sui diversi aspetti della parità di trattamento tra uomini e donne (direttive 79/7/CEE<sup>1</sup>, 86/613/CEE<sup>2</sup>, 92/85/CEE<sup>3</sup> e 2004/113/CE<sup>4</sup> del Consiglio, direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio<sup>5</sup>, direttiva 2010/18/UE del Consiglio<sup>6</sup> e direttiva 2010/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio<sup>7</sup>),

- 
- 1 Direttiva 79/7/CEE del Consiglio, del 19 dicembre 1978, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale (GU L 6 del 10.1.1979, pag. 24)
  - 2 Direttiva 86/613/CEE del Consiglio dell'11 dicembre 1986 relativa all'applicazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un'attività autonoma, ivi comprese le attività nel settore agricolo, e relativa altresì alla tutela della maternità (GU L 359 del 19.12.1986, pag. 56)
  - 3 Direttiva 92/85/CEE del Consiglio, del 19 ottobre 1992, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento (decima direttiva particolare ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 1 della direttiva 89/391/CEE) (GU L 348 del 28.11.1992, pag. 1)
  - 4 Direttiva 2004/113/CE del Consiglio, del 13 dicembre 2004, che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura (GU L 373 del 21.12.2004, pag. 37)
  - 5 Direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (GU L 204 del 26.7.2006, pag. 23)
  - 6 Direttiva 2010/18/UE del Consiglio, dell'8 marzo 2010, che attua l'accordo quadro riveduto in materia di congedo parentale concluso da BUSINESSSEUROPE, UEAPME, CEEP e CES e abroga la direttiva 96/34/CE (GU L 68 del 18.3.2010, pag. 13)
  - 7 Direttiva 2010/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 luglio 2010, sull'applicazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un'attività autonoma e che abroga la direttiva 86/613/CEE del Consiglio (GU L 180 del 15.7.2010, pag. 1)



- vista la direttiva (UE) 2019/1158 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativa all’equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza e che abroga la direttiva 2010/18/UE del Consiglio<sup>8</sup>,
- vista la Convenzione del Consiglio d’Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (Convenzione di Istanbul),
- vista la comunicazione della Commissione, del 5 marzo 2020, dal titolo «Un’Unione dell’uguaglianza: la strategia per la parità di genere 2020-2025» (COM(2020)0152),
- visto il documento di lavoro congiunto dei servizi della Commissione, del 21 settembre 2015, dal titolo «Gender Equality and Women’s Empowerment: Transforming the Lives of Girls and Women through EU External Relations 2016-2020» (Parità di genere ed emancipazione femminile: trasformare la vita delle donne e delle ragazze attraverso le relazioni esterne dell’UE 2016-2020) (SWD(2015)0182),
- vista la proposta di decisione del Consiglio, del 4 marzo 2016, relativa alla conclusione da parte dell’Unione europea della convenzione del Consiglio d’Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (COM(2016)0109),
- vista la sua risoluzione del 13 febbraio 2020 sulle priorità dell’UE in vista della 64a sessione della Commissione delle Nazioni Unite sulla condizione femminile<sup>9</sup>,
- vista la sua risoluzione del 30 gennaio 2020 sul divario retributivo di genere<sup>10</sup>,
- vista la sua risoluzione del 13 febbraio 2019 sull’attuale regresso dei diritti delle donne e dell’uguaglianza di genere nell’UE<sup>11</sup>,
- vista la sua risoluzione del 28 novembre 2019 sull’adesione dell’UE alla Convenzione di Istanbul e altre misure per combattere la violenza di genere<sup>12</sup>,
- vista la sua risoluzione del 15 novembre 2018 sui servizi di assistenza nell’UE per una migliore parità di genere<sup>13</sup>,
- vista la sua risoluzione del 29 novembre 2018 sulla situazione delle donne con disabilità<sup>14</sup>,
- vista la sua risoluzione del 17 aprile 2018 sull’emancipazione delle donne e delle ragazze attraverso il settore digitale<sup>15</sup>,
- vista la sua risoluzione del 16 gennaio 2018 sulle donne, le pari opportunità e la giustizia climatica<sup>16</sup>,
- vista la sua risoluzione del 3 ottobre 2017 sull’emancipazione economica delle donne nel settore pubblico e privato nell’UE<sup>17</sup>,
- vista la sua risoluzione del 14 giugno 2017 sulla necessità di una strategia dell’Unione europea per eliminare e prevenire il divario tra le pensioni degli uomini e delle donne<sup>18</sup>,
- vista la sua risoluzione del 14 marzo 2017 sulla parità tra donne e uomini nell’Unione europea nel 2014-2015<sup>19</sup>,
- vista la sua risoluzione del 4 aprile 2017 sulle donne e il loro ruolo nelle zone rurali<sup>20</sup>,
- vista la sua risoluzione del 14 febbraio 2017 sulla promozione della parità di genere nella salute mentale e nella ricerca clinica<sup>21</sup>,

8 GU L 188 del 12.7.2019, pag. 79

9 Testi approvati, P9\_TA(2020)0039

10 Testi approvati, P9\_TA(2020)0025

11 GU C 449 del 23.12.2020, pag. 102

12 Testi approvati, P9\_TA(2019)0080

13 GU C 363 del 28.10.2020, pag. 80

14 GU C 363 del 28.10.2020, pag. 164

15 GU C 390 del 18.11.2019, pag. 28

16 GU C 458 del 19.12.2018, pag. 34

17 GU C 346 del 27.9.2018, pag. 6

18 GU C 331 del 18.9.2018, pag. 60

19 GU C 263 del 25.7.2018, pag. 49

20 GU C 298 del 23.8.2018, pag. 14

21 GU C 252 del 18.7.2018, pag. 99

- vista la sua risoluzione dell’8 marzo 2016 sulla situazione delle donne rifugiate e richiedenti asilo nell’Unione europea<sup>22</sup>,
- vista la sua risoluzione del 19 gennaio 2016 sui fattori esterni che rappresentano ostacoli all’imprenditoria femminile europea<sup>23</sup>,
- vista la sua risoluzione del 9 settembre 2015 sulla carriera professionale delle donne in ambito scientifico e accademico e sui «soffitti di cristallo» incontrati<sup>24</sup>,
- vista la sua risoluzione del 9 giugno 2015 sulla strategia dell’Unione europea per la parità tra donne e uomini dopo il 2015<sup>25</sup>,
- viste le conclusioni del Consiglio del 10 dicembre 2019 sul tema «Parità di genere nelle economie dell’UE: prospettive per il futuro»,
- vista la relazione dell’Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) dal titolo «COVID-19 and the world of work. Fourth edition» (COVID-19 e mondo del lavoro. Quarta edizione), pubblicata il 27 maggio 2020,
- vista l’analisi dell’OIL dal titolo «Sectoral impact, responses and recommendations related to COVID-19» (Impatto settoriale, risposte e raccomandazioni riguardo alla COVID-19),
- vista la relazione dell’OCSE dal titolo «Women at the core of the fight against COVID-19» (Le donne al centro della lotta contro la COVID-19), pubblicata nell’aprile 2020,
- visto il documento di lavoro dei servizi della Commissione del 6 marzo 2019 dal titolo «2019 Report on equality between women and men» (Relazione del 2019 sulla parità tra donne e uomini) (SWD(2019)0101),
- vista la relazione di UN Women dal titolo «The Impact of COVID-19 on Women» (L’impatto della COVID-19 sulle donne), pubblicata il 9 aprile 2020,
- vista la relazione di UN Women intitolata «From Insights to Action: Gender Equality in the Wake of COVID-19» (Dalla comprensione all’azione: la parità di genere dopo la COVID-19), pubblicata il 2 settembre 2020,
- vista la pubblicazione di UN Women intitolata «Online and ICT\* facilitated violence against women and girls during COVID-19» (La violenza online e agevolata dalle TIC\* nei confronti delle donne e delle ragazze nel contesto della COVID-19),
- vista la relazione del Fondo delle Nazioni Unite per la popolazione (UNFPA) dal titolo «Impact of the COVID-19 Pandemic on Family Planning and Ending Gender-based Violence, Female Genital Mutilation and Child Marriage» (Impatto della pandemia di COVID-19 sulla pianificazione familiare e l’eliminazione della violenza di genere, delle mutilazioni genitali femminili e dei matrimoni infantili), pubblicata il 27 aprile 2020,
- vista la dichiarazione dell’UNFPA dal titolo «Millions more cases of violence, child marriage, female genital mutilation, unintended pregnancy expected due to the COVID-19 pandemic» (Previsti milioni di altri casi di violenza, matrimoni infantili, mutilazioni genitali femminili e gravidanze indesiderate a causa della pandemia di COVID-19), pubblicata il 28 aprile 2020,
- vista la dichiarazione del 24 marzo 2020 della presidente del Gruppo di esperti del Consiglio d’Europa sulla lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (GREVIO), Marcelline Naudi, sulla necessità di far rispettare le norme della Convenzione di Istanbul durante una pandemia,
- vista la relazione del Centro comune di ricerca dal titolo «How will the COVID-19 crisis affect existing gender divides in Europe?» (Quali saranno gli effetti della crisi COVID-19 sulle divisioni di genere esistenti in Europa?),
- visto l’indice sull’uguaglianza di genere 2019 dell’Istituto europeo per l’uguaglianza di genere (EIGE), pubblicato il 15 ottobre 2019,
- vista la relazione dell’EIGE dal titolo «Tackling the gender pay gap: not without a better work-life balance» (Affrontare il divario retributivo di genere: non senza un migliore equilibrio tra attività professionale e vita familiare), pubblicata il 29 maggio 2019,
- vista la relazione dell’EIGE dal titolo «Beijing + 25: the fifth review of the implementation of the Beijing Platform for Action in the EU Member States» (Pechino + 25: quinto riesame dell’attuazione della Piattaforma d’azione di Pechino negli Stati membri dell’UE), pubblicata il 5 marzo 2020,

22 GU C 50 del 9.2.2018, pag. 25

23 GU C 11 del 12.1.2018, pag. 35

24 GU C 316 del 22.9.2017, pag. 173

25 GU C 407 del 4.11.2016, pag. 2

- visto l'insieme di dati del 2020 per l'indagine di Eurofound intitolata «Living, Working and COVID-19» (Vita, lavoro e COVID-19),
  - vista l'indagine dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA) dal titolo «A long way to go for LGBTI equality» (Una lunga strada da percorrere per l'uguaglianza della comunità LGBTI), pubblicata il 14 maggio 2020,
  - vista la relazione della FRA dal titolo «A persisting concern: anti-Gypsyism as a barrier to Roma inclusion» (Una preoccupazione costante: l'antiziganismo, un ostacolo all'inclusione dei rom), pubblicata il 5 aprile 2018,
  - vista la relazione della FRA dal titolo «La violenza contro le donne: un'indagine a livello di Unione europea», pubblicata il 5 marzo 2014,
  - visto il documento programmatico di ILGA Europe intitolato «COVID-19: domestic violence against LGBTI people» (COVID-19: violenza domestica contro le persone LGBTI),
  - vista la pubblicazione della Lobby europea delle donne dal titolo «Putting equality between women and men at the heart of the response to COVID-19 across Europe» (La parità tra donne e uomini deve essere il fulcro della risposta alla COVID-19 in tutta Europa),
  - vista la pubblicazione della rete europea IPPF intitolata «How to address the impact on women, girls and vulnerable groups and their sexual and reproductive safety» (Come affrontare l'impatto sulle donne, le ragazze e i gruppi vulnerabili e sulla loro sicurezza sessuale e riproduttiva),
  - visto il documento programmatico della Lobby europea delle donne dal titolo «Walk-the-talk: EU funds must mirror women's equality» (Dalle parole ai fatti: i fondi dell'UE devono rispecchiare la parità delle donne),
  - visto il documento programmatico della Lobby europea delle donne dal titolo «Women must not pay the price for COVID-19!» (Non devono essere le donne a pagare il prezzo per la COVID-19),
  - visto lo studio della professoressa Sabine Oertelt-Prigione dal titolo «The impact of sex and gender in the COVID-19 pandemic» (Impatto del sesso e del genere nella pandemia di COVID-19), pubblicato il 27 maggio 2020,
  - vista la relazione congiunta del Forum parlamentare europeo per i diritti sessuali e riproduttivi e della rete europea della Federazione internazionale per la genitorialità pianificata intitolata «Sexual and Reproductive Health and Rights during the COVID-19 pandemic» (La salute sessuale e riproduttiva e i relativi diritti durante la pandemia di COVID-19), pubblicata il 22 aprile 2020,
  - visto l'articolo 54 del suo regolamento,
  - vista la relazione della commissione per i diritti della donna e l'uguaglianza di genere (A9-0229/2020),
- A.** considerando che la crisi COVID-19 e le sue conseguenze hanno chiare prospettive di genere dato che colpiscono le donne e gli uomini in modo diverso e hanno messo in evidenza le disuguaglianze e le lacune esistenti in relazione alla parità di genere e ai diritti delle donne; che pertanto è necessaria una risposta attenta alla prospettiva di genere;
- B.** considerando che la COVID-19 colpisce i vari gruppi sociali in modi diversi e con un'intensità variabile, compresi le donne e gli uomini, i giovani, gli anziani, le persone con disabilità, le vittime di violenza di genere e violenza domestica, le persone provenienti da contesti socioeconomici diversi, i bambini, i genitori soli e i gruppi minoritari, tra cui i rom, le persone LGBTIQ+ e le donne rifugiate e migranti, e che inoltre presenta implicazioni intersettoriali; che le donne e le ragazze saranno colpite in modo sproporzionato nel breve, medio e lungo termine e che la pandemia ha aggravato le disuguaglianze di genere strutturali esistenti, in particolare per le ragazze e le donne provenienti da gruppi emarginati;
- C.** considerando che le cifre ufficiali iniziali sulla mortalità evidenziano che il tasso di mortalità dovuta al virus per gli uomini anziani è maggiore rispetto a quello per le donne, mentre le donne sono maggiormente a rischio di contrarre il virus a causa della loro presenza sproporzionatamente elevata tra i lavoratori in prima linea nei settori essenziali durante la crisi attuale;
- D.** considerando che l'UE e gli Stati membri non erano preparati a una tale crisi sanitaria; che l'accesso all'assistenza sanitaria senza discriminazioni è un diritto umano fondamentale; che i preesistenti ostacoli all'accesso ai servizi di assistenza essenziali sono stati fortemente aggravati dalla crisi sanitaria; che in seguito alla cancellazione o al rinvio dei servizi sanitari «non essenziali», è emerso un ritardo, e talvolta ostacoli, nell'accesso all'assistenza essenziale in caso di prestazioni urgenti, anche per le donne; che, a tale proposito, l'accesso all'assistenza sanitaria sessuale e riproduttiva e ai servizi connessi è stato ostacolato con gravi conseguenze e che in alcuni Stati membri sono stati compiuti tentativi a livello giuridico per limitare il diritto a un aborto sicuro e legale; che le necessità primarie delle donne includono l'accesso all'assistenza alla maternità e a un parto sicuro, la disponibilità di contraccettivi, l'aborto sicuro e i servizi di fecondazione artificiale nonché disposizioni per la gestione clinica in caso di stupro; che, poiché i sistemi sanitari nazionali attraversano una fase straordinaria e i beni e i servizi essenziali sono più limitati durante la crisi, le donne e le ragazze rischiano di perdere il proprio diritto

fondamentale ai servizi sanitari; che gli sforzi volti a contenere il contagio possono sottrarre risorse ai servizi sanitari ordinari e rendere più difficoltoso il già limitato accesso ai servizi connessi alla salute sessuale e riproduttiva;

- E.** considerando che segnalazioni e dati provenienti da vari Stati membri durante e dopo il periodo di confinamento indicano un aumento preoccupante delle violenze domestiche e fondate sul genere, comprese la violenza fisica, la violenza psicologica, il controllo coercitivo e la violenza cibernetica; che la violenza non è una questione privata, ma una preoccupazione della società; che le misure di confinamento rendono più difficile la ricerca di aiuto da parte delle vittime di violenza domestica poiché sono spesso confinate con l'autore delle violenze e che l'accesso limitato ai servizi di sostegno, come i centri di accoglienza e le linee telefoniche di pronto intervento per le donne, e la carenza di strutture di sostegno e di risorse possono aggravare una pandemia «sommersa» preesistente; che il numero di letti nei centri di accoglienza per donne e ragazze che sono vittime di violenza è pari solamente alla metà di quello richiesto dalla Convenzione di Istanbul; che la vita e il benessere di molte donne appartenenti a gruppi vulnerabili sono maggiormente a rischio a causa della crisi dovuta alla pandemia di COVID-19; che i femminicidi non sono conteggiati nelle statistiche ufficiali dei decessi dovuti alla COVID-19, ma possono essere connessi alla pandemia e alle misure di confinamento adottate durante questo periodo; che le misure di confinamento e isolamento possono aver comportato un rischio maggiore di mutilazione genitale femminile, con casi che passano inosservati a causa della chiusura delle scuole; che le pressioni economiche e sociali stanno esacerbando i fattori che potrebbero comportare un aumento della violenza domestica e di genere nel lungo termine e far sì che le donne abbiano maggiori difficoltà a lasciare i partner violenti;
- F.** considerando che il maggior utilizzo di Internet durante la pandemia comporta un aumento della violenza di genere online e agevolata dalle TIC e degli abusi sessuali online nei confronti dei minori, in particolare delle ragazze; che le difensore dei diritti umani, le donne impegnate in politica, le giornaliste, le donne che appartengono a minoranze etniche, le donne indigene, le donne lesbiche, bisessuali e transgender e le donne con disabilità sono particolarmente colpiti dalla violenza agevolata dalle TIC; che in Europa il rischio di violenza online è maggiore tra le giovani donne di età compresa tra 18 e 29 anni<sup>26</sup>;
- G.** considerando che la maggior parte dei lavoratori che prestano servizi essenziali nella crisi attuale è costituita da donne, compreso il 76 % degli operatori sanitari (medici, infermiere, ostetriche e personale delle residenze sanitarie assistenziali), l'82 % degli addetti alle casse, il 93 % degli operatori di assistenza all'infanzia e degli insegnanti, il 95 % dei collaboratori e addetti alle pulizie domestiche e l'86 % degli addetti all'assistenza a domicilio<sup>27</sup> nell'UE; che è grazie a loro, sebbene il distanziamento fisico per loro non sia spesso possibile e che si facciano pertanto carico di un rischio maggiore di trasmettere il virus ai loro familiari, che i nostri sistemi economici, sociali e sanitari, la nostra vita pubblica e le attività essenziali continuano a funzionare;
- H.** considerando che le retribuzioni in molti settori essenziali e a forte prevalenza femminile possono essere basse, e spesso corrispondono solo al salario minimo; che la segregazione orizzontale e verticale del mercato del lavoro nell'UE è ancora notevole e che le donne sono sovrarappresentate nei settori meno redditizi; che il 30 % delle donne lavora nei settori dell'istruzione, della salute e dei servizi sociali, rispetto all'8 % degli uomini, e che il 7 % delle donne lavora nei settori della scienza, della tecnologia, dell'ingegneria e della matematica, rispetto al 33 % degli uomini<sup>28</sup>; che l'OIL segnala che alcuni gruppi saranno colpiti in maniera sproporzionata dalla crisi economica, come ad esempio le persone che entrano nel mercato del lavoro, il che accrescerà le disuguaglianze, e che le donne hanno un accesso minore alla protezione sociale e sosterranno un onere sproporzionato; che vi sono ragioni di temere perdite di posti di lavoro nei settori a prevalenza femminile a causa della crisi; che probabilmente la ripresa nei settori a prevalenza maschile avverrà prima rispetto ai settori a prevalenza femminile; che il piano per la ripresa «Next Generation EU» dovrebbe occuparsi in maniera sufficiente dei settori in cui le donne sono sovrarappresentate; che la proposta della Commissione di un piano per la ripresa mette in risalto che gli investimenti nella transizione digitale sono la chiave per la futura prosperità e resilienza dell'Europa; che l'indice sull'uguaglianza di genere del 2019 segnala persistenti disuguaglianze tra uomini e donne nel settore digitale e che sono necessari sforzi per ridurre i divari di genere e la segregazione del mercato del lavoro durante la trasformazione digitale del mercato del lavoro;

26 [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604979/IPOL\\_STU\(2018\)604979\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604979/IPOL_STU(2018)604979_EN.pdf)

27 <https://eige.europa.eu/covid-19-and-gender-equality/frontline-workers>

28 EIGE, Indice sull'uguaglianza di genere, 2019



- I.** considerando che è più probabile che le donne abbiano un'occupazione interinale, a tempo parziale e precaria rispetto agli uomini (il 26,5 % rispetto al 15,1 % degli uomini<sup>29</sup>) e che pertanto subiscono e, nel lungo periodo, subiranno forti ripercussioni a causa delle perdite di posti di lavoro e della cassa integrazione a seguito della crisi;
- J.** considerando che studi condotti da Eurofound evidenziano che la crisi COVID-19 comporta il grave rischio di cancellare decenni di progressi in relazione alla parità di genere nella partecipazione al mercato del lavoro, in particolare se l'attività nei settori in cui le donne sono sovrarappresentate viene ulteriormente ostacolata<sup>30</sup>; che gli studi evidenziano che la riduzione del divario occupazionale di genere è rimasta stagnante negli anni fra il 2015 e il 2018 e che le disparità persistenti nella partecipazione all'occupazione costano all'Europa oltre 335 miliardi di EUR all'anno, il che equivale al 2,41 % del PIL dell'UE nel 2019<sup>31</sup>;
- K.** considerando che l'impatto di genere della crisi è ben dimostrato dal lavoro dell'EIGE e di UN Women, tra gli altri; che tuttavia l'impatto complessivo della crisi è difficile da misurare, data la mancanza di dati comparabili disaggregati per genere tra i vari Stati membri; che la pandemia di COVID-19 ha avuto un impatto senza precedenti sul mercato del lavoro europeo; che la situazione di ogni singolo settore deve essere attentamente analizzata alla luce di dati disaggregati per genere ed età, sia durante la crisi che durante i periodi di ripresa; che le conseguenze complessive della pandemia sotto il profilo economico, occupazionale e sociale sono ancora sconosciute ma che studi preliminari, fra cui quelli condotti da Eurofound, indicano notevoli perdite di posti di lavoro nei settori dei servizi e dell'industria, come pure nei settori di contatto fra cui la vendita al dettaglio, il tempo libero e i servizi alla persona, dove prevale un'occupazione femminile; che altri settori hanno invece mantenuto la sicurezza dell'occupazione nonostante la crisi, ad esempio il settore pubblico, sanitario e delle TIC;
- L.** considerando che gli imprenditori delle start-up sono stati notevolmente colpiti dalla crisi;
- M.** considerando che la pandemia di COVID-19 ha portato alla luce un annoso problema nella prestazione dell'assistenza in molti Stati membri dell'UE; che l'assistenza deve essere considerata in maniera olistica, nel quadro di una serie ininterrotta di azioni che vanno dall'assistenza all'infanzia all'assistenza doposcuola, fino all'assistenza alle persone con disabilità e agli anziani;
- N.** considerando che la chiusura delle scuole, dei centri di assistenza e dei luoghi di lavoro ha aumentato l'inequiva ripartizione delle responsabilità domestiche e di assistenza non remunerate a carico delle donne, le quali spesso, oltre a dover conciliare tali responsabilità con il telelavoro da casa, sono state private di un sostegno sufficiente per la cura dei figli e degli anziani; che il telelavoro non è un sostituto per l'assistenza all'infanzia; che generalmente le donne effettuano 13 ore di lavori domestici e di assistenza non remunerati in più a settimana rispetto agli uomini<sup>32</sup>; che la crisi dovuta alla COVID-19 ha offerto agli uomini l'opportunità di essere maggiormente coinvolti nelle responsabilità di assistenza ma ha anche messo in luce che la ripartizione del lavoro domestico e di assistenza è tuttora molto sbilanciata, per cui è molto probabile che le donne e le ragazze ne risentiranno maggiormente; che la ricerca di un equilibrio tra telelavoro e responsabilità di assistenza aggiunge pressioni supplementari e che le donne devono pertanto far fronte a un onere maggiore sul piano emotivo, mentale e sociale; che tale situazione potrebbe implicare il conseguimento di minori successi sul lavoro e influire sullo sviluppo professionale delle donne rispetto ai loro coetanei maschi;
- O.** considerando che un onere sproporzionato ed estremo ricade sulle famiglie monoparentali, l'85 % delle quali è costituito da donne, il che equivale a 6,7 milioni di famiglie costituite da madri sole nell'UE<sup>33</sup>, di cui quasi la metà è esposta a un grave rischio di esclusione sociale o povertà;
- P.** considerando che i risultati di un'indagine<sup>34</sup> mostrano che la COVID-19 ha avuto un impatto più gravoso sulle donne con bambini piccoli rispetto agli uomini con la stessa situazione familiare; che quasi un terzo (29 %) delle donne con bambini piccoli ha avuto difficoltà a concentrarsi sul lavoro, rispetto al 16 % degli uomini con bambini piccoli; che le donne con bambini (29 %) che dopo il lavoro sono troppo stanche per occuparsi dei lavori domestici sono il doppio rispetto agli uomini (16 %); che ad aprile 2020 era più probabile che le donne con bambini di età compresa tra 0 e 11 anni si sentissero tese (23 %), sole

29 <https://eige.europa.eu/covid-19-and-gender-equality/economic-hardship-and-gender>

30 Eurofound, Indagine sulla COVID-19, 2020

31 Eurofound, Closing gender gaps in employment: defending progress and responding to COVID-19 challenges (Colmare i divari di genere nell'occupazione: difendere i progressi compiuti e rispondere alle sfide della COVID-19), 2020

32 <https://eige.europa.eu/covid-19-and-gender-equality/unpaid-care-and-housework>

33 <https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/eur-scientific-and-technical-research-reports/how-will-covid-19-crisis-affect-existing-gender-divides-europe>

34 Eurofound, Indagine sulla COVID-19, 2020

(14 %) e depresse (14 %) rispetto agli uomini con bambini nella stessa fascia di età (rispettivamente 19 %, 6 % e 9 %);

- Q.** considerando che la proposta della Commissione di un piano per la ripresa dà risalto agli investimenti nella transizione verde; che l'impatto dei cambiamenti climatici si fa sentire in maniera differente sulle donne, che per vari motivi sono esposte a rischi maggiori e sono sottoposte a oneri più gravosi; che la parità di genere e l'inclusione delle donne nei processi decisionali sono prerequisiti dello sviluppo sostenibile e dell'efficiente gestione delle sfide climatiche; che tutte le azioni per il clima devono includere una prospettiva di genere e intersezionale;
- R.** considerando che alcuni gruppi della società, come i genitori soli, le vittime di violenza, le donne appartenenti a minoranze razziali e etniche, le donne anziane e le giovani, le donne con disabilità, le donne rom, le donne LGBTQI+, le prostitute, i rifugiati e i migranti sono particolarmente vulnerabili al virus o alle sue conseguenze socioeconomiche e sulla salute, alla luce delle misure adottate e delle carenze esistenti nelle infrastrutture e nei servizi;
- S.** che le donne senza dimora continuano ad affrontare sfide specifiche nel contesto della pandemia di COVID-19, dato che gli alloggi temporanei e di emergenza espongono in modo particolare alla trasmissione della malattia, alla violenza di genere e alla mancanza di accesso a strutture igieniche e sanitarie;
- T.** considerando che la COVID-19 è una pandemia globale che colpisce ogni paese del mondo; che la pandemia avrà conseguenze devastanti per le popolazioni, in particolare per le donne e le ragazze, nei paesi con sistemi sanitari affetti da carenze di risorse e per le popolazioni dei paesi coinvolti in conflitti; che a causa della pandemia più di 47 milioni di donne e di ragazze in tutto il mondo scenderanno al di sotto della soglia di povertà entro il 2021<sup>35</sup>;
- U.** considerando che, secondo dati recenti dell'UNFPA, il ritardo o l'interruzione dei programmi di sensibilizzazione ed educazione delle comunità per quanto riguarda le pratiche dannose dovrebbe determinare a livello mondiale 2 milioni di casi in più di mutilazione genitale femminile e oltre 13 milioni in più di matrimoni infantili nel corso del prossimo decennio rispetto alle stime precedenti la pandemia;
- V.** considerando che la prestazione dei servizi dovrebbe essere basata sulle necessità identificate mediante dati e che le risorse di bilancio dovrebbero essere assegnate sulla base di tale analisi; che i bilanci e l'assegnazione delle risorse devono tenere in considerazione le diverse esigenze e circostanze di donne e uomini;
- W.** considerando che, data l'esistenza di soffitti di cristallo, le donne non sono coinvolte quanto gli uomini nei processi decisionali relativi alla fase della ripresa; che le donne e le organizzazioni della società civile che le rappresentano devono svolgere un ruolo attivo e centrale nei processi decisionali per garantire che le loro prospettive ed esigenze siano tenute in considerazione nelle decisioni, nella pianificazione, nell'attuazione e nel monitoraggio della fase di ripresa e delle misure connesse a livello locale, regionale, nazionale e dell'UE;
- X.** considerando che le questioni riguardanti i diritti delle donne e la promozione della parità di genere devono essere integrate e discusse al livello più alto, in particolare in vista dell'attuazione della strategia dell'UE per la parità di genere; che, mentre il Parlamento europeo dispone di una commissione dedicata ai diritti delle donne e all'uguaglianza di genere e la Commissione ha una commissaria esclusivamente responsabile per l'uguaglianza, non esiste una specifica formazione del Consiglio sulla parità di genere e i ministri e segretari di Stato competenti per la parità di genere non dispongono di un forum dedicato di discussione e decisione;
- Y.** considerando che le azioni essenziali qui identificate svilupperanno la resilienza e la preparazione alle future crisi;

## Considerazioni generali

1. sottolinea l'esigenza di un approccio attento alla prospettiva di genere, in cui i principi dell'integrazione della prospettiva di genere e del bilancio di genere siano rispecchiati in tutti gli aspetti della risposta alla crisi COVID-19 per preservare e tutelare i diritti delle donne durante tutta la pandemia e nel periodo successivo e per rafforzare la parità di genere;
2. sottolinea la necessità di applicare gli insegnamenti tratti dalle crisi del passato e dalla crisi attuale allo sviluppo e all'attuazione delle politiche future al fine di non ripetere gli errori del passato, così come la necessità di preparare una risposta attenta alla dimensione di genere in tutte le fasi delle crisi future per

35 UN Women, «From Insights to Action: Gender Equality in the Wake of COVID-19» (Dalla comprensione all'azione: la parità di genere dopo la COVID-19)

- prevenirne le conseguenze negative sui diritti delle donne; invita la Commissione a facilitare la creazione di una rete permanente per la condivisione delle migliori pratiche tra gli Stati membri sulle modalità per affrontare gli aspetti della COVID-19 connessi al genere; invita il Consiglio a istituire una formazione dedicata alla parità di genere e un gruppo di lavoro formale, al fine di attuare misure comuni e concrete volte ad affrontare le sfide nell'ambito dei diritti delle donne e della parità di genere e garantire che le questioni riguardanti la parità di genere siano discusse al più alto livello politico;
3. sottolinea che per la Commissione e gli Stati membri le valutazioni dell'impatto di genere dovrebbero rappresentare una prassi ordinaria, anche per quanto riguarda le misure che rientrano nel piano per la ripresa; decide di integrare e rafforzare l'uguaglianza di genere in Next Generation EU mediante la posizione del Parlamento;
  4. esorta la Commissione a prendere in esame la prevalenza del virus tra i lavoratori nei settori essenziali durante la crisi attuale, in particolare nella popolazione femminile e tra le minoranze etniche, alla luce della loro presenza sproporzionata in tali settori; esorta la Commissione e gli Stati membri a rispondere con un intervento adeguato per rafforzare la sicurezza sul luogo di lavoro e invita gli Stati membri a migliorare le condizioni di lavoro, anche mediante la direttiva quadro<sup>36</sup>, la direttiva 92/85/CEE e il quadro strategico dell'UE in materia di salute e sicurezza sul luogo di lavoro per il periodo successivo al 2020;
  5. invita la Commissione, Eurostat, gli Stati membri e l'EIGE a raccogliere regolarmente dati sulla COVID-19 disaggregati per genere, età e discriminazione trasversale, tra gli altri fattori, nonché dati sull'impatto socioeconomico del virus; sottolinea che le misure di ripresa devono tenere conto dei dati disaggregati per genere e basarsi su di essi al fine di garantire che le risposte siano globali, prestando un'attenzione particolare agli ambiti in cui i dati sono scarsi e non confrontabili, come la violenza contro le donne e i servizi di assistenza; evidenzia che tali dati devono essere prodotti sistematicamente ed essere messi a disposizione del pubblico; mette in risalto la necessità che la Commissione e gli Stati membri sostengano lo sviluppo delle capacità degli istituti nazionali di statistica e di altri soggetti competenti in tale ambito;
  6. sottolinea la necessità di un'equa rappresentazione delle donne e degli uomini, anche appartenenti ai gruppi vulnerabili, nei ruoli guida e nel processo decisionale in fase di introduzione e revoca di misure durante le crisi, così come in tutte le fasi dell'elaborazione, dell'adozione e dell'attuazione dei piani per la ripresa, in modo tale che le esigenze e le circostanze specifiche siano pienamente e opportunamente prese in considerazione e che siano pianificate misure efficaci e mirate per garantire che il necessario pacchetto di sostegno risponda alle loro esigenze; invita gli Stati membri a istituire task force dedicate con il coinvolgimento dei portatori di interessi pertinenti e dei rappresentanti delle organizzazioni femminili della società civile durante tali crisi, onde garantire l'integrazione della dimensione di genere; invita i parlamenti nazionali degli Stati membri a istituire commissioni sull'impatto della crisi COVID-19 sulle donne e sulle ragazze per garantire uno spazio dedicato alla discussione e al monitoraggio della crisi e dei suoi impatti di genere; si compiace dell'intenzione della Commissione di incoraggiare l'adozione della proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante il miglioramento dell'equilibrio di genere fra gli amministratori senza incarichi esecutivi delle società quotate in Borsa e relative misure<sup>37</sup> (la cosiddetta «direttiva relativa alla presenza delle donne nei consigli di amministrazione»), ed esorta il Consiglio a sbloccarla e adottarla; sottolinea inoltre che occorre coinvolgere un maggior numero di donne nel meccanismo unionale di protezione civile e negli altri meccanismi di risposta alle crisi sia a livello dell'UE che a livello nazionale; si impegna inoltre a garantire che i gruppi di esperti siano equilibrati sotto il profilo di genere in occasione delle audizioni e dei seminari organizzati dal Parlamento;
  7. invita la Commissione e gli Stati membri a monitorare attentamente e a reagire alla disinformazione, ai discorsi pubblici negativi, a una insufficiente definizione delle priorità, alla limitazione o al rifiuto dell'accesso ai pertinenti servizi o alle iniziative regressive riguardo ai diritti delle donne, ai diritti delle persone LGBTQI+ e all'uguaglianza di genere; esorta la Commissione a monitorare il restringimento dello spazio di attività delle organizzazioni e manifestazioni della società civile connesso alle misure di confinamento, trattandosi di questioni attinenti alla democrazia e ai diritti fondamentali durante la crisi COVID-19 e nel periodo successivo alla crisi; osserva che occorre adottare opportune misure qualora siano accertate violazioni dei principi dello Stato di diritto in uno Stato membro che compromettono o rischiano seriamente di compromettere in modo sufficientemente diretto la sana gestione finanziaria del bilancio dell'UE o la tutela degli interessi finanziari dell'Unione; invita gli Stati membri a garantire

36 Direttiva 89/391/CEE del Consiglio, del 12 giugno 1989, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro (GU L 183 del 29.6.1989, pag. 1)

37 COM(2012)0614

che le misure restrittive d'emergenza abbiano unicamente la funzione di combattere la pandemia, siano limitate nel tempo e siano compatibili con i diritti fondamentali;

## Aspetti della COVID-19 relativi alla salute e impatto di genere

8. esprime preoccupazione per l'alto tasso di mortalità da COVID-19; prende atto del tasso di mortalità maschile inizialmente più alto ed esorta l'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) e le pertinenti agenzie dell'UE a esaminare i diversi impatti sulla salute degli uomini e delle donne; invita la Commissione a continuare a monitorare la situazione al fine di comprendere gli effetti a lungo termine del virus sulla salute di donne e uomini; evidenzia che la ricerca clinica relativa al virus deve prevedere una rappresentanza equilibrata dal punto di vista del genere per valutare quali possano essere i diversi effetti del virus e del potenziale vaccino o trattamento sulle donne e sugli uomini;
9. esorta gli Stati membri a garantire l'accesso agli aspetti essenziali dell'assistenza sanitaria medica e psicologica di qualità per donne e uomini non connessi alla COVID-19, come ad esempio lo screening oncologico e le relative cure, l'assistenza sanitaria materna e neonatale e l'assistenza d'urgenza ai soggetti colpiti da infarto o ictus; esorta gli Stati membri ad agire in conformità degli orientamenti dell'OMS in tali ambiti;
10. si rammarica che, durante la crisi, l'accesso ai servizi connessi alla salute sessuale e riproduttiva e ai relativi diritti sia stato trascurato, limitato o persino messo sotto attacco in alcuni Stati membri; sottolinea la necessità che gli Stati membri garantiscano un accesso di qualità e a prezzi accessibili, senza discriminazioni, ai servizi, alle informazioni e ai beni primari connessi alla salute sessuale e riproduttiva e ai relativi diritti durante la crisi e nel periodo successivo, riconoscendo che si tratta di servizi essenziali, salvavita e spesso urgenti e che dovrebbero essere prestati nel rispetto degli orientamenti dell'OMS e di un approccio incentrato sul paziente e fondato sui diritti umani; respinge con fermezza qualsiasi tentativo di arretrare in materia di salute sessuale e riproduttiva e relativi diritti e di diritti delle persone LGBTQI+ e sottolinea che non dovrebbe essere permesso a coloro che si oppongono alla salute sessuale e riproduttiva e ai relativi diritti di sfruttare la crisi per limitare i diritti delle donne, ad esempio il diritto all'aborto in condizioni di sicurezza; esorta la Commissione ad agevolare lo scambio di buone pratiche tra gli Stati membri, coinvolgendo nel contempo le organizzazioni della società civile, che spesso sono esperte in tali ambiti, per quanto riguarda le nuove modalità di prestazione dell'assistenza connessa alla salute sessuale e riproduttiva e ai relativi diritti e i nuovi metodi per colmare le lacune nella prestazione dei servizi; mette in risalto l'importanza di comunicare con i prestatori di servizi per chiarire che tali servizi continuano a essere essenziali e dovrebbero essere forniti in maniera costante; evidenzia che tutti i servizi per la maternità devono essere disponibili e dotati di opportune risorse e personale adeguato;
11. esorta gli Stati membri a investire in sistemi sanitari solidi e resilienti e a elogiare e sostenere i lavoratori essenziali, come gli operatori sanitari e sociali, garantendo condizioni di lavoro sicure, fornendo l'attrezzatura adeguata, istituendo condizioni che garantiscono la parità di retribuzione, offrendo opportunità di sviluppo professionale, anche mediante l'istruzione superiore, e garantendo l'accesso a servizi quali l'assistenza all'infanzia e i servizi per la salute mentale;
12. esorta la Commissione a tenere conto delle situazioni di emergenza come la COVID-19, compreso il loro impatto su specifiche considerazioni sanitarie legate al genere come la salute sessuale e riproduttiva e i relativi diritti, nelle sue risposte strategiche in ambito sanitario, tra cui il programma EU4Health, il piano europeo di lotta contro il cancro e la strategia dell'UE in materia di sanità; invita la Commissione e gli Stati membri ad affrontare, in sede di attuazione del programma EU4Health, gli aspetti sanitari della strategia per la parità di genere 2020-2025, ad esempio la salute sessuale e riproduttiva e i relativi diritti che costituiscono una parte integrante della salute e un elemento essenziale per il benessere e il progresso della parità di genere; chiede un aumento degli investimenti nei servizi essenziali per l'uguaglianza di genere, così come l'inclusione degli esperti sanitari di genere e dell'equilibrio di genere nell'attuazione del programma EU4Health;
13. ribadisce che l'accesso all'assistenza sanitaria è un diritto umano che richiede finanziamenti adeguati; ricorda agli Stati membri di tenere conto delle esigenze uniche di uomini e donne in fase di rafforzamento delle capacità e delle infrastrutture critiche dei sistemi sanitari in conseguenza della COVID-19, in particolare quando si tratta di spesa sanitaria, diagnosi delle malattie e risposta, preparazione di emergenza, ricerca e sviluppo e operatori del settore sanitario;
14. invita gli Stati membri a incrementare le iniziative a sostegno della salute mentale durante e dopo l'attuale crisi, alla luce dello stress, dell'ansia, della depressione e della solitudine causati dal confinamento nonché delle preoccupazioni economiche e della violenza di genere o di altri fattori connessi alla crisi, tenendo in considerazione le diverse ripercussioni su donne e uomini; li esorta inoltre a investire risorse



finanziarie per garantire la disponibilità di servizi adeguati in caso di necessità; invita la Commissione a organizzare una campagna sulla salute mentale in tutta l'UE;

## Violenza di genere durante la pandemia di COVID-19

15. esorta gli Stati membri a far fronte, nella loro risposta alla pandemia di COVID-19, alla violenza di genere cui sono soggette le donne e le ragazze, comprese le donne transessuali, nonché le persone intersexuali e di genere non binario e variante; esorta gli Stati membri a continuare ad analizzare i dati e le tendenze riguardanti la prevalenza di tutte le forme di violenza domestica e di genere e le relative denunce, come pure le conseguenze per i minori, fintanto che sono in vigore misure di confinamento e durante il periodo immediatamente successivo; riconosce che le risposte pubbliche sono state insufficienti nell'affrontare la violenza contro le donne e le ragazze e nel tenere adeguatamente conto della necessità di prevenire la violenza contro le donne nei piani di risposta alle emergenze, anche in vista di emergenze future, essendo mancata l'attenzione a introdurre deroghe alle norme di confinamento, a creare linee di assistenza telefonica e strumenti e segnali di condivisione delle informazioni, a garantire un accesso costante ai servizi di assistenza sanitaria, a preservare un accesso sicuro alle cliniche legali e alle strutture di accoglienza o a sistemazioni alternative con capacità sufficienti, a servizi di polizia e giustizia, nonché a tribunali di emergenza per l'adozione di opportune ordinanze restrittive e/o di protezione, come pure ad assicurare che tali misure fossero considerate essenziali; chiede agli Stati membri di istituire sistemi di allerta di emergenza sicuri e flessibili, offrire nuovi servizi di assistenza via telefono, email o SMS per un intervento diretto della polizia e predisporre servizi online quali ad esempio linee di soccorso, app nascoste, piattaforme digitali e reti di farmacie, nonché fornire finanziamenti di emergenza per i servizi di sostegno, le organizzazioni non governative e le organizzazioni della società civile; invita gli Stati membri a garantire che i servizi di sostegno adottino un approccio coordinato all'individuazione delle donne a rischio, in modo da garantire che tutte queste misure siano disponibili e accessibili a tutte le donne e le ragazze che rientrano nella loro giurisdizione, comprese quelle con disabilità, indipendentemente dal loro status migratorio, e a fornire una formazione attenta alla prospettiva di genere agli operatori sanitari, come pure agli agenti di polizia che operano in prima linea e ai membri della magistratura; invita gli Stati membri a condividere le innovazioni nazionali e le migliori pratiche nella lotta contro la violenza domestica, per meglio individuare e promuovere le pratiche efficienti, e invita la Commissione a promuovere tali pratiche;
16. invita gli Stati membri, alla luce della pandemia, a garantire un approccio coordinato tra i governi, i servizi pubblici, le strutture di sostegno e il settore privato e ad aggiornare i protocolli per le vittime di violenza di genere in modo che sia più facile per loro chiedere aiuto, denunciare i reati e accedere ai servizi sanitari, incoraggiando inoltre i testimoni a segnalare tali reati; invita la Commissione a elaborare un protocollo dell'Unione europea sulla violenza contro le donne in situazioni di crisi e di emergenza, allo scopo di prevenire la violenza contro le donne e offrire sostegno alle vittime di violenza di genere durante emergenze come la pandemia di COVID-19; sottolinea che tale protocollo dovrebbe includere servizi essenziali di protezione per le vittime; si compiace della proposta della Presidenza tedesca di istituire una linea di assistenza telefonica dell'UE in tutte le lingue dell'Unione per le vittime di violenza domestica e di genere, ed esorta il Consiglio a sostenere tale proposta;
17. invita la Commissione a promuovere campagne di sensibilizzazione, di informazione e di patrocinio per contrastare la violenza domestica e di genere in tutte le sue forme, quali la violenza fisica, le molestie sessuali, la violenza online e lo sfruttamento sessuale, in particolare per quanto riguarda le misure di prevenzione e i sistemi flessibili di allerta di emergenza di nuova creazione, al fine di incoraggiare le denunce in coordinamento e in cooperazione con le organizzazioni femminili riconosciute e specializzate; invita la Commissione a collaborare con le piattaforme tecnologiche nell'ambito della legge sui servizi digitali per far fronte alle attività online illegali, compresa la violenza online contro le donne e le ragazze in tutte le sue forme, dato che, sin dall'inizio della pandemia, Internet è stato e continuerà ad essere ampiamente utilizzato per motivi di lavoro, istruzione e intrattenimento;
18. ricorda che il relatore speciale delle Nazioni Unite sulla violenza contro le donne ha osservato che la crisi della COVID-19 ha messo in luce la mancanza di una corretta attuazione delle convenzioni fondamentali per la protezione delle donne e la prevenzione della violenza di genere; invita il Consiglio a ultimare con urgenza il processo di ratifica della Convenzione di Istanbul da parte dell'UE sulla base di un'adesione ampia e senza alcuna limitazione nonché a promuoverne la ratifica, la rapida e corretta attuazione e l'applicazione da parte di tutti gli Stati membri; invita i rimanenti Stati membri a ratificare rapidamente la Convenzione e a destinare risorse finanziarie e umane adeguate alla prevenzione e al contrasto della violenza contro le donne e della violenza di genere, come pure alla protezione delle vittime;

me, in particolare durante periodi di crisi; esorta gli Stati membri a tenere conto delle raccomandazioni del gruppo di esperti GREVIO e a migliorare la legislazione per renderla più conforme alle disposizioni della Convenzione di Istanbul, in particolare per quanto riguarda le definizioni comuni degli atti di violenza di genere;

19. invita il Consiglio ad aggiungere la violenza contro le donne all'elenco dei reati nell'UE e invita la Commissione a proporre una direttiva volta ad affrontare tutte le forme di violenza di genere, al fine di istituire un quadro giuridico solido, coordinare la condivisione delle migliori pratiche tra gli Stati membri, promuovere la raccolta di dati precisi e comparativi, misurare accuratamente la portata di questo tipo di violenza ed esaminare la possibilità di elaborare previsioni, nonché valutare l'impatto della COVID-19 sull'erogazione di servizi essenziali alle vittime; si compiace dell'impegno della Commissione di effettuare una nuova indagine dell'UE sulla violenza di genere, i cui risultati saranno presentati nel 2023; sottolinea la necessità di raccogliere dati armonizzati sulla violenza di genere e invita gli Stati membri a raccogliere e fornire i dati pertinenti, se richiesto, anche a Eurostat;
20. ribadisce il suo fermo sostegno sia al programma Giustizia che al programma Cittadini, uguaglianza, diritti e valori (CUDV); si compiace della creazione della nuova sezione dedicata ai valori dell'Unione nell'ambito del programma CUDV e sottolinea che essa dovrebbe concentrarsi sulla protezione e la promozione dei diritti e la sensibilizzazione in materia, fornendo sostegno finanziario alle organizzazioni della società civile attive a livello locale, regionale e transnazionale; ricorda la posizione del Parlamento in merito alla garanzia di finanziamenti adeguati per tali programmi; si compiace della dotazione aggiuntiva per i programmi faro, concordata nei negoziati finali sul QFP per il periodo 2021-2027 tra il Parlamento e il Consiglio, di cui beneficerà il programma CUDV; saluta con favore l'accordo provvisorio sul bilancio dell'UE per il 2021, che assegna ulteriori 6,6 milioni di EUR al programma CUDV; sottolinea la necessità di finanziamenti adeguati a titolo di tali dotazioni per le azioni volte a prevenire e combattere la violenza di genere nell'ambito dell'obiettivo specifico DAPHNE e accoglie con soddisfazione la dotazione stabilita a tal fine; sottolinea che occorre che l'UE sia più ambiziosa nella difesa dei nostri valori e fornisca finanziamenti adeguati per tali attività; chiede, inoltre, l'attuazione urgente di misure chiare e specifiche in materia di genere, mediante l'assegnazione di fondi, per far fronte alle necessità specifiche delle donne in seguito alla crisi, in particolare nei settori dell'occupazione, della violenza di genere e della salute sessuale e riproduttiva e relativi diritti, come pure in altri programmi e strumenti nell'ambito dello strumento dell'Unione europea per la ripresa (Next Generation EU) e del QFP per il periodo 2021-2027, in linea con l'approccio duale della strategia per la parità di genere; invita gli Stati membri e la Commissione a tenerne conto in sede di presentazione dei piani nazionali di risposta alla COVID-19, tenendo in debita considerazione le misure e i finanziamenti esistenti e ponendo la parità di genere al centro della ripresa economica; invita gli Stati membri e la Commissione ad applicare l'integrazione della dimensione di genere e il bilancio di genere alle misure di ripresa;
21. osserva con profonda preoccupazione l'impatto della crisi sulle persone LGBTQI+, in particolare i giovani, molti dei quali hanno dovuto mantenere il distanziamento sociale o rimanere in quarantena all'interno di contesti familiari ostili, il che li ha esposti a un rischio maggiore di subire violenza domestica e legata alla fobia nei confronti delle persone LGBTQI+; osserva che una percentuale superiore alla media di persone LGBTQI+ è disoccupata o ha un lavoro precario e risorse finanziarie limitate e instabili, il che comporta la loro permanenza in un contesto ostile e violento; invita la Commissione e gli Stati membri a garantire che tutte le iniziative specifiche per la COVID-19 riguardanti la violenza domestica, di genere e sessuale tengano conto anche del maggiore rischio e delle sfide specifiche con cui si confrontano le persone LGBTQI+ e che i servizi di sostegno alle vittime e le iniziative specifiche per la COVID-19 volte a reagire alla violenza domestica raggiungano in modo esplicito le persone LGBTQI+ vittime di violenza domestica;
22. invita gli Stati membri a garantire la fornitura di un sostegno medico e psicologico efficace, accessibile, a prezzi contenuti e di qualità per le vittime della violenza di genere, tra cui i servizi per la salute sessuale e riproduttiva, soprattutto in periodi di crisi in cui tale sostegno deve essere considerato essenziale; chiede alla Commissione di collaborare strettamente con gli Stati membri per garantire la piena attuazione della direttiva sui diritti delle vittime<sup>38</sup>, con particolare attenzione alla prospettiva di genere, a seguito della sua recente relazione sull'attuazione<sup>39</sup>, e per rafforzare i diritti delle vittime di violenza di genere nella nuova strategia per i diritti delle vittime;

38 Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato (GU L 315 del 14.11.2012, pag. 57)

39 Relazione della Commissione dell'11 maggio 2020 sull'attuazione della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato (COM(2020)0188)

## La COVID-19, l'economia, la ripresa e l'impatto di genere

23. invita la Commissione, il Parlamento e il Consiglio a tenere conto del fatto che la crisi della COVID-19 colpisce in modo sproporzionato le donne nella sfera socioeconomica, compreso il loro reddito e il loro tasso di occupazione, e comporterà disuguaglianze ancora più profonde tra uomini e donne e discriminazioni nel mercato del lavoro, e invita tali Istituzioni a collaborare con gli Stati membri per esaminare attentamente e adottare disposizioni specifiche per le esigenze socioeconomiche delle donne e degli uomini a seguito della crisi, nonché per esaminare la segregazione orizzontale e verticale del mercato del lavoro in sede di attuazione dei programmi nell'ambito del bilancio 2021 dell'UE, del prossimo QFP e del Next Generation EU, garantendo che tutti i programmi integrino la prospettiva di genere e il bilancio di genere nonché valutazioni di impatto di genere, sia ex ante che ex post, come indicato nella strategia per la parità di genere 2020-2025 della Commissione; chiede un'attuazione e un monitoraggio efficaci di tale strategia; invita gli Stati membri a integrare un capitolo contenente azioni mirate per promuovere la parità di genere nell'ambito dei piani nazionali di ripresa e resilienza, sviluppati in cooperazione con gli organismi nazionali per la parità;
24. sottolinea che occorrerà riesaminare la natura e l'ubicazione del lavoro dopo la crisi; sottolinea che lavorare da casa non sostituisce l'assistenza all'infanzia o la necessità dell'erogazione e dell'accessibilità di servizi di assistenza all'infanzia di qualità e a prezzi contenuti, né sostituisce gli adeguamenti del luogo di lavoro legati alla disabilità; segnala che il lavoro flessibile, nelle modalità concordate con i datori di lavoro, può offrire a donne e uomini l'opportunità di lavorare da casa o da spazi di lavoro locali di co-working e ha le potenzialità per condurre a un maggiore equilibrio tra vita professionale e vita privata, il che può portare, nel lungo periodo, a una crescita inclusiva sotto il profilo del genere; osserva che tale approccio ha le potenzialità per stimolare le zone rurali e le infrastrutture; invita la Commissione a garantire il conseguimento degli obiettivi di Barcellona; esorta gli Stati membri a ratificare senza indugio la Convenzione OIL n. 190 del 2019 sulla violenza e le molestie e ad attuarla unitamente alla raccomandazione accompagnatoria n. 206, che riguarda tutti i luoghi in cui possono verificarsi violenze e molestie sul lavoro, come i luoghi di lavoro pubblici e privati e le comunicazioni professionali;
25. invita la Commissione a raccogliere dati disaggregati e comparabili sull'erogazione di diversi tipi di assistenza, comprese l'assistenza all'infanzia, l'assistenza agli anziani e l'assistenza alle persone con disabilità, nonché relativi al genere, all'età e alla condizione occupazionale del prestatore di assistenza, da utilizzare per uno studio che prenda in esame il divario di assistenza, nell'ottica di elaborare una strategia dell'UE per i prestatori di assistenza che adotti un approccio globale all'assistenza lungo tutto l'arco della vita, tenendo conto delle esigenze sia di chi riceve, sia di chi presta assistenza; rileva che la strategia dovrebbe rispettare le competenze degli Stati membri e delle regioni, ma dovrebbe mirare a migliorare la cooperazione e il coordinamento a livello dell'Unione attraverso iniziative e investimenti pertinenti, anche nel quadro del programma InvestEU e dello strumento per la ripresa e la resilienza, apportando benefici ai prestatori formali e informali di assistenza e alle persone di cui questi si occupano; sottolinea che la cooperazione e l'azione a livello dell'Unione, unitamente a un utilizzo efficiente dei fondi dell'UE, possono contribuire allo sviluppo di servizi di assistenza di qualità, accessibili e a prezzi contenuti;
26. sottolinea che gli investimenti nell'assistenza sono importanti per garantire la parità di genere e l'emancipazione economica delle donne, creare società resilienti e migliorare la regolarizzazione del lavoro, la sicurezza sociale e le pensioni in un settore a prevalenza femminile, e hanno altresì un effetto positivo sul PIL poiché consentono a un numero maggiore di donne di svolgere lavoro retribuito; sottolinea la necessità di cambiare i paradigmi della prestazione di assistenza, come osservato a seguito della pandemia di COVID-19 e delle misure a essa relative; invita, in tale contesto, la Commissione ad agevolare lo scambio delle migliori pratiche sulla qualità e l'accessibilità, anche sul piano economico, dei servizi di assistenza, come pure sui diversi modelli di servizi di assistenza; esorta la Commissione a prendere in esame la situazione dei prestatori di assistenza informale e a condividere le migliori pratiche sulle modalità con cui gli Stati membri possono regolarizzare il loro lavoro; invita gli Stati membri ad affrontare le esigenze dei prestatori di assistenza al momento del pensionamento; chiede, a tal riguardo, che sia elaborata una proposta di raccomandazione del Consiglio sulla protezione sociale e i servizi disponibili per i prestatori di assistenza;
27. esorta gli Stati membri a incoraggiare gli uomini, ad esempio mediante misure di incentivazione, ad adottare regimi di lavoro flessibili, in quanto di solito sono le donne, in numero sproporzionato, a ricorrere a tali meccanismi; esorta gli Stati membri a recepire e attuare pienamente e senza indugio la direttiva sull'equilibrio tra attività professionale e vita familiare e invita la Commissione a monitorare attentamente e sistematicamente l'attuazione della direttiva da parte degli Stati membri su base annuale; incoraggia gli Stati membri a far fronte alle carenze relative all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare, andando oltre le norme stabilite nella direttiva, data in particolare la necessità di affronta-

- re la situazione messa in luce dalle misure adottate in risposta alla COVID-19 e le relative conseguenze per quanto riguarda i protocolli medici nelle strutture, comprese strutture di assistenza all'infanzia di qualità;
28. invita gli Stati membri a istituire, mentre sono ancora in vigore le misure per far fronte alla crisi della COVID-19, un congedo speciale non trasferibile e pienamente retribuito per i prestatori di assistenza e i genitori che lavorano;
  29. riconosce le circostanze uniche e difficili che i genitori soli, in ampia maggioranza donne (85 %), hanno affrontato durante la pandemia e il periodo successivo alla crisi per effetto di molteplici oneri, compresa la prestazione continua di assistenza, le preoccupazioni per gli accordi di affidamento, i possibili problemi economici e la solitudine; invita la Commissione e gli Stati membri a tenere in considerazione e prendere ulteriormente in esame la loro situazione specifica, compresi gli oneri aggiuntivi in termini di lavoro, scuola e assistenza, l'accesso ai consulenti legali e l'applicazione degli accordi di affidamento;
  30. sottolinea l'importanza di aumentare la partecipazione delle donne all'economia e di garantire una crescita più inclusiva come parte della soluzione della ripresa post-pandemia, dal momento che le pari opportunità e una maggiore partecipazione delle donne al mercato del lavoro possono aumentare l'occupazione, la prosperità economica e la competitività nell'UE; incoraggia gli Stati membri ad attenersi agli orientamenti della Commissione per le politiche a favore dell'occupazione nell'UE, tenendo debitamente conto dei loro modelli nazionali di mercato del lavoro; invita, a tale proposito, gli Stati membri a tenere in debita considerazione la segregazione del mercato del lavoro, il lavoro precario e i divari retributivi e pensionistici, al fine di migliorare le condizioni di lavoro e la protezione sociale attraverso politiche mirate;
  31. sottolinea che la parità di retribuzione tra donne e uomini per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore deve essere un principio guida per la Commissione, il Parlamento e tutti gli Stati membri in sede di definizione delle misure di risposta alla crisi della COVID-19; esorta la Commissione a onorare il proprio impegno di presentare con tempestività misure vincolanti sulla trasparenza retributiva al fine di affrontare efficacemente il divario retributivo e pensionistico di genere, dato che gli indicatori economici suggeriscono che tale divario si sta ulteriormente aggravando a causa della pandemia; invita, a tale proposito, la Commissione a prendere in considerazione le migliori pratiche degli Stati membri, tenendo debitamente conto, nel contempo, delle condizioni uniche delle piccole e medie imprese (PMI) e dei diversi modelli di mercato del lavoro presenti nell'UE; invita inoltre la Commissione a rivedere la direttiva 2006/54/CE;
  32. pone in rilievo le sfide in atto per il settore dell'assistenza domestica e domiciliare e per i suoi lavoratori; invita gli Stati membri a ratificare la Convenzione OIL n. 189 sui lavoratori domestici e a garantire che il settore possa beneficiare di misure volte ad attenuare l'impatto finanziario della crisi, in modo che essi possano riprendere la propria attività in condizioni adeguate; invita gli Stati membri a provvedere alla regolarizzazione del settore del lavoro domestico;
  33. valuta positivamente l'Iniziativa di investimento in risposta al coronavirus (CRII) e il pacchetto CRII+, che mobilita la politica di coesione a sostegno dei settori più esposti, e chiede inoltre l'adozione di misure mirate rivolte ai settori che occupano in prevalenza donne; sottolinea l'importanza dello strumento della Commissione di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione in un'emergenza (SURE), che fornisce sostegno al reddito per i lavoratori disoccupati o in cassa integrazione; sottolinea la necessità di valutare gli effetti di tali strumenti sulla situazione delle donne e degli uomini nel mercato del lavoro dell'UE e di riorientare le future politiche di conseguenza; evidenzia la necessità di programmi di riqualificazione e aggiornamento professionale per le donne, per tenere conto dei mutamenti nel mercato del lavoro per effetto della COVID-19;
  34. invita la Commissione a sostenere gli imprenditori, in particolare le donne imprenditrici, che cercano di sviluppare e sfruttare le competenze o gli interessi acquisiti durante il periodo della COVID-19, anche offrendo opportunità imprenditoriali alle madri, ai genitori soli e ad altre persone che intraprendono con minor frequenza attività imprenditoriali, in modo da rafforzare la loro indipendenza economica, e a migliorare l'accesso e la conoscenza dei prestiti, dei finanziamenti con capitale di rischio e del microfinanziamento offerti tramite i programmi e i fondi dell'UE, affinché la crisi diventi un'opportunità per progredire attraverso l'adattamento e la trasformazione nel quadro dell'economia verde e digitale; invita le istituzioni dell'UE e gli Stati membri a prestare particolare attenzione al sostegno alle PMI, in particolare alle PMI guidate da donne, che spesso incontrano problemi specifici per quanto riguarda l'accesso ai finanziamenti necessari e che richiederanno un sostegno anche nella fase di ripresa; invita la Commissione, l'EIGE ed Eurostat a intensificare la raccolta di dati sulle PMI a guida femminile, sulle lavoratrici autonome, sulle start-up guidate da donne e sull'impatto della pandemia di COVID-19;
  35. invita la Commissione e gli Stati membri ad accrescere la presenza e il contributo delle donne ai settori dell'intelligenza artificiale, della scienza, della tecnologia, dell'ingegneria, della matematica e al settore digitale, nonché all'economia verde; chiede l'elaborazione di un approccio multilivello per affrontare il divario di genere a tutti i livelli dell'istruzione e dell'occupazione in ambito digitale, in modo da colma-



re il divario digitale che è emerso nel momento in cui il lavoro e l'istruzione, come pure numerosi servizi e strutture, si sono improvvisamente spostati online; sottolinea che l'eliminazione del divario digitale aumenterà la parità di genere non solo per quanto riguarda il mercato del lavoro, ma anche attraverso l'accesso alle tecnologie nella sfera personale; invita la Commissione a integrare la dimensione di genere nella strategia per il mercato unico e nell'agenda digitale, nell'ottica di far fronte in maniera efficace alla sottorappresentanza delle donne in settori in crescita per la futura economia dell'UE; si compiace della creazione, da parte della Commissione, del quadro di valutazione delle donne nel settore del digitale, che monitora la partecipazione delle donne all'economia digitale, il loro uso di Internet e le loro competenze di utenti in tale ambito, nonché le loro competenze specialistiche e la loro occupazione; sottolinea l'importanza di assistere gli Stati membri e la Commissione nell'adottare decisioni informate e nel definire obiettivi pertinenti, in particolare alla luce delle implicazioni della COVID-19;

36. rileva l'importanza di tenere conto della situazione particolare delle donne che rientrano al lavoro in seguito al congedo di maternità, in modo da garantire che possano accedere a prestazioni pubbliche di sostegno senza discriminazione;
37. sottolinea le sfide per il settore agricolo e la filiera alimentare nell'UE, come pure la situazione specifica delle donne nelle zone rurali; sottolinea la necessità di mantenere l'attuale sottoprogramma tematico per le donne nelle zone rurali attraverso i piani strategici della politica agricola comune, con finanziamenti del Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale; sottolinea che tale sottoprogramma punta a incoraggiare l'occupazione delle donne e l'imprenditoria femminile; chiede, a tale proposito, lo stanziamento di fondi dell'UE destinati al miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro nelle zone rurali; chiede inoltre una riflessione sul ruolo delle donne nelle zone rurali nella salvaguardia dell'ambiente e della biodiversità nel quadro del Green Deal europeo; invita gli Stati membri a scambiarsi le migliori pratiche riguardo all'adozione di uno statuto professionale per i coniugi coadiuvanti nel settore agricolo e chiede alla Commissione di elaborare orientamenti al riguardo;

## COVID-19 e intersezionalità

38. sottolinea che la discriminazione intersezionale e strutturale crea sfide e ostacoli aggiuntivi ed effetti socioeconomici negativi per gruppi specifici di donne, e che pertanto occorre garantire la sicurezza, la protezione e il benessere socioeconomico di tutte le persone e affrontare le loro necessità specifiche tenendo in debita considerazione un approccio intersezionale alle misure anti-crisi e post-crisi;
39. sottolinea l'importanza di coinvolgere le donne e le ragazze nell'elaborazione di informazioni accessibili e mirate e di diffondere tali informazioni in tutti i contesti, in particolare in tempi di crisi;
40. sottolinea, che in ragione della più elevata aspettativa di vita e della maggiore probabilità di soffrire di problemi di salute, le donne anziane spesso rappresentano la maggioranza delle persone residenti nelle strutture di assistenza a lungo termine<sup>40</sup>, le quali sono diventate i luoghi a maggior rischio di contagio in molti paesi a causa, fra l'altro, della mancanza di risorse e conoscenze sufficienti a garantire la sicurezza e la protezione delle persone che vi risiedono; invita la Commissione ad analizzare i diversi contesti di prestazione di assistenza formale e a lungo termine e il loro livello di resilienza durante la pandemia di COVID-19; invita gli Stati membri a esaminare la prestazione di assistenza alle persone anziane sia in strutture di assistenza residenziali sia in contesti di assistenza basati sulla comunità, anche attraverso la prestazione di assistenza a domicilio 24 ore su 24 o l'impiego di prestatori di assistenza conviventi, e a garantire il benessere delle donne anziane, compreso l'accesso ai servizi assistenziali e sanitari e l'indipendenza economica; invita il Consiglio a stabilire obiettivi concernenti la prestazione di un'assistenza a lungo termine accessibile, a costi contenuti e di qualità, equivalenti agli obiettivi di Barcellona;
41. si rammarica del fatto che molte donne con disabilità, comprese quelle che dipendono da altre persone per l'assistenza quotidiana, e in particolare quelle che vivono in istituti e in altri ambienti chiusi e con elevate esigenze di assistenza, siano state colpite in modo significativo dalla pandemia, ma non siano state in grado di accedere alle loro normali reti di sostegno o di mantenere il distanziamento fisico e abbiano avuto difficoltà ad accedere a beni e servizi; invita gli Stati membri a garantire che tali reti di sostegno siano considerate servizi essenziali e siano adeguatamente adattate alle circostanze, e che le future misure di pianificazione in caso di crisi e di emergenza tengano conto delle esigenze specifiche delle persone con disabilità, in particolare delle donne e delle ragazze; invita l'Unione e gli Stati membri a salvaguardare i diritti di tutte le donne e le ragazze con disabilità sanciti nella Convenzione sui diritti

40 <https://eige.europa.eu/covid-19-and-gender-equality/gender-impacts-health>

- delle persone con disabilità, tra cui il loro diritto a una vita indipendente e ad accedere all'istruzione, al lavoro e all'occupazione;
42. invita gli Stati membri a garantire che sia dato sostegno alle donne e agli uomini migranti attraverso l'accesso all'assistenza sanitaria essenziale durante la crisi; evidenzia la necessità che i centri di accoglienza e le strutture per i rifugiati tengano in debita considerazione le esigenze delle donne e delle ragazze e i rischi cui esse devono far fronte in considerazione delle note difficoltà del distanziamento sociale e del mantenimento dell'igiene, nonché della loro vulnerabilità alla violenza di genere, e mettano a disposizione fondi adeguati per attenuare tali rischi;
  43. pone in evidenza la situazione unica in cui si trovano le donne senza fissa dimora e le donne che praticano la prostituzione e la loro maggiore vulnerabilità alla violenza di genere, nonché la mancanza di accesso a strutture igieniche e sanitarie, a causa della pandemia di COVID-19 e delle successive misure di emergenza; invita gli Stati membri a garantire che sia estesa la prestazione di servizi e di un sostegno adeguato a chi si trova in situazioni precarie, tra cui le donne che vivono in condizioni di povertà o che sono a rischio di povertà, nonché le donne senza fissa dimora o vulnerabili all'esclusione sociale; si compiace della creazione del Fondo di aiuti europei agli indigenti (FEAD), volto a fornire risorse aggiuntive per far fronte alla deprivazione materiale e fornire assistenza sociale; sottolinea la necessità che le donne senza fissa dimora e prive di documenti abbiano accesso all'assistenza sanitaria; prende atto che le circostanze in cui si trovano questi gruppi sociali sono state prese in considerazione nel piano d'azione della Commissione per l'integrazione e l'inclusione; invita gli Stati membri a tenere adeguatamente conto, in sede di definizione dei rispettivi piani di risposta alla pandemia, delle donne senza fissa dimora;
  44. evidenzia le necessità aggiuntive dei gruppi minoritari, come le donne di origine rom, che devono far fronte a discriminazioni radicate e violazioni continue dei loro diritti a causa della mancanza di accesso a infrastrutture, servizi e informazioni di base, soprattutto durante il confinamento;
  45. sottolinea il carattere essenziale dei servizi di sostegno per le persone LGBTQI+, tra cui il sostegno alla salute mentale, i gruppi di sostegno reciproco e i servizi di sostegno per le vittime della violenza di genere;
  46. deplora i casi di discriminazione xenofoba e razziale, che sono aumentati a seguito della crisi, ed esorta la Commissione e gli Stati membri ad adottare un approccio di tolleranza zero nei confronti degli attacchi razzisti e ad adottare altresì, nelle loro risposte, un approccio intersezionale che provveda alle esigenze dei gruppi di popolazione emarginati, tra cui le minoranze razziali ed etniche;
  47. esorta gli Stati membri ad approvare e ad attuare la direttiva contro la discriminazione e garantire che le forme di discriminazione multiple e intersezionali siano debellate in tutti gli Stati membri dell'UE;
  48. sottolinea la necessità che gli Stati membri garantiscano un accesso ininterrotto dei minori all'istruzione, prestando la dovuta attenzione ai gruppi provenienti da contesti socioeconomici emarginati, ai minori vulnerabili e alle ragazze a rischio di povertà o in condizioni di povertà, che sono maggiormente a rischio di dover contrarre un matrimonio precoce o forzato; sottolinea la necessità di garantire che la didattica a distanza sia pienamente accessibile a tutti; sottolinea la necessità che tutti i giovani dispongano delle risorse e del sostegno necessari durante la chiusura delle scuole e che sia facilitato il loro reinserimento nel sistema d'istruzione una volta superata la crisi;

## Azione esterna

49. sottolinea che la natura globale della pandemia di COVID-19 richiede una risposta globale; evidenzia la condizione vulnerabile delle donne e delle ragazze in molte zone del mondo, soprattutto negli Stati fragili e colpiti da conflitti, in relazione alla COVID-19, ad esempio a causa della mancanza di accesso all'assistenza sanitaria, compresa la salute sessuale e riproduttiva e i relativi diritti, della vulnerabilità alla violenza di genere, tra cui le mutilazioni genitali femminili e i matrimoni precoci o forzati, dello status occupazionale, della mancanza di accesso all'istruzione e delle condizioni di povertà estrema e fame; osserva che, in numerosi paesi partner, le donne sono impiegate in settori a prevalenza femminile, come l'abbigliamento e la produzione alimentare, che sono stati i settori più colpiti, la qual cosa ha avuto un impatto devastante sui livelli di povertà delle loro famiglie e delle loro comunità, nonché sull'indipendenza economica, la salute e la sicurezza delle donne e delle ragazze; invita la Commissione e gli Stati membri a garantire che il sostegno finanziario fornito ai paesi partner per far fronte alla crisi sia destinato anche al sostegno delle donne e delle ragazze; chiede un sostegno rafforzato a favore dei difensori dei diritti umani delle donne e delle organizzazioni che operano in tale ambito, come pure la loro partecipazione a tutti i livelli del processo decisionale; sottolinea che occorre compiere ogni sforzo possibile per garantire che un futuro vaccino sia disponibile a tutti;

50. valuta positivamente il pacchetto Team Europe, proposto dalla Commissione per sostenere i paesi partner nella lotta contro la pandemia di COVID-19 e le sue conseguenze, e sottolinea la necessità di un approccio attento alla prospettiva di genere e di una spesa destinata specificamente alla parità di genere nell'assegnazione dei fondi in questione; sottolinea che occorre una risposta alla COVID-19 attenta alla prospettiva di genere nell'ambito dell'attuazione dello strumento di vicinato, cooperazione allo sviluppo e cooperazione internazionale (NDICI) e dello strumento di assistenza pre-adesione III, in modo da tenere conto delle circostanze uniche in cui si trovano le donne e le ragazze e da stimolare la creazione di opportunità nel periodo successivo alla crisi; incoraggia a portare avanti l'istruzione e a darle la priorità in situazioni di emergenza durante questo periodo; invita l'Unione e i suoi Stati membri a dare la priorità alla solidarietà globale, mantenendo un livello sufficiente di finanziamento dell'aiuto pubblico allo sviluppo e sostenendo la risposta dei paesi partner alla crisi in maniera completa; invita l'UE a concentrarsi sul rafforzamento dell'accesso all'assistenza sanitaria, compresa la salute sessuale e riproduttiva e i relativi diritti, nella sua risposta umanitaria e di sviluppo alla pandemia di COVID-19, nello sviluppo internazionale e nel nuovo piano d'azione dell'UE sulla parità di genere III; sottolinea che l'integrazione della dimensione di genere e i principi di bilancio dovrebbero essere applicati in tutti i programmi geografici e tematici NDICI;
51. invita la Commissione a porre in essere una politica commerciale dell'UE basata sui valori, che garantisca un livello elevato di protezione dei diritti del lavoro e ambientali come pure il rispetto delle libertà fondamentali e dei diritti umani, tra cui la parità di genere; ricorda che tutti gli accordi commerciali e di investimento dell'UE devono integrare la dimensione di genere e includere un capitolo ambizioso e applicabile in materia di commercio e sviluppo sostenibile; ricorda che la negoziazione di accordi commerciali potrebbe rappresentare uno strumento importante per promuovere la parità di genere e l'emancipazione delle donne nei paesi terzi; chiede che sia promossa e sostenuta l'inclusione di capitoli specifici in materia di genere negli accordi commerciali e di investimento dell'UE sulla base del loro valore aggiunto, traendo ispirazione dagli esempi internazionali esistenti;
52. invita la Commissione a porre le donne e le ragazze al centro della sua risposta globale e a coinvolgerle pienamente, ascoltarle e dare loro la possibilità di partecipare attivamente alla risposta alla pandemia;

## Genere e ripresa

53. invita la Commissione e gli Stati membri a valutare appieno gli effetti specifici di genere e le esigenze che emergono dalla crisi, nonché le sue conseguenze socioeconomiche; invita la Commissione e gli Stati membri a stanziare risorse di bilancio aggiuntive e mirate, anche nell'attuazione del pacchetto di ripresa, per aiutare le donne a riprendersi dalla crisi, in particolare nei settori dell'occupazione, della violenza e della salute sessuale e riproduttiva e relativi diritti, nonché a monitorare tale spesa e a integrare la dimensione di genere in tutte le proposte di bilancio, politiche e legislative, in linea con gli impegni assunti nel quadro della strategia per la parità di genere; invita la Commissione a rafforzare il collegamento tra le politiche in materia di cambiamenti climatici, le politiche digitali e la parità di genere nelle sue future proposte; sottolinea che un'azione preparatoria è il modo migliore per sviluppare la resilienza alle crisi future in tutti gli ambiti;
54. chiede l'inclusione della parità di genere tra le priorità strategiche da affrontare nell'ambito della futura Conferenza sul futuro dell'Europa e chiede all'UE di garantire l'equilibrio di genere in seno ai suoi organismi e di coinvolgere nelle sue attività le organizzazioni di donne e le organizzazioni che si battono per i diritti delle donne, in modo da assicurare che le esigenze nelle donne siano tenute in considerazione nel periodo successivo alla pandemia di COVID-19;
55. invita l'Unione e gli Stati membri a mantenere un contesto favorevole alle organizzazioni della società civile, in particolare attraverso il sostegno politico e un livello di finanziamento sufficiente;
56. incarica il suo Presidente di trasmettere la presente risoluzione al Consiglio e alla Commissione.

---

## *Osservatorio decisioni*



## Corte costituzionale

# Sentenza 23 febbraio 2022, n. 79

ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI – CARENZA DI RAPPORTO CIVILE TRA L’ADOTTATO E I PARENTI DELL’ADOTTANTE – ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

È costituzionalmente illegittimo l’art. 55 della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), nella parte in cui, mediante rinvio all’art. 300, secondo comma, del codice civile, prevede che l’adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l’adottato e i parenti dell’adottante.

SENTENZA N. 79  
ANNO 2022

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori: Presidente: Giuliano AMATO; Giudici: Silvana SCIARRA, Daria de PRETIS, Nicolò ZANON, Franco MODUGNO, Augusto Antonio BARBERA, Giulio PROSPERETTI, Giovanni AMOROSO, Francesco VIGANÒ, Luca ANTONINI, Stefano PETITTI, Angelo BUSCEMA, Emanuela NAVARRETTA, Maria Rosaria SAN GIORGIO, Filippo PATRONI GRIFFI,

ha pronunciato la seguente  
SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell’art. 55 della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), nella parte in cui, mediante rinvio all’art. 300, secondo comma, del codice civile, prevede che l’adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l’adottato e i parenti dell’adottante, promosso dal Tribunale ordinario per i minorenni dell’Emilia Romagna, sede di Bologna, nel procedimento instaurato da M. M., con ordinanza del 26 luglio 2021, iscritta al n. 143 del registro ordinanze 2021 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 39, prima serie speciale, dell’anno 2021.

Visti l’atto di costituzione di M. M. e S. V. e l’atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

udita nell’udienza pubblica del 23 febbraio 2022 la Giudice relatrice Emanuela Navarretta;

uditi l’avvocato Massimo Clara per M. M. e S. V. e l’avvocato dello Stato Chiarina Aiello per il Presidente del Consiglio dei ministri;

deliberato nella camera di consiglio del 23 febbraio 2022.

## Ritenuto in fatto

1. Con ordinanza del 26 luglio 2021, iscritta al n. 143 del relativo registro dell’anno 2021, il Tribunale ordinario per i minorenni dell’Emilia Romagna, sede di Bologna, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 31 e 117, primo comma, della Costituzione, quest’ultimo in relazione all’art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, questioni di legittimità costituzionale dell’art. 55 della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), nella parte in cui, mediante rinvio all’art. 300, secondo comma, del codice civile, stabilisce che l’adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l’adottato e i parenti dell’adottante.

2. Il rimettente riferisce che, con ricorso del 29 ottobre 2020, M. M. ha chiesto l'adozione della minore M. V. E., figlia biologica di S. V., ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera d), della legge n. 184 del 1983, nonché il riconoscimento, quale effetto della sentenza di adozione, dei rapporti civili della minore con i propri parenti.

L'ordinanza riporta che M. M. si è unito in matrimonio all'estero con S. V., ha conseguito la trascrizione in Italia del relativo atto come unione civile e, di seguito, ha condiviso, insieme al partner, un percorso di fecondazione assistita, effettuato sempre all'estero, che si è concluso con la nascita di M. V. E., legata biologicamente a S. V.

Il rimettente aggiunge che, nel corso del procedimento, S. V., in qualità di genitore esercente la responsabilità genitoriale, ha prestato il proprio assenso all'adozione da parte di M. M.

- 2.1. Il giudice a quo afferma di poter accogliere la domanda di adozione, sulla scorta della giurisprudenza di legittimità che applica la fattispecie di cui all'art. 44, comma 1, lettera d), della legge n. 184 del 1983 anche alle ipotesi di impossibilità giuridica di affidamento preadottivo, consentendo al componente di una coppia dello stesso sesso, privo di un legame biologico con il figlio del partner, di accedere all'adozione in casi particolari (è citata la giurisprudenza della Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza 8 maggio 2019, n. 12193; sezione prima civile, 26 maggio 2016, n. 12962).

Per converso, ritiene di non poter riconoscere, sulla base della legislazione vigente, i rapporti civili della minore con i parenti della parte ricorrente, quale effetto del vincolo adottivo in esame. Ravvisa, infatti, un elemento ostativo nel rinvio che l'art. 55 della legge n. 184 del 1983 opera alla disciplina codicistica sull'adozione delle persone maggiori di età e, specificamente, all'art. 300, secondo comma, cod. civ., che testualmente dispone: «[l']adozione non induce alcun rapporto civile [...] tra l'adottato e i parenti dell'adottante, salve le eccezioni stabilite dalla legge».

- 2.2. Il rimettente, d'altro canto, esclude che l'art. 55 della legge n. 184 del 1983, nel suo univoco rinvio all'art. 300, secondo comma, cod. civ., lasci spazio a letture alternative. In particolare, rigetta l'ipotesi di una tacita abrogazione della disposizione censurata ad opera dell'art. 74 cod. civ., nella sua nuova formulazione introdotta dall'art. 1, comma 1, della legge 10 dicembre 2012, n. 219 (Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali), secondo cui: «[l]a parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo. Il vincolo di parentela non sorge nei casi di adozione di persone maggiori di età, di cui agli articoli 291 e seguenti».

Ad avviso del rimettente, l'abrogazione tacita presupporrebbe una incompatibilità tale da rendere impossibile la simultanea applicazione della vecchia e della nuova disposizione. Simile evenienza non sussisterebbe, nel caso di specie, poiché il legislatore, all'atto di regolare le unioni civili con la legge 20 maggio 2016, n. 76 (Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze), avrebbe ribadito la distinzione fra l'adozione piena (o legittimante), preclusa alle coppie dello stesso sesso, e l'adozione in casi particolari, cui farebbe invece implicito riferimento l'art. 1, comma 20, ultimo periodo, della citata legge n. 76 del 2016, che fa salvo «quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti».

3. Ritenendo di non potersi avvalere di tale soluzione ermeneutica, il giudice a quo solleva, con riferimento agli artt. 3, 31, 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU, questioni di legittimità costituzionale del rinvio che l'art. 55 della legge n. 184 del 1983 opera all'art. 300, secondo comma, cod. civ., nella parte in cui esclude l'instaurarsi di rapporti civili tra l'adottato e i parenti dell'adottante.

Secondo il rimettente, la domanda avanzata dal ricorrente in merito al sorgere di tali vincoli parentali può trovare accoglimento solo all'esito di una declaratoria di illegittimità costituzionale, dal che inferisce la rilevanza delle questioni sollevate.

4. Sotto il profilo della non manifesta infondatezza, il giudice a quo ritiene che l'esclusione, nella disciplina dell'adozione in casi particolari, di rapporti civili fra l'adottato e i parenti dell'adottante arrechi un vulnus agli artt. 3 e 31 Cost., in quanto contrasterebbe «con il principio di parità di trattamento di tutti i figli, nati all'interno o fuori dal matrimonio e adottivi, che trova la sua fonte costituzionale negli artt. 3 e 31 Cost. ed è stato inverato dalla riforma sulla filiazione (l. 219/2012) e dal rinnovato art. 74 cc che ha reso unico senza distinzioni il vincolo di parentela che scaturisce dagli status filiali con la sola eccezione dell'adozione del maggiorenne».

Il rimettente aggiunge, con specifico riferimento alla vicenda oggetto del giudizio a quo, che «la possibilità di ricorrere all'adozione in casi particolari lett. d) [in] situazioni in cui non vi è alcun legame familiare preesistente da preservare» renderebbe discriminatorio il diniego di rapporti civili fra adottato e parenti dell'adottante e paleserebbe una «irragionevole disparità di trattamento tra i figli di coppie unite in matrimonio ed i figli adottivi di coppie unite civilmente».

La norma censurata contrasterebbe, sempre limitatamente all'esclusione dei diritti civili fra l'adottato e i parenti dell'adottante, con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 8 della CEDU, «in quanto impedi[rebbe] al minore inserito nella famiglia costituita dall'unione civile di godere piena-

mente della sua “vita privata e familiare” intesa in senso ampio, comprensiva di ogni espressione della personalità e dignità della persona ed anche del diritto alla identità dell’individuo».

5. Si sono costituiti in giudizio con il medesimo atto M. M. e S. V., padre biologico della minore, che hanno condiviso le motivazioni dell’ordinanza di rimessione e hanno lamentato la lesione anche di ulteriori parametri costituzionali.

In particolare, hanno denunciato la violazione degli artt. 3 e 30 Cost., in quanto la norma censurata contrasterebbe con il principio di unicità dello status di figlio, accolto con la riforma della disciplina sulla filiazione, di cui alla legge n. 219 del 2012 e al decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 (Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell’articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219).

Il vulnus ai parametri costituzionali viene ritenuto particolarmente evidente con riferimento allo status del minore adottato dal «partner omosessuale del genitore legale», in quanto l’adozione in casi particolari sarebbe «l’unico strumento che consente al minore di veder riconosciuto il proprio legame con il genitore d’intenzione».

In subordine alla declaratoria di illegittimità costituzionale parziale, viene invocata l’interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione censurata, nel suo rinvio all’art. 300, secondo comma, cod. civ., in adesione alla tesi che, per effetto della nuova formulazione dell’art. 74 cod. civ., ritiene possibile una interpretatio abrogans. In via ulteriormente gradata, viene espresso l’auspicio che questa Corte adotti un’ordinanza con rinvio a data certa del presente giudizio costituzionale, onde chiedere al legislatore di predisporre, nelle more, una regolamentazione conforme a Costituzione.

6. Nel giudizio è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall’Avvocatura generale dello Stato, che ha chiesto di dichiarare le questioni inammissibili o, in subordine, non fondate.
- 6.1. L’Avvocatura ha eccepito, innanzitutto, una carenza di motivazione in ordine alla competenza del tribunale per i minorenni a pronunciarsi sugli effetti inerenti alla parentela del provvedimento che decide l’adozione in casi particolari.

L’atto di intervento muove dalla considerazione che la domanda, relativa ai rapporti civili tra l’adottato e i parenti del genitore adottante, riguardi lo status del minore e rientri, pertanto, nella competenza del tribunale, ai sensi dell’art. 9 del codice di procedura civile.

Argomenti in senso contrario non sarebbero rinvenibili nella legislazione vigente, poiché la legge sulle adozioni non prevede che il tribunale per i minorenni debba pronunciarsi anche sugli effetti consequenziali all’attribuzione della filiazione e l’art. 55 della stessa legge n. 184 del 1983 non opererebbe un rinvio all’art. 277 cod. civ., secondo cui «la sentenza che dichiara la filiazione produce gli effetti del riconoscimento». Inoltre, l’art. 38 delle disposizioni per l’attuazione del codice civile, di recente novellato dalla legge n. 219 del 2012, non ascriverebbe quella in esame fra le attribuzioni del tribunale per i minorenni, stabilendo che debbano essere emessi dal tribunale «i provvedimenti relativi ai minori per i quali non è espressamente stabilita la competenza di una diversa autorità giudiziaria».

L’Avvocatura ne trae la conclusione che il giudice a quo, una volta dichiarata l’adozione, avrebbe dovuto declinare la competenza sulla domanda avente a oggetto la parentela, sicché il non averlo fatto e il non aver motivato a riguardo renderebbero le questioni sollevate inammissibili.

- 6.2. Quanto al merito, il Presidente del Consiglio dei ministri chiede che le questioni siano giudicate non fondate, sul presupposto che l’ordinamento giuridico vigente sia incentrato su due diversi modelli di adozione, tra di loro non omologabili.

L’adozione piena e legittimante presuppone – si legge nell’atto di intervento – «lo stato di abbandono del minore e comporta la rescissione di qualunque legame tra la famiglia di origine e l’adottato», che «entra a tutti gli effetti a far parte della famiglia dell’adottante». Per converso, l’adozione in casi particolari «conserva i legami dell’adottato con la famiglia d’origine e, allo stesso tempo, non comporta l’ingresso del primo nella famiglia dell’adottante».

A ciò si aggiunge che l’adozione piena è consentita «alle sole coppie coniugate e non anche alle coppie unite civilmente», mentre l’accesso all’adozione in casi particolari è permesso anche a persone non coniugate e a coppie unite civilmente.

L’Avvocatura, infine, sottolinea come «un ulteriore elemento da considerare nel caso in esame, che il Tribunale per i minorenni non ha preso in considerazione, è il fatto che il minore oggetto del procedimento è stato concepito tramite il ricorso alla surrogazione di maternità: pratica vietata e sanzionata penalmente dall’art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 e che il diritto vivente ha riconosciuto contraria all’ordine pubblico, in quanto lesiva di valori fondamentali quali la dignità umana della gestante e l’istituto dell’adozione».

L’insieme di questi fattori renderebbe ragionevole la disciplina differenziata della parentela che caratterizza i due regimi adottivi.

7. Le parti hanno successivamente depositato una memoria integrativa di replica, volta a confutare le tesi della difesa erariale.

Quanto all'eccezione di inammissibilità per omessa motivazione sulla competenza, ha osservato che i presupposti di ammissibilità del giudizio a quo sono sindacabili dalla Corte solo quando siano incontrovertibilmente carenti, mentre nella specie il rimettente avrebbe in realtà affrontato, sia pure in via implicita, il problema della competenza.

Nel merito, è stato poi ribadito che un'applicazione indiscriminata dell'art. 55 della legge n. 184 del 1983 determinerebbe effetti fortemente e irragionevolmente penalizzanti per l'interesse del minore.

8. Infine, sono state ammesse, con decreto presidenziale del 18 gennaio 2022, due opinioni scritte, ai sensi dell'art. 4-ter delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, vigente *ratione temporis*, che provengono da due associazioni di promozione sociale: "Famiglie arcobaleno: associazione genitori omosessuali" e "Rete Lenford Avvocatura per i diritti delle persone LGBTI+ Associazione di promozione sociale".

Gli amici curiae, oltre a rimarcare che un intervento del legislatore sia ormai improcrastinabile, auspicano una sentenza interpretativa di rigetto o una pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 55 della legge n. 184 del 1983, in combinato disposto con l'art. 300, secondo comma, cod. civ., nella parte in cui impedisce il sorgere di rapporti civili fra adottato e parenti dell'adottante.

9. Nell'udienza del 23 febbraio 2022 le parti e l'Avvocatura hanno insistito per l'accoglimento delle conclusioni rassegnate negli scritti difensivi.

## Considerato in diritto

1. Con ordinanza del 26 luglio 2021, iscritta al n. 143 del relativo registro dell'anno 2021, il Tribunale ordinario per i minorenni dell'Emilia Romagna, sede di Bologna, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 31 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 55 della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, secondo comma, del codice civile, stabilisce che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante.
2. Il rimettente riferisce che il ricorrente nel giudizio a quo ha chiesto, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera d), della legge n. 184 del 1983, di adottare una minore, che è figlia biologica del partner a cui è legato con un'unione civile e con il quale ha condiviso un percorso di fecondazione assistita, effettuato all'estero, che ha consentito la nascita della bambina.

Il giudice a quo afferma di poter accogliere la domanda di adozione, ma non la richiesta di riconoscimento dei rapporti civili della minore con i parenti del ricorrente. Di ostacolo a tale accoglimento sarebbe il rinvio che l'art. 55 della legge n. 184 del 1983 opera all'art. 300, secondo comma, cod. civ., nella parte in cui stabilisce che «[l']adozione non induce alcun rapporto civile [...] tra l'adottato e i parenti dell'adottante, salve le eccezioni stabilite dalla legge».

Il rimettente, dopo aver escluso che il combinato disposto normativo sopra menzionato possa ritenersi parzialmente e tacitamente abrogato dall'art. 74 cod. civ., come novellato dall'art. 1, comma 1, della legge 10 dicembre 2012, n. 219 (Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali), solleva questioni di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 3, 31 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU.

- 2.1. Constatata la rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale, il giudice a quo passa a motivare la loro non manifesta infondatezza, osservando anzitutto che l'esclusione, nella disciplina dell'adozione in casi particolari, dei rapporti civili fra l'adottato e i parenti dell'adottante arrecherebbe un *vulnus* agli artt. 3 e 31 Cost., in quanto contrasterebbe «con il principio di parità di trattamento di tutti i figli, nati all'interno o fuori dal matrimonio e adottivi, che trova la sua fonte costituzionale negli artt. 3 e 31 Cost. ed è stato invero dalla riforma sulla filiazione (l. 219/2012) e dal rinnovato art. 74 cc che ha reso unico senza distinzioni il vincolo di parentela che scaturisce dagli status filiali con la sola eccezione dell'adozione del maggiorenne».

Aggiunge, inoltre, che la norma censurata violerebbe l'art. 117, primo comma, Cost., in riferimento all'art. 8 CEDU, «in quanto impedi[rebbe] al minore inserito nella famiglia costituita dall'unione civile di godere pienamente della sua "vita privata e familiare" intesa in senso ampio, comprensiva di ogni espressione della personalità e dignità della persona ed anche del diritto alla identità dell'individuo».

3. Preliminarmente, in rito, l'Avvocatura generale dello Stato ha ravvisato una carenza di motivazione, nell'ordinanza di rimessione, in ordine alla competenza del tribunale per i minorenni ad adottare la pronuncia relativa al riconoscimento dei rapporti civili tra l'adottato e i parenti del genitore adottivo.



Tale richiesta – secondo l’Avvocatura – atterrebbe allo status del minore e dunque rientrerebbe nella competenza del tribunale, ai sensi dell’art. 9 del codice di procedura civile.

L’Avvocatura ne inferisce che il giudice a quo, una volta dichiarata l’adozione, avrebbe dovuto declinare la propria competenza: il non averlo fatto e il non aver motivato sulle ragioni di tale scelta renderebbero le questioni sollevate inammissibili.

3.1. L’eccezione non è fondata.

- 3.1.1. Come più volte affermato da questa Corte, per determinare l’inammissibilità della questione incidentale di legittimità costituzionale il difetto di competenza del giudice a quo, così come quello di giurisdizione, deve essere macroscopico e, quindi, rilevabile *ictu oculi* (con specifico riferimento alla competenza, si vedano le sentenze n. 68 del 2021 e n. 136 del 2008, nonché le ordinanze n. 144 del 2011 e n. 134 del 2000, mentre con riguardo alla giurisdizione *ex plurimis*, sentenze n. 267, n. 99 e n. 24 del 2020, n. 189 del 2018, n. 269 del 2016, n. 106 del 2013 e n. 179 del 1999).

Qualora sussista l’evidenza del vizio, o nel processo a quo siano state sollevate specifiche eccezioni a riguardo, è richiesta al rimettente una motivazione esplicita (sentenze n. 65 del 2021 e n. 267 del 2020), rispetto alla quale il giudizio di questa Corte si ferma alla valutazione del suo carattere «non implausibile, ancorché opinabile» (sentenza n. 99 del 2020; nello stesso senso, sentenze n. 24 del 2020, n. 269 del 2016, n. 106 del 2013, n. 179 del 1999).

Qualora, invece, difetti l’evidenza *ictu oculi* del vizio, l’ammissibilità della questione non è inficiata dalla mancanza di una motivazione espressa, là dove possa inferirsi che il giudice abbia non implausibilmente ritenuto implicita la sussistenza della sua competenza o giurisdizione (sentenza n. 189 del 2018).

- 3.1.2. Ebbene, nel caso di specie, occorre, innanzitutto, rilevare che l’art. 38 cod. proc. civ. prevede una rigida preclusione – costituita dalla prima udienza di trattazione – al rilievo, anche officioso, della competenza per materia. Lo scopo di tale previsione, più volte evidenziato dalla giurisprudenza di legittimità, è quello di accelerare i tempi di risoluzione delle controversie e di impedire che le basi per pervenire a una decisione sul merito della causa possano essere rimesse in discussione, a tempo indefinito, per ragioni di rito (*ex plurimis*, Corte di cassazione, sezione sesta civile, ordinanze 16 novembre 2021, n. 34569, 21 novembre 2019, n. 30473 e 15 aprile 2019, n. 1051).

In particolare, la giurisprudenza di legittimità considera tale barriera temporale, che ha natura preclusiva, applicabile non soltanto ai processi contenziosi di cognizione ordinaria, ma anche a quelli di volontaria giurisdizione da trattare in camera di consiglio (Corte di cassazione, sezione prima civile, ordinanza 22 maggio 2003, n. 8115).

Ne consegue che, nel giudizio a quo, dove non risulta che il giudice o le parti abbiano sollevato un rilievo sulla competenza, quest’ultima dovrebbe oramai reputarsi radicata e non dovrebbe essere rimessa in discussione con il giudizio di legittimità costituzionale.

- 3.2. Occorre, inoltre, osservare che l’instaurarsi dei legami parentali è un effetto legale automatico della filiazione, come si evince, in materia di adozione piena, dagli artt. 27 e 35 della legge n. 184 del 1983, che si raccordano all’art. 74 cod. civ. Non a caso, nell’ipotesi dell’adozione in casi particolari, la legge interviene espressamente per escludere l’instaurarsi di un simile effetto (per l’appunto con l’art. 55 della legge n. 184 del 1983 che rinvia all’art. 300, secondo comma, cod. civ.).

Or dunque, se la competenza a decidere con riguardo all’adozione in casi particolari spetta al tribunale per i minorenni, non è implausibile ritenere che, sulla richiesta di pronunciarsi in merito alla produzione *ex lege* dei legami parentali dalla filiazione adottiva, debba decidere lo stesso giudice competente a riconoscere il vincolo adottivo. Non si palesa, pertanto, un vizio rilevabile *ictu oculi*.

- 3.3. Tanto premesso, si deve ritenere che l’odierno rimettente, sollevando la questione di legittimità costituzionale, abbia non implausibilmente reputato implicita la propria competenza a pronunciarsi sul possibile effetto legale della pronuncia di adozione.

L’eccezione di inammissibilità va, dunque, rigettata.

4. Nel merito le questioni sono fondate.

5. Al fine di esaminare i dubbi di legittimità costituzionale sollevati, si rende necessario, in via preliminare, richiamare i tratti distintivi dell’adozione in casi particolari, che emergono sia dall’originario disegno legislativo sia dal percorso evolutivo tracciato dal diritto vivente.

- 5.1. L’istituto è stato introdotto dalla legge n. 184 del 1983 per fare fronte a situazioni particolari, nelle quali versa il minore, che inducono a consentire l’adozione a condizioni differenti rispetto a quelle richieste per l’adozione cosiddetta piena.

L’adozione in esame aggrega una varietà di ipotesi particolari riconducibili a due fondamentali rationes.

La prima consiste nel valorizzare l’effettività di un rapporto instauratosi con il minore.

«La particolare adozione dell’art. 44» – ha rilevato questa Corte nella sentenza n. 383 del 1999 – offre al minore «la possibilità di rimanere nell’ambito della nuova famiglia che l’ha accolto, formaliz-

zando il rapporto affettivo instauratosi con determinati soggetti che si stanno effettivamente occupando di lui».

A tale esigenza risponde l'adozione del bambino, orfano di ambo i genitori, da parte di persone a lui unite o «da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento» (art. 44, comma 1, lettera a). Si ascrive, inoltre, alla medesima ratio l'adozione del bambino da parte del «coniuge nel caso in cui il minore sia figlio del genitore anche adottivo dell'altro coniuge» (art. 44, comma 1, lettera b), poiché il bambino vive in quel nucleo familiare.

La seconda ragione giustificativa, che emerge dal dato normativo, risiede nella difficoltà o nella impossibilità per taluni minori di accedere all'adozione piena.

Vi rientrano il caso dell'orfano di entrambi i genitori, che «si trovi nelle condizioni indicate dall'art. 3, comma 1, della l. 5 febbraio 1992, n. 104» (art. 44, comma 1, lettera c) – sia cioè persona «che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione» – nonché l'ipotesi del minore non adottabile in ragione della «constatata impossibilità di affidamento preadottivo» (art. 44, comma 1, lettera d).

Le situazioni particolari richiamate e le motivazioni che sottendono giustificano l'accesso a questa adozione anche – o, nel caso della lettera b), solo – a persone singole, oltre che a persone coniugate (art. 44, comma 3).

Al contempo, i suoi presupposti applicativi, avulsi dall'accertamento di uno stato di abbandono – che pure nel caso dell'art. 44, comma 1, lettera d), può di fatto sussistere – spiegano il necessario assenso dei genitori, ove questi vi siano, e il persistere di legami con la famiglia d'origine. Non si rinviene, infatti, nell'adozione in casi particolari una disposizione di tenore analogo all'art. 27, comma 3, della legge n. 184 del 1983, secondo cui, con l'adozione piena, «cessano i rapporti dell'adottato verso la famiglia d'origine, salvi i divieti matrimoniali».

5.2. Al dato legislativo, che evoca i lineamenti di un istituto marginale e peculiare, è subentrata un'evoluzione del diritto vivente, che ha iniziato a valorizzare alcune specificità di tale adozione e ad ampliarne gradualmente il raggio applicativo. Estendendo in via ermeneutica la nozione di impossibilità, di cui all'art. 44, comma 1, lettera d), della legge n. 184 del 1983 – che viene riferita all'impedimento giuridico, oltre che a quello di fatto – la giurisprudenza ha aperto due nuovi itinerari interpretativi nel solco delle originarie rationes.

5.2.1. Il primo è racchiuso nell'efficace immagine dell'adozione aperta o mite.

Il minore non abbandonato, ma i cui genitori biologici versino in condizioni che impediscono in maniera permanente l'effettivo esercizio della responsabilità genitoriale (cosiddetto «semi-abbandono permanente»), può sfuggire al destino del ricovero in istituto o al succedersi di affidamenti temporanei, tramite l'adozione in casi particolari, che viene applicata sul presupposto dell'impossibilità di accedere all'adozione piena (art. 44, comma 1, lettera d), impossibilità dovuta proprio alla mancanza di un abbandono in senso stretto.

L'adozione in casi particolari, che non recide i legami con la famiglia d'origine, consente, pertanto, di non forzare il ricorso all'adozione piena. Quest'ultima, in difetto di un vero e proprio abbandono, andrebbe a ledere il «diritto al rispetto della vita familiare» dei genitori biologici, come sottolinea la Corte EDU, la quale cautamente suggerisce proprio il percorso della «adozione semplice» (Corte EDU, sentenza 21 gennaio 2014, Zhou contro Italia, paragrafo 60; di seguito, in senso analogo, Corte EDU, grande camera, sentenza 10 settembre 2019, Strand Lobben e altri contro Norvegia, paragrafi 202-213 e sentenza 13 ottobre 2015, S.H. contro Italia, paragrafi 48-50 e 57).

Inizia, dunque, a rovesciarsi – come osserva la giurisprudenza di legittimità (Corte di cassazione, sezione prima civile, ordinanze 15 dicembre 2021, n. 40308, 22 novembre 2021, n. 35840, 25 gennaio 2021, n. 1476 e 13 febbraio 2020, n. 3643) – l'originaria raffigurazione dell'istituto in esame quale extrema ratio rispetto all'adozione piena.

5.2.2. Il secondo itinerario introdotto dal diritto vivente, sempre nel solco dell'art. 44, comma 1, lettera d), della legge n. 184 del 1983, riguarda, invece, la situazione di minori che hanno una relazione affettiva con il partner del genitore biologico, quando il primo è giuridicamente impossibilitato ad adottare il minore.

Si tratta, per un verso, del convivente di diverso sesso del genitore biologico, che non rientra nella lettera b) riferita al solo coniuge. Per un altro verso, vengono in considerazione il partner in un'unione civile o il convivente dello stesso sesso del genitore biologico, che hanno spesso condiviso con quest'ultimo un percorso di procreazione medicalmente assistita (PMA) effettuata all'estero, posto che la legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) consente l'accesso alla PMA alle sole coppie di diverso sesso.

Il combinarsi delle due finalità sottese all'adozione in casi particolari – quella volta a tutelare l'interesse del minore a preservare rapporti già instaurati e quella diretta a risolvere situazioni di giuridica

impossibilità ad accedere all'adozione piena – ha indotto la giurisprudenza a consentire, anche nelle citate ipotesi, l'accesso all'adozione in casi particolari.

- 5.2.3. Rispetto a questo secondo percorso evolutivo del diritto vivente, che interseca questioni legate alla procreazione medicalmente assistita e al ricorso all'estero alla PMA e talora alla surrogazione di maternità, questa Corte ha già in passato evidenziato diverse sfaccettature del fenomeno tra di loro interconnesse.

Innanzitutto, ha inteso escludere che il «desiderio di genitorialità», attraverso il ricorso alla procreazione medicalmente assistita «lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati», possa legittimare un presunto «diritto alla genitorialità comprensivo non solo dell'an e del quando, ma anche del quomodo» (sentenza n. 221 del 2019). Inoltre, questa Corte ha, in particolare, ribadito le ragioni del divieto di surrogazione di maternità, che «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane» (sentenza n. 272 del 2017 e, da ultimo, sentenza n. 33 del 2021), assecondando un'inaccettabile mercificazione del corpo, spesso a scapito delle donne maggiormente vulnerabili sul piano economico e sociale (in senso analogo, ancora, sentenza n. 33 del 2021).

D'altro canto, lo sforzo di arginare tale pratica – sforzo che richiede impegni anche a livello internazionale – non consente di ignorare la realtà di minori che vivono di fatto in una relazione affettiva con il partner del genitore biologico.

Anche questa Corte – confrontandosi con il diritto vivente – ha ritenuto che l'adozione in casi particolari, lungi dal dare rilevanza al solo consenso e dall'assecondare attraverso automatismi il mero desiderio di genitorialità, dimostri una precipua vocazione a tutelare «l'interesse del minore [...] a mantenere relazioni affettive già di fatto instaurate e consolidate» (sentenze n. 32 del 2021, n. 221 del 2019; nello stesso senso, sentenza n. 272 del 2017). L'adozione in casi particolari presuppone, infatti, un giudizio sul miglior interesse del minore e un accertamento sull'idoneità dell'adottante, fermo restando che non può una valutazione negativa sull'idoneità all'assunzione della responsabilità genitoriale fondarsi sul mero «[“]orientamento sessuale del richiedente l'adozione e del suo partner (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 22 giugno 2016, n. 12962)“ (sentenza n. 221 del 2019)» (sentenza n. 230 del 2020).

Il focus del diritto vivente e della giurisprudenza di questa Corte si è, dunque, concentrato sul primario interesse del minore, principio che è riconducibile agli artt. 2, 30 (sentenze n. 102 del 2020 e n. 11 del 1981) e 31 Cost. (sentenze n. 102 del 2020, n. 272, n. 76 e n. 17 del 2017, n. 205 del 2015, n. 239 del 2014) e che viene proclamato anche da molteplici fonti internazionali, indirettamente o direttamente vincolanti il nostro ordinamento (la Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176; la Dichiarazione sui principi sociali e legali riguardo alla protezione e sicurezza sociale dei bambini, approvata a New York il 3 dicembre 1986; il Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali, adottato a New York il 16 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo con legge 25 ottobre 1977, n. 881; la Convenzione di Strasburgo in materia di adozione, elaborata dal Consiglio d'Europa, entrata in vigore il 26 aprile 1968 e ratificata dall'Italia con la legge 22 maggio 1974, n. 357, nonché da fonti europee (l'art. 24, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, CDFUE, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007; gli artt. 8 e 14 CEDU), come rispettivamente interpretate dalla Corte di giustizia e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Proprio l'attenzione rivolta all'interesse del minore ha indotto, pertanto, di recente, questa Corte ad allargare lo sguardo dai meri presupposti di accesso all'adozione in casi particolari alla condizione giuridica del minore adottato in tali casi.

Simile più ampia prospettiva ha portato, dunque, a rilevare che, se l'istituto in esame offre «una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa», nondimeno esso non appare ancora «del tutto adeguat[o] al metro dei principi costituzionali e sovranazionali» (sentenza n. 33 del 2021; in senso conforme, sentenze n. 32 del 2021 e n. 230 del 2020).

Fra le criticità segnalate spicca quella oggetto del presente giudizio. L'adozione in casi particolari «non assicura la creazione di un rapporto di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante» (sentenza n. 32 del 2021), «stante il perdurante richiamo operato dall'art. 55 della legge n. 184 del 1983 all'art. 300 cod. civ.» (sentenza n. 33 del 2021).

6. Il chiaro dato testuale della disposizione di rinvio e la sua incidenza su uno snodo centrale della disciplina dell'adozione in casi particolari inducono questa Corte a escludere – come del resto già in precedenza rilevato (sentenze n. 33 e n. 32 del 2021) e come sostenuto anche dal giudice rimettente – che la norma censurata possa ritenersi tacitamente abrogata per effetto della modifica dell'art. 74 cod. civ., introdotta dall'art. 1, comma 1, della legge n. 219 del 2012.

Vero è che il nuovo art. 74 cod. civ. prevede che «[I]a parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo. Il vincolo di parentela non sorge nei casi di adozione di persone maggiori di età, di cui agli articoli 291 e seguenti». E non può negarsi che, stante il riconoscimento al minore adottato con l'adozione piena dello «stato di figlio nato nel matrimonio degli adottanti» (art. 27 della legge n. 184 del 1983), l'art. 74 cod. civ., dove evoca «la fi-

liazione [...] avvenuta nel matrimonio», dovrebbe già ricomprendere il figlio che è considerato «nato nel matrimonio» in virtù dell'adozione legittimante. Sembrerebbe, dunque, potersi inferire che il successivo richiamo al figlio «adottivo», con la sola esclusione dell'adozione di persone maggiori d'età, riguardi in effetti i minori adottati in casi particolari.

Ciò nondimeno – come già anticipato – la presenza di un ostacolo chiaro e inequivoco, qual è il rinvio della disposizione censurata all'art. 300, secondo comma, cod. civ., la sua mancata inclusione nell'art. 106 del decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 (Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219), che indica le disposizioni abrogate dalla riforma della filiazione, nonché il carattere fortemente innovativo della previsione di rapporti civili tra il minore adottato in casi particolari e i parenti dell'adottante portano a escludere che un simile mutamento normativo possa ritenersi realizzato con una mera abrogazione tacita e che la via ermeneutica sia sufficiente a superare il dubbio di legittimità costituzionale.

7. Escluso tale itinerario, questa Corte deve, pertanto, valutare se il diniego di relazioni familiari tra l'adottato e i parenti dell'adottante determini, in contrasto con gli artt. 3 e 31 Cost., un trattamento discriminatorio del minore adottato rispetto all'unicità dello status di figlio e alla condizione giuridica del minore, avendo riguardo alla ratio della normativa che associa a tale status il sorgere dei rapporti parentali (sul giudizio che indaga il carattere discriminatorio di una disposizione si vedano, *ex plurimis*, le sentenze di questa Corte n. 276 del 2020, n. 241 del 2014, n. 5 del 2000 e n. 89 del 1996 e l'ordinanza n. 43 del 2021).
- 7.1. L'attuale disciplina dei rapporti parentali è espressione della unicità dello status di figlio e, al contempo, risponde al bisogno di tutela dell'interesse del minore, vero principio ispiratore della riforma della filiazione, introdotta nel biennio 2012-2013 (legge n. 219 del 2012 e d.lgs. n. 154 del 2013).
- 7.1.1. «Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico», recita il nuovo art. 315 cod. civ., e lo stato giuridico di figlio è il fulcro da cui si diramano i legami familiari, accomunati dal medesimo stipite (art. 74 cod. civ.).

Il soggetto, divenuto figlio, entra nella rete parentale che fa capo allo stipite da cui discende ciascuno dei suoi genitori, senza che le linee parentali siano condizionate dalla relazione giuridica fra i genitori. Il figlio nato fuori dal matrimonio è partecipe di due rami familiari tra di loro giuridicamente non comunicanti.

La spinta del principio di eguaglianza, alla luce dell'evoluzione della coscienza sociale, ha, dunque, inciso sulla concezione stessa dello status di figlio, che in sé attrae l'appartenenza a una comunità familiare, secondo una logica fondata sulle responsabilità che discendono dalla filiazione e sull'esigenza di perseguire il miglior interesse del minore.

Il legislatore della riforma del 2012-2013, nel valorizzare i legami parentali attratti dalla filiazione, ha disegnato un complesso di diritti e di doveri facenti capo ai parenti, che accompagnano il percorso di crescita del minore, con l'apporto di relazioni personali e di tutele patrimoniali.

Il figlio ha diritto «a mantenere rapporti significativi con i parenti» (art. 315-bis cod. civ.), a prescindere dal sussistere di legami fra i genitori (art. 337-ter cod. civ.). In particolare, i nonni sono tenuti a concorrere al mantenimento dei nipoti in via sussidiaria (art. 316-bis cod. civ.) e hanno «il diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni», nel rispetto dell'«esclusivo interesse del minore» (art. 317-bis cod. civ.).

A questo nucleo di previsioni riformate, che accentuano il rilievo personalistico delle relazioni familiari, si aggiungono, poi, gli ulteriori effetti che, a partire dalle relazioni parentali, si diramano nell'intero sistema giuridico e concorrono alla tutela del figlio e alla costruzione dell'identità del minore.

- 7.1.2. La normativa appena richiamata è, dunque, espressione sia del principio di eguaglianza sia del principio di tutela dell'interesse del minore che – come più volte ha evidenziato questa Corte (sentenze n. 102 del 2020, n. 272, n. 76 e n. 17 del 2017, n. 205 del 2015, n. 239 del 2014) – si radica anche nell'art. 31, secondo comma, Cost., che impegna la Repubblica a proteggere «l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo».

Non vi è dubbio, infatti, che la riforma della disciplina della parentela e dei suoi effetti sul piano personale, prima ancora che patrimoniale, siano focalizzati proprio sulla protezione del minore e sull'esigenza che egli cresca con il sostegno di un adeguato ambiente familiare, fermo poi restando che lo stato di figlio perdura per l'intera esistenza del soggetto.

La rete dei legami parentali incarna, dunque, uno dei possibili istituti che la Repubblica è chiamata a favorire al fine di proteggere, con una proiezione orizzontale dell'obiettivo costituzionale, l'interesse del minore.

8. Chiariti i tratti della disciplina che opera quale *tertium comparationis* e la ratio della normativa sui legami parentali, con il suo ispirarsi a principi costituzionali, occorre ora verificare se la condizione giuridica del minore adottato in casi particolari possa essere equiparata allo status di figlio minore e se sussistano o meno ragioni che giustificano il mancato instaurarsi di rapporti civili «tra l'adottato e i parenti dell'adottante», sì da escludere la irragionevolezza della disparità di trattamento.
- 8.1. Innanzitutto, l'adozione in casi particolari riguarda i minori e si fonda sull'accertamento giudiziale che essa realizza il «preminente interesse del minore» (art. 57, comma 1, della legge n. 184 del 1983), obiet-



tivo primario e principio ispiratore di tale istituto, come costantemente ribadito anche da questa Corte (sentenze n. 33 e 32 del 2021; n. 221 del 2019; n. 272 del 2017; n. 183 del 1994).

Quanto agli effetti che l'adozione in casi particolari genera, numerosi indici legislativi depongono nel senso del riconoscimento dello stato di figlio.

La condizione di figlio adottivo presenta, innanzitutto, i caratteri della tendenziale stabilità e permanenza, nonché dell'indisponibilità, come è tipico di uno status.

Il legislatore, inoltre, si avvale di un lessico inequivoco nell'identificare il rapporto fra genitore e figlio; utilizza cioè un linguaggio ben diverso da quello che adopera per altri istituti anch'essi finalizzati a proteggere il minore, quali la nomina del tutore o l'affidamento temporaneo.

L'adottante, ai sensi dell'art. 48, commi 1 e 2, della legge n. 184 del 1983, assume la «responsabilità genitoriale» e ha «l'obbligo di mantenere l'adottato, di istruirlo ed educarlo conformemente a quanto prescritto dall'art. 147 del codice civile», vale a dire la norma che contempla i «doveri verso i figli». Si applicano, inoltre, gli artt. 330 e seguenti cod. civ. (art. 51, comma 4, e 52, comma 4, della legge n. 184 del 1983).

In sostanza, si sommano la responsabilità genitoriale e i doveri verso i figli agli altri molteplici effetti dell'adozione di matrice codicistica: l'adottante trasmette il suo cognome all'adottato, che diviene suo erede non solo legittimo, ma legittimario; se il figlio adottivo non può o non vuole ereditare dall'adottante, opera la rappresentazione a beneficio dei suoi discendenti; l'adozione determina l'automatica revoca del testamento dell'adottante; sorgono fra adottato e adottante reciproci obblighi alimentari; il figlio adottivo è ricompreso nell'«ambito della famiglia» di cui all'art. 1023 cod. civ.; i vincoli parentali rilevano ai fini dei divieti matrimoniali.

E ancora, se è vero che lo status è appartenenza a una comunità, non può tacersi che il legislatore, ancor prima che la novella di riforma dell'art. 74 cod. civ. alludesse al possibile sorgere di rapporti familiari, ha palesato, con l'art. 57, comma 2, della legge n. 184 del 1983, che l'adozione di un minore non può prescindere dal suo inserimento in un contesto familiare. Nel decidere sull'adozione in casi particolari, il giudice deve verificare non soltanto «l'idoneità affettiva e la capacità di educare e istruire il minore» dell'adottante, ma anche valutare «l'ambiente familiare degli adottanti».

- 8.2. Il quadro normativo richiamato palesa, dunque, che il minore adottato ha lo status di figlio e nondimeno si vede privato del riconoscimento giuridico della sua appartenenza proprio a quell'ambiente familiare, che il giudice è chiamato, per legge (art. 57, comma 2, della legge n. 184 del 1983), a valutare, al fine di deliberare in merito all'adozione. Ne consegue che, a dispetto della unificazione dello status di figlio, al solo minore adottato in casi particolari vengono negati i legami parentali con la famiglia del genitore adottivo.

Irragionevolmente un profilo così rilevante per la crescita e per la stabilità di un bambino viene regolato con la disciplina di un istituto, qual è l'adozione del maggiore d'età, plasmato su esigenze prettamente patrimoniali e successorie.

La norma censurata priva, in tal modo, il minore della rete di tutele personali e patrimoniali scaturenti dal riconoscimento giuridico dei legami parentali, che il legislatore della riforma della filiazione, in attuazione degli artt. 3, 30 e 31 Cost., ha voluto garantire a tutti i figli a parità di condizioni, perché tutti i minori possano crescere in un ambiente solido e protetto da vincoli familiari, a partire da quelli più vicini, con i fratelli e con i nonni.

Al contempo, la disciplina censurata lede il minore nell'identità che gli deriva dall'inserimento nell'ambiente familiare del genitore adottivo e, dunque, dall'appartenenza a quella nuova rete di relazioni, che di fatto vanno a costruire stabilmente la sua identità.

- 8.3. La connotazione discriminatoria della norma censurata non può, d'altro canto, reputarsi superata adducendo, quale ragione giustificativa della diversità di trattamento del minore adottato in casi particolari, la circostanza che tale adozione non recide i legami con la famiglia d'origine.

In realtà, l'aggiunta dei legami familiari accomunati dallo stipite, da cui deriva il genitore adottivo, a quelli accomunati dallo stipite, da cui discende il genitore biologico, non è che la naturale conseguenza di un tipo di adozione che può pronunciarsi anche in presenza dei genitori biologici e che vede, dunque, il genitore adottivo, che esercita la responsabilità genitoriale, affiancarsi a quello biologico.

Come sottolinea la più recente giurisprudenza di legittimità, «l'adozione in casi particolari ex art. 44 l. adoz. crea un vincolo di filiazione giuridica che si sovrappone a quello di sangue, non estinguendo il rapporto con la famiglia di origine» (Corte di cassazione, sezione prima civile, ordinanza 22 novembre 2021, n. 35840; Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza 13 maggio 2020, n. 8847).

Deve, allora, ritenersi che, se l'unicità dello status di figlio si spiega dove serve a evitare il contrasto fra due diverse verità (art. 253 cod. civ.), viceversa, quando è lo stesso legislatore ad affiancare al genitore biologico il genitore adottivo e a sovrapporre due vincoli di filiazione, l'unicità della famiglia si tramuta in un dogma, che tradisce il retaggio di una logica di appartenenza in via esclusiva.

Senonché l'idea per cui si possa avere una sola famiglia appare smentita proprio dalla riforma della filiazione e da come il principio di eguaglianza si è riverberato sullo status filiationis. Il figlio nato

fuori dal matrimonio ha, infatti, a ben vedere, due distinte famiglie giuridicamente tra di loro non comunicanti.

Occorre, poi, ulteriormente precisare che la disciplina censurata non trova alcuna giustificazione nell'assunto di evitare una distonia nell'avere una famiglia adottiva, oltre a quella d'origine.

Tale motivazione è, invero, contraddetta dall'esigenza di proteggere l'identità del minore, che è quella di un bambino che vive in un nuovo nucleo familiare, anche se talora continua ad avere dei rapporti con i parenti d'origine o con lo stesso genitore biologico. L'identità stessa del bambino è connotata da questa doppia appartenenza, e disconoscere i legami che scaturiscono dal vincolo adottivo, quasi fossero compensati dai rapporti familiari di sangue, equivale a disconoscere tale identità e, dunque, non è conforme ai principi costituzionali.

Del resto, proprio l'esigenza di rispettare l'identità del minore spiega la necessità di riconoscere i nuovi legami familiari, anche nel caso in cui il bambino orfano venga adottato dai suoi stessi parenti.

L'adozione già oggi incide giuridicamente sul rapporto dell'adottante con il minore, sicché nel caso in cui, ad esempio, la zia adotta il nipote, al suo precedente ruolo si sovrappone quello di madre adottiva, con tutti gli effetti giuridici che ne conseguono. Non si comprende, allora, perché questo non debba coinvolgere anche gli altri componenti del nucleo familiare.

Ma, soprattutto, se si ripercorre la casistica che dà accesso all'adozione in casi particolari ci si avvede che si tratta di situazioni che richiedono di potenziare le tutele e non certo di ridurle. Vengono in considerazione minori orfani o orfani con disabilità, che sono adottati da terzi quando non vi sia la disponibilità dei parenti (art. 44, comma 1, lettere a e c); minori abbandonati (e dunque senza una famiglia che si prenda cura di loro), ma non adottabili (art. 44, comma 1, lettere d); minori semi-abbandonati, con genitori e famiglie inidonei ad occuparsi adeguatamente di loro (art. 44, comma 1, lettera d); minori che vivono in un nuovo nucleo familiare (art. 44, comma 1, lettera b); minori che hanno un solo genitore (art. 44, comma 1, lettera d).

Si tratta, in sostanza, di bambini o ragazzi per i quali la nuova rete di rapporti familiari non è certo un privilegio, quanto piuttosto costituisce, oltre che un consolidamento della tutela rispetto a situazioni peculiari e delicate, il doveroso riconoscimento giuridico di relazioni, che hanno una notevole incidenza sulla crescita e sulla formazione di tali minori e che non possono essere negate, se non a costo di incidere sulla loro identità.

9. Evidenziate le ragioni del contrasto con gli artt. 3 e 31, secondo comma, Cost., la norma censurata palesa una violazione anche dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 8 CEDU, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

La Corte EDU, oltre ad aver interpretato in senso ampio il concetto di vita familiare, di cui all'art. 8 CEDU, includendovi le relazioni adottive che devono creare vincoli non diversi da quelli biologici (Corte EDU, sentenza, 28 novembre 2011, Negrepontis-Giannisis contro Grecia; sentenza 15 dicembre 2004, Plau e Puncernau contro Andorra; sentenza 13 giugno 1979, Marckx contro Belgio), ha anche precisato – in una risalente e storica sentenza relativa a una disciplina, che consentiva alla madre non coniugata di creare un legame con la figlia “illegittima” solo tramite l'adozione semplice – che simile istituto determinava una violazione dell'obbligo positivo a garantire la vita familiare. Tale adozione era, infatti, inidonea a far sorgere legami parentali, che – secondo la Corte EDU – rappresentano «una parte considerevole della vita familiare» (Corte EDU sentenza 13 giugno 1979, Marckx contro Belgio, paragrafo 45, secondo cui «[i]n the Court's opinion, “family life” within the meaning of Article 8 includes the ties between near relatives, for instance those between grandparents and grandchildren, since such relatives may play a considerable part in family life. “Respect” for a family life so understood implies an obligation for the State to act in a manner calculated to allow these ties to develop normally»).

Al contempo, la Corte EDU ha messo in luce come la filiazione riguardi un profilo basilare dell'identità stessa del minore, il che attrae tale concetto nella nozione di vita privata e familiare (Corte EDU, sentenza 26 settembre 2014, Mennesson contro Francia, paragrafi 96-101; sentenza 26 settembre 2014, Labassee contro Francia, paragrafi 75-80).

Di recente, poi, la Corte EDU è intervenuta con specifico riferimento alla posizione dei minori nati a seguito del ricorso alla tecnica della surrogazione di maternità – la fattispecie oggetto del giudizio a quo – e ha fornito, a riguardo, una duplice indicazione ermeneutica.

Da un lato, ha escluso che dall'art. 8 CEDU si possa inferire un diritto al riconoscimento dei rapporti di filiazione conseguiti all'estero, facendo ricorso alla surrogazione di maternità, e ha dato atto di un ampio margine di apprezzamento spettante agli Stati membri in merito alla possibilità di riconoscere tali rapporti di filiazione (Corte EDU, sentenza 18 agosto 2021, Valdís Fjölnisdóttir e altri contro Islanda, paragrafi 66-70 e 75; sentenza 24 gennaio 2017, Paradiso e Campanelli contro Italia, paragrafi 197-199; sentenza Mennesson, paragrafo 74; sentenza Labassee, paragrafo 58).

Da un altro lato, ove emerga l'esigenza di tutelare l'interesse del minore a preservare un legame che de facto si sia venuto a consolidare con il genitore d'intenzione, la Corte EDU ha sottolineato che, in tal caso, debba essere riconosciuto un rapporto di filiazione anche a tutela della stessa identità del minore

(Corte EDU, sentenza Mennesson, paragrafi 80, 87 e seguenti; sentenza Labassee, paragrafi 75-80; nonché, sulle circostanze che fanno emergere l'interesse del minore da preservare, si veda anche sentenza Paradiso e Campanelli, paragrafo 148).

A fronte di tale interesse, la Corte EDU ha poi precisato che gli Stati membri, pur restando liberi di individuare l'istituto più consono a garantire la tutela del minore, nel bilanciamento con le varie esigenze implicate, incontrano nondimeno un limite al loro margine di apprezzamento nella «condizione che le modalità previste dal diritto interno garantiscano l'effettività e la celerità della sua messa in opera, conformemente all'interesse superiore del bambino» (sentenza di questa Corte n. 33 del 2021, che richiama il paragrafo 51, della sentenza della Corte EDU, 16 luglio 2020, D. contro Francia; in senso conforme si vedano anche la decisione 12 dicembre 2019, C. ed E. contro Francia, paragrafo 42, nonché Corte EDU, grande camera, parere consultivo 9 aprile 2019, paragrafo 54, reso ai sensi del Protocollo n. 16, non ratificato dall'Italia).

Ebbene, poiché il riconoscimento al minore di legami familiari con i parenti del genitore, in conseguenza dell'acquisizione dello stato di figlio, riveste – come si è sopra evidenziato (Corte EDU, sentenza Marckx, paragrafo 45) – un significato pregnante e rilevante nella nozione di “vita familiare” e va a comporre la stessa identità del bambino (sentenza Mennesson, paragrafi 96-101; sentenza Labassee, paragrafi 75-80), si deve ritenere che la norma censurata, ponendosi in contrasto con l'art. 8 CEDU, violi gli obblighi internazionali di cui all'art. 117, primo comma, Cost.

La declaratoria di illegittimità costituzionale rimuove, dunque, un ostacolo all'effettività della tutela offerta dall'adozione in casi particolari (Corte EDU, sentenza D. contro Francia, paragrafo 51; decisione C. ed E. contro Francia, paragrafo 42; nonché il parere del 9 aprile 2019, paragrafo 54) e consente a tale istituto, la cui disciplina tiene in equilibrio molteplici istanze implicate nella complessa vicenda, di garantire una piena protezione all'interesse del minore.

10. In conclusione, l'art. 55 della legge n. 184 del 1983, nella parte in cui esclude, attraverso il rinvio all'art. 300, secondo comma, cod. civ., l'instaurarsi di rapporti civili tra il minore adottato in casi particolari e i parenti dell'adottante, viola gli artt. 3, 31, secondo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU.

La rimozione della disposizione censurata nel suo rinvio all'art. 300, secondo comma, cod. civ. non richiede coordinamenti sistematici, poiché, con riferimento alle relazioni parentali, è l'art. 74 cod. civ., come novellato nel 2012, che svolge tale precipua funzione.

La declaratoria di parziale illegittimità costituzionale non fa che rimuovere l'ostacolo legislativo che impediva di riferire il richiamo al figlio adottivo, di cui all'art. 74 cod. civ., al minore adottato in casi particolari.

Tale esito consente, pertanto, l'espansione dei legami parentali tra il figlio adottivo e i familiari del genitore adottante che condividono il medesimo stipite, mantenendo – grazie alla definizione adamantina dell'art. 74 cod. civ. – la distinzione fra i parenti della linea adottiva e quelli della linea biologica.

La chiarezza del meccanismo disegnato dall'art. 74 cod. civ. permette, di riflesso, di applicare, in maniera del tutto lineare, le conseguenze e gli effetti giuridici che nel sistema normativo discendono dalla sussistenza dei legami familiari, sicché potranno applicarsi al figlio adottivo tutte le norme che hanno quale presupposto l'esistenza di rapporti civili fra l'adottato e i parenti dell'adottante.

## Per Questi Motivi

### LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 55 della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, secondo comma, del codice civile, prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 23 febbraio 2022.

F.to:

Giuliano AMATO  
Presidente

Emanuela NAVARRETTA  
Redattrice

Roberto MILANA  
Direttore della Cancelleria

Depositata in Cancelleria il 28 marzo 2022.

Il Direttore della Cancelleria  
F.to: Roberto MILANA

*Corte di cassazione, prima sezione civile*

**Ordinanza del 18 ottobre 2021, depositata il 21 gennaio 2022**

COPPIA OMOSESSUALE – BAMBINO NATO CON GESTAZIONE PER ALTRI – ATTO DI NASCITA STRANIERO – RICONOSCIMENTO DI EFFICACIA GIURIDICA – ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE – NOZIONE – RIMESIONE ALLE SEZIONI UNITE

In seguito alla sentenza della Corte costituzionale n. 33 del 2021 che ha chiarito che l'adozione in casi particolari non configura idonea protezione del minore nato in seguito a surrogazione di maternità realizzata all'estero, si impone la nuova trasmissione alle Sezioni unite al fine di verificare se in tale ipotesi il giudice debba mettere a confronto, in concreto, l'interesse del minore a che vengano rispettati i suoi diritti fondamentali alla identità personale e alla vita familiare con la tutela della dignità della donna coinvolta nel processo procreativo mediante gestazione per altri e con la legittima aspirazione dello Stato a scoraggiare pratiche elusive del divieto di surrogazione di maternità.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. BISOGNI Giacinto	<i>Presidente</i>
Dott. IOFRIDA Giulia	<i>Consigliere</i>
Dott. CAIAZZO Rosario	<i>rel. Consigliere</i>
Dott. SCALIA Laura	<i>Consigliere</i>
Dott. FIDANZIA Andrea	<i>Consigliere</i>

ha pronunciato la seguente:  
ORDINANZA INTERLOCUTORIA

sul ricorso n. 30401/2018 proposto da:

Ministero dell'Interno, in persona del Ministro pro-tempore; Sindaco del Comune di Verona, nella qualità di Ufficiale del Governo, elett.te domiciliati in Roma, alla via dei Portoghesi n. 12, presso l'Avvocatura Generale dello Stato, che li rappresenta e difende;

- ricorrenti -

contro

X, Y, in proprio e quali genitori del minore Z, elett.te domiciliati presso l'avv. Alexander Schuster, il quale li rappresenta e difende, con procura speciale in calce al controricorso e ricorso incidentale;

- controricorrenti -

contro

Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Venezia;

- intimato -

nonché

X, Y., in proprio e quali genitori del minore Z., elett.te domiciliati presso l'avv. Alexander Schuster, il quale li rappresenta e difende, con procura speciale in calce al controricorso e ricorso incidentale;

- ricorrenti incidentali -

contro

Ministero dell'Interno, in persona del Ministro pro-tempore; Sindaco del Comune di Verona, nella qualità di Ufficiale del Governo, elett.te domiciliati in Roma, alla via dei Portoghesi n. 12, presso l'Avvocatura Generale dello Stato, che li rappresenta e difende;

- intimati -



avverso la sentenza n. 6775/2018 della CORTE D'APPELLO di VENEZIA, depositata il 16/07/2018; udita la relazione della causa svolta nell'udienza pubblica del 18/10/2021 dal Cons. rel., Dott. CAIAZZO ROSARIO;

letta la requisitoria del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale, Dott.ssa CERONI Francesca, la quale ha concluso per la trasmissione del ricorso alle Sezioni Unite.

## Fatti di causa

I sigg.ri X e Y. hanno proposto ricorso ex art. 702bis c.p.c. alla Corte di appello di Venezia a seguito del rifiuto loro opposto dall'ufficiale di stato civile del Comune di Verona, di trascrivere l'atto di nascita del minore Z., nato in Q, nel quale si attesta che il medesimo è il figlio dei ricorrenti.

Al riguardo, i ricorrenti, cittadini italiani, coniugati in Canada, con matrimonio trascritto in Italia nel registro delle unioni civili nel ....., hanno allegato che: il bambino era nato con le modalità tipiche della gestazione per altri (cd. G.P.A. o "maternità surrogata"), essendo la fecondazione avvenuta tra un'ovocita di una donatrice anonima e i gameti di F.P., con successivo impianto dell'embrione nell'utero di una diversa donna, non anonima, che aveva portato a termine la gravidanza e partorito il bambino; al momento della nascita le Autorità canadesi avevano formato un atto di nascita nel quale era indicato, come unico genitore, F.P., mentre né la donatrice dell'ovocita, né la cd. "madre gestazionale" erano dichiarate madri del minore. A seguito del ricorso presso la Suprema Corte della British Columbia, i ricorrenti avevano ottenuto, in data ....., una sentenza nella quale si dichiarava che entrambi erano genitori del minore con la conseguente modifica dell'atto di nascita. L'ufficiale di stato civile del Comune di Verona aveva però rifiutato la richiesta avanzata il 16.12.17, di rettificare l'atto di nascita, sia perché già esisteva un atto di nascita trascritto, sia per l'assenza di dati normativi certi e di precedenti favorevoli da parte della giurisprudenza di legittimità alla richiesta di rettifica. Pertanto, i ricorrenti hanno chiesto, a norma della L. 2 agosto 1995, n. 218, art. 67 l'esecutorietà in Italia della sentenza emessa in Canada nel ....., al fine di ottenere la trascrizione dell'atto di nascita del minore, invocando l'applicazione del combinato disposto della L. n. 218 del 1995, artt. 33, 65 e 66 e rilevando la non contrarietà all'ordine pubblico della suddetta sentenza canadese, già passata in giudicato, e la liceità delle condotte che hanno determinato la nascita del bambino secondo le leggi del Paese in cui sono state poste in essere.

L'Avvocatura dello Stato si è costituita per il Sindaco del Comune di Verona e per il Ministero dell'Interno, sollevando varie eccezioni preliminari e d'inammissibilità della domanda per contrarietà all'ordine pubblico; parimenti il Pubblico Ministero è intervenuto opponendosi all'accoglimento del ricorso.

Con ordinanza del 16.7.18, la Corte d'appello di Venezia, in accoglimento del ricorso, ha accertato che la sentenza emessa dalla Suprema Corte della British Columbia in data 8.9.17 - che aveva riconosciuto X e Y. quali genitori di Z., nato il ....., a Q - possedeva i requisiti per il riconoscimento a norma della L. n. 218 del 1995, art. 67.

In particolare, la Corte territoriale veneziana nella sua motivazione ha osservato che: nella materia in esame vige tra i diritti fondamentali la tutela del superiore interesse del minore in ambito interno e internazionale, come sancita dalle convenzioni internazionali. Nell'ambito di questo assetto l'ordine pubblico internazionale impone l'esigenza imprescindibile di assicurare al minore la conservazione dello status e dei mezzi di tutela di cui possa validamente giovare in base alla legislazione nazionale applicabile, in particolare del diritto al riconoscimento dei legami familiari ed al mantenimento dei rapporti con chi ha legalmente assunto il riferimento della responsabilità genitoriale; né può ricondursi all'ordine pubblico la previsione che il minore debba avere genitori di sesso diverso, posto che nel nostro ordinamento è contemplata la possibilità che il minore abbia due figure genitoriali dello stesso sesso nel caso in cui uno dei genitori abbia ottenuto la rettificazione dell'attribuzione del sesso con gli effetti di cui alla L. n. 164 del 1982, art. 4; quanto ai divieti di ricorrere alla procreazione medicalmente assistita di cui alla L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 2, le scelte del legislatore italiano appaiono frutto di discrezionalità e non esprimono principi fondanti a livello costituzionale che impegnino l'ordine pubblico; né può ritenersi rilevante la sanzione penale comminata dall'art. 12, comma 6 predetta legge che punisce chiunque, in qualsiasi forma, realizzi, organizzi o pubblicizzi la maternità surrogata dato che il divieto e la sanzione penale non si sovrappongono alla valutazione del miglior interesse del minore concepito all'estero con tali tecniche, il quale non può essere privato dello status legittimamente acquisito nel paese in cui è nato.

Avverso tale sentenza l'Avvocatura dello Stato ha proposto ricorso per cassazione nell'interesse del Ministero dell'Interno e del Sindaco di Verona, con quattro motivi. X e Y, quale esercenti la responsabilità genitoriale sul minore P. hanno resistito con controricorso, eccependo l'inammissibilità e l'infondatez-

za del ricorso; i controricorrenti hanno altresì proposto ricorso incidentale affidato ad un unico motivo condizionato all'accoglimento di uno o più motivi del ricorso principale.

Con il primo motivo del ricorso principale si deduce il difetto assoluto di giurisdizione, a norma dell'art. 360 c.p.c., comma 1, in quanto nell'ordinamento giuridico nazionale non esiste una norma che legittimi una piena bigenitorialità omosessuale, come affermata dal giudice canadese.

Con il secondo motivo si denuncia violazione del D.P.R. n. 396 del 2000, art. 95 essendo competente in materia il Tribunale in primo grado. La Corte d'appello ha erroneamente ritenuto che l'oggetto del procedimento fosse il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero nell'ordinamento italiano, mentre invece i ricorrenti hanno richiesto la trascrizione dell'atto di nascita straniero ai sensi del D.P.R. n. 396 del 2000, art. 28, comma 2, lett. e), impugnando il provvedimento con cui l'ufficiale di stato civile aveva rifiutato di trascrivere il suddetto provvedimento giurisdizionale canadese, venendo dunque in rilievo un'opposizione al rifiuto di trascrizione che, a norma del citato art. 95, è proponibile con ricorso innanzi al Tribunale.

Con il terzo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4, avendo la Corte d'appello omissivo di pronunciarsi sull'eccezione di difetto di legittimazione attiva del padre intenzionale B.F. a rappresentare il minore.

Con il quarto motivo si denuncia violazione e falsa applicazione della L. n. 218 del 1995, artt. 16 e 65 del D.P.R. n. 396 del 2000, art. 18, L. n. 40 del 2005, art. 5 e art. 12, commi 2 e 6, in quanto l'ordinanza impugnata confligge con vari principi fondanti l'ordine pubblico, tra cui la nozione di filiazione intesa nell'ordinamento italiano quale discendenza da persone di sesso diverso, come disciplinata dalle norme in materia di fecondazione assistita, anche eterologa, nonché con il divieto della cd. "maternità surrogata", fattispecie costituente reato secondo la legge italiana.

L'unico motivo del ricorso incidentale denuncia la violazione e la falsa applicazione dell'art. 100 c.p.c. e L. n. 218 del 1995, art. 67 avendo erroneamente la Corte d'appello considerato il Ministero e il Sindaco controricorrenti legittimati passivi, poiché il primo non aveva competenze in materia di stato civile, mentre il Sindaco non era titolare di un interesse proprio rispetto all'istanza di trascrizione.

## L'ordinanza interlocutoria della I sezione civile della Corte di Cassazione del 29 aprile 2020

Con ordinanza emessa il 29.4.2020, la prima sezione civile della Corte di Cassazione, ritenuti infondati i primi tre motivi del ricorso principale e il ricorso incidentale, disponendo la sospensione del giudizio, ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, del D.P.R. n. 396 del 2000, art. 18 e L. n. 218 del 1995, art. 64, comma 1, lett. g), nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento del cd. genitore d'intenzione non biologico nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestazione per altri (altrimenti detta "maternità surrogata"), per contrasto con gli artt. 2,3,30,31 Cost., art. 117 Cost., comma 1, quest'ultimo in relazione agli artt. 8 della Convenzione Europea per la Protezione dei Diritti Umani e delle Libertà Fondamentali, 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione 20 novembre 1989 delle Nazioni Unite sui diritti dei minori, ratificata in Italia con L. 27 maggio 1991, n. 176 e dell'art. 24 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

Al riguardo, la Corte ha mosso le proprie argomentazioni dalla premessa che in data 8.5.2019 era stata depositata la sentenza delle Sezioni unite civili, n. 12193/19, la quale aveva affermato il principio secondo cui non può essere riconosciuto nel nostro ordinamento un provvedimento straniero che attribuisca lo status di figlio a un bambino nato in seguito a gestazione per altri, in un paese in cui tale pratica sia riconosciuta come legale, nei confronti del cd. genitore "d'intenzione" (colui cioè che non ha dato alcun apporto biologico alla procreazione), a causa dell'ostacolo, ritenuto insuperabile, ravvisato nel divieto di surrogazione di maternità, previsto dalla L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, qualificabile - secondo le Sezioni Unite come principio di ordine pubblico in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione. Premesso ciò, la Corte di cassazione ha dubitato della compatibilità di tale principio di diritto, costituente diritto vivente, con vari parametri costituzionali.

Anzitutto con l'art. 117 Cost., comma 1, in relazione ai diritti del minore al rispetto della propria vita privata e familiare (art. 8 CEDU), a non subire discriminazioni, a vedere riconosciuto il proprio diritto, a essere immediatamente registrato alla nascita e ad avere un nome, a conoscere i propri genitori,

ad essere da loro allevato, ed a non esserne separato (artt. 2, 3, 7, 8 e 9 Convenzione di New York sui diritti del fanciullo approvata il 20.11.1989 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite), al principio della responsabilità comune dei genitori per l'educazione e la cura del figlio (art. 18 della medesima Convenzione), nonché ai diritti riconosciuti dall'art. 24 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e, in particolare, al principio della preminenza dell'interesse superiore del minore in tutti gli atti adottati da autorità pubbliche o da istituzioni private. Secondo la ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale del 29 aprile 2020 la sussistenza di tali violazioni era stata messa in evidenza nel recente parere consultivo della Grande Camera della Corte Europea dei diritti dell'Uomo, reso il 10.4.2019 su richiesta della Corte di cassazione francese, con il quale è stato affermato, da un lato, che il diritto al rispetto della vita privata e familiare del bambino, a norma dell'art. 8 CEDU, richiede che il diritto nazionale offra una possibilità di riconoscimento del legame di filiazione con il genitore d'intenzione e, dall'altro, che tale riconoscimento non comporta necessariamente l'obbligo di trascrivere l'atto di nascita straniero nei registri dello stato civile, ben potendo tale diritto essere tutelato in altro modo e, in particolare, mediante l'istituto dell'adozione, a condizione che le modalità di tale istituto previste dal diritto interno garantiscano l'effettività e la celerità di tale procedura, in conformità all'interesse superiore del bambino.

L'ordinanza di remissione alla Corte Costituzionale, ha quindi evidenziato che l'attuale diritto vivente in Italia, come emerso a seguito della suddetta sentenza delle Sezioni Unite, non si dimostra adeguato rispetto agli standard di tutela dei diritti del minore indicati dal parere consultivo della Grande Camera, dal momento che la possibilità del ricorso al predetto istituto dell'adozione "in casi particolari" da parte del genitore di "intenzione", a norma della L. n. 184 del 1983, art. 44, comma 1, lett. d), ritenuta percorribile dalle Sezioni Unite, nella richiamata sentenza n. 12193/19, e idonea a tutelare i diritti del bambino, non determina un vero rapporto di filiazione e non comporta né la effettività né la tempestività del riconoscimento del rapporto di filiazione ritenuta necessaria dalla Corte EDU.

Secondo la Corte rimettente, il diritto vivente cristallizzato dalla citata pronuncia delle Sezioni Unite risulta in contrasto anche con gli artt. 2,3,30,31 Cost. In particolare la interpretazione cogente delle S.U. comporta la violazione del diritto del minore all'inserimento e alla stabile permanenza nel proprio nucleo familiare, inteso come formazione sociale, e del suo diritto alla identità, senza che tale violazione possa ritenersi giustificata in una logica di bilanciamento di valori costituzionali, sia per la evidente astrattezza e non inerenza della tutela che ne deriverebbe alla donna che ha consentito la gestazione per altri, sia per la assenza di qualsiasi responsabilità, rispetto alle modalità del suo concepimento e della sua nascita, da parte del bambino il quale viene invece a subire una evidente e gravissima discriminazione sin dalla sua venuta al mondo. E' altresì irragionevole riconoscere il rapporto di genitorialità in capo al genitore biologico e non a quello di "intenzione", posto che è il primo- che ha fornito i propri gameti per la formazione dell'embrione- ad essere coinvolto direttamente nella pratica procreativa, ritenuta illecita nel nostro ordinamento e in contrasto con l'ordine pubblico internazionale. Infine proprio perché, in realtà, il legislatore non ha effettuato alcun bilanciamento in via generale e astratta al riguardo, è tanto più irragionevole, oltre che contrario ai principi consolidati della giurisprudenza costituzionale, precludere al giudice la possibilità di valutare, caso per caso, la possibile contrarietà all'ordine pubblico del riconoscimento del legame di filiazione con il genitore di "intenzione", con ciò sacrificando automaticamente la tutela dei diritti del bambino senza compiere alcuna valutazione della legislazione vigente nel paese in cui è avvenuta la gestazione per altri e, specificamente, la effettività delle garanzie, fornite dall'ordinamento straniero, per tutelare la volontà della donna e, non da ultimo, senza valutare il concreto interesse del minore al riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore intenzionale.

## La sentenza n. 33 del 9 marzo 2021 della Corte Costituzionale

Con sentenza del 9.3.2021, la Corte Costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione sollevata dalla Corte di cassazione, osservando che il diritto vivente censurato s'impenna sulla qualificazione operata dalle Sezioni unite civili del divieto penalmente sanzionato di surrogazione di maternità, di cui alla L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, tra cui s'annovera la dignità umana della persona; la stessa Corte Costituzionale, ha ricordato di aver affermato, con la sentenza n. 272/17, che la pratica della maternità surrogata offende in maniera intollerabile la dignità delle donne, minando nel profondo le relazioni umane; tuttavia ha rilevato che la questione rimessa dalla Corte di Cassazione afferisce non alla contrarietà della surrogazione di maternità ai principi fondanti del nostro ordinamento ma alla tutela dell'identità del bambino e dei suoi rapporti con la coppia che ha condiviso il percorso che ha portato al suo concepimento, e alla sua nascita. Ed è in questa prospettiva che ha ritenuto di valutare la compatibilità del diritto vivente

espresso dalle Sezioni unite con i diritti del minore riconosciuti dalle norme costituzionali e sovranazionali invocate dal giudice a quo.

Delineato l'oggetto della questione sottoposta al suo vaglio, la Corte Costituzionale ha altresì rilevato che: è da ribadire il principio- recentemente da essa richiamato nella sentenza n. 102/2020- secondo cui in tutte le decisioni relative ai minori di competenza delle pubbliche autorità, compresi i tribunali, deve essere riconosciuto rilievo primario alla salvaguardia dei "migliori interessi" (best interests) o "dell'interesse superiore" (interet superieur) del minore, principio espresso già nella Dichiarazione Universale sui diritti del fanciullo adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni unite il 20 novembre 1959 e confluito poi nell'art. 3 comma 1 della citata Convenzione di New York del 1989 e nell'art. 24, comma 2, della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, e recepito dalla giurisprudenza della Corte EDU come specifica declinazione del diritto alla vita familiare di cui all'art. 8 CEDU; tale principio era stato declinato da una risalente sentenza della stessa Corte Costituzionale (la n. 11/1981), con riferimento all'art. 30 Cost., come necessità che nelle decisioni concernenti il minore venga sempre ricercata la "soluzione ottimale" in concreto per l'interesse del minore (Corte Cost., n. 272/17; n. 76/17; n. 239/14).

Rilevato, dunque, che i parametri costituzionali e sovranazionali invocati dal giudice rimettente convergono attorno al principio della ricerca di tale soluzione ottimale per l'interesse del minore, la Corte Costituzionale, in relazione alla fattispecie di fatto, ha osservato che: era indubbio che l'interesse del bambino accudito sin dalla nascita (circa sei anni in ordine al caso oggetto del giudizio a quo) da una coppia che aveva condiviso la decisione di farlo venire al mondo era ed è quello di ottenere il riconoscimento, anche giuridico, dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono ad entrambi i componenti della coppia, senza che ciò abbia implicazioni quanto agli eventuali rapporti giuridici tra il bambino e la madre surrogata; al riguardo, questi legami sono parte integrante della stessa identità del bambino (Corte EDU, sentenza 26.6.14, Mennesson contro Francia) che vive e cresce in una determinata famiglia, o comunque - per ciò che concerne le unioni civili - nell'ambito di una determinata comunità di affetti, essa stessa dotata di riconoscimento giuridico, e certamente riconducibile al novero delle formazioni sociali tutelate dall'art. 2 Cost. (sentenza n. 221 del 2019); sicché indiscutibile è l'interesse del bambino a che tali legami abbiano riconoscimento non solo sociale ma anche giuridico, a tutti i fini che rilevano per la vita del bambino stesso - dalla cura della sua salute, alla sua educazione scolastica, alla tutela dei suoi interessi patrimoniali e ai suoi stessi diritti ereditari -; ma anche, e prima ancora, allo scopo di essere identificato dalla legge come membro di quella famiglia o di quel nucleo di affetti, composto da tutte le persone che in concreto ne fanno parte; ciò anche laddove il nucleo in questione sia strutturato attorno ad una coppia composta da persone dello stesso sesso, dal momento che l'orientamento sessuale della coppia non incide di per sé sull'idoneità all'assunzione di responsabilità genitoriale (sentenza n. 221 del 2019; Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 22 giugno 2016, n. 12962; sezione prima civile, sentenza 11 gennaio 2013, n. 601). Ha rilevato poi la Corte Costituzionale che, sotto un secondo e non meno importante profilo, non è qui in discussione un preteso "diritto alla genitorialità" in capo a coloro che si prendono cura del bambino, ma unicamente l'interesse del minore a che sia affermata in capo a costoro la titolarità giuridica di quel fascio di doveri funzionali agli interessi del minore che l'ordinamento considera inscindibilmente legati all'esercizio di responsabilità genitoriali, doveri ai quali non è pensabile che costoro possano ad libitum sottrarsi (per una analoga sottolineatura, si veda la sentenza n. 347 del 1998, che seppur nel diverso contesto della fecondazione eterologa - già evocava i diritti del minore "nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità"); proprio per queste ragioni, del resto, l'ormai consolidata giurisprudenza della Corte EDU afferma la necessità, al metro dell'art. 8 CEDU, che i bambini nati mediante maternità surrogata, anche negli Stati parte che vietino il ricorso a tali pratiche, ottengano un riconoscimento giuridico del "legame di filiazione" (tien de filiation) con entrambi i componenti della coppia che ne ha voluto la nascita, e che se ne sia poi presa concretamente cura (a partire dal leading case Mennesson rispetto al quale è stato emesso dalla Grande Camera il parere consultivo del 10 aprile 2019); né l'interesse del minore potrebbe ritenersi soddisfatto dal riconoscimento del rapporto di filiazione con il solo genitore "biologico", come è accaduto nel caso dal quale è scaturito il giudizio a quo, in cui l'originario atto di nascita canadese, che designava come genitore il solo padre biologico, era stato trascritto nei registri di stato civile italiani; laddove, infatti, il minore viva e cresca nell'ambito di un nucleo composto da una coppia di due persone, che non solo abbiano insieme condiviso e attuato il progetto del suo concepimento, ma lo abbiano poi continuativamente accudito, esercitando di fatto in maniera congiunta la responsabilità genitoriale, è chiaro che egli avrà un preciso interesse al riconoscimento giuridico del proprio rapporto con entrambe, e non solo con il genitore che abbia fornito i propri gameti ai fini della maternità surrogata; peraltro, è vero che l'interesse del bambino non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco, ma la frequente sottolineatura della "preminenza" di tale interesse ne segnala bensì l'importanza, e lo speciale "peso" in qualsiasi bilanciamento; anche rispetto all'interesse del minore non può non rammentarsi che "tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che



abbia la prevalenza assoluta sugli altri; se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona" (sentenza Corte Cost. n. 85 del 2013); gli interessi del minore dovranno essere allora bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore; scopo di cui si sono fatte carico le Sezioni unite civili della Corte di cassazione, allorché negano la trascrivibilità di un provvedimento giudiziario straniero, nella parte in cui attribuisce lo status di genitore anche al componente della coppia che abbia partecipato alla surrogazione di maternità, senza fornire i propri gameti; dal complesso delle pronunce rese sul tema dalla Corte di Strasburgo, si evince che - anche a fronte della grande varietà di approccio degli Stati parte rispetto alla pratica della maternità surrogata - ciascun ordinamento gode, in linea di principio, di un certo margine di apprezzamento in materia; ferma restando, però, la rammentata necessità di riconoscimento del "legame di filiazione" con entrambi i componenti della coppia che di fatto se ne prende cura.

Al riguardo, la Corte Costituzionale ha altresì evidenziato che: la Corte EDU riconosce, in particolare, che gli Stati parte possano non consentire la trascrizione di atti di stato civile stranieri, o di provvedimenti giudiziari, che riconoscano sin dalla nascita del bambino lo status di padre o di madre al "genitore d'intenzione"; e ciò proprio allo scopo di non fornire incentivi, anche solo indiretti, a una pratica pro-creativa che ciascuno Stato ben può considerare potenzialmente lesiva dei diritti e della stessa dignità delle donne che accettino di portare a termine la gravidanza per conto di terzi; tuttavia, la stessa Corte EDU ritiene comunque necessario che ciascun ordinamento garantisca la concreta possibilità del riconoscimento giuridico dei legami tra il bambino e il "genitore d'intenzione", al più tardi quando tali legami si sono di fatto concretizzati (Corte EDU, decisione 12 dicembre 2019, C. contro Francia ed E. contro Francia, paragrafo 42; sentenza D. contro Francia, paragrafo 67); lasciando poi alla discrezionalità di ciascuno Stato la scelta dei mezzi con cui pervenire a tale risultato, tra i quali si annovera anche il ricorso all'adozione del minore; rispetto, peraltro, a quest'ultima soluzione, la Corte EDU sottolinea come essa possa ritenersi sufficiente a garantire la tutela dei diritti dei minori nella misura in cui sia in grado di costituire un legame di vera e propria "filiazione" tra adottante e adottato (Corte EDU, sentenza 16 luglio 2020, D. contro Francia, paragrafo 66), e "a condizione che le modalità previste dal diritto interno garantiscano l'effettività e la celerità della sua messa in opera, conformemente all'interesse superiore del bambino" (ibidem, paragrafo 51); il punto di equilibrio raggiunto dalla Corte EDU espresso da una giurisprudenza ormai consolidata - appare corrispondente anche all'insieme dei principi sanciti in materia dalla Costituzione italiana, parimenti invocati dal giudice a quo; essi per un verso non ostano alla soluzione, cui le Sezioni unite civili della Cassazione sono pervenute, della non trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero, e a fortiori dell'originario atto di nascita, che indichino quale genitore del bambino il "padre d'intenzione"; ma per altro verso impongono che, in tal caso, sia comunque assicurata tutela all'interesse del minore al riconoscimento giuridico del suo rapporto con entrambi i componenti della coppia che non solo ne abbiano voluto la nascita in un Paese estero in conformità alla lex loci, ma che lo abbiano poi accudito esercitando di fatto la responsabilità genitoriale; una tale tutela dovrà, in questo caso, essere assicurata attraverso un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino; ogni soluzione che non dovesse offrire al bambino alcuna chance di un tale riconoscimento, sia pure ex post e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice, finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata; proprio questo rischio, d'altronde, la stessa Corte Costituzionale ha inteso evitare allorché ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma che vietava il riconoscimento dei figli nati da incesto, precludendo loro l'acquisizione di un pieno status filiationis, in ragione soltanto della condotta penalmente illecita dei loro genitori (sentenza Corte Cost. n. 494 del 2002), e allorché - più recentemente - ha dichiarato pure costituzionalmente illegittima l'automatica applicazione della sanzione accessoria della sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale in capo al genitore autore di un grave delitto commesso a danno del figlio, in ragione della possibilità che tale automatismo - finalizzato anche a lanciare un messaggio di deterrenza nei confronti dei potenziali autori di reati - finisse per risolversi in un pregiudizio per gli stessi interessi del minore (sentenza n. 102 del 2020).

Rileva la Corte Costituzionale che, come è stato correttamente sottolineato dall'ordinanza di rimessione, il ricorso all'adozione "in casi particolari" di cui alla L. 4 maggio 1983, n. 184, art. 44, comma 1, lett. d), ritenuto esperibile dalla sentenza n. 12193 del 2019 delle Sezioni unite civili, costituisce una forma di tutela degli interessi del minore che è certo significativa, ma non è ancora del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali rammentati; infatti, l'adozione "in casi particolari" non attribuisce infatti la genitorialità all'adottante;

inoltre, pur a fronte della novella dell'art. 74 c.c., operata dalla L. 10 dicembre 2012, n. 219, art. 1, comma 1, (Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali), che riconosce la generale idoneità dell'adozione a costituire rapporti di parentela, con la sola eccezione dell'adozione di persone di maggiore età, è ancora controverso - stante il perdurante richiamo operato dalla L. n. 184 del 1983, art. 55 all'art. 330 c.c. - se anche l'adozione "in casi particolari" consenta di stabilire vincoli di parentela tra il bambino e coloro che appaiono socialmente, e lui stesso percepisce, come i propri nonni, zii, ovvero addirittura fratelli e sorelle, nel caso in cui l'adottante abbia già altri figli propri; essa richiede inoltre, per il suo perfezionamento, il necessario assenso del genitore "biologico" (L. n. 184 del 1983, art. 46), che potrebbe non essere prestato in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia, nelle quali il bambino finisce per essere così definitivamente privato del rapporto giuridico con la persona che ha sin dall'inizio condiviso il progetto genitoriale, e si è di fatto presa cura di lui sin dal momento della nascita.

Da questa ampia motivazione emerge chiaramente la ritenuta inidoneità del diritto vivente cristallizzato dalla sentenza delle Sezioni Unite del 2019 a rispondere alle esigenze di riconoscimento del legame di filiazione con il genitore intenzionale derivanti dalla Costituzione e dalle fonti convenzionali e sovranazionali citate. La Corte Costituzionale ha infatti tratto esplicitamente la conclusione per la quale, al fine di assicurare al minore nato da maternità surrogata la tutela giuridica richiesta dai principi convenzionali e costituzionali poc'anzi ricapitolati attraverso l'adozione, essa dovrebbe dunque essere disciplinata in modo più aderente alle peculiarità della situazione in esame, che è in effetti assai distante da quelle che il legislatore ha inteso regolare per mezzo della L. n. 184 del 1983, art. 44, comma 1, lett. d).

Alla luce delle osservazioni e dei rilievi critici formulati, la Corte Costituzionale ha evidenziato che: il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata - nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, nei termini sopra precisati - non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco; di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica, questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore.

## L'opportunità di una nuova pronuncia delle Sezioni Unite

A seguito della sentenza della Corte Costituzionale, il collegio ritiene che si sia aperto un vuoto normativo, per essere venuto meno in un suo presupposto essenziale quel bilanciamento che costituiva il punto di equilibrio espresso dal diritto vivente costituito dalla sentenza n. 12193/2019 delle Sezioni Unite. Ritiene pertanto che ricorrano i presupposti per investire di nuovo le Sezioni Unite, a norma dell'art. 374 c.p.c., comma 2, venendo in rilievo una questione di massima di particolare importanza. Se e come sia superabile in via interpretativa tale situazione di vuoto normativo non potendosi più il giudice, sia ordinario che di legittimità, riferire al diritto vivente prospettato dall'ordinanza di rimessione che, in base alla motivazione della sentenza della Corte Costituzionale, non è idoneo a impedire la lesione dei diritti fondamentali del minore a causa del mancato riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore d'intenzione e nello stesso tempo per l'inadeguatezza della soluzione offerta dall'istituto di cui alla L. n. 184 del 1983, art. 44, lett. d).

Questo Collegio ritiene che l'adozione di una linea interpretativa diversa che tenga conto delle motivazioni espresse dalla Corte Costituzionale sia adottabile e sia necessaria e tuttavia ritiene opportuno investire al riguardo le Sezioni Unite che per la loro natura istituzionale di vertice della funzione di nomofilachia propria della Corte di Cassazione sono le sole in grado di fissare nell'immediato un chiaro orientamento giurisprudenziale di legittimità in questa materia particolarmente sensibile. In questa prospettiva si ritiene anche necessario esporre i punti essenziali su cui il Collegio si è trovato concorde nel ritenere obbligato un nuovo intervento interpretativo che sostituisca il precedente e nell'ipotizzare una linea interpretativa che risponda all'esigenza immediata di tutela del minore pur in assenza dell'intervento del legislatore sollecitato dalla Corte Costituzionale.

In primo luogo che si sia di fronte a una situazione di vuoto normativo è convinzione che deriva dal venir meno dei due assunti su cui si basava il precedente delle Sezioni Unite vale a dire in primo luogo il bilanciamento a priori in via generale e astratta, compiuto implicitamente dal legislatore e basato sull'attribuzione al divieto penale della surrogazione di maternità di un valore prevalente rispetto al riconoscimento della filiazione nei confronti del genitore intenzionale.

In secondo luogo la legittimità di tale esclusione aprioristica del riconoscimento per essere praticabile da parte del genitore intenzionale la via, alternativa alla delibazione della sentenza straniera o alla trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero, della adozione L. n. 184 del 1983, ex art. 44, lett. d).

Se si considera come la Corte Costituzionale abbia condiviso integralmente le obiezioni che l'ordinanza di rimessione, e prima ancora larga parte della dottrina, aveva mosso all'idoneità dell'istituto dell'adozione in casi particolari a supplire all'inaccoglibilità della richiesta di riconoscimento non può non riconoscersi che l'interpretazione delle Sezioni Unite del 2019 ha visto venir meno un presupposto essenziale su cui si era basata e senza il quale non può che registrarsi, dopo la pronuncia della Corte Costituzionale, la violazione sia del parametro costituzionale che di quello convenzionale nel ricorso esclusivo all'adozione in casi particolari. Ma anche la valutazione negativa di ordine pubblico, in quanto ritenuta pregiudiziale e valida in tutti i casi, non può che perdere il suo fondamento non solo perché presupponeva la concorrenza della valutazione di idoneità dell'istituto dell'adozione in casi particolari ma anche perché la Corte Costituzionale, come si è detto, pur riconoscendo il riferimento alla legittima aspirazione dello Stato di impedire l'elusione del divieto penale di surrogazione di maternità, ha accolto tutti i profili di incostituzionalità prospettati nell'ordinanza di rimessione con riferimento alla lesione dei diritti fondamentali del minore relativi alla sua identità personale e alla sua vita privata e familiare e ha ritenuto pienamente consonante con i principi costituzionali la indicazione della Corte Europea dei diritti dell'uomo sulla necessità di un riconoscimento pieno e tempestivo della filiazione nei confronti del genitore intenzionale. Pertanto una lettura della clausola di ordine pubblico come preconstituita da una valutazione generale e aprioristica del legislatore che comporti la prevalenza della finalità antielusiva sull'interesse del minore e che conduca necessariamente al diniego del riconoscimento dello status filiationis non ha più alcun fondamento coerente nella motivazione della sentenza della Corte Costituzionale.

Tuttavia la Corte Costituzionale - e in questo non può ravvisarsi un punto di contrasto con la Corte Europea - ritiene pienamente legittima la scelta interpretativa (così come in ipotesi quella legislativa) per l'esclusione della trascrizione come mezzo per il riconoscimento della filiazione a favore del genitore intenzionale ma, in questa prospettiva, la Corte stessa ammonisce il legislatore sulla necessità di apprestare uno strumento normativo ad hoc (anche adattando l'istituto della adozione) che consenta di pervenire al risultato del riconoscimento della filiazione del genitore intenzionale che sia equivalente a quella del genitore biologico. Non si tratta di semplice moral suasion perché il giudice delle leggi ha chiaramente condiviso il punto di vista della Corte Europea secondo cui la libertà dello Stato di non consentire la trascrizione della sentenza deliberata o dell'atto di nascita è legittimamente esercitata solo se sussista nell'ordimento una via alternativa che consenta di riconoscere con piena efficacia e prontamente la filiazione rispetto al genitore intenzionale.

Sorge evidentemente a questo punto il problema della possibile decisione nel caso in esame in presenza del mancato responso del legislatore al monito della Corte Costituzionale. L'alternativa si pone fra l'applicazione di una soluzione interpretativa di cui si è accertata l'incongruità rispetto al dato costituzionale e convenzionale, che condurrebbe presumibilmente a una sanzione da parte della Corte EDU nei confronti dello Stato italiano, ovvero quello di una nuova interpretazione del sistema normativo alla luce delle indicazioni del giudice delle leggi che consenta una tutela adeguata dei diritti del minore e sia nello stesso tempo rispettosa dell'esigenza di salvaguardare i valori sottesi al divieto penale della surrogazione di maternità.

Al riguardo, va preliminarmente rilevato quanto alla natura della sentenza del giudice delle leggi che, sebbene d'inammissibilità, essa va annoverata nell'ambito della tipologia delle cd. "decisioni monitorie" della Corte Costituzionale. In particolare, tale pronuncia rientra nell'ambito delle decisioni d'incostituzionalità accertata ma non dichiarata che, parte della dottrina denomina anche come pronunce d'inammissibilità per "eccesso di fondatezza". Si ritiene infatti che il loro principale carattere distintivo sia rappresentato dalla presenza di una più o meno evidente discrasia tra la parte motiva della decisione, laddove la Corte riconosce chiaramente la sussistenza di profili di incostituzionalità, e la parte dispositiva, che non è di accoglimento (come sarebbe stato logico), ma di rigetto (seppure allo stato) della questione. Si tratta di una tecnica che ricorre in vari ordinamenti in cui peraltro l'accertamento di incostituzionalità assume sempre un effetto, sia pure differito nel tempo, di modificazione diretta del quadro normativo ritenuto in conflitto con le norme e i principi di rango costituzionale.

La motivazione adottata dalla Corte Costituzionale appare infatti, come si è detto, fondata chiaramente sull'accertamento dell'incostituzionalità di una lettura delle varie norme, richiamate dall'ordinanza del giudice a quo, che sia ostativa al riconoscimento della filiazione nei confronti del genitore intenzionale laddove invece il giudice costituzionale ha chiaramente affermato che è attribuita alla discrezionalità del legislatore stabilire le modalità e lo strumento con cui pervenire al riconoscimento. L'accertamento della denunciata incostituzionalità è insito evidentemente nel monito rivolto al legislatore eppure non si coniuga, come avviene in altri ordinamenti e come è avvenuto in un noto precedente della stessa Corte Costituzionale (ordinanza n. 207 del 16 novembre 2018), con l'assegnazione di un

termine al legislatore per il suo intervento, ritenuto necessario al fine di eliminare il conflitto fra il diritto esistente e i parametri costituzionali. In una tale situazione e sino a che non intervenga il legislatore i principi su cui è fondata la motivazione della sentenza della Corte Costituzionale, seppure formalmente non vincolanti per l'interprete (analogamente a quanto accade per le sentenze interpretative di rigetto), sono da considerare parametri valutativi utilizzabili al fine di fornire una doverosa interpretazione costituzionalmente orientata delle varie norme scrutinate. Al riguardo, sul tema, le Sezioni Unite hanno affermato che il vincolo che deriva, sia per il giudice a quo sia per tutti gli altri giudici comuni, da una sentenza interpretativa di rigetto, resa dalla Corte Costituzionale, è soltanto negativo, consistente cioè nell'imperativo di non applicare la norma ritenuta non conforme al parametro costituzionale evocato e scrutinato dalla Corte costituzionale, così da non ledere la libertà dei giudici di interpretare ed applicare la legge (ai sensi dell'art. 101 Cost., comma 2) e, conseguentemente, neppure la funzione di nomofilachia attribuita alla Corte di cassazione dall'art. 65 dell'ordinamento giudiziario può essere limitata, non essendo preclusa la possibilità di seguire, nel processo a quo o in altri processi, "terze interpretazioni" ritenute compatibili con la Costituzione, oppure di sollevare nuovamente, in gradi diversi dello stesso processo a quo o in un diverso processo, la questione di legittimità costituzionale della medesima disposizione, sulla base della interpretazione rifiutata dalla Corte costituzionale, eventualmente evocando anche parametri costituzionali diversi da quello precedentemente indicato e scrutinato (Cass., SU, n. 27986/13).

Un precedente particolarmente significativo e rilevante, che attiene peraltro proprio all'impatto delle nuove tecniche di procreazione medicalmente assistita su un quadro normativo inadeguato, è quello della sentenza n. 347/1998 della Corte costituzionale con la quale il giudice delle leggi affermò che "l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore. Tuttavia, nell'attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali".

Tale affermazione è decisiva anche nel caso in esame dato che, allo stato, non risultano interventi legislativi, né proposte di legge regolarmente depositate in Parlamento, concernenti l'indicazione in cui si è espresso il monito della Corte Costituzionale. Tuttavia in un ordinamento costituzionale, improntato alla realizzazione di uno Stato di diritto, che tutela e garantisce il rispetto dei diritti inviolabili della persona, della famiglia e di ogni formazione sociale ove si sviluppa la sua personalità, non può essere concepita una categoria di diritti inviolabili e fondamentali, sospensivamente condizionata sine die all'intervento del legislatore, perché ciò costituirebbe un'evidente contraddizione in termini nella esplicazione della giurisdizione costituzionale, istituita proprio per garantire l'applicazione delle norme costituzionali e tutelare i diritti fondamentali che ne derivano. Se il dialogo fra il legislatore e il giudice delle leggi non risolve in tempi ragionevoli un conflitto di costituzionalità del quadro normativo esistente spetta all'interpretazione delle Corti adottare una soluzione ermeneutica volta a colmare la lacuna o a risolvere il conflitto rilevato dal giudice costituzionale rispettando le indicazioni sulle norme e i principi costituzionali in gioco che non possono essere violati. Ciò appare particolarmente evidente nel caso in esame in cui il diritto vivente è costituito proprio da una interpretazione giurisprudenziale della clausola di ordine pubblico che ha dimostrato di essere inadeguata al vaglio della Corte Costituzionale e ha altresì registrato la piena consonanza di tale giudizio di inidoneità con l'avis consultatif e la successiva giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo. In questa prospettiva obbligata la dichiarazione di inammissibilità della Corte Costituzionale oltre a costituire, in primo luogo, una chiamata del legislatore a un intervento innovativo urgente rappresenta, come avvenne nel 1998, una nuova chiamata delle Corti, e in primis delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, alla ricerca di una interpretazione idonea ad assicurare la protezione dei beni costituzionali in gioco.

## La soluzione interpretativa sottoposta alle Sezioni Unite

Il Collegio ritiene utile apportare il proprio contributo a questa ricerca sottoponendo al vaglio delle Sezioni Unite la soluzione interpretativa che ritiene adeguata a rispondere a tale implicita chiamata "interpretativa" posta in essere con la sentenza n. 33/2021 dalla Corte Costituzionale.

In assenza di un intervento innovativo del legislatore è necessario partire da una rivalutazione degli strumenti normativi esistenti (delibazione e trascrizione) per verificare se in questa materia e per effetto del divieto penale della surrogazione di maternità sussista un insuperabile ostacolo alla loro utilizzazione derivante dalla natura di ordine pubblico del divieto penale.

Sono le stesse Sezioni Unite nel 2019 a ricordare che la L. n. 218 del 1995, artt. 64 e ss. nel disciplinare l'ingresso nel nostro ordinamento di atti e provvedimenti formati all'estero non prevedono affatto il re-



cepimento degli istituti ivi applicati, così come sono disciplinati dagli ordinamenti di provenienza, ma si limitano a consentire la produzione dei relativi effetti nella misura in cui gli stessi risultino compatibili con la nozione di ordine pubblico.

Se ci si riporta a tale corretto metodo di analisi sembra davvero poco opinabile che con la delibazione di una sentenza - come quella canadese che riguarda il presente giudizio - si recepisca nel nostro ordinamento non l'accordo di maternità surrogata e tanto meno la legittimità di una pratica procreativa che in Italia è sancita dal divieto penale. Quello che si recepisce piuttosto, garantendone l'efficacia, è l'atto di assunzione di responsabilità genitoriale da parte del soggetto che ha deciso di essere coinvolto, prestando il suo consenso, nella decisione del suo partner di adire la tecnica di procreazione medicalmente assistita in questione. Un consenso che diviene irrevocabile nel momento in cui inizia il processo procreativo e ciò per un fondamentale principio di responsabilità che riguarda ogni forma di procreazione e che trova nella tutela dei diritti inviolabili del minore la sua ragione d'essere.

In quest'ottica la Corte Costituzionale ha affermato, come si è già accennato, che non è qui in discussione un preteso diritto alla genitorialità. Ciò che è in discussione è unicamente l'interesse del minore a che sia affermata la titolarità giuridica di quel fascio di doveri che l'ordinamento considera inscindibilmente legati all'esercizio di responsabilità genitoriali. Doveri ai quali non è pensabile che costoro possano ad libitum sottrarsi (per una analoga sottolineatura, si veda ancora la sentenza n. 347 del 1998, che - seppur nel diverso contesto della fecondazione eterologa - già evocava i diritti del minore "nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità").

Si tratta evidentemente di dare efficacia in Italia a un riconoscimento del rapporto di filiazione che è già avvenuto nell'ordinamento in cui il minore è nato per dare continuità al suo status e ai diritti che ne derivano nei confronti dei soggetti responsabili della sua nascita evitando così i gravi pregiudizi che deriverebbero dalla rimodulazione della sua identità e dalla eliminazione di una figura genitoriale.

Lo stigma che deriva dal divieto della surrogazione di maternità non può incidere su questi effetti che non pongono affatto in discussione la illiceità della pratica della surrogazione. Né il riconoscimento dello status nei confronti del genitore intenzionale può essere percepito come negazione del principio del favor veritatis in tema di filiazione in insanabile contrasto con il divieto di surrogazione. Si tratta in primo luogo di un principio che non ha valore assoluto nel nostro ordinamento tanto più a causa delle odierne tecniche procreative medicalmente assistite. Né appare condivisibile che tale principio si coniughi necessariamente con il carattere di norma di ordine pubblico da attribuire al divieto di surrogazione. Un effetto indiretto di legittimazione della surrogazione di maternità non può attribuirsi al rapporto di filiazione con il genitore intenzionale e in quanto tale la affermazione del principio di verità nei suoi confronti non è di certo idonea a impedire il vulnus che si ritiene derivi ai valori del nostro ordinamento. Si tratta di una sorta di aberratio che finisce per riportare erroneamente al principio del favor veritatis la ragione sostanziale del divieto e cioè la strumentalizzazione della donna che il nostro ordinamento ritiene comunque insita nella surrogazione della maternità. Seguendo questa interpretazione della clausola di ordine pubblico si viene infatti, contro la sua stessa ratio, a sancire l'operatività della pratica vietata a favore del genitore biologico sanzionando irrazionalmente il soggetto che non ha avuto un ruolo efficiente nella procreazione e che si è assunto la responsabilità di essere genitore.

Se queste considerazioni appaiono convincenti deve allora ritenersi che è altrove la frizione fra gli strumenti esistenti per pervenire al riconoscimento della filiazione e l'ordine pubblico internazionale. Si tratta del carattere tendenzialmente automatico che tali strumenti hanno progressivamente e sia pure parzialmente acquisito per effetto di una maggiore internazionalizzazione dei rapporti sia economici che personali e per l'accresciuta mutualità del riconoscimento che gli ordinamenti statali vanno via via incrementando. Una materia sensibile come quella per cui si controverte tende invece a sottrarsi a una valutazione di tipo automatico ed è pertanto comprensibile che sia lasciato ai legislatori un ampio spazio di manovra nel predisporre strumenti alternativi e specifici finalizzati al riconoscimento della filiazione nei confronti del genitore intenzionale. Tuttavia si assiste, per altro verso, nelle giurisprudenze sovranazionali e degli altri paesi che sono vicini alla nostra tradizione giuridica, a un processo di "costituzionalizzazione" del diritto internazionale privato e, per altro verso, nell'assenza all'attualità di strumenti alternativi, nel nostro ordinamento, non può che rivolgersi nuovamente l'attenzione sulla compatibilità della delibazione (o della trascrizione) con i valori sottesi al divieto di surrogazione e con l'aspirazione del nostro Stato a scoraggiare prassi elusive poste in essere dal cd. turismo procreativo.

Una condizione preliminare perché questa compatibilità possa ipotizzarsi ed essere poi verificata è che la valutazione di coerenza all'ordine pubblico insito nella norma che sanziona il divieto di surrogazione deve essere compiuta non in astratto ma con riferimento ad ogni singolo caso concreto sia pure alla luce di criteri che abbiano validità generale. Un'altra condizione è che la valutazione sia guidata dal criterio della inerenza nell'individuazione dei valori costituzionali in potenziale condizione di conflitto e dai principi di proporzionalità e ragionevolezza nella formulazione del bilanciamento, cui deve pervenire il giudicante, senza che vi sia una aprioristica definizione di prevalenza di un interesse in gioco, neanche di quello del minore, sia pure non disattendendo il principio ribadito dalla Corte Costituzionale

della preminenza degli interessi del minore declinato nella direzione della costante ricerca della soluzione ottimale in concreto da privilegiare.

Il rispetto di queste condizioni, che deriva dall'espressa motivazione della sentenza n. 33/2021 della Corte Costituzionale, deve portare quindi al superamento dell'interpretazione secondo cui il diritto fondamentale del minore a conservare lo status filiationis legittimamente acquisito all'estero costituisca un interesse destinato ad affievolirsi in caso di ricorso alla surrogazione di maternità così come deve essere superata la riconduzione di questa interpretazione a una scelta compiuta una volta per tutte dal legislatore finalizzata a segnare il limite oltre il quale cessa di agire il principio di autoresponsabilità e torna a operare il favor veritatis. Quello che non appare condivisibile in questa interpretazione è sia la possibilità di configurare l'affievolimento di un diritto inviolabile, qual è quello alla propria identità personale e al pieno godimento della vita familiare, sia l'attribuzione al legislatore di una tale scelta che, quand'anche fosse stata compiuta, incontrerebbe un evidente conflitto con la giurisprudenza costituzionale richiamata dalla sentenza n. 33/2021.

La stessa decisione della Corte Costituzionale richiama però l'opposta esigenza in un sistema costituzionale caratterizzato dal rapporto di integrazione reciproca di tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Carta costituzionale di non considerare automaticamente prevalente l'interesse del bambino rispetto ad ogni altro con-trointeresse in gioco.

L'attenzione deve essere rivolta, in questa prospettiva, ai due valori che sono stati menzionati dalle precedenti pronunce sia della Corte Costituzionale che della giurisprudenza di legittimità vale a dire la dignità della donna coinvolta nel processo procreativo e la preservazione dell'istituto dell'adozione.

Sotto il primo profilo non può non ritenersi che la donna, che accetta di portare a termine una gravidanza anche nella prospettiva di non diventare la madre del bambino che partorirà, è in una condizione di soggezione che può essere considerata non lesiva della sua dignità solo se sia il frutto di una scelta libera e consapevole, indipendente da contropartite economiche e se tale scelta sia revocabile sino alla nascita del bambino. Se queste condizioni non sussistono e non sono effettive nell'ordinamento del paese in cui avviene la procreazione mediante gestazione per altri la violazione della dignità della donna assume un rilievo talmente importante da consentire il rifiuto della delibazione (e della trascrizione) sempre però in una ottica di valutazione, caso per caso, della soluzione che rispetti anche gli interessi del minore. Al contrario se queste condizioni sono esistenti e sono state rispettate il bilanciamento basato sul diniego aprioristico di riconoscimento degli effetti della sentenza straniera (o dell'atto formato all'estero) assume una connotazione di non inerente alla soluzione di un concreto e attuale conflitto perché inconfidente rispetto all'esigenza di tutela della dignità donna cui l'ordinamento straniero ha riconosciuto una libertà di scelta su una decisione che coinvolge la sua sfera personalissima di autonomia decisionale. Appare quindi del tutto irragionevole ritenere irrilevante la valutazione della legislazione (e della sua applicazione) nel paese in cui la gestazione per altri è avvenuta, così come non risponde all'esigenza di una corretta valutazione degli interessi in gioco non considerare quale sia stata in concreto la posizione e la volontà della donna coinvolta nella gestazione. Se il nostro ordinamento non consente alla donna di partecipare a un simile progetto procreativo è per altro verso da considerare che consente alla donna al momento del parto di dichiarare la propria volontà di rimanere anonima e di non assumere alcuna responsabilità genitoriale escludendo così l'instaurazione del rapporto di filiazione. Per altro verso, in una valutazione di ordine pubblico internazionale, non può non tenersi conto del margine di apprezzamento ampio attribuito agli Stati in questa materia e della valutazione positiva che uno Stato appartenente alla tradizione costituzionale occidentale, fondata sul riconoscimento dello stato di diritto e sulla tutela dei diritti fondamentali, quale è il Canada, ha operato rispetto alla libera scelta della donna.

Sotto il profilo invece dell'interferenza lesiva delle tecniche di surrogazione di maternità sull'istituto della adozione la valutazione degli interessi costituzionalmente rilevanti non può che riferirsi, in primo luogo, alla tutela del minore da pratiche elusive e illegali intese a vanificare le norme che lo garantiscono, specificamente nei procedimenti di adozione internazionale, da qualsiasi forma di mercificazione. In una simile fattispecie si trovò a giudicare del resto la Corte di Cassazione con la sentenza n. 24001/2014 relativa a un caso in cui due coniugi italiani avevano fraudolentemente violato la norma straniera che imponeva per l'accesso alla surrogazione di maternità il contributo genetico di almeno uno dei due genitori intenzionali alla formazione dell'embrione. La sanzione della strumentalizzazione fraudolenta della liceità della surrogazione di maternità in altri ordinamenti è stata, allo stesso modo, ritenuta pienamente legittima dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo con la nota sentenza *Paradiso Campanelli c. Italia* (CEDU, Grande camera, 24.1.2017, n. 25358/12). In questa stessa prospettiva la recente sentenza delle Sezioni Unite (Cass. civ. S.U. n. 9006 del 31 marzo 2021) ha affermato che non contrasta con i principi di ordine pubblico internazionale il riconoscimento degli effetti del provvedimento giurisdizionale straniero di adozione di un minore da parte di una coppia omoaffettiva maschile che attribuisca lo "status" genitoriale secondo il modello dell'adozione piena, non costituendo elemento ostativo il fatto che il nucleo familiare sia omogenitoriale, ove sia esclusa la preesistenza di un accordo

di surrogazione di maternità a fondamento della filiazione. In questa controversia è stato ritenuto infatti non ostativa al riconoscimento la circostanza per cui nel diritto statunitense il consenso dei genitori biologici costituisca uno dei presupposti essenziali per la emanazione della sentenza di adozione. Anche qui pertanto assume rilievo la contrarietà all'ordine pubblico di una strumentale e occulta utilizzazione della surrogazione di maternità perché nella specie essa vanificherebbe la genuinità del consenso dei genitori biologici viziando in radice il procedimento adottivo.

Deve quindi ritenersi la non riconoscibilità in Italia degli effetti di una decisione giudiziaria che abbia sancito la filiazione derivante da surrogazione di maternità ma che sia stata ottenuta fraudolentemente in violazione delle leggi del paese che la consente da persone che non possono accedere alle procedure di adozione in Italia e intendono avvalersi delle tecniche di procreazione assistita mediante surrogazione di maternità senza rispettarne le condizioni legali di ammissione. Così come non è riconoscibile l'adozione che celi un accordo di maternità surrogata. Ma è anche da ritenere non riconoscibile una sentenza o un atto di nascita che accerti la filiazione in relazione a una surrogazione di maternità consentita dalla legge del paese in cui è avvenuta anche se i genitori intenzionali non hanno apportato alcun contributo genetico alla procreazione. E' quanto deciso di recente dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo con la sentenza emessa il 18 maggio 2021 nel caso *Valdis Glodis Fjornisdottir ed Eydis Ros Glodis Agnarsdottir c. Islanda* (appl. n. 71552/17) in cui le due donne che avevano adito la gestazione per altri in California attraverso una agenzia non avevano apportato alcun contributo genetico alla procreazione come è consentito dalla legge californiana. Dopo il loro divorzio le due donne avevano vista preclusa la possibilità di una adozione piena del minore loro affidato (in via provvisoria al momento del loro ritorno in Islanda e attualmente in via definitiva). L'adozione infatti era consentita alla coppia dall'ordinamento islandese, prima del divorzio, in alternativa al riconoscimento, che spetta in via esclusiva alla madre gestazionale indipendentemente dal contributo genetico alla procreazione (oltre che al o alla partner genitore intenzionale). La Corte Edu ha valorizzato la preservazione della vita familiare fra il minore e le due donne, sia prima che dopo il loro divorzio, e la possibilità di ottenere l'adozione, ai fini di escludere la violazione dell'art. 8 della Convenzione prospettata dalle ricorrenti in relazione al rifiuto di riconoscimento del certificato di nascita rilasciato negli USA dal quale risultava la registrazione delle due donne quali genitori del bambino. Secondo l'opinione concorrente del giudice L.P. questa decisione non rappresenta una inversione di tendenza nella giurisprudenza della Corte ma la conferma della linea già tracciata, in prospettive diverse, dai casi *Mennesson* e *Paradiso Campanelli*, quella cioè di ritenere necessario ai fini del rispetto dell'art. 8 della Convenzione l'obbligo per gli Stati di riconoscere il rapporto di filiazione con il genitore intenzionale solo quando alla procreazione mediante surrogazione di maternità abbia contribuito l'altro componente della coppia che intende assumere la genitorialità. Mentre, anche al di là di dei casi di falsità dell'atto di nascita quanto al contributo genetico alla procreazione (caso *Paradiso Campanelli*), la Corte Europea non riterrebbe, almeno allo stato, che gli Stati siano tenuti al riconoscimento nell'ipotesi di surrogazione di maternità nella quale entrambi i genitori intenzionali non hanno apportato alcun contributo genetico alla procreazione, sussistendo tuttavia l'obbligo degli Stati aderenti alla Convenzione EDU di rispettare e garantire, anche in questi casi, la formazione e la vita del nucleo familiare riconosciuto in quanto tale all'estero. Questa opinione può essere o meno considerata convincente quanto alla coerenza della decisione ai precedenti citati ma traccia una linea di demarcazione effettiva e utile per rispondere alla esigenza di comporre il possibile conflitto di interesse fra riconoscimento della filiazione e tutela dell'istituto dell'adozione. Infatti una procreazione mediante surrogazione di maternità in cui non vi è stato alcun contributo genetico da parte dei genitori intenzionali si risolve in una vicenda pattizia che normalmente viene gestita da un intermediario per fini economici e che esclude in radice la partecipazione dei genitori intenzionali e della madre gestazionale a un progetto procreativo. Come tale implica nella normalità dei casi, e salva una verifica in concreto, una lesione della dignità della donna che assume l'obbligo della gestazione e un attentato all'istituto dell'adozione.

Infine per ciò che concerne la finalità dissuasiva perseguita legittimamente dallo Stato rispetto all'eclusione del divieto di surrogazione di maternità da parte dei cittadini italiani che si recano all'estero per potere accedere a tale tecnica procreativa, laddove è consentita, il bilanciamento di tale interesse con quello del minore non può che avvenire in una logica di prevenzione e non di ritorsione, in danno del genitore di intenzione e soprattutto del minore, per una condotta che sarebbe illecita nel nostro paese ma della quale il minore è del tutto irresponsabile. Una valutazione di compatibilità con l'ordine pubblico come quella che si è cercato di configurare sinora ha una indiretta ma ampia efficacia dissuasiva in tutti i casi in cui verrebbe ad escludersi il riconoscimento secondo i criteri generali delineati. Nello stesso tempo è coerente all'obiettivo di rispettare il principio, evidenziato con solennità nella sentenza n. 33 della Corte Costituzionale, secondo cui ogni soluzione che non dovesse offrire al bambino alcuna chance di un tale riconoscimento, sia pure ex post e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice del suo interesse al riconoscimento, finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata.

Ne' può sostenersi che la soluzione del diniego generalizzato di riconoscimento del genitore intenzionale sia l'unica adottabile dal legislatore e dall'interprete. L'adempimento del monito della Corte Costituzionale consentirebbe di fruire di uno strumento processuale più adeguato e calibrato sui valori costituzionali rispetto alla delibazione di una sentenza straniera o alla trascrizione di un atto di nascita ma è anche vero che una valutazione, caso per caso, in questi procedimenti, attualmente disponibili, consente di valutare la portata elusiva del comportamento dei richiedenti la delibazione in una logica di verifica concreta del conflitto con l'ordine pubblico internazionale. Per altro verso un'azione più incisiva da parte dello Stato non può che avvenire attraverso gli strumenti classici propri del diritto internazionale e cioè la negoziazione a livello multi o bilaterale di trattati e convenzioni che escludano o limitino ulteriormente l'accesso dei propri cittadini a questa tecnica procreativa ma anche attraverso la negoziazione di una convenzione multilaterale che avvicini la legislazione degli Stati su questa materia sensibile valorizzando i profili etici che essa implica. Vi è anche un profilo di proporzionalità e razionalità da considerare. A fronte di una grave compromissione dei diritti del minore che comporta l'esclusione del riconoscimento della filiazione nei confronti del genitore intenzionale, (cui è però aperta la possibilità di una adozione L. n. 183 del 1983, ex art. 44, lett. d) mentre è automatico il riconoscimento nei confronti del genitore biologico), va valutata infatti la sua efficacia dissuasiva come del tutto sproporzionata e irrazionale.

Queste le linee di un possibile controllo di corrispondenza della delibazione all'ordine pubblico internazionale fondato sui valori condivisi di dignità della donna e di tutela dell'istituto dell'adozione oltre che sul bilanciamento dell'interesse del minore al riconoscimento con quello dello Stato a disincentivare comportamenti elusivi del divieto di surrogazione da parte dei cittadini italiani. Assolutamente centrale resta però la valutazione della corrispondenza del riconoscimento all'interesse del minore che, per le ragioni sin qui descritte, è normalmente insito nella tutela stessa della sua vita privata e familiare. Ma che va verificata in concreto attraverso la rappresentazione della vita familiare che si è già instaurata e del ruolo che entrambi i genitori hanno assunto secondo la chiara indicazione della Corte Costituzionale.

Anche nella prospettiva del diritto dell'Unione Europea l'interesse del minore alla tutela dei suoi diritti inviolabili all'identità personale e al pieno dispiegamento della sua vita privata e familiare assume una importanza maggiore con riferimento allo specifico rilievo nel diritto Eurounitario (art. 4 p. 2 del T.U.E., artt. 20 e 21 del T.F.U.E., artt. 7, 24 e 25 della Carte dei diritti fondamentali dell'Unione) della conservazione degli status personali e della libertà di circolazione e soggiorno e della stretta correlazione di tali principi con l'esplicazione della vita familiare come è stato di recente affermato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nel caso VMA c./Stolichna obshtina, rayon Pancharevo (sentenza del 14 dicembre 2021 nella causa C-490/2020).

In conclusione va quindi ribadito il quesito che il Collegio pone all'attenzione del Primo Presidente ed eventualmente alle Sezioni Unite unitamente agli altri che derivano dalla motivazione sin qui svolta.

Se cioè la sentenza della Corte Costituzionale n. 33/2021, accertando l'inidoneità del ricorso in questa materia all'adozione in casi particolari, L. n. 184 del 1983, ex art. 44, lett. d) abbia determinato il superamento del diritto vivente rappresentato dalla sentenza n. 12193/2019 delle Sezioni Unite.

Se la non attuazione del monito rivolto al legislatore dalla stessa sentenza n. 33/2021 abbia determinato di conseguenza un vuoto normativo.

Se, e come, sia superabile in via interpretativa tale situazione di vuoto normativo non potendosi più il giudice, sia ordinario che di legittimità, riferire al preesistente diritto vivente che, in base alla motivazione della sentenza della Corte Costituzionale, non è idoneo a impedire la lesione dei diritti fondamentali del minore a causa del generale mancato riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore d'intenzione e nello stesso tempo per l'inadeguatezza della soluzione offerta dall'istituto di cui alla L. n. 184 del 1983, art. 44, lett. d).

Se una possibile interpretazione adeguatrice consentita alle Corti possa consistere nel configurare la valutazione del conflitto del riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore di intenzione con l'ordine pubblico internazionale, spettante al giudice investito della richiesta di delibazione, come valutazione legata al singolo caso in esame, secondo criteri di inerenza, proporzionalità e ragionevolezza per come affermati dalla giurisprudenza costituzionale specificamente nell'ottica della ricerca della soluzione ottimale in concreto per l'interesse del minore.

Se in tale valutazione il giudice debba mettere a confronto, in concreto, l'interesse del minore a che vengano rispettati i suoi diritti fondamentali alla identità personale e alla vita familiare con la tutela della dignità della donna coinvolta nel processo procreativo mediante gestazione per altri, con la prevenzione di qualsiasi attentato che, sempre in concreto, possa derivare dal riconoscimento all'istituto dell'adozione, con la legittima aspirazione dello Stato a scoraggiare pratiche elusive del divieto di surrogazione di maternità.

Se i criteri generali indicati nella motivazione della presente ordinanza (adesione libera consapevole e non determinata da necessità economiche da parte della donna alla gestazione, revocabilità del



consenso alla rinuncia all'instaurazione del rapporto di filiazione sino alla nascita del bambino; necessità di un apporto genetico alla pro-creazione da parte di uno dei due genitori intenzionali; valutazione in concreto degli effetti dell'eventuale diniego del riconoscimento sugli interessi in conflitto), eventualmente in aggiunta o combinazione con altri criteri generali, debbano o possano assumere il ruolo di una direttiva nell'interpretazione cui debba attenersi il giudice del merito.

Se infine derivi anche dal diritto dell'Unione Europea un limite alla possibilità di non riconoscere lo status filiationis acquisito all'estero da un minore cittadino italiano nato da gestazione per altri legalmente praticata nello Stato di nascita nella misura in cui tale disconoscimento comporti la perdita dello status e limiti la sua libertà di circolazione e di esplicazione dei suoi legami familiari nel territorio dell'Unione.

## P.Q.M.

La Corte rimette gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite.

In caso di diffusione del presente provvedimento omettere le generalità e gli altri dati identificativi, a norma del D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 52 in quanto imposto dalla legge.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio, il 18 ottobre 2021.

Depositato in Cancelleria il 21 gennaio 2022

*Corte di cassazione prima sezione civile*

**Ordinanza del 16 febbraio 2022 n. 6383**

PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA – COPPIA DI GENITORI DELLO STESSO SESSO – MADRE GESTANTE E MADRE GENETICA – UTILIZZO DEL GAMETE FEMMINILE PROVENIENTE DALLA MADRE NON GESTANTE (CD. R.O.P.A.) – *STATUS FILIATIONIS* – MANCATO RICONOSCIMENTO NEI CONFRONTI DELLA MADRE GENETICA – LEGITTIMITÀ – LEGAME GENETICO FRA MADRE E FIGLIO – IRRILEVANZA

Nell'ipotesi di nascita in seguito a procreazione medicalmente assistita realizzata all'estero da parte di una coppia di donne con utilizzo del gamete femminile proveniente dalla madre non gestante (cd. R.O.P.A.), il legame genetico fra madre e figlio è irrilevante; è parimenti irrilevante che entrambe le parti della coppia dello stesso sesso abbiano espresso un consenso equivalente a quello previsto dall'art. 6 della legge n. 40 del 2004.; in caso di coppia omosessuale non debbono applicarsi difatti le disposizioni fondamentali e generali in tema di genitorialità da p.m.a. contenute negli artt. 6, 8, 9 legge cit., che disciplinano lo *status* del minore nato da p.m.a. stabilendo che il medesimo è figlio della «coppia» che ha espresso il relativo consenso, le quali non operano nei confronti dei figli nati da coppie omosessuali che abbiano fatto ricorso a pratiche di p.m.a. all'estero.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. GENOVESE A. Francesco	<i>Presidente</i>
Dott. TRICOMI Laura	<i>Consigliere</i>
Dott. IOFRIDA Giulia	<i>Consigliere</i>
Dott. TERRUSI Francesco	<i>rel. Consigliere</i>
Dott. LAMORGESE Antonio Pietro	<i>Consigliere</i>

ha pronunciato la seguente:  
ORDINANZA

sul ricorso 3930/2021 proposto da:

X, Y quest'ultima anche quale genitore della minore Z., elettivamente domiciliate in Roma, Via Gregoriana n. 54, presso lo studio dell'avvocato Miri Vincenzo, rappresentate e difese dall'avvocato Fiorini Elena, giusta procura in calce al ricorso;

ricorrenti

contro

Ministero dell'Interno, in persona del Ministro pro tempore, Sindaco del Comune di Q nella qualità di Ufficiale del Governo, domiciliati in Roma, Via dei Portoghesi n. 12, presso l'Avvocatura Generale dello Stato, che li rappresenta e difende ope legis;

controricorrenti

contro

Prefettura di K, Comune di H, Procura Generale della Repubblica presso la Corte di Appello di V, Procura Generale della Repubblica presso la Corte di Cassazione;

intimati

avverso il decreto della CORTE D'APPELLO di M, del 02/11/2020;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 16/02/2022 dal cons. Terrusi Francesco

## Fatti di causa

Il 16 novembre 2017 Y partoriva, in Q, la piccola Z., figlia genetica della compagna X.

L'ufficiale di stato civile del comune di .... rifiutava di iscrivere la bambina con indicazione di entrambe le donne come madri, e accoglieva di contro l'istanza subordinata di iscrizione con indicazione come madre della sola Y

Con ricorso del D.P.R. n. 396 del 2000, ex art. 95, le già menzionate X e Y adivano il tribunale di (OMISSIS) in rettificazione dell'atto di nascita di G.A..

Il tribunale accoglieva il ricorso, essenzialmente osservando che la L. n. 40 del 2004, con riguardo agli effetti del consenso alla procreazione medicalmente assistita (p.m.a.), "contempla accanto alla genitorialità biologica anche una genitorialità affettiva e psicologica", e l'eventuale illiceità della tecnica procreativa "non cancella automaticamente l'interesse del minore alla cancellazione dello status così acquisito".

Su reclamo del sindaco del comune di (OMISSIS), la corte d'appello ha riformato il provvedimento e ha respinto la domanda della coppia XY di procedere alla rettifica dell'atto di nascita di G.A. con indicazione della doppia genitorialità. Ciò in quanto la normativa citata come intesa dalla giurisprudenza di questa Corte Suprema (si citano Cass. Sez. U n. 12193-19 e Cass. n. 7668-20), già definita conforme a costituzione (C. Cost. n. 221 del 2019), non consente un'interpretazione estensiva con riferimento ai soggetti che possono accedere alle tecniche di p.m.a., mentre l'interesse del minore a essere accudito e educato nell'ambito familiare resta adeguatamente garantito dall'istituto dell'adozione.

A tanto la corte territoriale ha aggiunto che ostativo sarebbe pure il complesso delle disposizioni in tema formazione dell'atto di nascita, poiché la stessa dichiarazione di riconoscimento di figlio naturale è prevista dal D.P.R. n. 396 del 2000, art. 29, solo in quanto effettuata da due individui di sesso diverso.

Avverso il decreto della corte d'appello è proposto ricorso per cassazione da parte delle medesime X e Y, con tre motivi illustrati da memoria.

A esso resiste con controricorso l'avvocatura generale dello Stato in rappresentanza del Ministero dell'interno e del sindaco di .... quale ufficiale di governo.

## Ragioni della decisione

- I. Col primo mezzo le ricorrenti denunciano l'omesso esame di fatto decisivo controverso, integrato dalla sussistenza del legame genetico tra la bambina e la X, alla quale è appartenuto l'ovulo che, fecondato con seme maschile di donatore anonimo, era stato impiantato nell'utero della madre partoriente.

Col secondo mezzo denunciano la conseguente violazione della L. n. 40 del 2004, artt. 6,8 e 9, in relazione agli artt. 2 Cost. e 3 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo.

Col terzo, infine, deducono la violazione del D.P.R. n. 396 del 2000, art. 29, e degli artt. 250 e 254 c.c., dal momento che l'interpretazione fornita dalla corte territoriale a proposito del nesso tra le citate disposizioni codicistiche e quella della legge sullo stato civile, nel testo antecedente alla legge sulla p.m.a., non terrebbe conto della necessità di un'interpretazione evolutiva, peraltro doverosa nell'ottica costituzionalmente e convenzionalmente orientata.

- II. Il ricorso, i cui motivi possono essere esaminati congiuntamente per connessione, è infondato.

Tutto il ragionamento svolto dalle ricorrenti si basa sulla premessa che a fronte dei precedenti già indicati dalla corte d'appello di .... diversa sarebbe la fattispecie in esame, poiché contraddistinta dall'essenziale circostanza che la donna non partoriente, oltre ad avere espresso il consenso alla p.m.a., compiuta all'estero mediante impiego di gamete maschile di donatore anonimo, ha essa stessa un legame genetico con la nata, visto che alla medesima è appartenuto l'ovulo che, fecondato, è stato impiantato nell'utero della partoriente.

Da qui la considerazione che la X è madre, e segnatamente madre genetica, della piccola Z così come è madre, segnatamente madre biologica, anche e ovviamente la Y, che l'ha partorita.

A riguardo di tale fatto, la corte d'appello di ... avrebbe dunque, secondo le ricorrenti, violato la L. n. 40 del 2004 nel pretendere che le relative norme (artt. 6, 8 e 9) possano trovare applicazione - ed effetto nei riguardi del nato - solo laddove siano rispettati i requisiti soggettivi e oggettivi di accesso alla p.m.a., anche in caso di sussistenza di un legame genetico tra la madre cd. intenzionale (che per l'appunto ha prestato il consenso) e la madre partoriente.

E poiché le violazioni attengono all'identità personale del nato, esse si risolverebbero anche in violazioni del diritto fondamentale presidiato costituzionalmente (art. 2 Cost.), compromettendo il superiore interesse del minore qualificato dal fascio di diritti che si lega alla filiazione.

- III. Sennonché l'insistito riferimento delle ricorrenti alle circostanze appena indicate non toglie rilevanza ai principi già affermati da questa Corte in consonanza col vaglio di costituzionalità della L. n. 40 del 2004.
- Innanzitutto è bene precisare che l'atto di nascita, oggetto della controversia in esame, riguarda una bambina nata in Italia da donna di nazionalità italiana, sì che resta interamente assoggettato alla legge nazionale.
- In base alle più recenti pronunce di questa Corte può ritenersi acclarato che sia in contrasto con la L. n. 40 del 2004, l'art. 4, comma 3, il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo da parte di una donna legata a quella che lo ha partorito, stante l'esclusione del ricorso alle predette tecniche da parte delle coppie omosessuali.
- Questo perché non è consentita, al di fuori dei casi previsti dalla legge, la realizzazione di forme di genitorialità svincolate da un rapporto biologico, con i medesimi strumenti giuridici previsti per il minore nato nel matrimonio o riconosciuto (cfr. Cass. n. 8029-20 e Cass. n. 7668-20).
- Da qui l'inammissibilità di un'istanza tesa a formare l'atto di nascita traducendo in termini certificativi il risultato di ciò che non può trovare ingresso in termini sostanziali.
- IV. Il principio è stato a più riprese affermato in casi in cui la donna non partoriente non abbia alcun legame biologico con il minore medesimo.
- La circostanza che a fondamento della domanda di rettificazione sia stata posta l'esistenza di un legame genetico tra il nato e la donna sentimentalmente legata a colei che ha sostenuto il parto, siccome donatrice dell'ovocita, non cambia la sostanza delle cose.
- Non è invero decisiva in vista di una soluzione diversa, perché non è in grado di incidere sull'essenziale rilievo secondo cui la legge nazionale si contiene nel senso che una sola è la persona che può essere menzionata come madre in un atto di nascita.
- Questo è per l'appunto il dato correlabile all'opzione legislativa (artt. 4 e 5 della L. n. 40 del 2004) volta a limitare l'accesso alle tecniche di p.m.a. per rimuovere cause impeditive della procreazione circoscritte ai casi di sterilità o di infertilità accertate e certificate da atto medico. E quindi a situazioni di infertilità patologica, alle quali, come precisato dalla Corte costituzionale, non è omologabile la condizione di contro fisiologica - di infertilità della coppia omosessuale (v. C. Cost. n. 221 del 2019).
- V. Non è fondato sostenere che una diversa interpretazione sarebbe imposta dalla necessità di un'esegesi costituzionalmente orientata.
- L'esegesi costituzionalmente orientata è praticabile dinanzi a un'alternativa che veda il risultato di quella difforme in contrasto con norme o principi costituzionali.
- Ma così non è nel caso concreto, perché la Corte costituzionale, affrontando la questione di legittimità della L. n. 40 del 2004, artt. 8 e 9, oltre che dell'art. 250 c.c., in quanto, sistematicamente interpretati, non consentirebbero al nato nell'ambito di un progetto di procreazione medicalmente assistita eterologa, praticata da una coppia dello stesso sesso, l'attribuzione dello status di figlio riconosciuto anche dalla madre intenzionale che abbia prestato il consenso alla pratica fecondativa, ove non vi siano le condizioni per procedere all'adozione nei casi particolari e sia accertato giudizialmente l'interesse del minore, ha di recente dichiarato inammissibile la questione medesima perché involgente scelte discrezionali del legislatore (v. C. Cost. nn. 32 e 33 del 2021).
- Ne deriva che, al contrario di quanto sostenuto nel ricorso, i limiti stabiliti dalla L. n. 40 del 2004 non possono evocare scenari di contrasto con principi e valori costituzionali.
- VI. Solo per completezza deve essere pure ricordato che, in linea con la giurisprudenza di questa Corte in materia di accesso alla p.m.a., la Corte costituzionale ha sottolineato che non è configurabile un divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere figli, spettando tuttavia alla discrezionalità del legislatore la relativa disciplina.
- Specularmente, a fronte della inesistenza di certezze scientifiche o dati di esperienza in ordine al fatto che l'inserimento del figlio in una famiglia formata da una coppia omosessuale abbia ripercussioni negative sul piano educativo e dello sviluppo della personalità del minore (v. C. Cost. n. 221 del 2019 e C. Cost. n. 230 del 2020), il profilo direttamente inerente alla tutela del miglior interesse del minore, nato a seguito di p.m.a. praticata da due donne, resta presidiato dalla possibilità del ricorso alla cd. adozione in casi particolari, in base a un'interpretazione estensiva dell'art. 44, comma 1, lett. d), della L. n. 184 del 1983, in favore del partner dello stesso sesso del genitore biologico del minore (v. Cass. Sez. U n. 12193-19).
- Per converso una diversa tutela del miglior interesse del minore, in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto con la "madre intenzionale", ove anche se ne reputi la necessità, rientra comunque nella piena discrezionalità del legislatore, ed è sottratta - così come esplicitamente è stata già ritenuta sottratta - a qualunque possibile sindacato.
- Il che sta a significare che una diversa interpretazione, rispetto a quella sopra menzionata, delle norme che qui rilevano, oltre tutto involgenti la sola questione della formazione dell'atto di nascita, non è affatto imposta dalla necessità di colmare in via giurisprudenziale un vuoto di tutela.



Ed anzi va considerato che il suddetto vuoto, se anche ritenuto esistente, implica pur sempre (in questa materia eticamente sensibile) scelte legislative di riscontro in base all'equilibrio di diversi valori costituzionali - tutti coinvolti e tutti in gioco -; a fronte delle quali scelte non sarebbe ammissibile, perché potenzialmente finanche arbitraria, una qualsivoglia attività di supplenza in termini solo giurisprudenziali.

**VII.** Le spese seguono la soccombenza.

## **P.Q.M.**

La Corte rigetta il ricorso e condanna le ricorrenti, in solido, alle spese processuali, che liquida in 4.200,00 EUR oltre le spese prenotate a debito.

Dispone che, in caso di diffusione della presente ordinanza, siano omesse le generalità e gli altri dati significativi.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte delle ricorrenti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello relativo al ricorso, se dovuto.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della prima sezione civile, il 16 febbraio 2022.

Depositato in Cancelleria il 25 febbraio 2022

*Tribunale di Lucca*

## Ordinanza del 14 gennaio 2022

UNIONE CIVILE FRA PERSONE DELLO STESSO SESSO - RETTIFICAZIONE DI SESSO DI UNO DEI DUE COMPONENTI DELLA COPPIA- SCIoglimento DEL VINCOLO - MANCATA CONVERSIONE DELL'UNIONE CIVILE IN MATRIMONIO - CONVERSIONE, IN IPOTESI ANALOGA, DEL MATRIMONIO IN UNIONE CIVILE - RAVVISATA VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA - ECCEZIONE DI ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

In ipotesi di rettificazione di sesso di uno dei due componenti della coppia unita civilmente la previsione dello scioglimento del vincolo e non della conversione dell'unione civile in matrimonio è sospetta di illegittimità costituzionale, in particolare per la ravvisata violazione del principio di uguaglianza avuto riguardo all'analogia ipotesi della rettificazione di sesso di uno dei due componenti della coppia coniugata, per cui è prevista la conversione automatica in unione civile fra persone dello stesso sesso.

TRIBUNALE DI LUCCA  
Sezione civile

In camera di consiglio, composto dai magistrati:

Dott.ssa Anna Martelli	<i>Presidente</i>
Dott. Giampaolo Fabbrizzi	<i>Giudice est.</i>
Dott. Giovanni Piccioli	<i>Giudice</i>

ha pronunciato la seguente  
ORDINANZA

Nella causa civile n. 3349/2021 R.G., promossa da:

X, elettivamente domiciliato in XXX, rappresentato e difeso dall'Avv. Cristina Polimeno.

Attore

con l'intervento del Pubblico Ministero

**OGGETTO: rettificazione anagrafica di attribuzione del sesso ed autorizzazione all'intervento chirurgico di adeguamento dei caratteri sessuali.**

1. Con atto di citazione ritualmente notificato da X – premettendo: di manifestare, da tempo risalente, un modo di essere che si estrinseca con caratteri fenotipici del genere femminile, tali da integrare una disforia di genere che necessita l'adeguamento dell'identità fisica a quella psichica; che il processo interiore di progressiva appartenenza ad un sesso diverso da quello risultante dagli organi riproduttivi è divenuto ormai irreversibile; che, come risulta dalla relazione psicologica conclusiva eseguita dal consultorio trans genere di Torre del Lago (LU), l'attore, secondo i dettami del DSM-V, presenta disforia di genere di tipo FtM, cioè a dirsi una condizione di transessualismo, di cui è pienamente consapevole e che lo identifica irrevocabilmente nel genere femminile; che l'attore ed il sig. Y hanno contratto un'unione civile nel corso dell'anno 2019 ed entrambi hanno interesse alla conservazione del vincolo familiare attraverso l'automatica conversione in matrimonio per effetto della rettificazione anagrafica del sesso dell'attore – ha adito l'intestato Tribunale al fine di sentir pronunciare l'autorizzazione all'intervento chirurgico strumentale alla riassegnazione del sesso da maschile in femminile; disporre, presso il Comune di nascita (Lucca) la rettificazione dei dati anagrafici riguardanti il sesso, con l'attribuzione del nome di X, in luogo di Ailton; ordinare all'ufficiale di stato civile di procedere all'iscrizione del matrimonio tra X e Y nel registro degli atti di matrimonio.

2. Nel contraddittorio del solo Pubblico Ministero – non essendo l’attore legato da rapporti di coniugio o di parentela con prole – omessa ogni ulteriore attività istruttoria, la causa è stata trattenuta in decisione all’udienza del 15 ottobre 2021, previa rinuncia alla concessione dei termini di cui all’art. 190 c.p.c.
  3. Il Tribunale reputa siano rilevanti e non manifestamente infondate la questioni di legittimità costituzionale di cui al combinato disposto degli artt. 1, comma 26, L. 20 maggio 2016, n. 76, 31, commi 3 e 4 *bis*, D.Lgs. 1° settembre 2011, n. 150 e 70 *octies*, comma 5, D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, in relazione agli artt. 2, 3, 117 Cost. – e, quali parametri interposti ai sensi di quest’ultima disposizione, agli artt. 8, 14 CEDU – per i motivi che qui appresso si vanno ad esplicitare.
  4. *Rilevanza della questione di legittimità costituzionale.*
- 4.1. L’analisi del quadro normativo di riferimento deve muovere anzitutto dalla ricognizione delle disposizioni fondamentali della L. 164 del 1982, recante “Norme in materia di rettificazione del sesso” e dei principi ad essa immanenti, che esprimono, *in subiecta materia*, il diritto vivente.
- L’art. 1, 1° comma, come modificato dall’articolo 110, 4° comma, del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, recante «Regolamento per la revisione e la semplificazione dell’ordinamento dello stato civile, a norma dell’articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127», dispone che: “*La rettificazione si fa in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell’atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali*”.
- Di contro, la disciplina del procedimento e, segnatamente, dell’autorizzazione all’intervento chirurgico, recata in origine, rispettivamente, negli abrogati artt. 2 e 3 della L. 164 del 1982, è stata riscritta dall’art. 31 D.Lgs. 1 settembre 2011, n. 150, recante «Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell’articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69», ove, per quanto qui interessa, al 4° comma, si dispone che “*quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il Tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato [...]*”.
- 4.1.1. Ora, è del tutto evidente che tra intervento chirurgico modificativo dei caratteri sessuali anatomici primari ed acquisizione di una nuova identità di genere è astrattamente teorizzabile una relazione di priorità logico-giuridica del primo rispetto alla seconda. Il che, tuttavia non è, in base ai più recenti approdi tanto della giurisprudenza costituzionale, quanto della corte regolatrice, che hanno entrambe affrontato *ex professo* la *vexata quaestio* circa la necessità o meno del preventivo ricorso all’intervento chirurgico volto a modificare i caratteri sessuali primari al fine di rettificare anagraficamente lo stato sessuale.
- Con sentenza n. 15138 del 2015, la Suprema Corte ha ritenuto che “*.. l’interesse pubblico alla definizione certa dei generi [...] non richiede il sacrificio del diritto alla conservazione della propria integrità psicofisica sotto lo specifico profilo dell’obbligo dell’intervento chirurgico inteso come segmento non eludibile dell’avvicinamento del soma alla psiche. L’acquisizione di una nuova identità di genere può essere il frutto di un processo individuale che non ne postula la necessità, purché la serietà ed univocità del percorso scelto e la compiutezza dell’approdo finale sia accertata, ove necessario, mediante rigorosi accertamenti tecnici in sede giudiziale*”.
- È stato pertanto con ciò escluso che il combinato disposto degli artt. 1 L. 164 del 1982 e 31 D.Lgs. 150 del 2011, obbedisca ad una logica che immagina l’intervento chirurgico al modo di una pre-condizione imprescindibile della pronuncia di mutamento del sesso.
- Il principio è stato peraltro ribadito anche dalla Corte Costituzionale, cui era stata devoluta la questione di legittimità costituzionale dell’art. 1 della L. 164/82, in riferimento agli artt. 2, 3, 32, 117, primo comma, Cost., quest’ultimo in relazione all’art. 8 CEDU.
- Il Giudice delle Leggi, nel dichiarare non fondata la questione, ha precisato che: “*l’esclusione del carattere necessario dell’intervento chirurgico ai fini della rettificazione anagrafica appare il corollario di un’impostazione che – in coerenza con supremi valori costituzionali – rimette al singolo la scelta delle modalità attraverso le quali realizzare, con l’assistenza del medico e di altri specialisti, il proprio percorso di transizione, il quale deve comunque riguardare gli aspetti psicologici, comportamentali e fisici che concorrono a comporre l’identità di genere. L’ampiezza del dato letterale dell’art. 1, comma 1, della legge n. 164 del 1982 e la mancanza di rigide griglie normative sulla tipologia dei trattamenti rispondono all’irriducibile varietà delle singole situazioni soggettive.*” (cfr. Corte cost. sent. n. 221 del 2015).
- In base al diritto vivente, dunque, l’intervento chirurgico modificativo dei caratteri sessuali primari non integra un “*prerequisito per accedere al procedimento di rettificazione*”, bensì un “*possibile mezzo, funzionale al conseguimento di un pieno benessere psicofisico*” (v. ancora Corte cost. 221/2015).
- E’ peraltro da porre in rilievo che la stessa giurisprudenza di legittimità, sottolineando l’importanza del percorso individuale volto alla composizione del conflitto tra percezione interiore dell’individuo ed apparato riproduttivo biologico, ha precisato “*... che il riconoscimento giudiziale del diritto al mutamento di sesso non può che essere preceduto da un accertamento rigoroso del completamento di tale percorso individuale da compiere attraverso la documentazione dei trattamenti medici e psicoterapeutici eseguiti dal richiedente, se necessario integrati da indagini tecniche officiose volte ad attestare l’irreversibilità personale della scelta*” (Cass. sent. n. 15138/2015).

- 4.1.2. Nel caso di specie l'attore non ha effettuato alcun intervento demolitivo - ricostruttivo degli organi sessuali, ma soltanto una terapia ormonale, ed ha chiesto la rettifica dell'attribuzione di sesso nei registri di stato civile assumendo di aver acquisito l'identità di genere femminile sperimentando un processo di natura psicologica che attesta la definitività ed irreversibilità di tale orientamento personale, indipendentemente dalle caratteristiche anatomiche degli organi sessuali.

Alla stregua dei parametri di riferimento sopra elencati, ove le circostanze di fatto allegare trovasse riscontro nella documentazione in atti e nell'istruttoria in ipotesi espletabile, l'attore vanterebbe dunque, *in abstracto*, la legittima aspettativa all'acquisizione di una nuova identità di genere indipendentemente dall'intervento chirurgico di adeguamento dei caratteri sessuali primari.

- 4.2. E' in un tale contesto che il X, in connessione logico-giuridica con la richiesta rettificazione anagrafica del sesso, deduce di aver contratto con il sig. Y, nel corso dell'anno 2019, un'unione civile, il cui vincolo familiare sottostante l'attore suppone dovrebbe sopravvivere a seguito della pronunciata rettificazione – sia pur nella veste che l'ordinamento concepisce onde riconoscere valenza giuridica al vincolo tra persone di sesso diverso – ordinando all'ufficiale dello stato civile del Comune di Lucca, ove l'unione è stata costituita, di procedere *tout court* all'iscrizione nel registro degli atti di matrimonio dell'unione matrimoniale tra X e Y, iscrizione legittimata in base alla premessa assiomatica che alcun divieto, in seguito all'acquisto di una nuova identità di genere di uno dei componenti, sarebbe decretato dall'ordinamento vigente a svantaggio della coppia.

Senonché, contrariamente a quanto l'attore professa, l'interdipendenza tra pronuncia di rettificazione e sorti dell'unione civile in precedenza contratta tra persone dello stesso sesso non forma oggetto di lacuna normativa.

- 4.2.1. Ed infatti, l'art. 1, comma 26, L. n. 76 del 2016, recante «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze», sancisce, senza null'altro aggiungere, ovvero puntualizzare, che «la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso determina lo scioglimento dell'unione civile tra persone dello stesso sesso».

A tale lapidaria enunciazione fa da contraltare la speculare disciplina apprestata per l'ipotesi inversa, cioè a dirsi laddove la coppia nell'ambito della quale uno dei componenti abbia acquistato una nuova identità di genere sia unita in matrimonio. Il successivo comma 27 stabilisce infatti al riguardo che «alla rettificazione anagrafica di sesso, ove i coniugi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non cessarne gli effetti civili, consegue l'automatica instaurazione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso».

- 4.2.2. Preme a tale riguardo precisare che solo al ricorrere di quest'ultima evenienza – cioè a dirsi in caso di rettificazione del sesso di uno dei coniugi – la disciplina sostanziale incontra una corrispondenza proiettata nella dimensione del processo, strumentale alla realizzazione di una piena effettività della tutela conservativa della formazione familiare alla base del vincolo giuridico preesistente.

Stabilisce infatti in proposito l'art. 31, comma 4 *bis*, D.Lgs. n. 150 del 2011, inserito, dall'art. 7 del D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 5, che «fino alla precisazione delle conclusioni la persona che ha proposto domanda di rettificazione di attribuzione di sesso ed il coniuge possono, con dichiarazione congiunta, resa personalmente in udienza, esprimere la volontà, in caso di accoglimento della domanda, di costituire l'unione civile, effettuando le eventuali dichiarazioni riguardanti la scelta del cognome ed il regime patrimoniale. Il tribunale, con la sentenza che accoglie la domanda, ordina all'ufficiale dello stato civile del comune di celebrazione del matrimonio o di trascrizione se avvenuto all'estero, di iscrivere l'unione civile nel registro delle unioni civili e di annotare le eventuali dichiarazioni rese dalle parti relative alla scelta del cognome ed al regime patrimoniale». Con quest'ordine di idee è peraltro coerente comandare – come il comma 3 del citato art. 31 invero comanda – che solo al coniuge dell'attore – e non già all'altra parte dell'unione civile – sia notificato l'atto di citazione introduttivo del giudizio di rettificazione di attribuzione di sesso, alla stregua di una mera *denuntiatio litis* volta a provocare, all'interno del processo, l'eventuale espressione del consenso alla conversione del matrimonio in unione civile.

- 4.2.3. Ancora, nell'ambito della stessa matrice della consentita continuità (soltanto) tra matrimonio ed unione civile, quale opzione legislativamente accordata alla coppia al sopravvenire della rettificazione del sesso di uno dei coniugi, è ispirata la disciplina di adeguamento delle risultanze anagrafiche dello stato civile al cospetto di una simile eventualità, che si coordina con l'espressione della concorde volontà dei coniugi di costituire l'unione civile in seno alla controversia di rettificazione del sesso di uno dei due, per il caso di accoglimento della domanda.

L'art. 70 *octies*, comma 5, del d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396 – articolo aggiunto dall'articolo 1, comma 1, lettera t), del D.Lgs. n. 5 del 2017 – prevede che «nell'ipotesi di cui all'articolo 31, comma 4-*bis*, del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150, l'ufficiale dello stato civile del comune di celebrazione del matrimonio o di trascrizione se avvenuto all'estero, ricevuta la comunicazione della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso, procede all'iscrizione dell'unione civile nel registro delle unioni civili con le eventuali annotazioni relative alla scelta del cognome ed al regime patrimoniale».



4.2.4. La normativa apprestata in tema di unioni civili si inserisce peraltro in un più ampio contesto ordinamentale, con il quale deve essere raccordata.

Il citato art. 1, comma 26, L. 76 del 2016, nella sua lapidaria formulazione, laddove prescrive l'ablazione del pregresso vincolo della coppia omoaffettiva in conseguenza della sentenza di rettificazione di sesso di uno dei contraenti ("...«determina» lo scioglimento dell'unione civile..."), rispecchia fedelmente il contenuto della corrispondente previsione dell'art. 31, comma 6, D.Lgs. 150 del 2011 dettato in tema di matrimonio, che ricalca, trascurando la variante lessicale del verbo «determina», sostituito da «provoca», l'art. 4 della L. 164 del 1982, il quale recita che «la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso non ha effetto retroattivo. Essa provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso. Si applicano le disposizioni del codice civile e della legge 1° dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni».

La tecnica legislativa utilizzata nel comma 26 dell'art. 1 L. 76 del 2016 è consistita nella formulazione di una disposizione autonoma, non già nell'impiego del rinvio nei limiti della compatibilità, sia pur altrove sperimentato (v. commi 20 e 25 art. 1 L. 76 del 2016), ad altre norme vigenti onde estenderne il campo applicativo alla disciplina delle unioni civili.

In quest'ambito, è peraltro eloquente l'omesso richiamo dell'art. 3, comma 1, n. 2), lett. g), L. 1° dicembre 1970, n. 898, recante «Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio», che parimenti regola le implicazioni della rettificazione del sesso di uno dei coniugi nell'unione matrimoniale, prevedendo che «lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio può essere domandato da uno dei coniugi ... nei casi in cui ... è passata in giudicato la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso a norma della legge 14 aprile 1982, n. 164».

La disputa sull'interpretazione di tale disposto, che ha acceso un fervido confronto dialettico sull'automaticità del divorzio, a prescindere da una domanda di parte, per effetto del passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso di uno dei coniugi, è stata risolta, nel senso della configurabilità nell'ordinamento del c.d. «divorzio imposto», da Cass. ord. n. 14329 del 2013 – cui, sul punto, si è allineata Corte cost. sent. n. 170 del 2014, sulla quale ci intratterà più diffusamente *infra* – vuoi perché l'eterosessualità dell'archetipo matrimoniale importa che sia sottratta ai coniugi ogni possibilità di scelta sulla conservazione del vincolo una volta intervenuta la rettificazione di sesso di uno di essi, vuoi perché con la L. 6 marzo 1987, n. 74 – il cui art. 7, comma 1, ha aggiunto la lett. g) all'art. 3, comma 1, n. 2), L. 898 del 1970 – si è inteso soltanto procedere alla razionalizzazione del sistema preesistente, caratterizzato da un regime giuridico ormai datato relativamente al diritto transitorio e all'instaurazione di un modello processuale più spedito ed efficiente.

Peraltro, a prescindere da quest'osservazione dirimente, l'inoperatività *in subiecta materia* dell'art. 3, comma 1, n. 2), lett. g), L. 898 del 1970, neppure può essere recuperata attraverso la clausola di rinvio recata dal comma 20 dell'art. 1 della L. 76 del 2016, poiché a siffatto richiamo osta il criterio selettivo che ha ispirato il legislatore nei commi da 22 a 25 per estendere l'applicabilità solo di alcune norme della legge sul divorzio piuttosto che di altre – così come in termini di individuazione selettiva delle cause di scioglimento del matrimonio, nel comma 23, si richiamano solo talune cause di scioglimento elencate dall'art. 3 della L. 898 del 1970 – palesando in tal guisa la *volutas legis* di non attuare un'integrale equiparazione tra matrimonio ed unione civile in termini di scioglimento del vincolo.

Se dunque l'art. 3, comma 1, n. 2), lett. g), L. 898 del 1970 resta estraneo alla regolazione dello scioglimento delle unioni civili – ovvero sia da interpretare nel senso di non ostare all'automaticità della dissoluzione del vincolo al pronunciamento della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso di uno dei contraenti dell'unione – il corollario che se ne deve desumere, in connessione con la tranciante formulazione del comma 26 dell'art. 1 della L. 76 del 2016 – animato dall'idea che il vincolo nascente dall'unione civile perduri fintantoché perdura l'omogeneità di sesso dei contraenti – è nel senso dell'automatica caducazione dell'unione civile con il passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso di uno dei contraenti.

L'inoperatività della citata lett. g) – che contiene l'esplicito riferimento al passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso – non può invero portare con sé una diversità di disciplina in punto di proiezione dell'efficacia della sentenza di rettificazione sull'unione civile. La gravità degli effetti derivanti dalla dissoluzione del vincolo non appare a ben riflettere suscettibile di ancoraggio alla provvisorietà di una sentenza non ancora coperta dalla stabilità del giudicato, di tal che l'unica soluzione plausibile è quella che fa decorrere l'automatico scioglimento dell'unione civile dall'immutabilità del provvedimento che dispone l'acquisto della nuova identità di genere.

Postulare l'automatico scioglimento dell'unione civile, come significa prescindere da un'espressa domanda di parte, così comporta inoltre che non sia necessaria una corrispondente pronuncia che abbia espressamente ad oggetto la cessazione del vincolo, sol che si consideri che il comma 26 dell'art. 1 della L. 76 del 2016 collega esplicitamente lo scioglimento dell'unione alla pronuncia della sentenza di rettificazione e che un responso simmetrico è rinvenibile per l'opposta fattispecie in cui la rettificazione di attribuzione di sesso riguarda uno dei coniugi, ove la giurisprudenza di legittimità ha affermato che

«l'inclusione della lett. g) nell'articolo 3 della legge n. 898/1970 non comporta che lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio per effetto della rettificazione di attribuzione di sesso debbano essere inevitabilmente contenuti in una domanda giudiziale» (Cass. ord. n. 14329 del 2013).

- 4.2.5. La premesse appena svolte dischiudono dunque la rilevanza dei sospetti di illegittimità costituzionale della sopra riportata disciplina, sospetti che di qui ad un momento si andranno ad illustrare.

Appare invero del tutto evidente che una volta accertati i presupposti onde pronunciare la rettificazione del sesso dell'attore, all'accoglimento dell'espressa domanda volta a sentir ordinare all'ufficiale dello stato civile di procedere all'iscrizione del matrimonio tra X ed Y nell'apposito registro anagrafico osterebbe, insuperabile, il richiamato quadro normativo di riferimento, quadro che, per un verso, con la – tanto tranciante, quanto univoca – formulazione del comma 26 della L. 76 del 2016, codifica un rigido automatismo, che letteralmente non tollera eccezioni – viepiù se semanticamente contrapposto al successivo comma 27, deputato a regolamentare l'ipotesi inversa in cui la rettificazione del sesso riguardi uno dei coniugi – tra rettificazione e scioglimento dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, senza alcuna possibilità di conversione in matrimonio; per altro verso, con una regolamentazione processuale che abilita esclusivamente la coppia coniugata ad esprimere la volontà affinché il matrimonio sia commutato, senza soluzioni di continuità, in unione civile, al pronunciamento della sentenza di rettificazione, implicitamente, ma inoppugnabilmente, impedisce alle parti dell'unione civile una speculare manifestazione di volontà per la conversione in matrimonio al presentarsi di una medesima evenienza; per altro verso ancora, ma cospirando nella medesima direzione, le disposizioni dell'ordinamento dello stato civile, nel disciplinare l'iscrizione dell'unione civile nel correlativo registro anagrafico, conoscono la possibilità che a tanto l'ufficiale civile provveda una volta ricevuta la comunicazione della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso di uno dei coniugi, nel mentre va registrata l'assenza di una corrispondente disciplina speculare qualora la rettificazione sia pronunciata nei confronti di uno dei membri dell'unione civile.

Non è inoltre inutile puntualizzare che alcun affievolimento della rilevanza della questione di legittimità costituzionale che l'intestato Tribunale viene a sollevare è dato predicare per il sol fatto che Y non abbia manifestato la volontà di unirsi in matrimonio con l'attore, in previsione della pronuncia di rettificazione del sesso. Ciò null'altro rappresenta infatti che un mero corollario applicativo delle preclusioni imposte dal sistema vigente, nel quale, nella pendenza del giudizio di cui all'art. 31 D.Lgs. 150 del 2011, ed in senso diametralmente opposto a quanto previsto per la coppia coniugata, al contraente dell'unione civile – al quale l'atto introduttivo del giudizio di rettificazione non deve essere neppure notificato – è inibito manifestare la volontà di contrarre matrimonio con l'altro componente il cui sesso sia stato anagraficamente rettificato, ovvero – il che è lo stesso – non risulta neppure astrattamente concepibile, nell'impianto della disciplina dell'unione civile, che ai componenti di quest'ultima, pronunciata la sentenza di rettificazione del sesso di una delle parti, sia consentito transitare automaticamente, previo consenso di entrambi e senza soluzioni di continuità, all'interno del vincolo matrimoniale.

In definitiva, gli artt. 1, comma 26, L. 76 del 2016, 31, commi 3 e 4 *bis*, D.Lgs. 150 del 2011 e 70 *octies*, comma 5, del d.p.r. n. 396 del 2000, sistematicamente interpretati, trovando applicazione nel caso di specie, cospirano univocamente nella direzione di precludere all'attore ed a colui con cui egli ha contratto un'unione civile, di esprimere un valido consenso onde unirsi in matrimonio, volta che, nei confronti del primo, venga pronunciata, all'esito del presente giudizio, la rettificazione dell'attribuzione del sesso, in tal guisa venendosi a configurare la mancanza del presupposto logico-giuridico affinché sia consentito impartire all'ufficiale dello stato civile, come richiesto dal X, l'ordine di iscrivere negli appositi registri anagrafici il matrimonio tra l'attore – la cui attribuzione di sesso abbia formato oggetto di rettifica – e Y.

5. *Non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale. I parametri di costituzionalità: artt. 2, 3, 117 Cost.*
- 5.1. Con riguardo agli artt. 2, 3, 117 Cost. – quest'ultimo in relazione ai parametri interposti di cui agli artt. 8, 14 CEDU – da vagliare congiuntamente in ragione della loro intima connessione con riguardo ai sospetti di illegittimità costituzionale della normativa in esame che si vanno prospettando, giova anzitutto muovere dalla considerazione, con precipuo riguardo al primo dei parametri elencati, che, in un'ideale linea di continuità con la consolidata giurisprudenza, vuoi costituzionale, vuoi di legittimità, che nel tempo ha reiteratamente inquadrato le convivenze di fatto “*more uxorio*” alla stregua di formazioni sociali – fonti non già soltanto di doveri natura morale o sociale, bensì anche di rapporti giuridici vincolanti – secondo il paradigma di cui all'art. 2 Cost. (a mero titolo esemplificativo, senza nessuna pretesa di esaustività, nella giurisprudenza costituzionale, v. Corte cost. sent. n. 237 del 1986 e n. 140 del 2009, sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 384 c.p.; sent. n. 404 del 1988, sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 1, L. 392 del 1978; ord. n. 313 del 2000, sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 17, comma 2, lett. c) della Legge 6 marzo 1998, n. 40; sent. n. 394 del 2005, sulla questione di legittimità costituzionale degli artt. 261, 147 e 148, 2643, num. 8, 2652, 2653 e 2657 c.c.; ord. n. 192 del 2006, sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 19, comma 2, lettera d), del Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286; sent. n. 213 del 2016, sulla questione di legittimità costituzionale

dell'art. 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104. Nella giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass. ord. n. 14746 del 2019 e n. 3505 del 2016, in tema di danno da perdita del rapporto parentale in favore del convivente *more uxorio* del defunto; sent. n. 10377 del 2017 e n. 7214 del 2013, in tema di detenzione qualificata dell'immobile destinato ad abitazione comune da parte del convivente non proprietario; n. 1266 del 2016 e n. 1277 del 2014, in tema di condizioni di inquadramento delle prestazioni eseguite da un convivente in favore dell'altro nell'ambito dell'adempimento di un'obbligazione naturale *ex art.* 2034 c.c.), la stessa Corte costituzionale, nel solco di un processo di omogeneizzazione, ha sperimentato un itinerario parallelo per le unioni omosessuali, affermando che per formazione sociale "... *deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, quale stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri...*" (Corte cost. sent. n. 138 del 2010).

In questo contesto, la Suprema Corte ha rimarcato che nelle unioni omosessuali va polarizzandosi un processo di costituzionalizzazione, attraverso il riconoscimento di un nucleo comune di diritti e doveri di assistenza e solidarietà propri delle relazioni affettive di coppia, nonché attraverso la riconducibilità di tali relazioni nell'alveo delle formazioni sociali dirette allo sviluppo, in forma primaria, della personalità umana. Un tale riconoscimento rende le unioni omosessuali meritevoli "... *di un grado di protezione e tutela equiparabile a quello matrimoniale in tutte le situazioni nelle quali la mancanza di una disciplina legislativa determina una lesione di diritti fondamentali scaturenti dalla relazione in questione*" (Cass. sent. n. 2400 del 2015).

Anche il legislatore ordinario, nel recepire la superiore elaborazione teorica, ha inteso sancire espressamente l'equiparazione tra unioni civili omosessuali e le aggregazioni sociali costituzionalmente protette e riconosciute. È significativo, al riguardo, che l'art. 1, comma 1, L. n. 76 del 2016, esordisca proclamando enfaticamente che «la presente legge istituisce l'unione civile tra persone dello stesso sesso quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione...».

- 5.2. La protezione dell'anzidetto nucleo essenziale di diritti e doveri di assistenza e solidarietà è insuscettibile di retrocedere da tale contenuto minimo anche al cospetto del quadro convenzionale europeo, le cui norme di riferimento fungono da parametro interposto di costituzionalità ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost. (cfr. Corte cost., sent. n. 348 e 349 del 2007).

A norma dell'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (di seguito, brevemente, "CEDU") «ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza».

Recita per contro l'art. 14 CEDU che «il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione».

- 5.2.1. La Corte Europea dei diritti dell'uomo, con sentenza 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, in ordine all'interpretazione dell'art. 14 CEDU, in relazione all'art. 8, ha affermato che: 1) "è indiscusso nel presente caso che la relazione di una coppia omosessuale come i ricorrenti rientri nella nozione di vita privata nell'accezione dell'articolo 8. Tuttavia, alla luce dei commenti delle parti la Corte ritiene opportuno determinare se la loro relazione costituisce anche una vita familiare" (p. 90); 2) "la Corte ribadisce la sua giurisprudenza radicata in materia di coppie eterosessuali, vale a dire che la nozione di famiglia in base a questa disposizione non è limitata alle relazioni basate sul matrimonio e può comprendere altri legami familiari di fatto, se le parti convivono fuori dal vincolo del matrimonio" (p. 91); 3) "in antitesi, la giurisprudenza della Corte ha accettato solo che la relazione emotiva e sessuale di una coppia omosessuale costituisca vita privata, ma non ha ritenuto che essa costituisca vita familiare, anche se era in gioco una relazione durevole tra partner conviventi. Nel giungere a tale conclusione, la Corte ha osservato che nonostante la crescente tendenza negli Stati Europei verso un riconoscimento giuridico e giudiziario di unioni di fatto stabili tra omosessuali, data l'esistenza di poche posizioni comuni tra gli Stati contraenti, questa era un'area in cui essi godevano ancora di un ampio margine di discrezionalità .... Nel caso di *Karner* ..., relativo al subentro del partner di una coppia omosessuale nei diritti locativi del partner deceduto, che rientrava nella nozione di abitazione, la Corte ha esplicitamente lasciato aperta la questione di decidere se il caso riguardasse anche la vita privata e familiare del ricorrente" (p. 92); 4) "la Corte osserva che dal 2001 ... ha avuto luogo in molti Stati Membri una rapida evoluzione degli atteggiamenti sociali nei confronti delle coppie omosessuali. A partire da quel momento un notevole numero di Stati Membri ha concesso il riconoscimento giuridico alle coppie omosessuali ... Certe disposizioni del diritto dell'UE riflettono anche una crescente tendenza a comprendere le coppie omosessuali nella nozione di famiglia ..." (p. 93); 5) "data quest'evoluzione la Corte ritiene artificiale sostenere l'opinione che, a differenza di una coppia eterosessuale, una coppia omosessuale non possa godere della vita familiare ai fini dell'articolo 8. Conseguentemente la relazione dei



ricorrenti, una coppia omosessuale convivente con una stabile relazione di fatto, rientra nella nozione di vita familiare, proprio come vi rientrerebbe la relazione di una coppia eterosessuale nella stessa situazione” (p. 94).

Nel recepire coerentemente tale interpretazione del quadro convenzionale, la giurisprudenza di legittimità ha stabilito che: (i) nell’art. 8, che sancisce il diritto alla vita privata e familiare, è senz’altro contenuto il diritto a vivere una relazione affettiva tra persone dello stesso sesso protetta dall’ordinamento (cfr., in motivazione, Cass. sent. n. 2400 del 2015); (ii) nell’esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente la condizione di coppia, quale precipuo modo di essere del diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all’art. 8 CEDU, le persone dello stesso sesso conviventi in una stabile relazione di fatto possono adire il giudice per rivendicare, in specifiche situazioni correlate ad altri diritti fondamentali, un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata (Cass. sent. n. 4884 del 2012)

- 5.2.2. Nella successiva sentenza *Hamalainen c. Finlandia* del 16 luglio 2014, la Corte di Strasburgo, con riguardo alla legittimità della normativa finlandese, che impone la trasformazione del matrimonio in unione civile registrata (*civil partnership*), quale conseguenza normativamente imposta della rettificazione anagrafica del sesso, ha escluso la violazione degli artt. 8 e 14 CEDU, sull’assunto che attraverso detto meccanismo la normativa finlandese contempla modalità di conservazione del precedente vincolo che, sia pur con altra forma di riconoscimento giuridico, appare, nei contenuti dei diritti attribuiti, sostanzialmente equiparabile allo *status* pregresso venuto meno per effetto della rettificazione anagrafica del sesso.

E non è peraltro inutile sottolineare che ad un tale responso la Corte EDU è approdata sviluppando la prospettiva della configurabilità di un obbligo positivo dello Stato quale precipuo modo di essere del rispetto della vita privata e familiare, cioè a dirsi aderendo alla soluzione affermativa in ordine all’interrogativo sul se il diritto di cui all’art. 8 CEDU implichi per lo Stato un obbligo positivo di porre in essere un procedimento efficace e accessibile, atto a consentire al cittadino di far riconoscere legalmente il nuovo sesso pur mantenendo i suoi legami coniugali (cfr. §64 della motivazione).

- 5.2.3. Se quindi è lecito postulare che il quadro dei principi sopra affermati sia suscettibile di migrare, *mutatis mutandis*, nella fattispecie concreta che qui occupa onde apprestare una protezione aggiuntiva derivante dal contesto convenzionale europeo di tutela dei diritti umani, appare incontestabile che la garanzia accordata dall’art. 8 CEDU alla coppia omosessuale legata dal vincolo dell’unione civile registrata imponga allo Stato di preservare il fulcro dei diritti acquisiti – e dei rapporti instaurati – durante la vigenza di tale modello di relazione omoaffettiva, ciò anche in seguito alla rettificazione anagrafica del sesso di uno dei contraenti e senza alcuna cesura, che viceversa arrecherebbe a quello stesso fulcro un *vulnus*, tanto inaccettabile, quanto irragionevole, in quanto idoneo a metterne a repentaglio la stessa sopravvivenza nelle more della transizione verso l’unione matrimoniale, quale archetipo di vita di coppia tra persone eterosessuali giuridicamente elaborato dall’ordinamento.

- 5.3. Quest’ultimo punto mobilita la riflessione in ordine al paradigma di cui all’art. 3 Cost., rispetto al quale, la normativa censurata non si pone al riparo dai sospetti di incostituzionalità che qui appresso si vanno ad esporre.

- 5.3.1. Sotto tale profilo, non è fondatamente contestabile che un fuggitivo raffronto testuale tra il comma 26 ed il comma 27 dell’art. 1 della L. 76 del 2016 veicoli il punto di emersione di una palese disparità di trattamento – sullo specifico punto delle ripercussioni della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso – tra unione coniugale eterosessuale ed unione civile omosessuale.

Non è inutile al riguardo ribadire che la prima disposizione sancisce lo scioglimento *tout court* dell’unione civile con il passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso di uno dei membri dell’unione medesima.

La seconda, invece, al manifestarsi del medesimo fenomeno nella dimensione del rapporto matrimoniale, accorda ai coniugi che, nelle forme di cui all’art. 31, comma 4 *bis*, D.Lgs. 150 del 2011 abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non cessarne gli effetti civili, la facoltà di convertirlo in unione tra persone dello stesso sesso.

- 5.3.2. Anzitutto, occorre sgomberare il campo dall’equivoco secondo cui la differente regolazione del fenomeno della rettificazione dell’attribuzione di sesso all’interno delle due diverse formazioni sociali giuridicamente riconosciute potrebbe immaginarsi lecitamente giustificata – all’esito di una superficiale esegesi che si arresti al mero dato letterale – per la diversa disciplina che ne regola il momento genetico e costitutivo, di seguito riassunta.

A norma dell’art. 1, 2° comma, L. 76 del 2016, «due persone maggiorenni dello stesso sesso costituiscono un’unione civile mediante dichiarazione di fronte all’ufficiale di stato civile ed alla presenza di due testimoni».

La costituzione dell’unione civile non conosce la previa evasione di adempimenti preliminari, strumentali alla verifica dell’insussistenza di cause ostative all’instaurazione del vincolo.

Il quarto comma dell’art. 1 elenca infatti una serie di cause a tanto impeditive – che rispecchiano i divieti di contrarre matrimonio imposti dagli artt. 85 – 88 c.c. – ma alcun meccanismo è contemplato



onde negare in via preventiva la costituzione dell'unione, la quale, qualora venga contratta sebbene sussista un fatto ostativo annoverabile tra le cause impeditive tipizzate, è affetta da nullità, comminata dal quinto comma dell'art. 1 della L. 76 del 2016.

Per converso, secondo il dettato dell'art. 93 c.c., la celebrazione del matrimonio deve essere preceduta dalla pubblicazione fatta dall'ufficiale dello stato civile, cui corrisponde l'impedimento alla celebrazione prima del quarto giorno dopo la compiuta pubblicazione e comunque non oltre i centottanta giorni successivi (art. 99 c.c.).

Alla pubblicazione è riconnesso lo strumento dell'opposizione al matrimonio presentata dai soggetti a ciò legittimati per qualunque causa che osti alla sua celebrazione (artt. 102 ss. c.c.).

Sulla scorta delle superiori considerazioni, ognuno si avvede che l'opzione legislativa dichiaratamente rivolta a produrre conseguenze asimmetriche sull'unione coniugale, da una parte e, dall'altra, sull'unione civile, in dipendenza della sentenza che statuisce la rettificazione dell'attribuzione di sesso, non può dirsi razionalmente sorretta – sotto il profilo della disparità di trattamento tra situazioni non equiparabili ed indebitamente assimilate – dalla diversa disciplina della fase genetica del vincolo, perché gli indefettibili adempimenti prodromici all'instaurazione del rapporto di coniugio non ostano a che la disciplina di transizione tra unione civile e matrimonio venga a tanto adeguata.

Non è infatti questo, il punto.

- 5.3.3. L'art. 3 Cost. – in unione con l'art. 2 – viene infatti in considerazione, per quel che qui rileva, sotto l'aspetto della intrinseca irragionevolezza di una disciplina – quella apprestata dal comma 26, dell'art. 1 della L. 76 del 2016 – che, rispetto al meccanismo elaborato nella consimile occorrenza che sopravvenga durante l'unione matrimoniale, del tutto ingiustificatamente pretermette la regolazione di un congegno idoneo al superamento della soluzione di continuità che in tal guisa viene ad istituirsi tra unione civile destinata alla caducazione con il passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso e l'unione matrimoniale, l'accesso alla quale, al contraente dell'unione del medesimo sesso del transessuale antecedentemente alla rettifica ed al transessuale stesso, dopo la sentenza di rettificazione, è innegabilmente consentito (sul punto, cfr. anche Corte Europea dir. uomo 11 luglio 2002, *Goodwin c. Regno Unito*).

Sotto tale precipuo aspetto, occorre procedere dal rilievo che con la costituzione dell'unione civile i contraenti acquistano un complesso fascio di diritti e di doveri in larga parte conformati – fatte salve talune eccezioni, sulle quali non è qui utile indugiare – secondo lo schema dell'unione matrimoniale.

In particolare: (i) mediante dichiarazione all'ufficiale di stato civile le parti possono stabilire di assumere, per la durata dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, un cognome comune scegliendolo tra i loro cognomi. La parte può anteporre o posporre al cognome comune il proprio cognome, se diverso, facendone dichiarazione all'ufficiale di stato civile (art. 1, comma 10, L. 76 del 2016); (ii) con la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso le parti acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri; dall'unione civile deriva l'obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione. Entrambe le parti sono tenute, ciascuna in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni (art. 1, comma 11, L. 76 del 2016); (iii) le parti concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza comune; a ciascuna delle parti spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato (art. 1, comma 12, L. 76 del 2016); (iv) il regime patrimoniale dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, in mancanza di diversa convenzione patrimoniale, è costituito dalla comunione dei beni. In materia di forma, modifica, simulazione e capacità per la stipula delle convenzioni patrimoniali si applicano gli articoli 162, 163, 164 e 166 del codice civile. Le parti non possono derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto dell'unione civile. Si applicano le disposizioni di cui alle sezioni II, III, IV, V e VI del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile (art. 1, comma 13, L. 76 del 2016); (v) quando la condotta della parte dell'unione civile è causa di grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà dell'altra parte, il giudice, su istanza di parte, può adottare con decreto uno o più dei provvedimenti di cui all'articolo 342-ter del codice civile (art. 1, comma 14, L. 76 del 2016); (vi) nella scelta dell'amministratore di sostegno il giudice tutelare preferisce, ove possibile, la parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. L'interdizione o l'inabilitazione possono essere promosse anche dalla parte dell'unione civile, la quale può presentare istanza di revoca quando ne cessa la causa (art. 1, comma 15, L. 76 del 2016); (vii) la violenza e' causa di annullamento del contratto anche quando il male minacciato riguarda la persona o i beni dell'altra parte dell'unione civile costituita dal contraente o da un discendente o ascendente di lui (art. 1, comma 16, L. 76 del 2016); (viii) in caso di morte del prestatore di lavoro, le indennità indicate dagli articoli 2118 e 2120 del codice civile devono corrispondersi anche alla parte dell'unione civile (art. 1, comma 17, L. 76 del 2016); (ix) la prescrizione rimane sospesa tra le parti dell'unione civile (art. 1, comma 18, L. 76 del 2016); (x) all'unione civile tra persone dello stesso sesso si applicano le disposizioni di cui al titolo XIII del libro primo del codice civile, nonché gli articoli 116, primo comma, 146, 2647, 2653, primo comma, numero 4), e 2659 del codice civile (art. 1, comma 19, L. 76 del 2016); (xi) al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione

civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti (art. 1, comma 20, L. 76 del 2016); (xii) alle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso si applicano le disposizioni previste dal capo III e dal capo X del titolo I, dal titolo II e dal capo II e dal capo V-bis del titolo IV del libro secondo del codice civile (art. 1, comma 21, L. 76 del 2016).

Il passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso, nel travolgere con un rigido automatismo l'unione civile, senza alcuna possibilità per i contraenti di manifestare la volontà di proseguire il rapporto, in ipotesi con le sembianze di altra forma riconosciuta dall'ordinamento, provoca dunque una menomazione irreversibile ed irragionevole, non bilanciata comparativamente dalla salvaguardia di interessi contrapposti di pari rango, di tutto quel complesso di diritti e di doveri sopra enumerati che dalla costituzione dell'unione medesima scaturiscono.

Siffatta lesione, offendendo il nucleo indefettibile di diritti e di doveri di assistenza e solidarietà propri della relazione affettiva duratura su cui poggiano le fondamenta dell'unione civile e che ne rappresentano proiezione nella dimensione del rilevante giuridico, aggredendo la stessa ragione del suo essere formazione sociale costituzionalmente protetta ex art. 2 Cost. quale modo di esplicazione della personalità umana, non può trovare alcuna giustificazione, come talora è stato argomentato in dottrina, per l'adombrata minore intensità del vincolo da quella nascente rispetto al matrimonio, a causa dell'omesso richiamo della fedeltà all'art. 1, comma 11, L. 76 del 2016, tra i doveri nascenti dall'unione civile, fedeltà che viceversa distinguerebbe la sola unione coniugale. Tale impostazione concettuale, frutto di esasperato apriorismo ideologico, per quanto non priva di riscontro nel testo legislativo, collide tuttavia frontalmente con la già proclamata iscrizione delle unioni omosessuali sotto le insegne dei valori assiologici fondamentali della Carta costituzionale e con la consequenziale intangibilità della sfera di situazioni giuridiche soggettive che dal rapporto omoaffettivo stabilizzato scaturiscono.

All'obiezione secondo la quale compenserebbe la soluzione di continuità tra le due forme di unione affettiva la brevità del lasso di tempo astrattamente intercorrente tra lo scioglimento dell'unione civile per la pronunciata rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei contraenti e la possibilità di contrarre matrimonio, una volta che le pubblicazioni siano state effettuate, è fin troppo agevole replicare che è proprio in tale cesura che si focalizza la censura di irragionevolezza della disparità di trattamento rispetto al matrimonio, poiché è proprio nell'intervallo temporale che immediatamente segue l'estinzione *ex lege* del vincolo che sono astrattamente suscettibili di verificarsi evenienze che implicano il sacrificio integrale ed irreversibile della pregressa vita di coppia omoaffettiva, tra tutte dominando quale figura paradigmatica la morte di uno dei contraenti dell'unione, al cospetto della quale l'altro contraente in vita resta sprovvisto di tutela, poiché la normativa censurata appare impotente ad attuare una garanzia effettiva dei diritti e dei doveri nascenti dal rapporto ormai estintosi.

Peraltro, in virtù della scelta di orientamento sessuale, in ipotesi anche unilaterale, di uno dei contraenti, irreversibile è inoltre anche la lesione inferta al diritto alla vita familiare (art. 8 CEDU) della coppia omoaffettiva in uno dei suoi aspetti identificativi qualificanti, cioè a dirsi il cognome comune eventualmente scelto tra i cognomi dei componenti in sede di costituzione dell'unione civile (art. 1, comma 10, L. 76 del 2016), destinato all'irrecuperabilità anche nell'eventualità di una successiva unione matrimoniale, atteso che la mancanza di una disciplina di transizione obbliga all'applicabilità *tout court* dell'art. 143 *bis* c.c., il che, provocando l'aggiunta del cognome del marito al cognome della moglie, instaura per i coniugi uno status non sovrapponibile a quello goduto in precedenza.

Le osservazioni sopra svolte trovano inoltre riscontro nel parallelismo istituibile con la speculare vicenda concernente il c.d. "divorzio imposto" (v. *retro*, par. §4.2.4) in caso di rettificazione di attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che ha formato oggetto della sentenza n. 170 del 2014 della Corte costituzionale, la quale – anteriormente all'entrata in vigore del comma 27 dell'art. 1 del D.Lgs. 76 del 2016 e dell'inserimento del comma 4 *bis* dell'art. 31 del D.Lgs. 150 del 2011, ad opera dell'art. 7 del D.Lgs. n. 5 del 2017 – ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164, nonché, in via consequenziale, dell'art. 31, comma 6, del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150, nella parte in cui non prevede che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore, riconoscendo centralità all'ingiustificato sacrificio dell'interesse della coppia a conservare una qualche forma di continuità con la dimensione relazionale precedente alla rettificazione del sesso di uno dei coniugi,

a fronte dell'esclusiva salvaguardia dell'interesse statale all'intangibilità della matrice eterosessuale dell'istituto matrimoniale.

Il fulcro del ragionamento è stato poi ulteriormente portato a compimento dalla Suprema Corte, la quale, nel valorizzare le ricadute applicative dalla sentenza additiva di principio promanata dal Giudice delle Leggi e nell'interpretare il concreto comando recato dal dispositivo della pronuncia, ha ritenuto non costituzionalmente tollerabile la caducazione automatica del matrimonio, poiché la soluzione di continuità del rapporto che essa determina instaura una soluzione di massima indeterminatezza nel rapporto affettivo già costituito, dovendosi pertanto conservare in capo ai coniugi, pur a seguito della rettificazione di attribuzione di sesso di uno dei componenti della coppia, il riconoscimento dei diritti e doveri conseguenti al matrimonio, sino a quando il legislatore non intervenga per consentire alla coppia di mantenere in vita il rapporto con altra forma di convivenza registrata che ne tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi (Cass. sent. n. 8097 del 2015).

Appare evidente, per la protezione costituzionale di cui godono le unioni civili omoaffettive, come la superiore opzione avrebbe dovuto incontrare un meccanismo di adattamento quante volte quest'ultime siano attraversate da una vicenda di rettificazione di sesso di uno dei contraenti. Il che, tuttavia, non è, atteso che la scelta di valore tradotta nella L. 76 del 2016 si è inequivocabilmente orientata in una direzione diametralmente opposta, cioè a dirsi concependo sì il transito tra unione civile e matrimonio, ma pur sempre intervallato da uno iato temporale all'interno del quale il nucleo essenziale dei diritti e doveri del rapporto di coppia, siccome sprovvisto di protezione, diviene sostanzialmente oggetto di potenziale affievolimento integrale.

Da qui, in conclusione, la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale della normativa censurata anche con riguardo al parametro di cui all'art. 3 Cost., sotto il profilo della irragionevole disparità di trattamento rispetto alla consentanea disciplina approntata, nella medesima evenienza della rettificazione di attribuzione di sesso di un coniuge, per l'unione matrimoniale.

6. *L'infruttuoso tentativo di sperimentare un'interpretazione costituzionalmente conforme delle norme censurate.*  
 6.1. Invero, nell'atto introduttivo, il ricorrente dà conto di precedenti di merito che, se condivisi, permetterebbero la conservazione del precedente vincolo giuridico, destinato a sopravvivere alla pronuncia di riattribuzione dell'identità di genere, mediante l'automatica conversione in matrimonio, rappresentando al contempo un tentativo ermeneutico di interpretazione costituzionalmente conforme cui il giudice remittente è obbligato prima di sollevare una questione di legittimità costituzionale.

Il riferimento è a Trib. Brescia 17 ottobre 2019, n. 11990, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), ove si sostiene che *"in assenza di normativa che contempra espressamente la possibilità di procedere alla conversione dell'atto di stato civile avente ad oggetto l'unione civile in atto di matrimonio per effetto di rettificazione di sesso da parte di uno dei due coniugi, deve ritenersi applicabile l'art. 70 - octies Dpr 396/2000 a norma del quale: "Nell'ipotesi di cui all'articolo 31, comma 4-bis, del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150, l'ufficiale dello stato civile del comune di celebrazione del matrimonio o di trascrizione se avvenuto all'estero, ricevuta la comunicazione della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso, procede all'iscrizione dell'unione civile nel registro delle unioni civili con le eventuali annotazioni relative alla scelta del cognome ed al regime patrimoniale"; l'estensione analogica della suddetta norma ai casi come quello di specie, oltre ad essere costituzionalmente orientata nel rispetto del fondamentale principio di uguaglianza, garantisce il superamento della illogica discordanza, allo stato esistente, tra i dati relativi al genere di xxxxxx, già modificati sui documenti identificativi e quelli invece risultanti dalla trascrizione dell'unione civile in cui la ricorrente risulterebbe ancora di genere maschile..."*.

Senonché, per le ragioni già esposte, tale operazione interpretativa deve essere fermamente ricusata, atteso che l'*analogia legis* cui il Tribunale fa ricorso presuppone ex art. 12, comma 2, disp. prel. c.c., una lacuna nell'ordinamento che, per le ragioni già esplicitate, non è viceversa lecito teorizzare, recando il sistema una serie di coordinate normative – tra le quali si iscrive il menzionato art. 70 octies d.p.r. 396/2000, espressamente applicabile nella sola eventualità in cui la persona che ha proposto domanda di rettificazione di attribuzione di sesso ed il coniuge esprimano con dichiarazione congiunta resa in udienza la volontà, in caso di accoglimento della domanda, di costituire l'unione civile – che, decodificate in connessione sinergica, costituiscono espressione incontestabile della *voluntas legis* di non dare continuità di riconoscimento giuridico all'unione omoaffettiva disciolta per la rettificazione di attribuzione del sesso di uno dei suoi componenti.

- 6.2. Neppure le sollecitazioni di parte della dottrina per una *reductio ad legitimitatem* dell'art. 1, comma 26, L. 76 del 2016, onde coordinarlo con le altre disposizioni precipuamente dettate in tema di rettificazione di sesso per il matrimonio, riescono persuasive.

E' stato invero sostenuto che il coordinamento dovrebbe operare prevedendo, ove nel corso del giudizio di rettificazione riguardante una coppia unita civilmente il giudice abbia accertato la loro volontà di non sciogliere l'unione, che l'effetto della rettificazione – collegato al passaggio in giudicato della sentenza – venga sospeso fino alla data della celebrazione del matrimonio tra le parti, alla condizione che il matrimonio sia celebrato entro e non oltre un termine congruo dal predetto passaggio in giudi-



cato, cioè a dirsi entro un lasso di tempo pari al minor termine necessario per legge per la celebrazione del matrimonio.

Ora, anche a voler tacere il fatto che una simile opzione ermeneutica tradisce la chiara *voluntas legis* volta a differenziare il regime delle due situazioni – quella della coppia unita civilmente rispetto alla coppia coniugata, per quanto entrambe interessate dalla rettificazione di attribuzione di sesso di uno dei componenti – la circostanza che il comma 26 nulla preveda in ordine al momento di efficacia della sentenza di rettificazione non autorizza l'interprete a differirlo arbitrariamente ad un tempo successivo al passaggio in giudicato, giudicato al quale l'efficacia è collegata in base ai principi generali, trattandosi di pronuncia d'indole costitutiva.

Va poi da sé che nel processo di rettificazione non è in alcuna forma concepita la *denuntiatio litis* in favore dell'altro contraente dell'unione civile (art. 31, comma 3, D.Lgs. 150 del 2011), in ragione del fatto che l'ordinamento si è deliberatamente disinteressato della possibilità di accordare alla coppia omosessuale la facoltà di convertire l'unione in matrimonio senza soluzioni di continuità, tant'è che un'eventuale convincimento in tal senso maturato dai contraenti non conosce, all'interno di quel processo, meccanismi di esteriorizzazione.

La soluzione proposta recherebbe infine l'assurdo paradosso di obbligare l'ufficiale di stato civile alle pubblicazioni ed alla celebrazione del matrimonio nel mentre perdura l'improduttività di effetti della sentenza di rettificazione e l'alterità di sesso tra i nubendi non è ancora venuta a compiersi.

## 7. Conclusioni.

Non apparendo quindi percorribile l'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme per l'insuperabile tenore del dato normativo e la riscontrata carenza di meccanismi di adeguamento agli imperativi valori costituzionali esaminati, ritenuta la rilevanza e non manifesta infondatezza per le ragioni di cui in parte motiva, non resta che sollevare:

- 1) la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 26, L. 76 del 2016, nella parte in cui prevede che la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso determina lo scioglimento dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, senza alcuna possibilità di conversione in matrimonio, previa dichiarazione congiunta dell'attore e dell'altro contraente dell'unione, in caso di accoglimento della domanda di rettificazione, senza soluzione di continuità con il precedente vincolo, in relazione all'art. 2 Cost., e, in qualità di norme interposte, ai sensi dell'art. 117 Cost., degli artt. 8 e 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo;
- 2) la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 26, L. 76 del 2016, con riferimento all'art. 3 Cost., per l'ingiustificata disparità di trattamento tra lo scioglimento automatico dell'unione civile omoaffettiva in caso di rettificazione di attribuzione di sesso di uno dei contraenti, previsto da tale norma, e quanto stabilito dal successivo comma 27 nel caso in cui la medesima fattispecie attraversi l'unione di due persone eterosessuali unite in matrimonio e, pertanto, laddove non si estende all'unione civile, con la norma censurata, un regime analogo;
- 3) la questione di legittimità costituzionale dell'art. 31, comma 3, D.Lgs. n. 150 del 2011, nella parte in cui non prevede che l'atto di citazione introduttivo del giudizio di rettificazione sia notificato anche all'altro contraente dell'unione civile, in relazione agli artt. 2, 3 Cost., e, in qualità di norme interposte, ai sensi dell'art. 117 Cost., degli artt. 8 e 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo;
- 4) la questione di legittimità costituzionale dell'art. 31, comma 4 *bis*, D.Lgs. n. 150 del 2011, inserito, dall'art. 7 del D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 5, nella parte in cui non prevede che anche la persona che ha proposto domanda di rettificazione di attribuzione di sesso e l'altro contraente dell'unione civile possano, fino alla precisazione delle conclusioni, con dichiarazione congiunta, resa personalmente in udienza, esprimere la volontà, in caso di accoglimento della domanda, di unirsi in matrimonio, effettuando le eventuali dichiarazioni riguardanti il regime patrimoniale e la conservazione del cognome comune, nonché nella parte in cui non prevede che il tribunale, con la sentenza che accoglie la domanda, ordini all'ufficiale dello stato civile del comune di costituzione dell'unione civile o di registrazione se costituita all'estero, di iscrivere il matrimonio nel registro degli atti di matrimonio e di annotare le eventuali dichiarazioni rese dalle parti relative alla scelta del cognome ed al regime patrimoniale, in relazione agli artt. 2, 3 Cost., e, in qualità di norme interposte, ai sensi dell'art. 117 Cost., degli artt. 8 e 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo;
- 5) la questione di legittimità costituzionale dell'art. 70 *octies*, comma 5, del d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396 – aggiunto dall'articolo 1, comma 1, lettera t), del D.Lgs. n. 5 del 2017 – nella parte in cui non prevede che anche nell'ipotesi di cui all'articolo 31, comma 4-*bis*, del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150, come emendato al punto precedente, l'ufficiale dello stato civile del comune di costituzione dell'unione civile o di registrazione se costituita all'estero, ricevuta la comunicazione della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso, proceda alla trascrizione del matrimonio nel registro degli atti di matrimonio, con le eventuali annotazioni relative al cognome ed al regime patrimoniale, in relazione agli artt. 2, 3 Cost., e, in qualità di norme interposte, ai sensi dell'art. 117 Cost., degli artt. 8 e 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.



## P.Q.M.

Il Tribunale di Lucca, visto gli artt. 134 Cost., 23 e ss. L. n. 87 del 1953, dichiara rilevanti e non manifestamente infondate le seguenti questioni di legittimità costituzionale:

- 1) la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 26, L. 76 del 2016, nella parte in cui prevede che la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso determina lo scioglimento dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, senza alcuna possibilità di conversione in matrimonio, previa dichiarazione congiunta dell'attore e dell'altro contraente dell'unione, in caso di accoglimento della domanda di rettificazione, senza soluzione di continuità con il precedente vincolo, in relazione all'art. 2 Cost., e, in qualità di norme interposte, ai sensi dell'art. 117 Cost., degli artt. 8 e 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo;
- 2) la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 26, L. 76 del 2016, con riferimento all'art. 3 Cost., per l'ingiustificata disparità di trattamento tra lo scioglimento automatico dell'unione civile omoaffettiva in caso di rettificazione di attribuzione di sesso di uno dei contraenti, previsto da tale norma, e quanto stabilito dal successivo comma 27 nel caso in cui la medesima fattispecie attraverso l'unione di due persone eterosessuali unite in matrimonio e, pertanto, laddove non si estende all'unione civile, con la norma censurata, un regime analogo;
- 3) la questione di legittimità costituzionale dell'art. 31, comma 3, D.Lgs. n. 150 del 2011, nella parte in cui non prevede che l'atto di citazione introduttivo del giudizio di rettificazione sia notificato anche all'altro contraente dell'unione civile, in relazione agli artt. 2, 3 Cost., e, in qualità di norme interposte, ai sensi dell'art. 117 Cost., degli artt. 8 e 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo;
- 4) la questione di legittimità costituzionale dell'art. 31, comma 4 *bis*, D.Lgs. n. 150 del 2011, inserito, dall'art. 7 del D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 5, nella parte in cui non prevede che anche la persona che ha proposto domanda di rettificazione di attribuzione di sesso e l'altro contraente dell'unione civile possano, fino alla precisazione delle conclusioni, con dichiarazione congiunta, resa personalmente in udienza, esprimere la volontà, in caso di accoglimento della domanda, di unirsi in matrimonio, effettuando le eventuali dichiarazioni riguardanti il regime patrimoniale e la conservazione del cognome comune, nonché nella parte non prevede che il tribunale, con la sentenza che accoglie la domanda, ordini all'ufficiale dello stato civile del comune di costituzione dell'unione civile o di registrazione se costituita all'estero, di iscrivere il matrimonio nel registro degli atti di matrimonio e di annotare le eventuali dichiarazioni rese dalle parti relative alla scelta del cognome ed al regime patrimoniale, in relazione agli artt. 2, 3 Cost., e, in qualità di norme interposte, ai sensi dell'art. 117 Cost., degli artt. 8 e 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo;
- 5) la questione di legittimità costituzionale dell'art. 70 *octies*, comma 5, del d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396 – aggiunto dall'articolo 1, comma 1, lettera t), del D.Lgs. n. 5 del 2017 – nella parte in cui non prevede che anche nell'ipotesi di cui all'articolo 31, comma 4-*bis*, del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150, come emendato al punto precedente, l'ufficiale dello stato civile del comune di costituzione dell'unione civile o di registrazione se costituita all'estero, ricevuta la comunicazione della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso, proceda alla trascrizione del matrimonio nel registro degli atti di matrimonio, con le eventuali annotazioni relative al cognome ed al regime patrimoniale, in relazione agli artt. 2, 3 Cost., e, in qualità di norme interposte, ai sensi dell'art. 117 Cost., degli artt. 8 e 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Dispone la immediata trasmissione degli atti e della presente ordinanza, comprensivi della documentazione attestante il perfezionamento delle prescritte comunicazioni e notificazioni, alla Corte Costituzionale e sospende il giudizio.

Ordina la notificazione della presente ordinanza alle parti in causa, al Pubblico Ministero e al Presidente del Consiglio dei Ministri e la sua comunicazione ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Dispone che in caso di diffusione siano omesse le generalità delle parti.

Così deciso in Lucca, nella Camera di consiglio del 14 gennaio 2022

*Il Giudice relatore, estensore*  
Dott. Giampaolo Fabbrizzi

*Il Presidente*  
Dott.ssa Anna Martelli

# GenIUS

Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Rgvv 2023 n. 4089/14 cron.

Codice ISSN: 2384-9495

*genius@articolo29.it*