

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: L'algoritmo alla prova del caso concreto: stereotipi, serializzazione, discriminazione

a cura di Orsetta Giolo e Maria Giulia Bernardini

- 6 *Maria Giulia Bernardini, Orsetta Giolo*: L'algoritmo alla prova del caso concreto: stereotipi, serializzazione, discriminazione
- 10 *Nicola Lettieri*: La discriminazione nell'era delle macchine intelligenti. Modelli possibili di analisi, critica e tutela
- 22 *Dolores Morondo Taramundi*: Le sfide della discriminazione algoritmica
- 33 *Stefano Pietropaoli*: Il dado e il cubo. Innocenza degli algoritmi e umane discriminazioni
- 45 *Serena Vantin*: Alcune osservazioni su normatività e concetto di diritto tra intelligenza artificiale e algoritmizzazione del mondo

Interventi

- 60 *Stefano Corso*: Alla migliore delle famiglie possibili. Brevi considerazioni sull'adozione da parte dei single
- 77 *Maria Carmela Venuti*: Il diritto all'affettività
- 88 *Giulia Terlizzi*: La PMA (*seulement*) pour toutes. L'incompiuta rivoluzione della nuova legge di bioetica francese
- 103 *Giuseppina Panebianco*: La diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti: tra carenze della fattispecie incriminatrice e coadiuvanti extrapenali

Commenti

- 122 *Caterina Murgio*: Status personali e libertà di circolazione delle persone minori d'età: la Corte di giustizia amplia la tutela del diritto alla vita familiare
- 134 *Elena Falletti*: Genitorialità e principio di uguaglianza: la via israeliana alla gestazione per altri



Diritti e dintorni

- 151 *Serena Vantin*: Un "Classico" al femminile. Mary Wollstonecraft in Francia
- 162 *Paolo Veronesi*: Pier Paolo Pasolini e la società: il "sogno di una cosa" travolto dalla "nuova preistoria"

Focus

*L'algoritmo alla prova del caso concreto:
stereotipi, serializzazione, discriminazione*

Maria Giulia Bernardini, Orsetta Giolo*

L'algoritmo alla prova del caso concreto: stereotipi, serializzazione, discriminazione

Sommario

1. Questioni (di tecnoregolazione) emergenti. – 2. Giustizia “neoliberale” e discriminazione algoritmica.

Abstract

Il contributo introduce le relazioni al Convegno “L'algoritmo alla prova del caso concreto: stereotipi, serializzazione, discriminazione” ospitato dall'Università di Ferrara in data 6.4.2022.

This article introduces the papers illustrated at the Conference “L'algoritmo alla prova del caso concreto: stereotipi, serializzazione, discriminazione”, hosted by the University of Ferrara on April 6th 2022.

1. Questioni (di tecnoregolazione) emergenti

Le tecnologie informatiche stanno producendo rilevanti trasformazioni nelle società contemporanee: il quotidiano delle persone, le relazioni intersoggettive e sociali, così come le stesse azioni delle istituzioni sono attraversati in modo pervasivo, ancorché non sempre manifesto, dai mutamenti ingenerati da quella che pare configurarsi come una nuova forma di regolazione della realtà sociale, che muta assai rapidamente, finendo talvolta per apparire quasi sfuggente. Per questo, vi si guarda al contempo con fiducia, per le potenzialità di progresso e miglioramento che dischiude, ma anche con timore, soprattutto per i rischi relativi al consolidamento di asimmetrie di potere, alla crescita di disparità sociali e al verificarsi di vere e proprie discriminazioni, anche a danno di soggetti che, nel linguaggio delle teorie critiche del diritto, sono già esclusi ed oppressi¹.

Oltre a mutare rapidamente, la realtà modificata dalle tecnologie informatiche presenta anche profili di grande complessità, che per essere adeguatamente compresi richiedono di disporre di un nuovo apparato concettuale, di nuove competenze, di nuovi “sguardi” e di nuovi orizzonti di riflessione, più ampi di quelli tradizionali, al cui interno l'interdisciplinarietà e il dialogo tra i diversi sapere si rivelano fondamentali.

* Rispettivamente, Ricercatrice di filosofia del diritto e Professoressa associata di filosofia del diritto, entrambe presso l'Università di Ferrara. Questa introduzione è frutto del dialogo e della costante collaborazione tra le due autrici; tuttavia, è da attribuirsi a Maria Giulia Bernardini il paragrafo 1 e ad Orsetta Giolo il paragrafo 2.

1 Al riguardo, sul piano teorico generale non può mancare il riferimento quantomeno alle teorie critiche del diritto, mentre su quello della tecnoregolazione simili interrogativi attraversano, tra gli altri, gli *algoritmics studies*. Limitatamente al dibattito italiano, quanto al primo profilo sia permesso rimandare a M.G. Bernardini, O. Giolo (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pacini, Pisa 2017; sul secondo, cfr. R. Piroso, *I dilemmi della tecnoregolazione: uno sguardo critico*, in Th. Casadei, S. Pietropaoli (a cura di), *Diritto e tecnologie informatiche*, Wolters Kluwer, pp. 275-286. In ambito internazionale, Safia U. Noble rimarca chiaramente questo aspetto in Ead., *Algorithms of Oppression*, New York University Press, New York 2018.

È di tutta evidenza come questo valga anche per la sfera giuridica e per i professionisti del diritto. La prima si trova davanti a sfide perlopiù inedite, che impongono di ripensare i confini del diritto stesso, di superare categorie che le tecnologie informatiche hanno contribuito a mettere forse irrimediabilmente in crisi (come la distinzione tra pubblico e privato, invero già da tempo oggetto di contestazione e riarticolazione sotto molteplici profili), nonché di ripensarne altre (si ponga mente, in primo luogo, alla nozione di responsabilità rilevante nei diversi domini del diritto, o a quella di discriminazione, che “si apre” al digitale dispiegando scenari finora inediti e rivelando appunto l’inadeguatezza delle tradizionali categorie dogmatiche, oltre che quella degli strumenti di tutela). Dal canto loro, i secondi sono posti davanti al dilemma costituito dalla ineludibilità dell’impiego delle tecnologie informatiche nel lavoro quotidiano, cui si accompagna però il rischio di un forte ridimensionamento del proprio ruolo, quando non — come talvolta viene preconizzato — quello di una vera e propria esautorazione, almeno in taluni settori². Ecco dunque spiegata l’urgenza — sovente non scevra da qualche nota di preoccupazione — che i giuristi e le giuriste sembrano avvertire nel riflettere sulle varie e sempre nuove articolazioni del rapporto tra diritto e innovazione tecnologica³.

All’interno del focus che andiamo a presentare, le voci delle e dei partecipanti si confrontano su rischi, potenzialità e fraintendimenti dell’odierna tendenza a ricorrere agli algoritmi, i quali costituiscono procedure pensate per produrre risposte prevedibili, al fine di rendere “effettivamente calcolabili ampie zone della cultura”⁴, come ricorda Ed Finn. Si tratta, come è noto, di un orientamento in decisa espansione, al quale si invita a guardare in modo cauto⁵, per molteplici motivi. Tra questi, figurano certamente i rischi derivanti sia dall’utilizzo degli algoritmi in chiave spiccatamente normativa (essi trovano infatti impiego a fini persuasivi, valutativi o di indirizzo, quando non di vero e proprio controllo dei comportamenti umani), sia da un’espansione della tecnoregolazione talmente pervasiva da prefigurare una “governance algoritmica”, una vera e propria “algocracy”⁶ che potrebbe perfino consentire all’algoritmo di orientare i processi decisionali nel loro complesso, così estromettendo completamente l’essere umano dal prendere decisioni e perdendo così quel ruolo strumentale che si ritiene debba essergli consustanziale⁷.

Questi profili, di carattere più generale, costituiscono lo sfondo di un problema più specifico, sul quale si concentrano i contributi del presente focus. Si tratta del problema della possibile falsa neutralità ed obiettività dell’algoritmo, soprattutto laddove è utilizzato per la formulazione di decisioni che producono conseguenze rilevanti sulla vita delle persone, come quelle che interessano la sfera dell’amministrazione della giustizia, nelle sue diverse declinazioni⁸. Trattandosi di un artefatto umano, l’algoritmo partecipa infatti inevitabilmente del sistema di significati e precomprensioni diffusi socialmente e, come tale, può dare luogo al fenomeno della c.d. “discriminazione algoritmica” (o, meglio, può essere utilizzato, consapevolmente o meno, in modo tale da produrre conseguenze discriminatorie⁹).

È un tipo di discriminazione ormai noto, almeno nei suoi tratti salienti, in quanto è stato oggetto di alcuni recenti casi che hanno ricevuto grande eco mediatica, come il caso Loomis (dove ha trovato impiego l’algoritmo Compas) o quello promosso da alcune organizzazioni sindacali a tutela dei *riders* contro la società Deliveroo (dove era operativo l’algoritmo Frank)¹⁰. Il rischio che esso si realizzi può

2 Sul punto, anche V. Zeno-Zencovich, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in *Rivista di diritto dei media*, 2018(2), pp. 32-38.

3 Nell’impossibilità di dare conto della ricca produzione bibliografica sul tema, limitatamente al contesto italiano, si vedano Th. Casadei, S. Pietropaoli (a cura di), *Diritto e tecnologie informatiche*, Wolters Kluwer, Milano, 2021; S. Vantin, *Il diritto antidiscriminatorio nell’era digitale*, Wolters Kluwer, Milano, 2021.

4 E. Finn, *Che cosa vogliono gli algoritmi. L’immaginazione nell’era dei computer*, Torino, Einaudi, 2018, p. 53.

5 È quanto fanno, in particolare, Dolores Morondo Taramundi e Serena Vantin nei loro contributi al forum di discussione.

6 Tra i primi testi in cui compare questo termine, cfr. A. Aneesh, *Virtual Migration: The Programming of Globalization*, Duke University Press, 2006; più di recente, si veda J. Danaher, *The Threat of Algocracy: Reality, Resistance and Accommodation*, *Philosophy and Technology* (2016) 29(3): 245-268.

7 Per alcune considerazioni relative alla sfera processuale, oggetto delle riflessioni di Orsetta Giolo nel secondo paragrafo, si veda fin d’ora G. Tuzet, *L’algoritmo come pastore del giudice? Diritto, tecnologie, prova scientifica*, *Media Laws*, 2020, pp. 45-55.

8 L’intelligenza artificiale trova infatti impiego, tra gli altri, nell’ambito della sicurezza, del contrasto al terrorismo, della gestione dei flussi migratori o dell’accesso ai servizi pubblici essenziali.

9 In questa sede, lo rimarcano espressamente Nicola Lettieri e Stefano Pietropaoli, che ammoniscono come la responsabilità dell’esito ingiusto dell’algoritmo vada sempre allocata all’individuo che ha deciso di affidarvisi.

10 Sul primo, cfr. A. Simoncini, S. Suweis, *Il cambio di paradigma nell’intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2019, 8 (1), pp. 87-106; sul secondo, si veda M. Barbera, *Discriminazioni algoritmiche e forme di*

presentarsi tanto “a monte” della decisione, quanto “a valle”: alla radice dell’effetto discriminatorio dell’algoritmo, una volta escluso l’intento intenzionalmente discriminatorio del programmatore, possono infatti trovarsi *bias* che vengono recepiti, in primo luogo, nella scelta delle variabili o delle categorie tramite le quali è costruita la decisione algoritmica, nel set di dati sui quali si attuano i processi di autoapprendimento delle macchine¹¹. Per questo, il rischio di stereotipizzazione e serializzazione è particolarmente alto, come i casi testé ricordati hanno ben messo in luce.

I contributi presenti in questo focus costituiscono dunque una preziosa opportunità di riflessione sui molteplici aspetti rilevanti del tema. Il confronto tra riconosciuti esperti del settore è avvenuto in occasione di un convegno organizzato nell’ambito del progetto interateneo Uni 4 Justice, coordinato dal prof. Daniele Negri per la sede ferrarese, e finanziato dal PON azione 1.4.1. dell’asse 1, da parte del Ministero della Giustizia, per contribuire alla realizzazione di un obiettivo di importanza strategica del PNRR, ossia la realizzazione di uffici giudiziari in grado di garantire un’amministrazione della giustizia più efficace ed efficiente, attraverso vari assi d’azione, che vedono nel digitale una grande promessa, soprattutto per quanto attiene all’accesso alla giustizia e all’ottimizzazione dei processi decisionali. L’obiettivo è quello di disporre di un diritto certo, chiaro, conoscibile e univoco, che possa essere interpretato ed applicato in modo omogeneo dai diversi uffici giudiziari. Si ritiene, in breve, che ricorrendo agli algoritmi sia possibile elaborare una “decisione perfetta” e realizzare la c.d. “giustizia predittiva”, due temi sui quali pare opportuno soffermarsi ancora brevemente, per il loro indiscusso rilievo.

2. Giustizia “neoliberale” e discriminazione algoritmica

Sui rischi della “giustizia predittiva”, o della cd. “giustizia algoritmica”, si concentrano molte delle considerazioni contenute nei saggi qui raccolti. Se l’algoritmo, di per sé, non è uno strumento costitutivamente neutro/neutrale, come appena ricordato, anche il suo ingresso nel panorama giudiziario sembra presentare gli stessi problemi¹². In particolare, la *giustizia dell’algoritmo* sembrerebbe corrispondere coerentemente ad alcune impostazioni ideologiche che hanno strettamente a che fare con interpretazioni del diritto e delle istituzioni di matrice economicistica. Essa, infatti, rivela alcuni suoi aspetti solamente se letta nell’ambito delle trasformazioni contemporanee del diritto e della giustizia¹³, nel panorama della globalizzazione neoliberale¹⁴.

Particolarmente significativa, in tal senso, sembra essere la retorica sull’efficienza della giustizia che regge molte delle riforme più recenti: la giustizia “efficiente”¹⁵ deve giungere a decisioni e sentenze, *prevedibili*, in modo veloce, soddisfacente per le parti e con costi contenuti, in un contesto in cui il diritto deve essere non più solamente razionale bensì anche computabile¹⁶, e in cui si mira alla “valorizzazione” sul mercato di ogni tipo di relazione¹⁷, anche quella di natura conflittuale (come tipicamente è quella giudiziale).

La giustizia efficiente non è dunque necessariamente quella “accessibile”, ovvero non consiste nell’offrire a tutte le persone la possibilità concreta di agire in giudizio, ma è quella che si traduce in

discriminazione, in “Labour & Law Issues”, 7, 1, 2021, pp. 3-17.

- 11 G. Resta, *Governare l’innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di eguaglianza*, *Politica del diritto*, 2 (2019), pp. 199-236, p. 200.
- 12 Sul ruolo possibile dell’algoritmo nella decisione giudiziale si veda il saggio di Stefano Pietropaoli qui di seguito.
- 13 Per un’analisi puntuale delle trasformazioni contemporanee del diritto e della giustizia cfr. B. Pastore, *Interpreti e fonti nell’esperienza giuridica contemporanea*, Cedam, Padova, 2014.
- 14 Di recente, una riflessione plurale sulle sfide contemporanee della giustizia è stata raccolta nel focus curato da Serena Vantin, in S. Vantin (a cura di), *Sulla giustizia. Vecchie e nuove sfide al diritto*, in “Ordines”, 1, 2022, pp. 546-681, consultabile in <http://www.ordines.it/sulla-giustizia-vecchie-e-nuove-sfide-al-diritto/>
- 15 Per Antoine Garapon, nella governamentalità neoliberale, il criterio dell’efficienza si sostituisce alla politica, in A. Garapon, *Lo Stato minimo. Il neoliberalismo e la giustizia*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2012, p. 138.
- 16 Come è noto, Max Weber, in *Le origini del capitalismo moderno* (Donzelli, Roma, 2009), individua tra gli elementi tipici del capitalismo quello del “diritto razionale, cioè suscettibile di calcolo. L’impresa economica capitalistica, se deve avere una gestione razionale, deve potersi affidare ad una giustizia e ad un’amministrazione pubblica calcolabili” (Ivi, p. 17). Sul diritto che diventa “computabile”, si veda il saggio di Serena Vantin contenuto nel presente focus.
- 17 “L’ipercapitalismo rende tutte le relazioni umane delle relazioni commerciali” (Byung-Chul Han, *La società della stanchezza*, nottetempo, Milano, 2020, p. 118).

un'organizzazione amministrativa capace di ottimizzare il nesso tra i costi e le procedure. Tanto che la giustizia pare essere divenuta un campo in cui principi giuridici e dettami manageriali si contendono il primato¹⁸.

La giustizia algoritmica appare coerente con simili mutamenti.

Ma a chi si rivolge davvero questo modello? Quali sono i soggetti che finiscono imbrigliati nelle sue maglie?

Vale la pena sottolineare, a tal proposito, il fatto che la giustizia algoritmica sembra riguardare non tutti, ma prevalentemente alcune classi di persone tendenzialmente riconducibili ai cd. "soggetti non paradigmatici"¹⁹.

La logica binaria che attraversa le società odierne, in ordine all'ideologia neoliberale che le informa, sta conducendo infatti alla costruzione di ambienti giuridici differenti, abitati da soggetti diversi e normati secondo le esigenze proprie di questi ultimi²⁰. È possibile quindi leggere in questo senso le tendenze — apparentemente opposte — che mirano da un lato alla serializzazione delle decisioni giudiziali per i soggetti ai margini e per i "vulnerabili"²¹, e dall'altro alla fuoriuscita dai tribunali delle controversie che investono i soggetti abbienti, grazie al sempre più massiccio ricorso a forme di arbitrato²².

Si tratta ovviamente di una contraddizione solamente apparente, che rivela invece il processo di gerarchizzazione che investe sempre più le persone, in virtù della loro capacità di adeguamento agli *standards* neoliberali di produttività e competitività. Così, se per gli abbienti, i dominanti, i potenti la transazione assurge a paradigma fondamentale, per chi non rientra in queste categorie sembra addirittura sufficiente un modello di giustizia standardizzato e informatizzato, in cui le esigenze dei singoli non vengono prese in considerazione e le peculiarità del caso non emergono. La serializzazione, a ben vedere, è sempre stata la tecnica peculiare adottata dai soggetti dominanti per reprimere le soggettività altre. Storicamente, la rappresentazione delle soggettività oppresse è sempre stata improntata all'etero-designazione di matrice serializzante: tra i dominati non vi è distinguo, non si riconoscono specificità individuali poiché non si riconoscono nemmeno i soggetti in quanto tali. La soggettività del singolo viene meno nella serializzazione della persona ridotta a oggetto.

La giustizia algoritmica finisce dunque per funzionare come una tecnica al servizio di quelle politiche (di ritorno) che, obbedendo all'ideologia neoliberale, mirano a rafforzare le gerarchie sociali e le disuguaglianze²³. Da qui la centralità della giustizia predittiva nella riorganizzazione odierna (anche) dei tribunali, nonostante i rischi di discriminazione che simili modelli si portano necessariamente appresso²⁴. Appunto: occorre chiedersi se si tratti realmente solo di rischi, di effetti indesiderati, o se, invece, la serializzazione stereotipante propria dell'algoritmo non rappresenti la ragione intrinseca del ricorso a questo strumento.

18 Scrivono infatti Pierre Dardot e Christian Laval che, nelle società neoliberali, "[l]e categorie del management tendono dunque a prendere il posto dei principi simbolici comuni" (P. Dardot, C. Laval, *La nuova ragione del mondo. Critica alla razionalità neoliberista*, DeriveApprodi, Roma, 2013, p. 471).

19 Sulla condizione dei soggetti non paradigmatici mi permetto di rinviare a M.G. Bernardini, O. Giolo (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, cit.

20 Sull'utilizzo dell'espressione "ambienti giuridici" con riferimento all'esperienza giuridica contemporanea cfr. F. Denozza, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, in M. Rispoli Farina, A. Sciarrone Alibrandi, E. Tonelli (a cura di), *Regole e mercato*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. XI-XLV. Sul punto, mi permetto di rinviare anche a O. Giolo, *Il diritto neoliberale*, Jovene, Napoli, 2020.

21 Sulla problematicità della categoria dei "soggetti vulnerabili" mi permetto di rinviare a O. Giolo, B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità, analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, Roma, 2017.

22 A. Garapon, *Lo Stato minimo. Il neoliberalismo e la giustizia*, cit., p. 46 e ss.

23 Sulla crisi del principio di eguaglianza e la contemporanea ascesa delle disuguaglianze rinvio, per tutti, a L. Ferrajoli, *Manifesto per l'uguaglianza*, Laterza, Roma-Bari, 2018.

24 Sulla discriminazione algoritmica, e sui limiti del diritto antidiscriminatorio a tal riguardo, si vedano in particolare i saggi di Dolores Morondo Taramundi e di Nicola Lettieri qui di seguito.

Nicola Lettieri*

La discriminazione nell'era delle macchine intelligenti. Modelli possibili di analisi, critica e tutela

Sommario

1. Introduzione. – 2. Macchine intelligenti e discriminazione. Anatomia di un fenomeno complesso. – 3. Critica e analisi della discriminazione algoritmica: due prospettive di ricerca. – 4. Computational law: gli algoritmi da problema a soluzione. – 5. Algoritmi contro la discriminazione algoritmica: una sperimentazione. – 6. Conclusioni.

Abstract

L'articolo discute le nuove forme di discriminazione oggi generate dall'ingresso di sistemi algoritmici all'interno di processi decisionali che incidono su interessi giuridicamente rilevanti. Fulcro dell'analisi è una riflessione critica intorno al modo in cui il mondo del diritto concettualizza il fenomeno e progetta strategie regolative per contrastarlo. Con riguardo al primo dei due aspetti, l'idea è che sia necessario ripensare la discriminazione mediata dalle macchine attingendo alle prospettive, ai metodi e alle evidenze empiriche provenienti dai settori dei *Critical data studies* e delle Scienze sociali computazionali. La seconda parte del lavoro muove dalla considerazione della scarsa efficacia che spesso caratterizza l'operato dei rimedi giuridici tradizionali rispetto a fenomeni che, come la discriminazione algoritmica, sono fortemente connotati in termini tecnologici. Il punto di approdo è la tecnoregolazione, paradigma normativo presentato non solo in termini astratti, ma anche attraverso il riferimento a un progetto di ricerca che attinge ai metodi delle scienze sociali computazionali per esplorare approcci innovativi allo studio e al contrasto delle forme di discriminazione che hanno luogo nella *gig economy*.

The article discusses the new forms of discrimination produced by the spread of algorithmic systems into decision-making processes impacting legally relevant interests. The work revolves around a critical reflection on how the legal world conceptualizes the phenomenon and designs regulatory strategies to cope with it. As to the first aspect, we dwell on the need to rethink machine-mediated discrimination by drawing on the perspectives, methods and empirical evidence from Critical data studies and computational social sciences. The second part of the work cues from the lack of effectiveness that often characterizes traditional legal remedies in facing phenomena that, like algorithmic discrimination, are strongly connoted in technological terms. The arrival point is techno regulation, a normative paradigm also discussed by referring to an ongoing research project that draws on computational social sciences methods and explores innovative approaches to study and fight algorithm-driven discrimination in the gig economy.

* Docente a contratto presso l'Università degli studi del Sannio; ricercatore presso l'Istituto Nazionale per l'Analisi delle Politiche Pubbliche.
Relazione al Convegno "L'algoritmo alla prova del caso concreto: stereotipi, serializzazione, discriminazione" ospitato dall'Università di Ferrara in data 6.4.2022.
Contributo non sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1. Introduzione

Quello della discriminazione mediata dagli algoritmi è un tema che occupa senza dubbio una posizione di primo piano tra le tante questioni sollevate dall'evoluzione in senso tecnologico della nostra società¹. Complice una serie di casi di cronaca ampiamente ripresi dai media e dibattuti, gli ultimi anni sono stati segnati dalla presa di coscienza che l'impiego di sistemi algoritmici² per assumere decisioni in grado di incidere sulla sfera giuridica individuale porta con sé rischi considerevoli di lesione per diritti di fondamentale rilevanza come il diritto alla non-discriminazione.

L'attenzione riservata al fenomeno, a onor del vero, è già stata considerevole. La discriminazione operata da (o attraverso) le macchine ha già alimentato una quantità notevole di analisi e riflessioni in ambiti diversi della scienza giuridica dagli studi giuslavoristici al diritto costituzionale e penale passando per la filosofia del diritto³. A tutto ciò si aggiunge un numero ormai consistente di interventi normativi adottati a livelli ordinamentali diversi per contrastare l'insorgere di dinamiche discriminatorie connesse all'uso di sistemi di *algorithmic decision making*.

Al netto dei risultati conseguiti sinora, tuttavia, la lotta alla discriminazione trova ancora sul suo percorso ostacoli significativi in vario modo connessi alla complessità che caratterizza il fenomeno in termini fattuali prima ancora che giuridici.

La prima difficoltà con cui è necessario confrontarsi è di carattere conoscitivo. I meccanismi, le forme e le implicazioni dell'ingiustizia algoritmica sono difficili da identificare e comprendere nel loro concreto svolgersi e questo, come vedremo, per ragioni che vanno anche al di là della connotazione tecnologica del fenomeno. Un secondo ordine di problemi, poi, si colloca sul piano ordinamentale dove i rimedi giuridici tradizionali fanno fatica da soli a rispondere con la necessaria efficacia a processi rapidissimi, implementati da infrastrutture tecnologiche inaccessibili espressione di quella "planetary scale computation"⁴ che pone oggi dinanzi ai nostri occhi modelli del tutto nuovi di geografia istituzionale, politica ed economica.

In uno scenario di questo tipo, il mondo del diritto si trova di fronte a sfide che trascendono la pur imprescindibile attività di inquadramento giuridico — *de jure condito* e *de jure condendo* — delle nuove forme di discriminazione. La particolare natura del fenomeno spinge in effetti anche in altre direzioni: se, per un verso, appaiono necessarie forme più raffinate di analisi empirica delle dinamiche discriminatorie oggetto di regolazione, per altro verso è ormai evidente l'esigenza di esplorare nuove soluzioni regolative al di fuori dei paradigmi tradizionali.

Il contributo interviene su questi temi articolando una riflessione che trae spunto da una lunga attività di ricerca e sperimentazione condotta ai confini tra diritto e *computer science*⁵. Dopo un breve inquadramento della discriminazione algoritmica e delle sue diverse manifestazioni concrete, ci si con-

-
- 1 Sul tema, a titolo esemplificativo, si veda C. O'Neil, *Weapons of math destruction: How big data increases inequality and threatens democracy*, Portland, Broadway Books, 2016.
 - 2 Una definizione operativa di *algorithmic decision making*, adottabile anche qui a scopi operative, è quella offerta nello studio *Understanding algorithmic decision-making: Opportunities and challenges*, predisposto nel 2019 dalla Scientific Foresight Unit del Panel scientifico del Parlamento europeo: "While algorithms are hardly a recent invention, they are nevertheless increasingly involved in systems used to support decision-making. These systems, known as 'ADS' (*algorithmic decision systems*), often rely on the analysis of large amounts of personal data to infer correlations or, more generally, to derive information deemed useful to make decisions".
 - 3 La letteratura da prendere in considerazione è già molto ampia. Una per ogni aspetto M. Barbera, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, in *Labour & Law Issues*, 2021, 7 (1), pp. I-1.; P. Dunn, *Moderazione automatizzata e discriminazione algoritmica: il caso dell'hate speech*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2022, 4 (1), p. 12; V. Faggiani, *La lotta contro il crimine attraverso gli algoritmi: contraddizioni e profili di (in)costituzionalità dell'applicazione dell'IA alla giustizia penale*, in *Respuesta institucional y normativa al crimen organizado. Perfiles estratégicos para una lucha eficaz*, a cargo de F. Garrido Carrillo, Navarra, 2021, pp. 245-282; A. Simoncini, S. Suweis, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2019, 8 (1), pp. 87-106.
 - 4 B.H. Bratton, *The stack: On software and sovereignty*, Cambridge, MIT Press, 2016.
 - 5 L'attività nasce da una collaborazione con il Dipartimento di Informatica dell'Università degli Studi di Salerno e attinge alle riflessioni maturate nell'ambito di due diversi corsi universitari: il corso "Intelligenza computazionale e tecnoregolazione: paradigmi, metodi, strumenti" tenuto insieme alla prof.ssa Delfina Malandrino e al prof. Rocco Zaccagnino nell'ambito del dottorato di ricerca in Informatica, e il corso "Diritto e scienze sociali computazionali" tenuto presso il Dipartimento di Diritto, Economia, Management e Metodi Quantitativi dell'Università degli Studi del Sannio. L'attività ha condotto allo sviluppo di GigAdvisor, prototipo di una piattaforma accessibile via web (<http://gigadvisor.herokuapp.com/GigAdvisor/home/>) e app mobile concepita come "laboratorio virtuale" per esperimenti collegati tanto al paradigma dei *Critical Data Studies*, quanto a quello della tecnoregolazione.

centrerà sulla prima delle sfide evocate proponendo l'apertura di un nuovo fronte di ricerca alimentato dal dialogo con due aree di studio — le scienze sociali computazionali e i *Critical data studies* — che sembrano poter contribuire in maniera significativa alla comprensione delle meccaniche di fondo della discriminazione e alla loro valutazione critica.

L'attenzione si sposterà quindi sulle questioni regolative esaminando l'idea di utilizzare ICT, dati e algoritmi per offrire risposte più efficaci ai problemi di controllo e governo giuridico delle interazioni sociali, personali ed economiche mediate dalla tecnologia. Si farà riferimento in questa prospettiva a una sperimentazione che attinge ai metodi delle scienze sociali computazionali per esplorare approcci innovativi allo studio e al superamento delle forme di discriminazione che hanno luogo nello scenario della *gig economy*. L'articolo si conclude con alcune considerazioni di carattere generale sui cambiamenti che l'evoluzione in senso algoritmico della società sembra suggerire al giurista sul piano culturale, scientifico e metodologico.

2. Macchine intelligenti e discriminazione. Anatomia di un fenomeno complesso

Nel febbraio 2020, con una pronuncia destinata senza dubbio ad alimentare il dibattito sull'uso delle nuove tecnologie, la Corte dell'Aja ha dichiarato l'illegittimità di SyRI, algoritmo sviluppato su impulso del ministero degli affari sociali olandese per combattere le frodi al sistema previdenziale nazionale. Alimentato da archivi pubblici contenenti grandi quantità di dati personali e sensibili, SyRI ha per diversi anni valutato la propensione dei cittadini a frodare lo Stato assegnando a ciascun individuo (spesso del tutto estraneo a intenti frodati) un indice di rischio usato dalle autorità per disporre controlli fiscali⁶.

Oltre a rilevare l'impossibilità di stabilire con certezza natura e consistenza dei dati analizzati, la sentenza ha stigmatizzato l'opacità dei criteri impiegati dall'algoritmo per valutare il rischio di frode. In queste circostanze la Corte ha ravvisato la compressione di due garanzie fondamentali offerte dalla Convenzione Europea dei Diritti Umani consistenti, rispettivamente, nel riconoscimento del diritto alla vita privata e nel divieto di discriminazione. Letta in profondità, la vicenda dell'algoritmo SyRI rappresenta qualcosa di più di un precedente giurisprudenziale ma l'indice di un processo molto più esteso che coinvolge la società dell'informazione in termini ampi e generali.

Nel mondo del lavoro, per citare uno dei contesti più dibattuti⁷, l'utilizzo di sistemi di decisione algoritmica per compiere scelte gestionali di notevole rilevanza come quelle in materia di turni, retribuzione, misure disciplinari, valutazione delle *performance*⁸, ha già mostrato di poter alimentare rischi significativi di discriminazione tra i lavoratori. Le tecniche di analisi dei dati utilizzate per classificare i dipendenti, formulare previsioni e assumere decisioni⁹ mostrano una sensibilità tale alle caratteristiche

6 A portare il governo olandese davanti al giudice è stata una coalizione di associazioni, fra cui il comitato di giuristi per i diritti umani dei Paesi Bassi *Juristen voor Mensenrechten*, la fondazione *Privacy First*, un sindacato e un'associazione di consumatori. L'uso di SyRI, pure avallato dal Parlamento olandese, ha suscitato critiche sin da quando il governo ha diffuso la notizia che l'algoritmo sarebbe stato utilizzato per passare in rassegna i quartieri poveri di Rotterdam, Eindhoven e Haarlem sottoponendo alla profilazione anche cittadini che non percepivano sussidi purché fossero residenti nelle zone attenzionate.

7 Non è un caso che la Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme armonizzate sull'intelligenza artificiale (COM(2021) 206 final) presentata nell'aprile 2021 identifichi nei sistemi intelligenti utilizzati nel mondo del lavoro, una categoria di sistemi "ad alto rischio" capaci, in quanto tali, di porre "rischi significativi per la salute e la sicurezza o per i diritti fondamentali delle persone". Il punto 36 della Proposta elenca tra i sistemi "ad alto rischio" i "sistemi di IA utilizzati nel settore dell'occupazione, nella gestione dei lavoratori e nell'accesso al lavoro autonomo".

8 Frequenti sono i casi di discriminazione basata su ragioni di razza, sesso, religione o posizione geografica. Per un'analisi caratterizzata da un interessante approccio interdisciplinare si v., tra gli altri, P.T. Kim, *Data-driven discrimination at work*, in *William & Mary Law Review*, 2016, 58, pp. 857-936.

9 Un ruolo centrale è giocato in questo scenario dal *machine learning*, ambito dell'intelligenza artificiale, nel quale converge un insieme di metodi di apprendimento automatico pensati per estrarre regolarità e relazioni all'interno di grandi quantità di dati. L'output è costituito da classificazioni, generalizzazioni e previsioni che possono tanto rappresentare un risultato in sé, quanto costituire il punto di partenza per azioni e decisioni più complesse. Per una panoramica delle prospettive dischiuse dal *machine learning* si v. P. Domingos, *L'Algoritmo Definitivo: La macchina che impara da sola e il futuro del nostro mondo*, Torino, Bollati Boringhieri, 2016.

intrinseche delle informazioni elaborate da rendere molto elevato il rischio di aberrazioni ed errori anche involontari¹⁰.

Fenomeni simili si materializzano in ambito giudiziario dove l'introduzione di ausili computazionali che sfruttano il calcolo predittivo ha dato prova di potersi tradurre in lesioni del diritto alla difesa o di quello a un giusto processo. La vicenda ormai nota di COMPAS¹¹, piattaforma pensata per supportare i magistrati nella valutazione dei rischi di recidiva, rappresenta da questo punto di vista solo l'esempio più noto delle questioni sollevate dall'impiego di modelli previsionali nell'amministrazione della giustizia.

Quanto detto lascia intuire la complessità del rapporto tra algoritmi e dati e, di conseguenza, le tante criticità che possono affliggere i meccanismi di decisione e regolazione algoritmica. I rischi di una compressione, anche involontaria, di diritti fondamentali possono derivare da una moltitudine di fattori.

Le istituzioni europee sembrano aver acquisito sempre maggiore consapevolezza delle insidie che si celano dietro i sistemi di decisione algoritmica, individuando soluzioni¹² da accogliere senza dubbio con favore: l'affermazione della necessità dello *human oversight*, del controllo umano sui sistemi di decisione algoritmica o, ancora, la proiezione verso il modello della *explainable AI*¹³, di una Intelligenza artificiale di cui gli esseri umani possono comprendere le decisioni o le previsioni, sono tutti passi avanti importanti. Il punto è che la discriminazione mediata dagli algoritmi è, in termini fattuali, un fenomeno più complesso di quanto queste scelte sembrino supporre.

A ben vedere, i rischi indotti dai sistemi di *algorithmic decision-making* vanno oltre l'ipotesi — ancora apparentemente centrale nella visione del legislatore europeo — di una discriminazione operata da una *singola* decisione automatica in danno di una *singola* persona. Essi includono anche altri scenari in cui le dinamiche di tipo discriminatorio favorite dalle macchine investono *più soggetti* spostandosi dal piano squisitamente individuale a quello collettivo e sociale.

Gli algoritmi per la selezione dei contenuti da mostrare agli utenti dei *social media*, per fare un esempio, svolgono un ruolo determinante nella diffusione di modelli culturali e stereotipi che incidono in maniera significativa sul materializzarsi di fattispecie di tipo discriminatorio — si pensi all'istigazione all'odio razziale o etnico¹⁴ — che gli ordinamenti nazionali e internazionali provano da tempo a contrastare. In casi di questo tipo, inoltre, il contributo degli algoritmi al prodursi di nuove forme di discriminazione si somma ad altri fattori ugualmente rilevanti sul piano causale che vanno dai *bias* cognitivi che condizionano il *decision making* alla topologia delle reti sociali in cui gli individui sono immersi per arrivare alla meccanica delle interazioni collettive.

Lo scenario descritto trova conferma in una pluralità di evidenze scientifiche. La rilevanza del modo in cui le scelte individuali interagiscono tra di loro è ben nota sin dal pionieristico studio sulla

-
- 10 Per quanto ampi, i *dataset* offrono rappresentazioni limitate del mondo rispetto alle quali è essenziale chiedersi: cosa viene quantificato, archiviato e ordinato? Cosa viene scartato? La produzione, raccolta e interpretazione dei dati, d'altra parte, non sono solo attività tecnicamente complesse, ma anche il frutto di pratiche sociali contingenti che sottendono visioni del mondo e codificano all'interno di scelte tecniche (formato e contenuto dei dati, campi e metriche da usare per le misurazioni) assunti e pregiudizi, obiettivi conoscitivi e applicativi. Per una riflessione critica sul tema dell'obiettività dei dati, si veda L. Gitelman, (ed.), *Raw data is an oxymoron*, Cambridge, MIT Press, 2013.
- 11 La vicenda giudiziaria originata dall'utilizzo della piattaforma COMPAS (acronimo di Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions) per la valutazione del rischio di recidiva è ampiamente dibattuta. Per un approfondimento sul punto si veda, con particolare riferimento alle implicazioni per il diritto costituzionale, A. Simoncini, S. Suweis, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, cit.
- 12 Nel corso degli ultimi anni, il legislatore europeo ha riservato a questi temi un'attenzione crescente attraverso una serie di provvedimenti in vario modo collegati all'IA e ai sistemi di decisione algoritmica nei quali il rischio di discriminazione mediata dalle macchine occupa una posizione centrale. Riferimenti significativi in questa direzione si v., Commissione Europea, *On Artificial Intelligence. A European approach to excellence and trust, White Paper*, (COM (2020)) 65; *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence* (COM (2021) 206 final); *Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on improving working conditions in platform work* (COM (2021) 762 final); Fundamental Rights Agency, *Preparare un giusto futuro — L'intelligenza artificiale e i diritti fondamentali*.
- 13 Il "right to explanation" si collega ad un tema di ricerca estremamente ampio, attuale e gravido di implicazioni, quello della "explainable AI" e cioè a quell'insieme di metodi e tecniche orientate a far sì che i risultati prodotti dai sistemi di intelligenza artificiale possano essere compresi dagli umani. Sul punto si veda, tra gli altri, D. Gunning, D. Aha, *DARPA's explainable artificial intelligence (XAI) program*, in *AI magazine*, 2019, 40 (2), pp. 44-58; B. Goodman, S. Flaxman, *European Union regulations on algorithmic decision-making and a "right to explanation"*, in *AI magazine*, 2017, 38 (3), pp. 50-57.
- 14 Il riferimento è alle fattispecie contemplate nell'art. 3, co. 1 lett. a) e b) della l. 654/1975: *propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico; istigazione alla commissione di atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi; incitamento alla commissione di violenza o di atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*.

segregazione residenziale¹⁵ pubblicato dal premio Nobel per l'economia Thomas Schelling negli anni Settanta. Utilizzando un'innovativa tecnica di simulazione computazionale di dinamiche sociali basata sui automi cellulari¹⁶, Schelling mostra come fenomeni di tipo discriminatorio possano emergere in maniera spontanea e del tutto controintuitiva dalla dinamica dell'interazione che si sviluppa tra scelte individuali non qualificabili come razziste.

Oggi, a distanza di anni, uno scenario analogo emerge dallo studio dei *social media*. Un numero ormai consistente di ricerche¹⁷ ha confermato la rilevanza della struttura di interazione sociale¹⁸ rispetto alla genesi di fenomeni discriminatori offrendo prove significative in merito a un ruolo degli algoritmi (gli algoritmi di *ranking* delle news, gli account automatici che fingono di essere persone vere e pubblicano post sui *social network*, gli algoritmi alla base dei motori di ricerca) che non è quello di operare in maniera diretta discriminazioni, quanto quello di catalizzare i processi sociali e culturali che conducono a quest'ultima.

Oltre ad avere rilievo sul piano scientifico, quanto detto merita attenzione anche dal punto di vista del diritto che fatica a elaborare risposte ordinamentali adeguate alla complessità dei processi appena descritti, una complessità che è difficile da comprendere prima ancora che da regolare. Tutto questo spinge verso il dialogo con nuove forme di analisi critica e ricerca empirica che possano contribuire a radicare l'azione regolativa in una comprensione più profonda dei meccanismi fattuali che condizionano l'emergere e l'evolvere dei fenomeni di discriminazione mediata dalle macchine.

3. Critica e analisi della discriminazione algoritmica: due prospettive di ricerca

Quanto descritto nei paragrafi precedenti ha offerto un'idea di come la comprensione del *modus operandi* dei sistemi di decisione algoritmica sia una condizione fondamentale per valutare confini, rischi e implicazioni giuridiche delle nuove forme di discriminazione e, allo stesso tempo, per predisporre contromisure adeguate alla particolare natura delle interazioni che hanno luogo nella società digitalizzata. Dopotutto, è evidente come non si possano porre rimedi giuridici a dinamiche ignote, non si possono contrastare violazioni di diritti tutelati dall'ordinamento in assenza di strumenti di analisi della dimensione tecnica degli algoritmi e dei processi da essi innescati nel loro concreto operare.

La questione emerge in modo chiaro in un recente studio del *Panel for the Future of Science and Technology* del Parlamento europeo che analizza le sfide da affrontare sul piano tecnico e normativo per

- 15 Il modello riesce ad offrire una visione penetrante del fenomeno a partire da una simulazione strutturalmente molto semplice, destinata ad evolvere sulla base delle scelte compiute da agenti artificiali che operano in funzione di un criterio di decisione tollerante (la "regola della felicità"): ciascuno di essi si sposta dal proprio luogo di residenza solo se la percentuale di vicini di colore diverso dal proprio supera il 70% all'interno del vicinato (rappresentato simbolicamente dalle otto celle circostanti). Nel modello, il formarsi di gruppi compatti e isolati tra loro di individui della stessa razza è il risultato emergente dalle interazioni tra gli agenti e dai vincoli fissati per esse. La segregazione, per intendersi, è una proprietà macro del sistema sociale simulato e non è in alcun modo collegata con rappresentazioni interne o intenzioni degli agenti. T.C. Schelling, *Dynamic models of segregation*, in *Journal of mathematical sociology*, 1971, 1 (2), pp. 143-186.
- 16 Introdotti negli anni Cinquanta del secolo scorso da John von Neumann e Stanislaw Ulam, gli automi cellulari sono modelli utilizzati nello studio dell'evoluzione di sistemi complessi. L'idea di fondo di questi modelli è quella di descrivere il comportamento di un sistema complesso "dal basso", simulandone l'evoluzione mediante interazioni fra elementi, detti "celle", che seguono semplici regole. Un automa cellulare è perciò composto da un reticolo (griglia) di celle; ciascuna cella assume stati (colori) differenti in funzione di leggi matematiche che ne regolano l'evoluzione in relazione al comportamento delle celle vicine. Per un approfondimento, si veda S. Albeverio, P. Giordano, A. Vancheri, *Teoria generale degli automi cellulari*, in *Metodi e modelli matematici per le dinamiche urbane*, a cura di S. Albeverio, P. Giordano, A. Vancheri, Milano, Springer, 2021, pp. 33-46.
- 17 Si v., a titolo esemplificativo, J. Uyheng, D. Bellutta, K.M. Carley, *Bots amplify and redirect hate speech in online discourse about racism during the COVID-19 pandemic*, in *Social media and society*, 2022, 8 (3); S.U. Noble, *Algorithms of oppression*, New York, New York University Press, 2018; X. Qiu, D.F. Oliveira, A.S. Shirazi, A. Flammini, F. Menczer, *Limited individual attention and online virality of low-quality information*, in *Nature human behaviour*, 2017, 1 (7), pp. 1-7; M. Del Vicario, G. Vivaldo, A. Bessi, F. Zollo, A. Scala, G. Caldarelli, W. Quattrociocchi, *Echo chambers: Emotional contagion and group polarization on facebook*, in *Scientific reports*, 2016, 6 (1), pp. 1-12.
- 18 Seppur relativo a un diverso tema di indagine, merita di essere segnalato un interessante studio sul legame che unisce la topologia delle reti interazione l'emergere di norme sociali di correttezza e cooperazione. Sul punto, si veda M. Mosleh, B. Heydari, *Fair topologies: Community structures and network hubs drive emergence of fairness norms*, in *Scientific reports*, 2017, 7 (1), pp. 1-9.

orientare gli algoritmi¹⁹ a fini socialmente desiderabili. In quest'ottica, l'utilizzo di sistemi di *algorithmic decision making* (ADS) viene subordinato al rispetto di criteri che includono non solo l'equità, l'imparzialità e la non discriminatorietà²⁰ ma anche — per quanto di nostro specifico interesse — la “comprensibilità” del codice informatico ossia la possibilità concreta di ricostruire i nessi che collegano l'input (i dati) e l'output (le scelte) dei sistemi decisionali²¹. Non è un caso che in più occasioni²² la Commissione europea abbia identificato nell'audit e nelle valutazioni di conformità ai criteri sopra elencati, gli strumenti chiave per garantire l'affidabilità degli algoritmi e promuovere la fiducia nei loro confronti²³.

I fattori che si oppongono alla implementazione di questi strumenti sono tuttavia numerosi. Se per un verso mancano ancora, sul piano normativo e istituzionale, le condizioni necessarie a creare meccanismi pubblici di analisi sistematica degli algoritmi²⁴, per altro verso resta da affrontare il tema nodale dell'opacità delle macchine algoritmiche e delle diverse forme attraverso cui si materializza la loro idoneità lesiva. La natura ibrida — al tempo stesso tecnica, giuridica, sociologica ed economica — delle analisi da compiere richiede la messa a punto di programmi di ricerca adeguati alle caratteristiche del fenomeno oggetto di indagine programmi, a ben vedere, ancora in via di definizione²⁵.

Un paradigma meritevole di attenzione in questa prospettiva è senza dubbio rappresentato dai c.d. *Critical data and algorithm studies*²⁶ (CDS), area di studi emersa nel corso degli ultimi anni anche in ragione dell'impatto avuto, sull'opinione pubblica e sulla coscienza collettiva, da casi di cronaca come quello di *Cambridge Analytica*. Il tema di ricerca non è nuovo in senso assoluto. La necessità di una riflessione

-
- 19 Sui sistemi di decisione algoritmica si v. C. Castelluccia, D. Le Métayer, *Understanding algorithmic decision-making: Opportunities and challenges*. *European Parliamentary Research, Service*, 2019.
- 20 Il rapporto parla a tale proposito di “intrinsic requirements” e definisce l'equità come “assenza di parzialità indesiderabile” e la “discriminazione” come una forma particolare di ingiustizia legata all'uso di tipi specifici di dati (come origine etnica, opinioni politiche, genere, ecc.).
- 21 Lo studio articola la comprensibilità (*understandability*) nei due concetti di *transparency* ed *explainability*. La prima viene identificata con la messa a disposizione del pubblico (o di autorità competenti di audit e certificazione) di una serie di informazioni: il codice informatico alla base dell'ADS; la documentazione di progettazione; i dataset e i parametri di apprendimento nei casi in cui l'ADS si basa su sistemi di *machine learning*. La *explainability* è definita come la disponibilità di spiegazioni sull'ADS. Contrariamente alla trasparenza, la spiegabilità richiede la consegna di informazioni oltre l'ADS stesso. Le spiegazioni possono essere di diversi tipi (operative, logiche o causali); globali (dell'intero algoritmo) o locali (su risultati specifici); e possono assumere forme diverse (alberi decisionali, istogrammi, evidenziazioni di immagini o testo, esempi, controesempi, ecc.). I punti di forza e di debolezza di ciascuna modalità di spiegazione dovrebbero essere valutati in relazione ai destinatari (ad esempio professionale o individuale), al loro livello di competenza e ai loro obiettivi (per contestare una decisione, intraprendere azioni per ottenere una decisione, verificare la conformità con obblighi legali, ecc.).
- 22 In questo senso, si veda lo European Commission white paper on Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust (COM(2020) 65 final), 2020. Nel documento si legge: “testing centres should enable the independent audit and assessment of AI-systems [...]. Independent assessment will increase trust and ensures objectivity. It could also facilitate the work of relevant competent authorities. Il tema della trasparenza del decision-making algoritmico è al centro di un numero crescente di lavori interdisciplinari. Tra questi, si veda B. Lepri, N. Oliver, E. Letouzé, A. Pentland, P. Vinck, *Fair, transparent, and accountable algorithmic decision-making processes*, in *Philosophy & Technology*, 2018, 31 (4), pp. 611-627.
- 23 Il *white paper* ipotizza a tal fine la costituzione di organismi designati dagli Stati membri in grado di garantire, al contempo, competenze tecniche, indipendenza e rappresentanza delle diverse categorie di soggetti interessati dei processi di evoluzione algoritmica in atto.
- 24 Sul punto si veda J. Danaher, M.J. Hogan, C. Noone et al. *Algorithmic governance: Developing a research agenda through the power of collective intelligence*, in *Big data & Society*, 2017, 4 (2). Gli autori presentano i risultati di un workshop che ha riunito un gruppo multidisciplinare di studiosi per considerare: a) gli ostacoli ad un uso legittimo ed efficace della *governance* algoritmica e b) i metodi di ricerca necessari per affrontare gli ostacoli messi a fuoco. Dal lavoro emerge come gli ostacoli che impediscono risposte adeguate ai rischi insiti negli algoritmi siano molteplici. Accanto all'opacità degli algoritmi sopra evocata, gli autori elencano numerosi altri problemi ugualmente bisognosi di risposta che vanno dal tecno-ottimismo acritico dei politici e degli stakeholder tecnologici, alla mancanza di cultura e competenza tecnica tra politici e operatori del settore pubblico.
- 25 Per una riflessione sul tema, sia consentito rinviare a N. Lettieri, *Antigone e gli algoritmi. Appunti per un approccio giusfilosofico*. Modena, Mucchi, 2020.
- 26 Alcuni autori distinguono *Critical data* e *Critical algorithm studies* utilizzando come criterio discrezionale la focalizzazione degli studiosi sui dati o sugli algoritmi. Una serie di fattori (la sostanziale identità di obiettivi, lo stretto legame esistente tra dati e algoritmi, le caratteristiche metodologiche) ci inducono a trattare le due linee di pensiero in maniera unitaria. Caratterizzata da una natura fortemente interdisciplinare, la letteratura riconducibile all'area dei nascenti *critical data and algorithm studies* è già ricca di contributi interessanti spesso scritti, a più mani, da studiosi di diversa estrazione. Per un inquadramento dell'arte si veda R. Kitchin, *Thinking critically about and researching algorithms*, in *Information, communication & society*, 2017, 20 (1), pp. 14-29.; A. Iliads, F. Russo, *Critical data studies: An introduction*, in *Big Data & Society*, 2016, 3 (2). Un esempio paradigmatico di ricerche riconducibili al filone dei CDS è offerto da S. Noble, *Algorithms of oppression*, cit.

critica sui Big data e sui sistemi di *algorithmic decision making* è stata già in passato rimarcata da *computer scientist* particolarmente attenti ai risvolti negativi potenzialmente connessi alle tecnologie ed alle euristiche frutto delle loro ricerche²⁷. La riflessione maturata sul punto, tuttavia, era stata sino ad oggi caratterizzata da una focalizzazione quasi esclusiva sugli aspetti tecnici e da uno sguardo orientato alle soluzioni pratiche senza la necessaria integrazione tra la prospettiva tecnica e quella *lato sensu* critica.

Nel tentativo di rispondere a questa carenza, i CDS propongono un nuovo approccio allo studio critico delle pratiche digitali e alle loro implicazioni, puntando all'integrazione di discipline diverse dal diritto, all'informatica, dalla sociologia, all'economia, dalle scienze comportamentali all'etica. Le questioni da affrontare, d'altra parte, richiedono chiavi di lettura e conoscenze che trascendono i confini di singole aree di ricerca: In che modo i sistemi algoritmici finiscono con l'incorporare valori e pregiudizi e come è possibile rendersene conto? Come possiamo operationalizzare l'equità, pensare all'etica nei sistemi algoritmici e gestire la responsabilità in processi decisionali plasmati — in modo consapevole o anche inconsapevole — da sviluppatori, utenti, manager, leggi, codice informatico, tecnologie hardware? Attraverso quali percorsi la cultura, le regole giuridiche e la società influenzano la creazione di algoritmi e viceversa?

In linea con l'ampiezza di queste domande, l'orizzonte metodologico dei CDS è estremamente eterogeneo e include — con modalità ancora in larga parte da definire — pratiche di ricerca molto diverse. Una recente nota definizione dell'agenda di ricerca dei CDS²⁸ ne elenca ben diciannove, passando dalle *survey* etnografiche, all'*action-research*, dalle analisi forensi alle perizie informatiche, dallo studio dei casi giudiziari alla raccolta di dati secondari. La scelta non deve sembrare eccessiva. L'indagine critica degli algoritmi e delle loro possibili aberrazioni presuppone la ricostruzione di una trama di relazioni — quella che lega dati, algoritmi, dinamiche economiche e sociali, rapporti giuridici — intricata e tecnicamente complessa. L'eclittismo metodologico e la cross-fertilizzazione tra aree di ricerca rappresentano una scelta in qualche modo obbligata, al di là del contesto fattuale preso in considerazione.²⁹

Un paradigma cui guardare con attenzione in questa prospettiva è senza dubbio quello delle scienze sociali computazionali³⁰, una delle aree di ricerca che, insieme all'economia comportamentale e alla psicologia economica³¹, sta aprendo le prospettive più interessanti alla comprensione dei fenomeni sociali. Frutto dell'incontro³² tra le domande di ricerca delle scienze sociali, il quadro di teorico offerto dalla teoria della complessità, i metodi della scienza computazionale e il diluvio di dati che caratterizza la società dell'informazione³³, la scienza sociale computazionale può essere definita, per usare le parole di uno dei suoi principali rappresentanti, come "*the interdisciplinary investigation of the social universe on many scales, ranging from individual actors to the largest groupings, through the medium of computation*"³⁴. Combinando teorie sociali, computazione, dati ed esperimenti in una inedita visione sistemica e multidisciplinare, la scienza sociale computazionale sembra poter illuminare i processi alla base della complessità sociale inclusa l'interazione tra scelte individuali, dinamiche collettive e fattori tecnologici che, come visto, condiziona la discriminazione algoritmica.

L'apparato metodologico delle scienze sociali computazionali, d'altra parte, include oggi una varietà di approcci e pratiche di ricerca³⁵ che, specie quando combinati tra di loro, hanno mostrato di essere

27 Si veda J. Isaak, M.J. Hanna, *User data privacy: Facebook, Cambridge Analytica, and privacy protection*, in *Computer*, 2018, 51 (8), pp. 56-59.

28 J. Danaher, M.J. Hogan, C. Noone, et al, *Algorithmic governance*, op. cit.

29 P. Ball, *Why society is a complex matter: Meeting twenty-first century challenges with a new kind of science*, 2012 Springer Science & Business Media; P. Ormerod, *Networks and the need for a new approach to policymaking*, in: T. Dolphin, D. Nash (a cura di), *Complex New World. Translating New Economic Thinking into Public Policy*, Institute for Policy Research, 2012, London, pp. 28-38; J.D. Farmer, D. Foley, *The economy needs agent-based modelling*, in *Nature*, 2009, 460(7256), pp. 685-686.

30 Per un'introduzione al tema, si v. C. Cioffi-Revilla, *Introduction to computational social science*, London and Heidelberg: Springer, 2014; R. Conte, N. Gilbert, N., G. Bonelli, et al., *Manifesto of computational social science. The European Physical Journal Special Topics*, 2012, 214(1), 325-346; G.N. Gilbert (Ed.), *Computational social science*, 2010 (Vol. 21), Sage.

31 D. Kahneman, *Maps of bounded rationality: Psychology for behavioral economics*, in *American economic review*, 2003, 93(5), pp. 1449-1475.

32 P. Ormerod, *N squared: Public policy and the power of networks*. RSA Pamphlet, 2010.

33 C. Anderson, *The End of Theory: The Data Deluge Makes the Scientific Method Obsolete*, 2008, 16 *Wired Magazine* 7.

34 C. Cioffi-Revilla, *Introduction to Computational Social Science*, cit., p. 2.

35 Il paradigma delle scienze sociali computazionali comprende una varietà in evoluzione di metodologie di ricerca: estrazione automatica di informazioni, modelli di complessità, simulazione sociale, analisi dei social network e analisi geospaziale. Per un approfondimento, si v. C. Cioffi-Revilla, *Introduction to computational social science*, cit.

estremamente potenti in tal senso. La *network analysis*³⁶, per fare un esempio, offre nuove opportunità per analizzare in termini quantitativi come le caratteristiche di strutture di interazione in senso lato intese (reti sociali, biologiche, finanziarie, tecnologiche) incidano sul comportamento di un sistema (una rete criminale, un sistema di alleanze, una rete di computer) e delle sue componenti.

Un discorso analogo può essere fatto per le tecniche di simulazione sociale, in particolare la simulazione basata su agente (*Agent-Based Modeling - ABM*)³⁷, che consente oggi di studiare sperimentalmente l'emersione e l'evoluzione di fenomeni macroscopici e collettivi (es. il diffondersi di norme sociali o di forme di segregazione razziale) a partire dalla descrizione del comportamento individuale di singole entità distinte tra loro.

Alla luce di quanto detto, appare evidente che le dinamiche alla base della discriminazione algoritmica hanno di fronte a sé nuove opportunità per essere comprese e analizzate criticamente. Il percorso che conduce in questa direzione, resta tuttavia ancora largamente da esplorare.

4. Computational law: gli algoritmi da problema a soluzione

La migliore comprensione dei processi che favoriscono direttamente o indirettamente fenomeni di discriminazione mediata dalle macchine non rappresenta l'unica direzione verso cui guardare per contrastare gli effetti perversi dell'evoluzione tecnologica. All'attività di studio e analisi critica occorre affiancare, per altro verso, la ricerca di contromisure adeguate a contesti in cui l'interazione sociale ed economica è interamente mediata dalle tecnologie dell'informazione e l'efficacia dei rimedi giuridici tradizionali è obiettivamente limitata.

Nelle piattaforme di lavoro o sui *social media*, a ben vedere, il confine tra ciò che può o non può essere fatto, è determinato non solo dalla norma giuridica astrattamente applicabile ma anche, in maniera più diretta, dall'infrastruttura tecnologica e dal codice informatico che abilitano e governano le nostre interazioni. In scenari di questo tipo, il rischio che le norme di legge risultino inadeguate sul piano della tempestività e della stessa capacità di imporsi è molto concreto.

Un orizzonte meritevole di esplorazione, in quest'ottica, è rappresentato dalla prospettiva di un uso regolativo degli algoritmi in senso lato intesi, di un impiego di strumenti hardware e software per dettare norme, implementare la tutela di interessi giuridicamente rilevanti e contrastare la violazione di norme di diritto.

36 La *network analysis* è connessa alla *network science*, ambito di ricerca che studia reti complesse in senso lato intese (dalle reti informatiche alle reti biologiche) rappresentando l'oggetto della propria indagine come una struttura (grafo o *network*) costituita da nodi (o vertici) e connessioni tra questi (archi). Per far questo, la *network science* attinge a una pluralità di teorie e metodi provenienti da aree disciplinari diverse: la *teoria dei grafi* (dalla matematica), la *meccanica statistica* (dalla fisica), l'estrazione di dati e la visualizzazione delle informazioni (dall'informatica), la modellazione inferenziale (dalla statistica). Nelle scienze sociali, la *network science* ha alimentato un filone di ricerca sull'influenza della relazione sociale sul comportamento collettivo offrendo opportunità per illuminare proprietà dei sistemi studiati (resilienza, vulnerabilità, scomponibilità, funzionalità) difficili da ricavare attraverso metodi tradizionali. Le tecniche della *network analysis* hanno iniziato a trovare applicazione anche in ambito giuridico per scopi diversi che vanno dall'analisi delle proprietà dei corpora giuridici allo studio delle reti criminali. Per un'introduzione alla *social network analysis*, si veda S. Wasserman, K. Faust, *Social network analysis: Methods and applications*. Cambridge, Cambridge University Press, 1994. Per una panoramica sui possibili impieghi in ambito giuridico, sia consentito rinviare a R. Winkels, N. Lettieri, S. Faro, *Network analysis in law*, ESI, Napoli, 2013.

37 Basata sull'identificazione della spiegazione scientifica con la riproduzione "*in silico*" (cioè in una simulazione al computer) di processi sociali oggetto di indagine, la simulazione basata su agenti si pone alla base di un approccio generativo alla ricerca al cui interno le dinamiche e le strutture sociali di livello macro sono interpretate, descritte, riprodotte e, quindi, spiegate, come il risultato delle interazioni di livello micro tra entità computazionali (agenti) che simulano il comportamento di individui reali. Alla luce di queste premesse, una simulazione ad agenti include tipicamente un insieme di attori/agenti, un insieme di regole di interazione e un ambiente di cui sono state definite le caratteristiche dinamiche, organizzative e spaziali. Nel corso degli anni, la simulazione sociale basata su agenti ha mostrato di essere particolarmente adatta a investigare di dinamiche socioeconomiche che sono difficili da trattare con approcci di tipo statistico. Grazie a questa caratteristica, le simulazioni non solo si sono diffuse nell'ambito della scienza ma hanno anche richiamato l'attenzione delle istituzioni coinvolte nel *policy making*. Per un'introduzione alla scienza sociale generativa e alla simulazione ad agente, si veda, in una letteratura ormai ampia, N. Gilbert, *Agent-based models*, London, Sage, 2008; J.M. Epstein, *Generative social science*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2012. Sulle intersezioni tra simulazione sociale e diritto, sia consentito rinviare a N. Lettieri, *Ius in silico. Diritto computazione simulazione*, Napoli, ESI, 2013; N. Lettieri, D. Parisi, *Neminem laedere. An evolutionary agent-based model of the interplay between punishment and damaging behaviours*, in *Artificial intelligence and law*, 2013, 21(4), pp. 425-453.

L'idea, variamente declinata oggi nei paradigmi della "tecnoregolazione" e della "computational law", non è nuova³⁸. Le sue radici risalgono agli anni Novanta, quando Internet ha fatto gradualmente emergere la capacità del codice informatico di affiancare la legge dello stato nello stabilire quello che le persone possono o non possono fare. Suscettibili di applicazione automatica, le regole inscritte nei *software*, negli standard tecnici e nelle scelte di design che governano il cyberspazio hanno infatti presto mostrato come gli algoritmi diano corpo a un nuovo tipo di sistema normativo in grado di aprire nuove frontiere alla regolazione della vita sociale.

La "Lex Informatica"³⁹ che domina web è stata, tuttavia, solo il punto di partenza. La presa di coscienza della funzione intrinsecamente regolativa delle ICT si è rapidamente tradotta nell'idea di servirsi in maniera intenzionale di artefatti tecnologici per implementare la disciplina giuridica di rapporti economici e sociali. È stato guardando in questa direzione che Roger Brownsword ha parlato per la prima volta, negli anni 2000, di "normative environment"⁴⁰ prefigurando infrastrutture tecnologiche capaci di implementare in modi nuovi la funzione ordinamentale solitamente assolta dalle norme di diritto.

In contesti come il web, la tecnologia è in effetti capace di imporre vincoli comportamentali caratterizzati da un livello di incisività e immediatezza molto superiori rispetto a quello delle disposizioni di legge. Mentre queste ultime si limitano a definire precetti, la prima può determinare in maniera diretta le azioni che gli individui possono o non possono compiere, rendendo superfluo l'intervento di una autorità di controllo che punisca, *ex post*, i trasgressori⁴¹.

Lo sviluppo scientifico e tecnologico svolge, in questa prospettiva, un ruolo determinante consentendo la sperimentazione di strategie regolative di tipo diverso. Alle tecnologie utilizzate nei primi sistemi di *Digital Rights Management*⁴², forma embrionale di tecnodiritto, se ne sono affiancate altre in grado di abilitare l'emersione di modelli tecnoregolativi applicabili a contesti nuovi e sempre più complessi. La *blockchain*⁴³, architettura che sfrutta database distribuiti e criptati per gestire in modo sicuro le transazioni che avvengono tra i nodi di una rete, rappresenta, da questo punto di vista, un esempio paradigmatico. Dopo le prime applicazioni legate alla creazione di valute digitali, essa ha rapidamente

-
- 38 Il tema è oggetto di una riflessione ormai molto ampia e di livello internazionale. Tra i primi contributi in materia si veda R. Brownsword, *What the world needs now: Techno-regulation, human rights and human dignity*, in *Human rights*, Hart Projected Date, 2004, p. 203 ss. Per un'analisi organica e più recente si veda M. Hildebrandt, J. Gaakeer (eds.), *Human law and computer law: Comparative perspectives*, Heidelberg, Springer, 2013. Il volume pone la sua attenzione non solo sull'applicazione automatizzata delle norme legali, ma estende il concetto di tecno-regolazione riconducendo ad esso la progettazione di soluzioni tecniche volte a influenzare i comportamenti promuovendo la conformità alle norme attraverso avvertenze o suggerimenti mirati. In tal senso vedi B. Van Den Berg, R.E. Leenes, *Abort, retry, fail: Scoping techno-regulation and other techno-effects*, ivi, pp. 67-87. Sullo stesso punto M. Hildebrandt, *Legal protection by design: Objections and refutations*, in *Legisprudence*, 2011, 5, pp. 223-248; R. Leenes R., *Framing techno-regulation: An exploration of state and non-state regulation by technology*, in *Legisprudence*, 2011, 5, pp. 143-169. In italiano si veda, *ex multis*, A.C. Amato Mangiameli, *Tecno-diritto e tecno-regolazione. Spunti di riflessione*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2017, 6 (Speciale), pp. 87-112.
- 39 Si veda J.R. Reidenberg, *Lex informatica: The formulation of information policy rules through technology*, in *Texas Law Review*, 1997, 76, p. 553 ss. L'intuizione viene ripresa e resa in termini ancor più radicali da Lawrence Lessig dello Stanford Center for Internet Society, con la nota affermazione "in the cyberspace, the code is law", cfr. L. Lessig, L. *Code and other laws of cyberspace*, New York, Basic Books, 2009.
- 40 Un esempio di "normative environment" viene collocato da Brownsword al di fuori del web. L'autore cita un'architettura tecnologica sviluppata dai titolari un golf club del Warwickshire per impedire furti ed usi impropri dei propri kart. Per far fronte a questa evenienza, il club ha installato su ogni kart un sistema di controllo automatico basato su GPS in grado di per dar vita a una sorta di "una geo-recinzione virtuale intorno al club". Grazie a questa forma tecnologica di tutela del diritto di proprietà, i titolari del club possono non impedire i furti, ma anche un uso dei kart in aree bagnate o oggetto di manutenzione. Chiunque dovesse provare a violare la geo-recinzione scoprirebbe che il kart si blocca automaticamente. R. Brownsword, *What the world needs now*, cit.
- 41 In tal senso, si veda S. Hassan, P. De Filippi, *The expansion of algorithmic governance: from code is law to law is code. Field actions science reports*, in *The journal of field actions*, 2017, Special Issue 17, pp. 88-90.
- 42 I *digital right management systems* (DRMs) sono sistemi tecnologici sviluppati a partire dai primi anni Duemila mediante i quali i titolari di diritto d'autore (e dei diritti connessi) possono tutelare, esercitare ed amministrare i propri diritti nell'ambiente digitale (ad esempio, limitando il numero di copie possibili di un brano in formato digitale). Sul punto si veda Q. Liu, R. Safavi-Naini, N.P. Sheppard, *Digital rights management for content distribution*, in *Proceedings of the Australasian information security workshop conference on ACSW frontiers*, 2003, 21, pp. 49-58.
- 43 Grazie alle caratteristiche di trasparenza e incorruttibilità delle registrazioni operate al suo interno, la *blockchain* consente di generare valore e fiducia senza la necessità di rapporti fiduciari diretti tra le parti che interagiscono, consentendo così il coordinamento di un gran numero di individui che non si conoscono (e quindi non si fidano necessariamente l'uno dell'altro). Per un'introduzione alla *blockchain* letta nelle sue proiezioni giuridiche si veda, P. De Filippi, *Blockchain and the law*, in P. De Filippi, A. Wright, *Blockchain and the Law. The rule of code*. Harvard University Press, 2018.

trovato spazio in ambito giuridico grazie alla possibilità di caricare al suo interno brani di codice — gli “*smart contract*” alla base del modello della “*computational law*”⁴⁴ che consentono di affidare a un software la costituzione ed esecuzione degli obblighi derivanti da un rapporto negoziale a prescindere dalla stipula di un contratto tradizionale.

L'elenco potrebbe continuare. La riflessione sui modelli di tecnoregolazione ha condotto a un numero considerevole di esperienze e ipotesi sperimentali che vanno dall'uso della crittografia e di piattaforme web per tutelare la proprietà intellettuale nella circolazione dei modelli industriali 3D, allo sviluppo di agenti intelligenti in grado di assistere gli utenti durante le loro interazioni *on line* per proteggerli dalla minaccia di truffe⁴⁵.

Come è stato da più parti evidenziato⁴⁶, ci troviamo di fronte all'emergere di una nuova dimensione della normatività, alla trasposizione sul piano tecnologico di tutte le attività che integrano il processo regolativo “ordinario” dalla identificazione di soggetti e condotte tipici di una data fattispecie, all'esecuzione dei precetti passando attraverso la promozione di comportamenti conformi alla legge mediante avvertenze o suggerimenti mirati riconducibili alla prospettiva del *nudge*⁴⁷. Considerata la sua forte connotazione tecnologica, la discriminazione algoritmica non può rimanere estranea a tutto ciò.

5. Algoritmi contro la discriminazione algoritmica: una sperimentazione

Il quadro delineato nelle pagine precedenti ha lasciato chiaramente intravedere come la messa a punto di strategie di risposta ai rischi della discriminazione algoritmica richieda per ragioni diverse di rivolgere lo sguardo verso le scienze e alle tecnologie dell'informazione. Il confronto, anche di tipo operativo, con la *computer science* e i suoi strumenti, con la raccolta e l'analisi dei dati, si impone non solo per comprendere meglio i processi di tipo discriminatorio influenzati dagli algoritmi, ma anche per predisporre nuove e più efficaci forme di tutela.

In quest'ottica si muove un'attività di ricerca interdisciplinare che punta a esplorare sperimentalmente⁴⁸ nuovi approcci di analisi critica e regolazione in un contesto, quello della *gig economy*, caratte-

44 L'espressione “*computational law*” allude oggi a un diritto fatto di leggi e contratti scritti direttamente nel codice del computer e capaci di esecuzione automatica al verificarsi delle condizioni prestabilite. L'integrazione del diritto computazionale e delle techno regole nella pratica giuridica ordinaria è una realtà destinata a trasformare la natura stessa del diritto come sostenuto da Mireille Hildebrandt, uno dei giuristi più attenti all'evoluzione in senso computazionale della normatività giuridica responsabile del progetto *CoHuBiCoL – Counting as a human Being in the era of computational law* (<https://www.cohubicol.com>), che investe proprio questi temi.

45 Per una disamina delle esperienze citate, si veda T. Kerikmäe, A. Rull (eds.), *The future of law and eTechnologies*, Vol. 3, Springer International Publishing, 2016.

46 Sul punto si veda tra gli altri, C. Sarra, “Iper-positività”: la riduzione del giuridicamente lecito al tecnicamente possibile nella società dell'informazione, in *Positività giuridica: Studi ed attualizzazioni di un concetto complesso*, a cura di C. Sarra e M.a Isabel Garrido Gómez, Padova University Press, 2018, pp. 95-125. Come sottolineato dall'autore, l'informaticizzazione della società sta realizzando una transizione che coinvolge “il concetto stesso di diritto quale lo si è inteso dalla modernità ai giorni nostri, e ciò esattamente perché ambisce a realizzare una forma del giuridico che – sempre più conformata all'automatismo informatico – non ha bisogno della volontà per realizzarsi nel mondo”. Per dirla con le parole di Giovanni Sartor, ci si muove verso un modello di diritto nel quale a ciascun individuo è «lecito fare quanto egli di fatto è in grado di fare [...] ma egli è in grado di fare solo ciò che è stato abilitato a fare», cfr. G. Sartor *Internet e il diritto*, in *Temi di diritto dell'informatica*, G. Sartor, C. Di Cocco (a cura di), Torino, 2017, pp. 4-5.

47 La riflessione teorica in tema di tecnoregolazione si è soffermata di recente sugli usi regolativi della tecnologia orientati non ad imporre quanto ad influenzare il comportamento umano attraverso forme di persuasione o “*nudge*”, la spinta gentile teorizzata in R.H. Thaler, C.R. Sunstein, *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*, New York, Penguin, 2009. Sul punto si veda B.V.D. Berg, R.E. Leenes, *Abort, retry, fail: scoping techno-regulation and other techno-effects*, in *Human law and computer law: comparative perspectives*, edited by M. Hildebrandt, J. Gaaker, Dordrecht, 2013, pp. 67-87.

48 Lungo questa linea di ricerca si muovono anche altre sperimentazioni condotte in collaborazione con la prof.ssa Delfina Malandrino, il prof. Rocco Zaccagnino e il dott. Alfonso Guarino del Dipartimento di Informatica con cui è da tempo attiva una collaborazione intorno alle intersezioni fra diritto e *computer science*. Sul tema della tecnoregolazione, si veda, fra i più recenti, N. Lettieri, D. Malandrino, R. Zaccagnino, A. Guarino, *The eye of the rider. Visualization and data-driven heuristics for the critical analysis of gig economy*, in *26th International Conference Information Visualisation, (IV) 2022* Ebad Banissi, pp. 379-384; A. Guarino, N. Lettieri, D. Malandrino, R. Zaccagnino, *A machine learning-based approach to identify unlawful practices in online terms of service: analysis, implementation and evaluation*, in *Neural computing and applications*, 2021, 33 (24), pp. 17569-17587; R.

rizzato da una serie di questioni — atomizzazione dei processi lavorativi, controllo pervasivo e occulto dei lavoratori, scarsità di dati e informazioni indipendenti — tra cui figurano anche le nuove forme di discriminazione e ingiustizia mediata dagli algoritmi.

Il punto di partenza è una proposta — già formalizzata sul piano teorico⁴⁹ — che *specula* sulla possibilità di raggiungere livelli più elevati di protezione per i lavoratori della *gig-economy* integrando rimedi legali e strumenti tecnologici. Sulla base di questa premessa, l'indagine punta a definire una prospettiva di ricerca e un quadro metodologico funzionali non solo ad una migliore comprensione delle dinamiche del lavoro digitale, ma anche ad una *governance* più efficace dei rapporti economici e giuridici che avvengono al suo interno.

La sperimentazione ruota intorno a *GigAdvisor*, prototipo di una piattaforma accessibile via *web* e *app mobile* concepita come “laboratorio virtuale” per indagini collegate tanto al paradigma dei *Critical data studies* e della *computational social science*, quanto a quello della tecnoregolazione⁵⁰. La componente principale del sistema è un modulo che permette ai lavoratori della *gig-economy* — previa registrazione — di condividere e discutere valutazioni relative alle esperienze avute con le piattaforme (es. *Amazon Mechanical Turk*, *Deliveroo*, *Uber*) per cui lavorano.

Le informazioni raccolte attraverso questa semplice forma di interazione sono il punto di partenza di analisi e esperimenti destinati a coinvolgere diverse categorie di soggetti. Da una parte ci sono gli utenti “esterni” (lavoratori delle piattaforme, cittadini o anche, in prospettiva, pubbliche amministrazioni) che si servono della piattaforma per scopi di carattere pratico (esprimere valutazioni, discutere, osservare il *rating* delle piattaforme per decidere, ad esempio, con chi lavorare o, ancora per svolgere attività di controllo indipendente). Dall'altra, ci sono i ricercatori interessati a esplorare le dinamiche del lavoro digitale (inclusi fenomeni di tipo discriminatorio), utilizzando le funzionalità di *data analytics* messe a disposizione dalla piattaforma ovvero scaricando i dati per analizzarli con altri strumenti.

Una volta integrate con dati di tipo spaziale e temporale e analizzate con i metodi delle scienze sociali computazionali dall'*information extraction* al social GIS, le valutazioni espresse dai *crowdworker* possono tradursi in conoscenze in vario modo funzionali alla lotta alla discriminazione algoritmica. Si pensi in questo senso alla possibilità di indagare su nuove basi empiriche l'effettivo rispetto delle norme antidiscriminatorie attraverso l'analisi dettagliata delle condizioni di lavoro o attraverso l'identificazione, nel comportamento delle *digital labour platform*, di *pattern* ricorrenti indici di discriminazioni e distorsioni indotte dai meccanismi di *governance* algoritmica della forza lavoro.

Accanto alle attività di studio appena delineate, il progetto punta anche a favorire l'esplorazione di soluzioni tecnoregolative in vario modo funzionali anche a contrastare la discriminazione. Una prima strada, già in parte esplorata sperimentalmente nello sviluppo di *GigAdvisor*, punta a sfruttare il meccanismo reputazionale (basato su valutazioni e dati relativi anche a dinamiche discriminatorie) per spingere le *labor platform* verso l'adozione di meccanismi di *workforce analytics* e *workforce management* più equi sfruttando il potere condizionante dell'immagine reputazionale ricavabile, anche attraverso

Zaccagnino, C. Capo, A. Guarino, N. Lettieri, D. Malandrino, *Techno-regulation and intelligent safeguards*, in *Multimedia tools and applications*, 2021, 80 (10), pp. 15803-15824.

49 Si veda, con specifico riferimento alla tutela dei lavoratori della *gig economy*, M. De Minicis, S. Donà, N. Lettieri, M. Marocco, *Disciplina e tutela del lavoro nelle digital labour platform. Un modello di tecnoregolazione*, in *Economia & lavoro*, 2019, 53 (3), pp. 89-106. La proposta ruota intorno al “Sistema Integrato di Crowdwork” (SIC), infrastruttura pubblico-privata pensata per favorire il controllo dello stato sul mercato del *crowdwork* attraverso un *layer* tecnologico destinato a mediare le interazioni che hanno luogo tra tutti i soggetti a vario titolo coinvolti nelle dinamiche di mercato del lavoro digitale: amministrazioni pubbliche (es. ministeri, ispettorati del lavoro, istituti di previdenza sociale), *crowdworker*; DLP; altri attori (es. associazioni sindacali e sindacali, potenziali clienti e crowd workers, cittadini comuni). In termini generali, l'infrastruttura dovrebbe supportare più funzioni collegate fra loro: i) registrazione dei rapporti lavorativi tra *labour platform* e *crowdworker* a fini di garanzia della certezza e trasparenza delle operazioni; ii) raccolta e trasmissione alle Pubbliche Amministrazioni dei dati relativi alle interazioni tra lavoratori e piattaforme; iii) stipula di smart contract; iv) conservazione e gestione dei dati di tipo economico e previdenziale relativi alle prestazioni occasionali svolte dal lavoratore; v) implementazione di meccanismi reputazionali orientati a condizionare l'operato delle piattaforme e a proteggere i *crowdworker*. Per implementare queste funzioni, l'architettura del SIC contempla due moduli. Un primo modulo (*Reputation and transparency module*), parzialmente realizzato in via prototipale, punta a implementare meccanismi di reputazione e l'accesso del pubblico alle informazioni sul mercato del lavoro collettivo attraverso un'app mobile (pensata per consentire ai lavoratori di esprimere le proprie valutazioni sull'operato delle piattaforme digitali) e un sito web (per consentire l'accesso del pubblico ai dati generati dall'analisi dei dati prodotti dai *crowdworker* attraverso l'interazione con il SIC). Un secondo modulo in via di sviluppo (*Social Security and Contracts Module*) dovrebbe sfruttare la tecnologia *blockchain* e *smart contract* per abilitare e tenere traccia di qualsiasi interazione che ha luogo nel mercato del lavoro digitale.

50 Sul punto: N. Lettieri, A. Guarino, D. Malandrino, R. Zaccagnino, *Platform economy and techno-regulation – experimenting with reputation and nudge*, in *Future Internet*, 2019, 11 (7), p. 163, <https://bit.ly/2WXEKQp>.

tecniche di *data-analytics*, dalle valutazioni espresse dai lavoratori⁵¹. Una seconda strada, in via di sperimentazione, ruota intorno all'ipotesi di un utilizzo della *blockchain* e degli *smart contract* per garantire la conformità dei contratti lavoratore-piattaforma alle norme poste dall'ordinamento vigente a tutela dei diritti dei lavoratori incluso quello alla non discriminazione.

6. Conclusioni

Lo scenario descritto signora offre spunti, i margini per alcune brevi considerazioni finali. Come abbiamo visto, a dispetto dell'espressione che la definisce e dell'idea che probabilmente domina l'immaginario collettivo, la discriminazione algoritmica è il risultato di processi che trascendono l'operato delle sole macchine, il frutto di dinamiche complesse, alimentate da fattori umani e sociali oltre che tecnologici che è necessario imparare a esplorare e regolare in modi nuovi.

All'interno di questo scenario, gli algoritmi sono non solo causa del problema ma anche potenzialmente parte della soluzione e ciò per due ragioni di fondo. La prima: le nuove forme di analisi critica e regolazione in grado di contribuire a contrastare il fenomeno passano tutte, in un modo o nell'altro, attraverso gli algoritmi. Il discorso vale tanto per i metodi delle scienze sociali computazionali destinate ad alimentare la prospettiva dei *critical data studies*, quanto per le diverse declinazioni del paradigma tecnoregolativo. La seconda: proprio in quanto mediata dagli algoritmi, la discriminazione lascia tracce digitali che, debitamente raccolte e analizzate, consentono di trovare negli algoritmi la soluzione per smascherarla e contrastarla⁵².

Di fronte a questa prospettiva, le sfide da affrontare sono considerevoli non solo sul piano delle scelte *stricto sensu* normative, ma anche su quello scientifico e culturale. In un universo in cui i diritti sono condizionati dalla tecnologia e dalla sua pervasiva penetrazione in ogni aspetto della vita sociale ed economica, servono programmi di ricerca che facciano interagire in modi nuovi i tanti saperi — dal diritto all'informatica, dalla teoria della complessità alle scienze sociali — interrogati dall'obiettivo di valutare e contrastare le ingiustizie algoritmiche.

In quest'ottica, i giuristi sono chiamati ad uno sforzo di apertura al dialogo con prospettive, conoscenze e metodi appartenenti ad ambiti disciplinari eccentrici rispetto al mondo del diritto. Non solo. A loro spetta anche attrezzarsi tecnicamente per confrontarsi con un nuovo compito: imparare a tradurre le proprie esigenze applicative e conoscitive nella progettazione di "macchine", artefatti tecnologici da utilizzare e, prima ancora, da costruire in collaborazione con studiosi di altre aree di ricerca.

Il cambiamento richiederà senza dubbio tempo e un graduale processo di fertilizzazione incrociata che consenta di modificare tradizioni culturali e metodologiche consolidate. Per quanto strano possa apparire, al giurista serve l'audacia di vedersi nel ruolo insolito di progettista e inventore. Parafrasando l'immagine utilizzata in un'intervista di qualche anno fa da Kevin Kelly⁵³ per descrivere il suo rapporto con la tecnologia, la sfida da affrontare per contrastare la distopia delle macchine non è quella di immaginare utopie ma quella di costruire prototipi.

51 Nella storia recente della *gig economy* non mancano evidenze in merito a come l'assegnazione di rating possa spingere le piattaforme a modificare il loro comportamento per evitare i danni potenzialmente derivanti da una cattiva reputazione. Un esempio molto noto è quello di *TurkOpticon*, piattaforma indipendente di rating creata dagli utenti di *Amazon Mechanical Turk*. Sul punto v., tra gli altri, M. Silberman, *Operating an employer reputation system: Lessons from Turkopticon, 2008-2015*, in *Comparative Labour Law & Policy Journal*, 2015, 37, p. 505 ss.

52 La prospettiva è ben rappresentata in: J. Kleinberg, J. Ludwig, S. Mullainathan, C.R. Sunstein, *Algorithms as discrimination detectors*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 2020, 117 (48), pp. 30096-30100.

53 Ex direttore della rivista *Wired* ed esponente storico della cybercultura, Kelly afferma: "I'm not a utopian. I am not a dystopian. I'm a protopian". Il testo integrale dell'intervista è disponibile al link <https://bit.ly/3Lrn72W>.

*Dolores Morondo Taramundi**

Le sfide della discriminazione algoritmica

Sommario

1. Introduzione. – 2. La discriminazione algoritmica. – 3. I limiti della protezione esistente: il diritto antidiscriminatorio. – 4. I meccanismi di regolazione della discriminazione algoritmica. – 5. Conclusioni.

Abstract

Con l'espansione dei sistemi decisionali automatizzati e semiautomatici è cresciuto il dibattito sui problemi etici che l'uso di tali tecnologie può presentare per la democrazia, i diritti fondamentali e la giustizia sociale. Questo contributo si propone di affrontare il problema della discriminazione algoritmica e di analizzare alcune delle sfide che questo fenomeno (o insieme di fenomeni) rappresenta per i meccanismi di protezione esistenti, in primo luogo per la normativa antidiscriminatoria, nonché di prendere in considerazione le questioni che esso apre in relazione al quadro normativo che si sta sviluppando in Europa.

With the expansion of automated and semi-automated decision systems, the debate on the ethical problems that the use of such technologies can pose for democracy, fundamental rights and social justice has been growing. This paper aims to approach the specific problem of algorithmic discrimination and analyze some of the challenges that this phenomenon (or set of phenomena) poses to existing protection mechanisms, fundamentally anti-discrimination law, and what challenges it creates in relation to the regulatory framework that is developing in Europe.

1. Introduzione

Le decisioni automatizzate e semiautomatiche stanno diventando sempre più frequenti in tutti gli ambiti della vita. Sia le pubbliche amministrazioni che le aziende private utilizzano algoritmi progettati per aiutare o sostituire le persone incaricate di prendere decisioni. Soluzioni basate su algoritmi possono essere trovate nell'istruzione e nel mercato del lavoro, anche nella selezione degli studenti da parte delle università o nei processi di assunzione per coprire i posti vacanti¹; nel settore dei servizi sociali, nel prendere decisioni in merito alla richiesta di sussidi o benefici, o nella determinazione dei bisogni di

* Investigadora Principal de Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto. Relazione al Convegno "L'algoritmo alla prova del caso concreto: stereotipi, serializzazione, discriminazione" ospitato dall'Università di Ferrara in data 6.4.2022. Contributo non sottoposto a referendum a doppio cieco.

1 Ad esempio, A. Köchling, M.C. Wehner, *Discriminated by an algorithm: a systemic review of discrimination and fairness by algorithm decision-making in the context of HR recruitment and HR development*, in *Business Research*, 2020, 13 (3), p. 795 ss. L'impatto del processo decisionale algoritmico sul mercato del lavoro è stato valutato in report commissionati dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro (V. De Stefano, "Negotiating the algorithm": *Automation, artificial intelligence and labour protection*, Geneva, ILO, 2018) e dalla Commissione Europea (A.J. Wood, *Algorithmic management. Consequences for work organisation and working conditions*, Seville, European Commission, 2021); sull'uso del processo decisionale algoritmico nell'istruzione superiore, P. Prinsloo, *Of "black boxes" and algorithmic decision-making in (higher) education – A commentary*, in *Big Data and Society*, 2020, 7 (1).

protezione sociale²; e anche in ambiti molto delicati del potere pubblico, come quando la polizia deve accertare la credibilità di una denuncia o la probabilità che le vittime di violenza domestica vengano nuovamente attaccate, in relazione all'accesso ad adeguate misure di prevenzione e protezione³. Le soluzioni basate su algoritmi promettono di limitare l'arbitrarietà e l'incoerenza dei decisori, di valutare volumi di dati in tempi che sarebbero impossibili per le menti umane, e tutto questo ad un costo molto inferiore. Il processo decisionale automatizzato si presenta così come uno strumento per aumentare la precisione e l'efficienza, sia nel contenuto e nella qualità delle decisioni (decisioni migliori, basate sui dati e coerenti nell'insieme), sia nel processo di maturazione delle decisioni (più veloce, meno costoso, meglio informato, esente da errore umano o negligenza, arbitrarietà o pregiudizio).

Gli algoritmi sono degli insiemi di istruzioni matematiche intese a risolvere una classe di problemi o a eseguire calcoli. La letteratura scientifica ha sviluppato la descrizione e la classificazione di diversi tipi di algoritmi e delle correlate tecnologie dell'informazione (TI), che potrebbero interagire con le persone chiamate a prendere decisioni⁴. Gli algoritmi basati su regole, ad esempio, sono stati studiati dalla filosofia giuridica sin dagli anni '80, nella speranza di facilitare o assistere i compiti legati all'azione del giudice. Il fallimento dei primi tentativi di raggiungere risultati pratici significativi è stato attribuito alle importanti dimensioni semantiche e pragmatiche del diritto e delle decisioni legali, diversamente dai modelli algoritmici basati sulle funzioni logiche del linguaggio⁵. Le tecniche di elaborazione del linguaggio naturale hanno tentato di colmare questa lacuna, di modo che i sistemi esperti di oggi possono operare con più funzioni per automatizzare dati e documenti e fornire assistenza intelligente⁶. Un potenziale ancora maggiore può essere trovato negli algoritmi di apprendimento automatico. I sistemi di apprendimento automatico definiscono i propri insiemi di regole in base agli output dei dati. A differenza dei sistemi deterministici basati su regole, i sistemi di apprendimento automatico basati sui dati sono probabilistici e cercano di risolvere i problemi rilevando i modelli (*patterns*) di informazione nell'analisi dei *big data*.

Le decisioni basate su algoritmi, come qualsiasi altra decisione, possono avere un impatto di vario tipo sui diritti umani e le libertà fondamentali. Rispetto alle decisioni distorte che gli esseri umani possono prendere da soli, le decisioni automatizzate e semiautomatizzate, in quanto basate su criteri discriminatori, pongono un problema di scala, poiché esse vengono prese molto più velocemente e applicate ad un numero maggiore di individui: ciò riduce la probabilità di identificare e affrontare tempestivamente il problema, mentre il volume dei casi errati rende difficile esaminarli e correggerli. Gli algoritmi di apprendimento automatico possono anche discriminare su larga scala attraverso soluzioni che riproducono modelli di disuguaglianza incorporati nei dati da cui apprendono⁷.

Con la crescita della preoccupazione politica per le implicazioni etiche dell'uso dell'intelligenza artificiale (IA), si stanno ampliando anche le conoscenze scientifiche e pratiche sull'argomento, con contributi interdisciplinari di professionisti di vari settori (IT, ingegneria e diritto). Sebbene la maggior parte dell'attenzione accademica si sia concentrata sulla violazione di diritti specifici (come il diritto alla privacy o alcuni principi generali del diritto penale) che possono derivare dall'uso, dall'uso improprio o dall'uso fraudolento delle tecnologie, il problema specifico della discriminazione algoritmica inizia a delinearsi e a richiedere attenzione specifica. Finora la ricerca su discriminazione e algoritmi si era con-

-
- 2 In *Automating Inequality*, Virginia Eubanks indaga su tre casi di processo decisionale automatizzato e semiautomatizzato nell'accesso ai benefici sociali negli Stati Uniti. V. Eubanks, *Automating inequality. How high-tech tools profile, police, and punish the poor*, New York, St Martin's Press, 2018.
 - 3 Ad esempio, il sistema VioGén utilizzato dalla polizia spagnola raccoglie informazioni personali, sociali, della polizia e giudiziarie su ogni caso di violenza da partner intimo, fa previsioni sul livello di rischio delle vittime, stabilisce misure di protezione relative al livello di rischio e pertinenti avvisi informativi (ad esempio, quando l'aggressore viene rilasciato dal carcere).
 - 4 Si vedano, tra tutti, i risultati del progetto e-SIDES (Ethical and social impacts of data science), disponibili su <https://e-sides.eu/>.
 - 5 A. Martino, *Inteligencia artificial y derecho. Acerca de lo que hay*, in *Revista de ciencia de la legislación*, 2019 (6).
 - 6 Si veda, ad esempio, PROMETEA, un sistema esperto di Intelligenza Artificiale (AI) creato dal Ministero Pubblico di Buenos Aires, Argentina (<https://mpfciudad.gob.ar/institucional/2020-03-09-18-42-38-innovacion-e-inteligencia-artificial>). I risultati di PROMETEA indicano che il Pubblico Ministero ha aumentato la propria velocità di elaborazione del 275% tra il 2017 e il 2018, poiché con PROMETEA un dossier può essere elaborato in 5 giorni anziché in 3 mesi. Vedi J.I. Solar Cayón, *La inteligencia artificial jurídica: nuevas herramientas y perspectivas metodológicas para el jurista*, in *Revus*, 2020 (4).
 - 7 R. Xenidis, L. Senden, *EU non-discrimination law in the era of artificial intelligence: Mapping the challenges of algorithmic discrimination*, in U. Bernitz, X. Groussot, J. Paju, S.A. de Vries (eds.), *General Principles of EU Law and the EU Digital Order*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law, 2020, p. 151 ss.

centrata principalmente sul contesto statunitense⁸, ma ci sono oramai numerose analisi del fenomeno in Europa⁹. Il rapporto tra IA e discriminazione, e l'impatto che l'IA può avere sulla disuguaglianza, sul principio di uguaglianza e non discriminazione, sono stati oggetto di studi commissionati sia dal Consiglio d'Europa¹⁰, sia dalla Commissione Europea¹¹, insieme ad altri realizzati da agenzie internazionali e nazionali¹².

Con un quadro normativo ancora in fase di sviluppo, è importante poter identificare cos'è la discriminazione algoritmica e come affrontarla. Al momento, la maggior parte dei casi che giungono all'attenzione della stampa e al dibattito pubblico sono legati a risultati discriminatori prodotti dall'utilizzo di dati personali sensibili, quali il sesso o l'origine etnica o razziale. Tuttavia, le normative sulla protezione dei dati personali non coprono tutti i criteri o i meccanismi di discriminazione, né stabiliscono misure che possano risolvere questi casi. Nell'elaborazione delle norme che regolano e controllano l'uso dell'IA, la discriminazione necessita di un trattamento specifico, che si collega ai meccanismi di garanzia antidiscriminatoria già esistenti, per evitare aree di esenzione rispetto al principio di uguaglianza e la proliferazione di sistemi basati sull'IA che possano ignorare o violare i diritti fondamentali e il principio di uguaglianza.

Nelle pagine che seguono, analizzeremo alcune sfide che la discriminazione algoritmica pone ai meccanismi di protezione esistenti — principalmente il diritto antidiscriminatorio — e come queste sfide possano essere affrontate nell'attuale sviluppo del quadro normativo, in particolare la proposta di Legge sull'Intelligenza Artificiale (Legge sull'IA) della Commissione Europea, attualmente in attesa di dibattito al Parlamento Europeo.

2. La discriminazione algoritmica

Insieme all'espansione dell'uso di decisioni automatizzate o semiautomatizzate, si sta facendo strada anche la convinzione che queste tecnologie possano avere — e abbiano — un impatto negativo sui diritti fondamentali e che sia necessario regolamentarne l'uso. La preoccupazione politica per le sfide sociali poste dall'uso dell'IA si manifesta nella pubblicazione di regolamenti e guide che cercano di incanalare il fenomeno: dal Libro Bianco della Commissione Europea¹³ alla recente Proposta di Regolamento sull'IA (Legge sull'IA)¹⁴, o agli annunci circa la creazione di organismi di sorveglianza, come il Comitato europeo per l'IA¹⁵ o l'Agenzia spagnola di supervisione dell'IA (AESIA).

-
- 8 S. Barocas, D. Selbst, *Big Data's disparate impact*, in *California Law Review*, 2016 (104), p. 671 ss.; T.B. Gillis, J.L. Spiess, *Big Data and discrimination*, in *University of Chicago Law Review*, 2019 (86), p. 459 ss., e la bibliografia lì citata.
- 9 P. Hacker, *Teaching fairness to artificial intelligence: Existing and novel strategies against algorithmic discrimination under EU law*, in *Common Market Law Review*, 2018 (55), p. 1143 ss.; F.J. Zuiderveen Borgesius, *Strengthening legal protection against discrimination by algorithms and artificial intelligence*, in *The International Journal of Human Rights*, 2020, 24 (10), p. 1572 ss.; R. Xenidis, L. Senden, *cit.*; S. Vantin, *Il diritto antidiscriminatorio nell'era digitale*, Milano, Wolters Kluwer, 2021; D. Morondo Taramundi, *Discrimination by machine-based decisions: Inputs and limits of anti-discrimination law*, in E. Fosch-Villaronga, B. Custers (eds.), *Law and artificial intelligence. Regulating AI and applying AI in legal practice*, The Hague, Asser Press-Springer, 2022, p. 73 ss.
- 10 F.J. Zuiderveen Borgesius, *Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making*, 2018; <https://rm.coe.int/discrimination-artificial-intelligence-and-algorithmic-decision-making/1680925d73>
- 11 J. Gerards, R. Xenidis, *Algorithmic discrimination in Europe: Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*, 2020, www.equalitylaw.eu/downloads/5361-algorithmic-discrimination-in-europe-pdf-1-975
- 12 C. Orwat, *Risks of Discrimination through the use of algorithms*, 2020, https://www.researchgate.net/publication/344815625_Risks_of_Discrimination_through_the_Use_of_Algorithms; Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, *Algorithms: preventing automated discrimination*, 2020, https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/836200280_ddd_synthalgos_access.pdf; A. Balayn, S. Gürses, *Beyond debiasing: Regulating Ai and its inequalities. European digital rights*, 2021, https://edri.org/wp-content/uploads/2021/09/EDRi_Beyond-Debiasing-Report_Online.pdf.
- 13 Commissione Europea, *Libro Bianco sull'intelligenza artificiale. Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, COM(2020) 65 final, 19 febbraio 2020; https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_it.pdf.
- 14 Commissione Europea, *Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che Stabilisce Regole Armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (Legge sull'Intelligenza Artificiale) e modifica alcuni atti legislativi nell'Unione* COM (2021) 206 final, 21 aprile 2021; https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0006.02/DOC_1&format=PDF.
- 15 Legge sull'IA, Articoli 56-58.

Anche i tribunali europei hanno iniziato a veder comparire cause su questo argomento. Ad esempio, nel febbraio 2020, un tribunale distrettuale dell'Aia¹⁶ ha dichiarato illegale un sistema algoritmico utilizzato dal governo olandese, chiamato SyRI. L'obiettivo dell'algoritmo era di prevenire e contrastare le frodi ai danni della previdenza e della finanza pubblica e il suo funzionamento si basava sull'utilizzo dei *big data* nella predisposizione di profili che, assegnati a ciascun cittadino, determinassero il livello di rischio e la probabilità di frode contro le casse pubbliche. Il tribunale ha stabilito che SyRI non soddisfa i necessari requisiti di proporzionalità e trasparenza, e ha violato il diritto alla vita privata — protetto dall'articolo 8.2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo — di persone, per lo più a basso reddito e di origine immigrata, provenienti da “distretti problematici”¹⁷. Nel dicembre 2020, un tribunale di Bologna ha anche stabilito che il cosiddetto algoritmo Frank, utilizzato da Deliveroo per classificare (*rank*) i suoi *raiders*, possedeva un carattere discriminatorio. L'algoritmo ordinava la categoria “indice di affidabilità” in base alle assenze e alle non cancellazioni in orario dei propri turni all'interno del sistema di prenotazione di *slots*, senza valutare le cause di fondo delle assenze dei fattorini. Insomma, per il sistema di IA era equivalente mancare al lavoro per motivi banali, per incuria, per malattia e per l'esercizio del diritto di sciopero. Secondo il tribunale, la mancata considerazione da parte dell'algoritmo delle ragioni di una cancellazione costituisce una discriminazione e penalizza ingiustamente i lavoratori che hanno ragioni legittimi per non lavorare.¹⁸

Sebbene le sfide alla protezione dei diritti fondamentali poste dall'uso dei nuovi sistemi informatici e di IA siano state studiate soprattutto in relazione alla protezione dei dati personali e della privacy, esse coprono una gamma molto più ampia. L'uso incontrollato dell'IA può mettere a repentaglio la democrazia e i valori su cui si basa lo Stato di diritto, come nel caso delle “camere d'eco” prodotte dagli algoritmi dei social network, che ledono la libertà di informazione e il diritto di voto, o favoriscono l'amplificazione di *fakes* e messaggi di odio che violano la dignità umana e il diritto all'onore. Le nuove generazioni di strumenti algoritmici offrono infatti opportunità senza precedenti di sorveglianza indiscriminata o di massa — il cosiddetto capitalismo di sorveglianza¹⁹ — di *profiling* e classificazione dei cittadini. Inoltre, i sistemi di IA possono pregiudicare l'effettiva tutela giurisdizionale e le garanzie procedurali. A causa della loro opacità, che non consente di conoscere i processi interni con cui gli algoritmi generano i loro risultati, tali sistemi creano incertezza nel determinare l'applicabilità e l'esecuzione delle disposizioni di legge che tutelano i diritti fondamentali, attribuiscono responsabilità e consentono di chiedere un risarcimento.

La discriminazione algoritmica è, quindi, una parte di questo più ampio fenomeno di ripercussione degli sviluppi tecnologici sui diritti fondamentali e su altri principi della democrazia e della giustizia sociale.

Secondo il gruppo indipendente di esperti di alto livello sull'IA²⁰, la discriminazione algoritmica, la distorsione (*bias*) dell'IA o la distorsione algoritmica consistono in errori sistematici e ripetibili in un sistema informatico, che portano o generano risultati (*output*) discriminatori o iniqui da un punto di vista legale, come ad esempio favorire un gruppo di utenti a scapito degli altri.

Esistono diversi tipi di distorsioni o *bias*²¹ che svolgono un ruolo rilevante nel contesto dell'IA:

(i) *Bias* di automazione: un'eccessiva dipendenza dai risultati o dalle soluzioni generate dagli algoritmi, che attenua le capacità umane;

(ii) Distorsioni del passato: l'utilizzo di dati di addestramento (*training sample*) distorti come *input* in un sistema di IA riproduce la distorsione, che influenzerà i risultati futuri (ad esempio, un algoritmo di *screening* di *curricula vitae* che si nutre di dati con un *bias* di genere, apprende che le donne sono meno valide per il lavoro);

(iii) *Bias* di correlazione (*proxy*): la correlazione di diversi insiemi di dati da parte di un algoritmo può portare a pratiche discriminatorie (ad esempio, associare il genere a una minore produttività sul

16 Tribunale di Distretto dell'Aia, sentenza del 5 febbraio 2020, [ECLI:NL:RBDHA:2020:1878](https://eur-lex.europa.eu/eli/nl/rbdha/2020/1878).

17 J.A. Eguiluz Castañeira, *Desafíos y retos que plantean las decisiones automatizadas y los perfilados para los derechos fundamentales*, in *Estudios de Deusto*, 2020, 68 (2), p. 325 ss.

18 Tribunale Ordinario di Bologna, ordinanza del 31 dicembre 2020, [ECLI:NL:RBMNE:2015:178](https://eur-lex.europa.eu/eli/nl/rbmne/2015/178)

19 S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, Luiss University Press, 2019.

20 High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, *The Assessment List for Trustworthy Artificial Intelligence (ALTAI)*, 2020, disponibile su <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>.

21 National Institute of Standards and Technology, *A proposal for identifying and managing bias in Artificial Intelligence*, 2021, disponibile su <https://www.nist.gov/artificial-intelligence/proposal-identifying-and-managing-bias-artificial-intelligence-sp-1270>.

lavoro, non a causa di una relazione causale, ma perché storicamente le donne sono state valutate più negativamente degli uomini a parità di prestazioni lavorative);

(iv) Il *bias* di amplificazione: la capacità degli algoritmi di elaborare enormi quantità di dati ad alta velocità crea un rischio specifico consistente nello “*scaling up*”, potendo interessare un numero molto elevato di persone in tempi troppo brevi. Questo rischio di amplificazione implica, quindi, l'esacerbazione e l'accelerazione nella riproduzione di stereotipi e distorsioni discriminatorie che rispecchiano i dati di cui si alimenta il sistema di IA, oltre — come abbiamo già segnalato — alle difficoltà per intervenire tempestivamente per mitigare o correggere i risultati distorti nelle decisioni.

Discriminazione e pregiudizi algoritmici possono essere associati a vari fattori.

Il primo di questi fattori è la qualità dei dati. L'uso di dati incompleti, distorti, errati o obsoleti è considerato una fonte primaria di distorsione algoritmica. A volte si sostiene che gli algoritmi in realtà non discriminano: non possono perché sono solo matematica, raccolgono ed elaborano dati. Se il risultato è discriminatorio, guarda i dati: un argomento che è stato espresso graficamente come “spazzatura dentro, spazzatura fuori”²². L'impatto differenziato in base a motivi di discriminazione vietati come sesso, razza o origine etnica, disabilità ed età, mostrato da vari studi²³ è perciò attribuito alle disuguaglianze strutturali riflesse nei dati utilizzati dagli algoritmi.

La qualità dei dati può portare a distorsioni in vari punti: i campioni di addestramento (*training samples*) utilizzati per i sistemi di apprendimento automatico possono essere distorti, oppure i dati a cui accede il sistema possono riflettere gerarchie sociali radicate, rappresentazioni imprecise o insufficienti delle condizioni sociali di determinati gruppi, una distribuzione ineguale dei beni, le opportunità e gli oneri, ecc. Potrebbe anche accadere che i progettisti e gli sviluppatori di modelli di IA introducano in essi i propri *bias* e pregiudizi. Possono incorporarli volontariamente o involontariamente durante la preparazione dei campioni di addestramento. Un classico esempio è l'algoritmo dei sistemi di riconoscimento facciale o il sistema di classificazione di genere²⁴, che utilizzava *dataset* di addestramento distorti con una rappresentazione insufficiente di donne e persone non bianche e, quindi, produceva risultati con un tasso di errore più elevato (del 34,4%) nel caso di donne non bianche rispetto agli uomini bianchi.

Un altro fattore associato alla discriminazione algoritmica si riferisce all'imprevedibilità del risultato (*output*). Se il sistema di IA è troppo grande e complesso, potrebbe non essere compreso dagli esseri umani, ma anche dagli esperti, e portare a una mancanza di trasparenza e responsabilità nel processo decisionale; è il caso, ad esempio, delle reti neurali moderne per dati di testo su larga scala²⁵. Gli algoritmi possono avere anche un comportamento parzialmente autonomo, ovvero possono funzionare interpretando determinati dati in ingresso e utilizzando un insieme di istruzioni predeterminate, senza limitarsi ad esse, nonostante il comportamento del sistema sia limitato e orientato a soddisfare l'obiettivo che gli è stato assegnato, nonché a eseguire altre istruzioni di progettazione pertinenti²⁶. In questo caso si attenua — anche per i programmatori del sistema — la possibilità di comprendere, controllare o prevedere il funzionamento specifico dell'algoritmo. Ciò complica anche l'individuazione della responsabilità dell'impatto o del risultato dell'applicazione del sistema.

Infine, un fattore legato alla discriminazione algoritmica — perché rende difficile la rilevazione e il trattamento — è l'opacità o l'effetto “scatola nera”, che rende complicato determinare dove si trova la radice della discriminazione: sistemi decisionali automatizzati o *software* semiautomatizzati possono contenere *bias* non intenzionali introdotti da loro programmatori, o, se essi sono intenzionali, possono essere nascosti o mascherati in un codice molto complesso. Gli algoritmi possono produrre risultati discriminatori per alcuni gruppi, non perché utilizzino una categoria vietata nei loro codici, ma attraverso *proxies* e correlazioni stabilite nell'ambito dei *big data* e quindi molto difficili, se non impossibili, da tracciare o controllare. L'effetto opacità o “scatola nera” coinvolge sia il funzionamento dell'algoritmo, sia, molto spesso, la qualità dei dati che gestisce, il che rende ulteriormente difficile la definizione del problema della discriminazione. Inoltre, il problema dell'opacità degli algoritmi è dovuto a problemi sia tecnici, sia legali: la complessità del codice e dell'elaborazione per il ragionamento umano ostacola o

22 R. Xenidis, L. Senden, *cit.*, p. 157.

23 S. Barocas, D. Selbs, *cit.*; V. Eubanks, *cit.*

24 I. Serna, A. Peña, A. Morales, J. Fierrez, *Inside bias: Measuring bias in deep networks and application to face gender biometrics*, arXiv, 2020, <https://arxiv.org/pdf/2004.06592.pdf>.

25 M. Altman, A. Wood, E. Vayena. *A harm-reduction framework for algorithmic fairness*, in *IEEE Security & Privacy*, 2018, 16 (3), p. 34 ss.

26 Parlamento Europeo, *Proposta di Risoluzione sulla relazione di valutazione della Commissione concernente l'attuazione del regolamento generale sulla protezione dei dati due anni dopo la sua applicazione (2020/2717(RSP))*, 17 marzo 2021, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2021-0211_IT.html.

impedisce la trasparenza e l'accessibilità, ma bisogna anche segnalare il fatto che i modelli e gli algoritmi sono prodotti protetti da copyright e leggi sui segreti commerciali, e che gli sviluppatori e i loro clienti generalmente non sono disposti a renderli apertamente disponibili al pubblico²⁷.

La caratterizzazione della discriminazione algoritmica come distorsione o errore di sistema che porta a risultati inaccettabili o iniqui pone anche alcuni problemi in relazione alla definizione giuridica e al significato sociale e politico della discriminazione. Va notato che la definizione giuridica di discriminazione non si adatta alla definizione precedentemente riportata di discriminazione algoritmica o distorsione algoritmica. Né la definizione giuridica di discriminazione copre l'intero spettro di situazioni di disuguaglianza che sono socialmente e politicamente considerate discriminatorie. La definizione algoritmica di discriminazione utilizzata nei contesti tecnici si basa sull'idea di *bias* o errore (insito nella progettazione del modello o dovuto alla scarsa qualità dei dati), mentre le nozioni giuridiche e sociali di discriminazione si concentrano sull'idea di uno svantaggio ingiusto. È opportuno tenere presente, quindi, che il problema che tecnologi e giuristi formulano sotto il nome di discriminazione algoritmica potrebbe non essere sempre lo stesso, e quindi le soluzioni che essi ricercano potrebbero essere reciprocamente irrilevanti o divergenti.

3. I limiti della protezione esistente: il diritto antidiscriminatorio

Il diritto antidiscriminatorio europeo si basa sul doppio divieto di discriminazione diretta e di discriminazione indiretta.

Per discriminazione diretta si intende la situazione in cui una persona è, è stata o potrebbe essere trattata meno favorevolmente di un'altra in una situazione comparabile, a causa di una qualsiasi delle caratteristiche vietate.

Come si vede, ciò che definisce la discriminazione diretta è che il trattamento differenziato si basa su una delle ragioni vietate. Nel diritto dell'Unione Europea le ragioni vietate sono sesso, razza o etnia, religione o credo, orientamento sessuale, età e disabilità.

In generale, la categoria della discriminazione diretta è considerata poco applicabile o utile nel caso di discriminazione algoritmica²⁸. Non lo è tuttavia, come talvolta si sostiene, perché gli algoritmi sarebbero solo matematica e non avrebbero alcun pregiudizio o intenzione di discriminare. In Europa, a differenza del diritto statunitense, l'intenzionalità non svolge alcun ruolo nel determinare la discriminazione, nemmeno la discriminazione diretta. Piuttosto, va detto che i processi decisionali automatizzati basati su algoritmi gestiscono grandi quantità di dati per generare i loro risultati, ed è improbabile che la decisione si basi su uno qualsiasi dei criteri vietati, o che si possa determinare che esso è stato utilizzato (o in che modo). È stato osservato che il rischio è esattamente l'opposto, e cioè che la discriminazione algoritmica diventi più "sottile", più "granulare", altamente intersezionale e superi ampiamente il numero limitato di categorie protette²⁹. Ad esempio, il lavoro di Virginia Eubanks mostra come l'uso degli algoritmi dia la possibilità di un accesso differenziato ai servizi alle persone senza fissa dimora che presentano specifiche traiettorie di relazione con i servizi sociali e si trovano in determinate aree urbane³⁰. Anche se avessero un effetto differenziato su uomini e donne, o per fasce d'età, o per origine razziale o etnica, queste categorie protette sarebbero disaggregate dall'interazione con gli altri assi, rendendo molto difficile l'approccio al caso attraverso il confronto con le persone in cui una delle caratteristiche protette non concorre.

Gli effetti discriminatori nell'uso degli algoritmi sono spesso dovuti a distorsioni nei dati utilizzati sia nella fase di addestramento dell'algoritmo, sia in quelle successive. I dati con cui viene addestrato

27 Questo problema è chiaramente evidenziato dal caso che mette a confronto la piattaforma civica CIVIO con l'amministrazione (Ministero della Transizione Ecologica e Consiglio della Trasparenza e del Buon Governo, CTBG) in Spagna. Visto il diniego da parte del Ministero del bonus sociale alle persone in possesso dei requisiti per riceverlo, CIVIO ha richiesto informazioni sul sistema BOSCO, che viene utilizzato dalle aziende elettriche per inserire i dati della domanda e comunicare la risposta. Il CTBG non ha fornito il codice del programma, adducendo che esso è protetto da proprietà intellettuale, nonostante sia stato sviluppato dall'amministrazione stessa, impedendo così il controllo degli errori nel programma e l'elaborazione dei reclami. <https://civio.es/tu-derecho-a-saber/2019/05/16/la-aplicacion-del-bono-social-del-gobierno-niega-la-ayuda-a-personas-que-tienen-derecho-a-ella/>.

28 P. Hacker, *cit.*; R. Xenidis, L. Senden, *cit.*

29 R. Xenidis, L. Senden, *cit.*, p. 163.

30 V. Eubanks, *cit.*

l'algoritmo potrebbero non essere sufficientemente rappresentativi di alcuni gruppi (come è accaduto nei sistemi di riconoscimento facciale, che hanno fallito con le donne, le persone non bianche e soprattutto le donne non bianche, perché le immagini con cui il sistema era stato addestrato erano prevalentemente quelle di maschi bianchi). Può anche accadere che i dati a cui accede l'algoritmo riflettano gli stereotipi e le discriminazioni strutturali di cui sono vittima alcuni gruppi della società (ad esempio, i dati che riflettono la segregazione delle donne in diversi settori lavorativi o il divario salariale), e l'algoritmo non faccia altro che elaborare, riprodurre ed esacerbare quei *bias* e pregiudizi.

Per tutti questi motivi, la discriminazione algoritmica sembra più trattabile dal punto di vista della discriminazione indiretta, che si concentra sugli effetti e non sulle azioni.

La discriminazione indiretta è la situazione in cui una disposizione, un criterio o una pratica apparentemente neutri mettono una persona in una posizione di svantaggio rispetto agli altri a causa del loro sesso, razza o origine etnica, religione o convinzioni personali, disabilità, età o orientamento sessuale, a meno che detta disposizione, criterio o prassi non possano essere oggettivamente giustificati in base a uno scopo legittimo, e che i mezzi per conseguire tale scopo siano necessari e adeguati.

Per determinare un caso di discriminazione indiretta non è necessario, quindi, sapere se l'algoritmo ha utilizzato o meno criteri vietati nel processo di formazione della soluzione (*output*) o della decisione offerta dal sistema. In questo modo, possiamo evitare le difficoltà derivanti sia dall'effetto "scatola nera", sia dall'uso di *proxies* e correlazioni, o le distorsioni esistenti nei dati a cui accede l'algoritmo. È sufficiente verificare se tale soluzione/decisione produce effetti differenziati su qualcuno dei gruppi tutelati dalle categorie comprese nella normativa europea o nella dottrina costituzionale.

Sebbene da un punto di vista concettuale la discriminazione indiretta sembri adattarsi al fenomeno della discriminazione algoritmica, l'applicazione pratica della protezione antidiscriminatoria pone una serie di problemi.

Innanzitutto, può essere difficile stabilire lo svantaggio di un gruppo protetto. Sebbene la discriminazione indiretta non richieda il confronto con un gruppo "simile"³¹, è comunque necessario identificare un gruppo. Come abbiamo già visto, l'alto livello di intersezionalità o granularità nelle categorie utilizzate dagli algoritmi per produrre le loro soluzioni può rendere difficile l'identificazione del gruppo svantaggiato e la rappresentatività di quel gruppo in termini di categorie protette. In altre parole, può essere difficile percepire un insieme di persone come un "gruppo", se l'algoritmo offre, ad esempio, soluzioni meno vantaggiose a un sottogruppo molto particolare di donne in determinati quartieri o aree di codici postali, o in determinati settori del mercato di lavoro, o con alcune caratteristiche molto specifiche in termini di consumo di beni o uso di servizi; può anche essere difficile che quel sottogruppo specifico sia considerato rappresentativo della categoria "sesso".

Un altro aspetto problematico della discriminazione indiretta in relazione alla discriminazione algoritmica è che, anche se si potesse dimostrare lo svantaggio che crea la decisione automatizzata su un gruppo protetto, non si considererà che vi sia discriminazione se c'è una giustificazione oggettiva. Gran parte della letteratura scientifica ritiene che le opportunità offerte dalla giustificazione oggettiva minano la capacità della discriminazione indiretta di affrontare casi di discriminazione algoritmica. La giustificazione oggettiva richiede che chiunque utilizzi un sistema decisionale basato su algoritmi dimostri che esso persegue uno scopo legittimo e che l'uso è appropriato e proporzionato. Autori come Hacker³² sostengono che la funzione predittiva degli algoritmi funzionerebbe, di per sé, come uno scopo legittimo (come un meccanismo per misurare la produttività del lavoro o la capacità di affrontare la restituzione del credito da parte di un cliente) e che sembrerebbe appropriato rispetto a tale scopo. Sarebbe difficile per i giudici stabilire che altri algoritmi o soluzioni offerte dai decisori umani presentino meno *bias* o pregiudizi, o che utilizzino correlazioni meno discriminatorie.

Infine, altre difficoltà pratiche derivano dalla mancanza di trasparenza. È difficile, per le vittime di discriminazione indiretta, rendersi conto di esserlo, tanto più se la loro situazione è dovuta all'applicazione di un algoritmo in un universo potenziale di vittime che non hanno continuità o relazione tra di loro. Se, ad esempio, l'algoritmo discrimina donne o membri di minoranze etniche o razziali nell'offerta di lavoro per mezzo di una piattaforma, questi non hanno modo di confrontare tra loro i risultati del sistema. In generale, le vittime della discriminazione indiretta, soprattutto quando si tratta di fenomeni strutturali di discriminazione, come accade con i risultati basati su dati distorti, non sono in grado di apprendere i processi che le mettono in condizione di svantaggio, né hanno la possibilità di accedere a dati e risorse (conoscenza, tempo e denaro) per portare avanti cause giudiziarie per discriminazione.

31 Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenze del 10 marzo 2005, *Nikoloudi*, ECLI:EU:C:2005:141, e sentenza del 17 luglio 2014, *Leone*, ECLI:EU:C:2014:2090.

32 P. Hacker, *cit.*

4. I meccanismi di regolazione della discriminazione algoritmica

Precisamente, i problemi legati all'opacità dei sistemi di IA e le logiche proprietarie delle aziende che li sviluppano sono stati tra i primi ad essere individuati come bisognosi di regolamentazione. Se è persino difficile sapere chi e quando utilizza quali sistemi decisionali basati su algoritmi, non si può procedere a stabilire o ad applicare altri meccanismi di regolazione dei sistemi o protezione per le potenziali vittime di discriminazione.

La Legge sull'Intelligenza Artificiale dell'Unione Europea³³, attualmente in discussione nel Parlamento Europeo, richiede che la progettazione di sistemi di IA ad alto rischio sia sufficientemente trasparente in modo che gli utenti possano interpretare e utilizzare correttamente i loro *output*. I sistemi di IA devono essere accompagnati da istruzioni per l'uso, con informazioni concise, complete e chiare. Ciò include le caratteristiche, le capacità e i limiti del funzionamento del sistema di intelligenza artificiale, vale a dire le specifiche relative ai dati di *input*, formazione, convalida, ecc., nonché le relative misure di sorveglianza umana.

Tuttavia, nel valutare l'importanza di stabilire requisiti di trasparenza relativi all'uso degli algoritmi nel processo decisionale, e alle loro caratteristiche, occorre tenere conto del fatto che non si tratta solo di fornire informazioni, ma che ciò si concretizza in un diritto alla "spiegabilità"³⁴, ovvero che queste informazioni siano comprensibili per i destinatari. Si tratta di un diritto controverso³⁵ e spesso si sostiene che i codici di molti algoritmi non sono comprensibili o rintracciabili nemmeno per gli esperti di informatica.

Sarebbe opportuno che le normative che impongono requisiti di trasparenza stabilissero anche i meccanismi che garantiscono la spiegabilità o che ne mitighino la mancanza, quando non è tecnicamente possibile risalire o comprendere l'algoritmo. Tuttavia, l'approccio attuale sembra più imporre un obbligo di "divulgazione" (*disclosure*) di alcuni dati concreti, in particolare nei casi limitati di sistemi ad alto rischio, per garantire l'effettivo diritto a una spiegazione comprensibile a coloro che potrebbero vedere i propri diritti compromessi dall'uso dei sistemi di IA.

La regolamentazione esplicita dei processi decisionali automatizzati o semiautomatizzati al fine di evitare discriminazioni è una sfida legale importante. La Legge sull'IA assegna, nei Motivi della proposta, un posto rilevante al principio di non discriminazione, arrivando ad affermare che "... la presente proposta integra inoltre il diritto dell'Unione in vigore in materia di non discriminazione con requisiti specifici che mirano a ridurre al minimo il rischio di discriminazione algoritmica (...)"³⁶.

Tuttavia, va notato che la discriminazione, in quanto tale, non è menzionata nemmeno una volta negli articoli della proposta. La proposta stabilisce un sistema di classificazione per i sistemi di IA basato su diversi livelli di rischio. Un sistema di IA è considerato ad alto rischio in base alla funzione che svolge e allo scopo o alle modalità specifiche per cui il sistema viene utilizzato. La proposta contiene un allegato III che elenca i sistemi di IA i cui rischi si sono già concretizzati e autorizza la Commissione ad ampliare tale elenco. Per i diversi livelli di rischio sono previsti specifici obblighi di prevenzione e di mitigazione. I sistemi ad alto rischio hanno obblighi relativi alla progettazione di sistemi di valutazione del rischio, alla qualità dei dati, alla documentazione tecnica, alla registrazione e tracciabilità del sistema, alle garanzie di supervisione umana, alla sicurezza informatica e alla robustezza del sistema.

Numerose organizzazioni hanno criticato questo approccio: 61 di loro hanno scritto una lettera aperta alla Commissione chiedendo che siano stabilite delle "linee rosse" per l'uso dei sistemi di IA, vietando quegli usi che riproducono discriminazioni strutturali o mettono in discussione i diritti fonda-

33 La Legge sull'IA è la prima proposta di legge sull'IA da parte di un importante regolatore al mondo e potrebbe diventare uno standard globale, come nel caso del Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati (GDPR) dell'UE nel 2018, determinando in che misura l'IA ha un effetto positivo anziché negativo. Per entrare in vigore, è necessario che il Consiglio e il Parlamento europeo concordino una versione comune del testo. Il 1 giugno 2022 è scaduto il termine per la presentazione degli emendamenti da parte dei gruppi politici del Parlamento europeo. Gli emendamenti, migliaia in totale, preludono a complessi negoziati in quanto gli eurodeputati nelle due commissioni principali, la commissione per il mercato interno (IMCO) e la commissione per le libertà civili (LIBE), sono quasi equamente divisi attorno all'asse di centrodestra e di centrosinistra, e sui punti più controversi.

34 D. Selbst, J. Powles, *Meaningful information and the right to explanation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, 7 (4), p. 233 ss.

35 S. Wachter, B. Mittelstadt, L. Floridi, *Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, 7 (2), p. 76 ss.

36 Legge sull'IA, p. 4.

mentali³⁷. L'approccio basato sul rischio è stato anche criticato per la sua mancanza di rigore³⁸ e perché fondamentalmente non è finalizzato tanto alla gestione del rischio, quanto a stabilire un equilibrio, una proporzionalità tra i rischi posti dai sistemi di IA e i diritti umani o i valori democratici³⁹.

L'approccio dei livelli di rischio non intende affrontare in modo specifico il rischio di discriminazione. L'elenco dei sistemi ad alto rischio nell'allegato III contiene aree e funzioni decisionali in cui la discriminazione è comune (accesso all'istruzione o al lavoro, gestione della migrazione, accesso a beni e servizi, ecc.). Tuttavia, gli obblighi contenuti nella proposta, per i sistemi di IA che trovano applicazione in tali ambiti e con funzioni di classificazione, selezione e persino di "predizione" (che, non lo possiamo dimenticare, significa calcolo di probabilità), non tengono conto delle specificità della discriminazione algoritmica, come ad esempio l'uso di *proxies*, la granularità delle categorie, i problemi legati all'individuazione dello svantaggio o il problema della giustificazione oggettiva. Quest'ultimo è particolarmente importante, vista l'importanza che la proposta attribuisce all'idea di proporzionalità.

Anche la proposta di Regolamento sui Servizi Digitali (Legge sui Servizi Digitali)⁴⁰ riconosce che determinati gruppi o individui possono trovarsi in una situazione di vulnerabilità o svantaggio nell'uso dei servizi online a causa del loro genere, della razza o dell'origine etnica, della religione o delle convinzioni, della disabilità, dell'età o dell'orientamento sessuale. Costoro potrebbero essere lesi "da distorsioni (consapevoli o inconsapevoli) potenzialmente introdotte nei sistema di notifica da utenti e da terzi e replicati negli strumenti automatizzati di moderazione dei contenuti usati dalle piattaforme"⁴¹. La proposta mira a mitigare questo rischio di discriminazione, compresa la presentazione discriminatoria di pubblicità che incida sulla parità di trattamento e di opportunità. La proposta comprende anche la disciplina dei sistemi di ricorso interno e di risoluzione extragiudiziale delle controversie per i destinatari dei servizi. Sono inoltre previsti obblighi di audit e un meccanismo di vigilanza sovranazionale, con particolare attenzione alle grandi piattaforme online.

Come si vede, le proposte regolatorie europee — pur sottolineando il rischio di discriminazione e di violazione dei diritti fondamentali — non prevedono nei loro articoli meccanismi di diritto antidiscriminatorio (non contengono nemmeno un divieto di discriminazione indiretta o un divieto di istruzioni discriminatorie). Piuttosto, esse stabiliscono meccanismi che aumentano la trasparenza, la tracciabilità e l'accesso alle informazioni dei sistemi di IA, nonché alcuni obblighi relativi alla valutazione del rischio e alla definizione di piani di mitigazione.

Queste proposte di intervento normativo sulla discriminazione algoritmica che troviamo nei documenti dell'UE sono soluzioni prevalentemente tecnologiche. La concezione della discriminazione in termini di "distorsioni" (*bias*) derivanti dalla scarsa qualità dei dati ha portato a questo approccio tecnologico: la discriminazione sarebbe intesa non tanto come riflesso di un problema strutturale di disuguaglianza sociale, quanto come un problema tecnico nella progettazione del modelli, nei dati di addestramento, nella raccolta e analisi dei dati, ecc.; tutti problemi che possono e devono essere risolti attraverso soluzioni tecniche "anti-bias" (*debiasing*).

Il meccanismo anti-bias si riferisce a metodi che affrontano i bias introducendo una forma di parità statistica (chiamata "metrica di equità") nel set di dati, nell'algoritmo o nei risultati. Con questo stesso approccio funzionano anche gli audit, che fanno riferimento a processi di valutazione della parità statistica del sistema esaminato.

Alcuni lavori indicano già i limiti di questo approccio tecnocentrico alla discriminazione nel contesto dell'IA, nonché delle soluzioni anti-bias⁴². Delle soluzioni tecnologiche, si critica che le indicazioni su cosa siano le distorsioni e i loro problemi sono molto vaghe sia nel Libro bianco, sia nella Legge sull'IA,

37 *Open Letter: Civil society call for the introduction of red lines in the upcoming European Commission proposal on Artificial Intelligence*, 12 gennaio 2021, <https://edri.org/our-work/civil-society-call-for-ai-red-lines-in-the-european-unions-artificial-intelligence-proposal/>.

38 T. Mahler, *Between risk management and proportionality: The risk-based approach in the EU's Artificial Intelligence Act Proposal*, in L. Colonna, S. Greenstein (eds.), *Nordic yearbook of law and informatics 2020-2021. Law in the era of artificial intelligence*, Stockholm, IRI, 2022, pp. 247-269.

39 Access Now, *The EU should regulate AI on the basis of rights, not risks*, 17 febbraio 2021, <https://www.accessnow.org/eu-regulation-ai-risk-based-approach/>.

40 Commissione Europea, *Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (Legge sui servizi digitali) e che modifica la Direttiva 2000/31/CE COM(2020) 825 final*, 15 dicembre 2020; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0825&from=en>.

41 Si veda la legge sui servizi digitali, p. 13.

42 A. Balayn, S. Gürses, *Beyond debiasing: Regulating Ai and its inequalities*, European Digital Rights Report, 2021, https://edri.org/wp-content/uploads/2021/09/EDRI_Beyond-Debiasing-Report_Online.pdf.

e che non possono essere utilizzati come criteri guida: i meccanismi anti-bias non sono una panacea universale per qualsiasi tipo di applicazione di IA e hanno — ad oggi — un'efficacia (comprovata) molto limitata, che la documentazione europea sembra ignorare.

Inoltre, l'approccio tecnocentrico alla discriminazione come *data bias* non può spiegare la discriminazione strutturale (che può avere una perfetta corrispondenza statistica e tuttavia essere ingiusta). I meccanismi anti-bias non sono progettati per affrontare il problema della discriminazione in senso sociale. Infine, è stato anche notato che le soluzioni tecnologiche anti-bias concentrano ancora più potere nelle aziende tecnologiche che sono, in definitiva, attori commerciali il cui interesse principale è il proprio vantaggio e non le importanti questioni politiche e sociali che stanno alla base delle decisioni in materia di uguaglianza e discriminazione.

Sebbene la riduzione della discriminazione a distorsione possa causare una valutazione errata dei problemi di discriminazione, e sebbene i meccanismi anti-bias non siano la panacea contro la discriminazione algoritmica, va notato che l'IA può anche contribuire alla supervisione e monitoraggio dell'uso dei sistemi di IA, o alla creazione di prove su discriminazione e disuguaglianza più in generale, rivelando i nostri pregiudizi⁴³. Ad esempio, il sistema Claudette utilizza il *machine learning* per identificare clausole abusive nei termini di servizio o nelle informative sulla *privacy* delle piattaforme online⁴⁴. Questo sistema, sviluppato attraverso una collaborazione tra il mondo accademico e le organizzazioni dei consumatori, mostra anche il vantaggio di espandere l'uso della tecnologia ad attori diversi dalle grandi aziende tecnologiche (Big Tech) o dai governi, consentendo di mitigare uno dei rischi già menzionati nell'approccio tecno-centrico. Per questo, come previsto dall'Agenzia per i diritti fondamentali o dal Parlamento europeo, i *big data* e l'IA potrebbero rappresentare anche opportunità e strumenti nella lotta alle discriminazioni e nella tutela dei diritti fondamentali⁴⁵.

5. Conclusioni

Tra le sfide etiche poste dall'uso dell'IA, la discriminazione algoritmica sta cominciando ad attirare l'attenzione per la sua capacità di influenzare i valori e i diritti fondamentali delle nostre democrazie, la coesione sociale e gli sforzi politici contro la disuguaglianza.

La discriminazione algoritmica presenta profili distintivi che richiedono soluzioni specifiche. L'utilizzo della normativa in materia di protezione dei dati personali appare chiaramente insufficiente per far fronte ai problemi posti dalla discriminazione algoritmica.

Un problema fondamentale, di fronte alla progettazione di soluzioni antidiscriminatorie nel contesto dell'IA, risiede nella divergenza tra le diverse concezioni di discriminazione algoritmica sostenute da tecnologi, giuristi e decisori di politica pubblica. La necessaria collaborazione interdisciplinare per generare soluzioni a un problema complesso come la discriminazione nel contesto dell'IA richiede che questa divergenza di concezioni sia riconosciuta come tale e trattata. Solo in questo modo si può evitare che le diverse concezioni di discriminazione siano usate in modo intercambiabile, generando confusione e soluzioni inadeguate a problemi mal posti.

Ciò diventa particolarmente urgente quando si cominciano a produrre normative per regolamentare l'uso e l'applicazione dell'IA, come la proposta di legge europea, che nei suoi Motivi pone il problema della discriminazione in senso giuridico-politico, ma successivamente limita i rimedi proposti ai problemi della discriminazione algoritmica intesa in senso tecnologico.

È necessario raggiungere un livello più elevato di integrazione interdisciplinare nella progettazione di soluzioni, sia tecnologiche, sia legali sia di politiche pubbliche.

Il quadro dell'antidiscriminazione in Europa presenta, in generale, evidenti debolezze per affrontare un fenomeno come la discriminazione algoritmica. Questa può essere l'occasione per rafforzare

43 J.L. Kleinberg, S. Mullainathan, C. Sunstein, *Algorithms as discrimination detectors*, in *Proceedings of the National Academy of Science*, 2020, 117 (48), p. 30096 ss.

44 F. Lagioia, G. Sartor, *Artificial intelligence in the big data era: risks and opportunities*, in J. Cannataci, V. Falce, O. Pollicino (eds.), *Legal challenges of big data*, 2020, Edward Elgar Publishing, Cheltenham Glos, p. 280 ss.

45 European Union Agency for Fundamental Rights, Council of Europe, #BigData: *Discrimination in data-supported decision making*, 2018, <https://fra.europa.eu/en/publication/2018/bigdata-discrimination-data-supported-decision-making>; Parlamento Europeo, *Risoluzione recante raccomandazioni alla Commissione concernenti il quadro relativo agli aspetti etici dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate* (2020/2012(INL)), 20 ottobre 2020, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275_ES.html, punto 27 e ss.

tale quadro normativo contro i fenomeni strutturali di discriminazione e disuguaglianza attraverso lo sviluppo di una vera politica pubblica antidiscriminatoria.

È necessario che le normative che regolano l'IA includano esplicitamente il divieto di discriminazione diretta, indiretta e intersezionale, e che l'uso di sistemi di IA, di sistemi decisionali automatizzati o semiautomatizzati o altre applicazioni, non diventi una forma di esenzione dal divieto di discriminazione.

Alcune caratteristiche del diritto antidiscriminatorio sono troppo rigide per affrontare la discriminazione algoritmica. È necessario rivedere sia i meccanismi per determinare lo svantaggio, sia le formule per risolvere il problema dell'operabilità dell'intersezionalità.

Al di là degli sviluppi che ciò potrebbe comportare per la normativa antidiscriminatoria in generale, applicabili ad altre forme di discriminazione strutturale come i divari (i *gender gaps*) o la segregazione, è necessario sviluppare una politica pubblica antidiscriminatoria che possa garantire un'azione di tutela a cui, al giorno d'oggi, le vittime non possono accedere individualmente, e che i tribunali con scarsa formazione e supporto non possono offrire.

Questo sviluppo si basa su una premessa di trasparenza. Sebbene non tutto negli algoritmi sia comprensibile alla mente umana, è necessario sapere quando e per fare cosa i sistemi di IA vengono utilizzati e qual è il loro impatto. È inoltre necessario che vengano assunte responsabilità per il loro utilizzo: che i modelli e i codici siano soggetti a controllo, che esistano meccanismi di certificazione, monitoraggio e valutazione d'impatto. E infine, è necessario demistificare l'IA e assumere che è uno strumento, e che tale strumento non è inevitabile: quando nessuna misura di prevenzione o mitigazione può garantire il diritto a non subire discriminazioni o a prevenire la violazione dei diritti fondamentali, anche l'uso dell'IA può essere limitato, condizionato o vietato.

Stefano Pietropaoli*

Il dado e il cubo. Innocenza degli algoritmi e umane discriminazioni

Sommario

1. Primo scenario. – 2. Primo intermezzo. – 3. Secondo scenario. – 4. Secondo intermezzo. – 5. La questione. – 6. Tempi difficili. – 7. Macchine responsabili? – 8. Diritto computazionale. – 9. Avvocati, magistrati e notai: un algoritmo li seppellirà? – 10. Il chihuahua non è un muffin. Chi è che discrimina?

Abstract

Le prime tecnologie informatiche applicate al diritto riguardavano solo funzioni ausiliarie (come la ricerca di un precedente giurisprudenziale in un database). Con il tempo, però, l'uso dei computer in campo giuridico è diventato suscettibile di funzioni sempre più complesse. Non si tratta più di elaborare semplici strumenti di supporto. In altre parole, uno degli scenari possibili è quello di affidare alcune funzioni giuridiche — ad esempio quelle giurisdizionali o legislative — a sistemi intelligenti. Gli esiti di questa “delega alle machine” possono essere giudicati positivamente o negativamente. Va ricordato, tuttavia, che anche nel caso di una valutazione sfavorevole, non è lo strumento in sé a essere responsabile dell'esito ingiusto della sua applicazione, ma piuttosto l'individuo che ha deciso di affidarsi a esso. Se ammettiamo che un sistema di IA possa replicare il ragionamento umano, allora può anche replicare il ragionamento giuridico. Ma questo è sufficiente a renderlo capace di dare “giustizia”?

The earliest computer technologies applied to law concerned merely auxiliary functions (such as searching for a case law precedent in a database). But over time, the use of computers in the legal field has become susceptible to increasingly complex functions. It is no longer a question of processing mere support tools. In other words, one of the possible scenarios is that of entrusting certain legal functions - e.g. jurisdictional or legislative functions - to intelligent systems. The outcomes of this “delegation to machines” can be judged positively or negatively. It must be remembered, however, that even in the case of an unfavourable assessment, it is not the tool itself that is responsible for the unfair outcome of its application, but rather the individual who decided to rely on it. If we admit that an AI system can replicate human reasoning, then it can also replicate legal reasoning. But is this sufficient to make it capable of giving “justice”?

1. Primo scenario

Siamo in un'aula di tribunale. La causa che ci riguarda sta per essere decisa. Gli avvocati hanno fatto la loro parte. Il giudice ha studiato le carte e li ha ascoltati attentamente: adesso deve emettere la sentenza. Non ha bisogno di tempo. Non perché la causa abbia una soluzione scontata — al contrario, si tratta di una questione complicatissima — ma perché può affidarsi a uno strumento rapido, economico e assolutamente imparziale per prendere una decisione. Si tratta di un congegno che gli consentirà di

* Professore Associato di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Firenze. Relazione al Convegno “L'algoritmo alla prova del caso concreto: stereotipi, serializzazione, discriminazione” ospitato dall'Università di Ferrara in data 6.4.2022. Contributo non sottoposto a referaggio a doppio cieco.

mantenere la dovuta distanza rispetto alle parti, mettendo da parte l'affinità che istintivamente prova verso una delle due. Scosta la toga, affonda la mano nella tasca dei pantaloni e ne tira fuori un dado. Un comunissimo dado da gioco, a sei facce numerate. Fissa negli occhi gli astanti e, dopo aver ricordato quanto previsto dal codice di rito, lancia il dado. «Tre! Dispari. Per questo motivo, dichiaro inammissibile il ricorso e condanno la ricorrente al pagamento delle spese processuali».

Una "soluzione" di questo tipo (mi auguro) sarebbe inaccettabile per chiunque, anche per chi fosse completamente estraneo al mondo del diritto. Il caso non può — o non dovrebbe avere — niente a che fare con l'amministrazione della giustizia. E questo al netto di qualsiasi considerazione polemica (magari non del tutto infondata) sull'operato dei magistrati, che seppur appesantiti da un pasto troppo abbondante (la *digestive jurisprudence*¹ di cui parlavano i realisti e i loro critici) rimangono consapevoli di dover in qualche modo motivare sul piano giuridico le proprie decisioni.

Il dado, in questo caso, è certamente uno strumento "imparziale", in quanto non vede e non sente le parti. "Decide" senza alcun riguardo per il colore, il sesso, le opinioni politiche di attore e convenuto. Ma questo non lo rende certamente lo strumento adatto a rendere giustizia. Proprio perché non vede e non sente, è totalmente cieco e sordo, ma soprattutto è muto: incapace di dire il diritto, di *jus-dicere*.

Si potrebbe obiettare che è comunque il giudice — il magistrato umano — a esercitare la giurisdizione. Non è il dado a pronunciare la sentenza, ma è il giudice a emetterla. Tuttavia, nel momento in cui delega la decisione allo strumento che ha in tasca, egli si spoglia della sua funzione essenziale. Si affida totalmente al dado, liberandosi da ogni onere cognitivo ma anche negando la legittimità del proprio ruolo.

Lanciare un dado per decidere una controversia giudiziaria è non solo una pratica ingiustificabile, ma è ingiusta. La questione che qui ci interessa (il lettore lo avrà già intuito) è: dove sta l'ingiustizia? Lo strumento, per quanto imparziale, non rende giustizia. Ma questo non vuol dire che il dado sia ingiusto. Il dado, in quanto oggetto, non può essere né giusto né ingiusto. È il giudice che lo sceglie per prendere una decisione, il soggetto che commette un'ingiustizia.

2. Primo intermezzo

Al confine tra gli odierni Turkmenistan e Uzbekistan, a sud del lago di Aral, si trova una regione che un tempo fu particolarmente fertile e ricca, anche per la posizione privilegiata rispetto alle vie di comunicazione dell'Asia centrale. Già Erodoto ne parla, dando notizia di un regno di Chorasmia precedente alla conquista persiana. Riconquistata l'autonomia, la regione si sottomise poi ad Alessandro Magno. Divenne successivamente provincia dell'Impero achemenide, poi sasanide, per essere conquistato dagli arabi nel 712. Il nome arabo della regione divenne Khwārazm. Ed è in quella regione che nacque Muḥammad ibn Mūsa, il matematico di cui tutti abbiamo studiato (più o meno consapevolmente) l'opera principale, scritta intorno all'825: *l'al-Kitāb al-mukhtaṣar fī ḥisāb al-jabr wa l-muqābala*, in cui l'autore espone il suo approccio alla risoluzione delle equazioni lineari e di secondo grado anche tramite il calcolo per "completamento", in arabo *al-jabr*, per noi tutti, adesso, algebra.

Il libro di Muḥammad ibn Mūsa sarebbe stato tradotto in latino nel XII secolo con il titolo *Algoritmi de numero Indorum*. "Algoritmi" deriva dalla nisba dell'autore, ovvero da quell'elemento dell'onomatica araba che, analogamente a quanto fa il patronimico dal punto di vista genealogico, indica il luogo di appartenenza o di provenienza geografica. Come abbiamo visto, Muḥammad ibn Mūsa veniva dalla regione di Khwārazm: era per questo detto al-Khuwārizmī, traslitterato in latino come, appunto, *algorithmi*.

Questa ricostruzione ci consente, preliminarmente, di chiarire due punti troppo spesso dimenticati. Prima di tutto, gli algoritmi sono procedimenti matematici ben più risalenti rispetto all'invenzione dell'intelligenza artificiale, alla quale vengono oggi accostati in maniera spesso poco consapevole, tanto da essere in alcuni casi addirittura usati del tutto impropriamente quali sinonimi. In secondo luogo (semplifico qui in maniera brutale), gli algoritmi altro non sono che successioni di istruzioni che definiscono le operazioni da eseguire per risolvere un certo problema.

Un esempio credo possa aiutare a comprenderne il funzionamento. Più o meno tutti abbiamo preso in mano almeno una volta un "cubo di Rubik", il celebre poliedro inventato da Ern Rubik nel 1974. Le sue sei facce ruotano ognuna in modo indipendente dalle altre cinque, così da mescolare i colori del

1 Sul tema rinvio a G. Tuzet, *A Short Note on Digestive Realism*, in *Revus – Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 2015, 25, pp. 11-14, e a D. Priel, *Law Is What the Judge Had for Breakfast: A Brief History of an Unpalatable Idea*, in *Buffalo Law Review*, 2020, 68 (3), pp. 899-930.

cubo. Per risolvere il rompicapo bisogna fare in modo che ogni faccia torni a mostrare un solo colore. Operazione non banale se si pensa che le permutazioni possibili raggiungono l'impronunciabile cifra di 43.252.003.274.489.856.000 (43 trilioni abbondanti).

Visto così, il cubo di Rubik appare come un rompicapo insolubile. Ma le cose stanno diversamente. Esistono diversi metodi di risoluzione, tutti accomunati dalla medesima metodologia: l'uso di algoritmi. Data una certa disposizione degli angoli e degli spigoli, eseguendo determinate sequenze di rotazione, è possibile risolvere il problema e riportare il cubo nella situazione originale. Conoscendo gli algoritmi, la risoluzione è possibile in meno di un minuto. Non si tratta di magia, ma della corretta applicazione di un metodo matematico. Senza questo strumento, il gioco non può essere risolto se non dopo qualche milione di tentativi (e qualche secolo di tempo).

3. Secondo scenario

Siamo di nuovo in un'aula di tribunale. Ripetiamo: la causa che ci riguarda sta per essere decisa; gli avvocati hanno fatto la loro parte; il giudice ha studiato le carte e li ha ascoltati attentamente e adesso deve emettere la sentenza. Anche stavolta non ha bisogno di tempo, non perché la causa abbia una soluzione scontata — si tratta anche stavolta di una questione complicatissima — ma perché può affidarsi a uno strumento rapido, economico e assolutamente imparziale per prendere una decisione. Accende il computer che si trova sul banco, e gli chiede: qual è la sentenza? Il software elabora tutti i documenti che sono stati inseriti in riferimento al caso. Ricostruisce il fatto. Considera il diritto, analizzando la normativa rilevante ed esaminando i precedenti giurisprudenziali. Infine, formula il dispositivo e lo mostra al giudice, che lo legge: «In base ai dati inseriti nel sistema, dichiaro inammissibile il ricorso e condanno la ricorrente al pagamento delle spese processuali».

Questa soluzione ci suona diversa rispetto a quella del dado. Qui il sistema è cieco ("imparziale") ma non è sordo. I documenti prodotti dalle parti, i mezzi e gli elementi di prova sono stati presi in considerazione, in maniera rapida, completa e (apparentemente) imparziale. Il software ha eseguito le istruzioni — gli algoritmi — per risolvere il problema assegnato. Ma, di nuovo, sorge la domanda: è una soluzione "giusta", che ha a che fare con il diritto?

La risposta non è semplice come nel primo caso. Certo, come per il dado, anche qui il giudice affida completamente la decisione a uno strumento, spogliandosi delle proprie prerogative. Eppure, lo strumento stavolta ha "parlato", ha detto il diritto. La sentenza non è frutto del caso, ma di un "ragionamento". Dove sta, adesso, l'ingiustizia?

Come per il dado, anche dell'algoritmo non si può predicare la giustizia o l'ingiustizia. Ci troviamo stavolta di fronte a due problemi: il primo è lo stesso del dado, e riguarda la scelta di affidarsi a questo strumento. Scelta che, stavolta, potrebbe anche trovare una giustificazione. Il secondo problema, prima assente, è legato alla non casualità del risultato. Se il risultato non è casuale non è necessariamente ingiusto, ma non è neppure necessariamente giusto. Come è arrivato l'algoritmo alla soluzione? Che cosa ha fatto? Quali operazioni ha compiuto? Su quali dati ha lavorato? Chi lo ha creato, sviluppato, addestrato?

4. Secondo intermezzo

È giunto così il momento di accostarci alla "intelligenza artificiale" (AI). Questo termine conosce oggi un successo straordinario. Ma la sua origine risale alla metà del Novecento. Correva infatti l'anno 1956 quando John McCarthy, assistente di matematica al Dartmouth College di Hanover nel New Hampshire, organizzò insieme a Marvin Minsky, Nathaniel Rochester e Claude Shannon la prima conferenza sull'IA, nota appunto come "The Dartmouth College Artificial Intelligence Conference". Il tema dell'incontro era la possibilità di descrivere i meccanismi dell'apprendimento in maniera tanto precisa da poter essere formalizzati e, dunque, tradotti in un linguaggio comprensibile da una macchina, che in questo modo avrebbe potuto simularli. La macchina avrebbe potuto, così, risolvere problemi ritenuti fino a quel momento appannaggio esclusivo dell'intelligenza umana.

Questo accostamento tra elaboratore artificiale e intelligenza umana ha innescato il dibattito (ancora attuale) sulla questione se le macchine "pensino" o si limitino, invece, a simulare il pensiero. Sta di fatto che questa impostazione ha prodotto una serie di definizioni di AI, anche molto distanti l'una dall'altra, ma che sembrano condividere almeno un'idea basilare: l'AI studia la progettazione e la rea-

lizzazione di macchine e di programmi informatici capaci di adottare un comportamento che, se fosse messo in atto da un essere umano, potrebbe essere definito “intelligente”.

Il problema è capire se le macchine elaborino informazioni in maniera sostanzialmente identica a quanto avviene nei cervelli degli esseri umani, o se invece le macchine possano soltanto agire “come se fossero” uomini, imitando il comportamento umano. A queste due diverse ipotesi sono riconducibili le accezioni, rispettivamente, di AI forte e di AI debole. La risposta dipende dalla concezione che si ha della mente umana. Vi è chi ritiene che questa funzioni sulla base di semplici stimoli che possono, dunque, essere riprodotti anche da macchine; ma vi è anche chi non concorda con tale opinione, sostenendo che l'essere umano ha un *quid pluris*, attinente ai sentimenti, agli affetti, alla coscienza, alla conoscenza, al libero arbitrio, all'anima.

5. La questione

Se il giudice dev'essere terzo, imparziale, per poter decidere in maniera giusta (qualunque cosa ciò significhi), non si può pensare di sostituirlo con un automa, privo di passioni, e quindi incorruttibile e infallibile? Avremmo allora un giudice-automa, la cui decisione non potrebbe essere impugnata per la semplice ragione che — come l'HAL 9000 di *2001: Odissea nello Spazio* — essendo l'elaboratore più sicuro mai creato, risponderebbe all'appellante che nessun giudice-automa ha mai commesso un errore o alterato un'informazione: «Noi siamo, senza possibili eccezioni di sorta, a prova di errore, incapaci di sbagliare».

Al di là del fatto che una simile immagine possa affascinare oppure inquietare (o le due cose insieme), molti sono stati i tentativi di realizzare una “bocca automatica della legge”, capace di interpretare le norme come se fossero nient'altro che equazioni, e quindi prendere una decisione davvero *sine ira ac studio*. E più avanza il progresso tecnologico, maggiori sono le aspettative sulla effettiva realizzazione di queste creature. Del resto, se le prime applicazioni informatiche al diritto riguardavano funzioni meramente ausiliarie (come la ricerca di un precedente giurisprudenziale in un database), col passare del tempo l'uso dei calcolatori in campo giuridico è diventato suscettibile di funzioni sempre più sofisticate.

Già nel corso degli Ottanta del secolo scorso iniziò a farsi strada un approccio basato su modelli matematici ampiamente sperimentati e sul ragionamento probabilistico. Vennero così sviluppati i primi “sistemi esperti”, che simulavano competenze umane altamente specializzate, relative dunque ad ambiti — o, meglio, domini — molto specifici. Questi sistemi affrontavano i compiti assegnati partendo da una base di conoscenze adeguatamente formalizzate (rappresentate cioè simbolicamente), su cui lavorava un motore inferenziale, vale a dire un algoritmo capace di simulare i processi logici del ragionamento umano.

Ma per registrare un decisivo balzo in avanti nelle ricerche dedicate all'AI occorre attendere un'ulteriore innovazione, rappresentata dal *machine learning*. L'obiettivo, in questa prospettiva, non è quello di istruire la macchina affinché possa risolvere un problema dato, ma di attribuirle una capacità di apprendimento autonoma, estraendo nuove conoscenze dall'esperienza. L'idea originaria era stata formulata nel 1943 da Warren McCulloch e Walter Pitts, poi ripresa nel 1958 da Frank Rosenblatt, che realizzò un neurone artificiale denominato *perceptron*. Ma soltanto con la potenza di calcolo raggiunta dagli elaboratori negli anni Ottanta venne recuperata l'idea che una macchina potesse simulare in maniera efficace il comportamento di numerosi neuroni artificiali contemporaneamente.

L'attenzione venne così spostata sempre più frequentemente sulla possibilità di realizzare reti neurali, composte da neuroni sintetici capaci di connettersi tra loro grazie a fenomeni simili alle sinapsi biologiche. I neuroni artificiali sono organizzati in una serie di livelli, e quelli appartenenti ad un certo strato possono connettersi solo a quelli di un livello adiacente, superiore o inferiore. Queste reti riconoscono tracce (*pattern*) e “apprendono” dagli esempi, simulando le interazioni tra un ampio numero di parametri. Le reti neurali si comportano, dunque, come imitatori esperti, capaci di reagire a nuovi input, trovando correlazioni con esperienze pregresse e individuando nuove strategie di risoluzione dei problemi sottoposti. È in questa prospettiva che hanno preso avvio le sperimentazioni che hanno portato, oggi, ad avere programmi capaci di riconoscere immagini, suoni, volti, suggerire il percorso più breve per raggiungere un certo luogo, oppure battere un campione di scacchi. Nel 1997 Deep Blue, programma realizzato da ricercatori della Carnegie Mellon University grazie al finanziamento dell'IBM, riuscì a sconfiggere Garry Kasparov. La risonanza mediatica fu clamorosa. Si scatenarono discussioni riguardo al “talento” della macchina che, vincendo a un gioco tradizionalmente considerato il simbolo dell'abilità intellettuale umana, fece vacillare la certezza della supremazia dell'essere umano nei confronti delle macchine. Certo, si trattava di una “intelligenza” assai specifica, e non certo di una intelligenza generale, paragonabile a quella umana. Tuttavia, da quel momento si è preso coscienza che le macchine sono

in grado di svolgere attività intellettuali in maniera superiore agli esseri umani, tanto che oggi non ha più senso sfidare un computer a scacchi, e si organizzano invece tornei tra computer.

Negli ultimi vent'anni i sistemi di apprendimento automatico sono stati ulteriormente sviluppati, soprattutto in direzione del *deep learning*. Mentre, come abbiamo visto, i *layers* delle reti neurali originariamente potevano connettersi soltanto a livelli immediatamente adiacenti, il *deep learning* utilizza "strati nascosti": lavora su più livelli, e ogni livello successivo utilizza l'apprendimento di quello precedente, con un fenomeno di estrazione di caratteristiche e di informazioni "a cascata".

I risultati raggiunti da questa tecnologia sono straordinariamente affascinanti ma evocano anche una serie di questioni che rilevano su molti piani, compreso quello giuridico: la ricostruzione del percorso logico che la macchina ha svolto è ancora possibile? E se la risposta è negativa, o anche soltanto incerta, è possibile impiegare questi strumenti per il diritto e per i diritti?

6. Tempi difficili

Siamo, oggi, alla soglia di un mutamento epocale². L'intelligenza artificiale ha già un impatto decisivo sul diritto, e impone un radicale ripensamento della sua pratica se non addirittura della sua stessa natura³. Nel giro di pochi anni sarà necessario elaborare nuove modalità di formulazione delle disposizioni normative e di applicazione delle norme, introdurre nuovi concetti giuridici e mettere alla prova la tenuta di una lunga serie di principi consolidati.

La prospettiva della realizzazione di entità dotate di una forma di "intelligenza" equiparabile o addirittura superiore a quella umana è definitivamente uscita dalla dimensione utopica (o distopica) della fantascienza per diventare oggetto del dibattito etico, giuridico e politico.

Ritengo che la vera questione da affrontare non sia il riconoscimento di capacità "umane" a una macchina. Determinate funzioni possono essere svolte da una macchina in maniera anche più efficace, economica ed efficiente rispetto a un essere umano: dobbiamo partire da questa presa di coscienza se vogliamo impostare correttamente l'analisi del problema⁴.

Non è un atteggiamento tecnofobico quello che potrà preservare l'umanità di molti aspetti della nostra esistenza. In altre parole, non dobbiamo essere spaventati dalla concreta possibilità che enti dotati di AI possano svolgere attività tradizionalmente affidate ad esseri umani e trovare soluzioni migliori rispetto a quelle che un umano sceglierebbe per risolvere un determinato problema.

La strada che propongo di intraprendere muove da considerazioni di diversa natura.

In primo luogo, anche nel momento in cui forme avanzate di AI dovessero mostrarsi in grado di assumere scelte più "intelligenti" rispetto a quelle umane, dovrebbero essere pur sempre gli esseri umani a decidere se e a quali condizioni affidare la risoluzione di un determinato problema alla macchina, o a riservarsi invece di decidere "in prima persona" (anche a costo di prendere una decisione meno intelligente ma ancora totalmente umana). Per usare un esempio: se, nel corso di una partita di scacchi, affidassimo a una macchina ad alta capacità computazionale le nostre mosse (sicuramente più efficaci di quelle che saremmo in grado di giocare da soli), e il nostro avversario potesse poi fare lo stesso, assisteremmo ancora a una partita "umana"?

In secondo luogo — ed è questa forse la questione più perturbante — occorre prendere atto di un costante processo di ibridazione tra uomo e macchina, che rende sempre più difficile distinguere tra "umano" e "non-umano". Mi riferisco al problema sollevato dalle tecnologie funzionali al cosiddetto *human enhancement*⁵. Questa prospettiva allude in modo esplicito alla trasformazione e al "miglioramento" dell'uomo. Si tratta non di una funzione rimediale per "riparare" il corpo (per correggere gli esiti di una patologia o di un infortunio, per esempio)⁶, ma del potenziamento delle capacità fisiologiche — fisi-

2 Cfr. L. Floridi, *La quarta rivoluzione industriale. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, Cortina, 2017.

3 Intuizioni importanti sul tema già in G. Sartor *Intelligenza artificiale e diritto. Un'introduzione*, Milano, Giuffrè, 1996. Nella letteratura più recente si segnala U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, Giuffrè, 2020. In prospettiva teorico-giuridica, fondamentali sono il volume monografico curato da A. Andronico e Th. Casadei di *Ars interpretandi. Rivista di ermeneutica giuridica*, 2021, 1; e F.H. Llano Alonso, J. Garrido Martín (a cura di), *Inteligencia artificial y derecho. Los retos del jurista en la era digital*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

4 A. Santuosso, *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Milano, Mondadori, 2020.

5 Sul tema ampiamente L. Palazzani, *Il potenziamento umano. Tecnoscienza, etica e diritto*, Torino, Giappichelli, 2015.

6 Cfr. S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2017, p. 350.

che e mentali — degli esseri umani⁷. In questa visione gli arti, gli organi, la mente, sono tutti considerati parte di un meccanismo, di una macchina che può essere manipolata e dunque perfezionata.

Come ha magistralmente scritto Remo Bodei, parafrasando il vangelo di Giovanni, «il Verbo si è fatto macchina, lo spirito soffia anche nell'inorganico e la ragione e il linguaggio, oggettivati in forma di algoritmo, abitano in corpi non umani, creando una "umanità aumentata"»⁸.

Il mondo dell'uomo, fatto di carne e di sangue, si sta fondendo con il mondo della macchina, fatto di bit e silicio. Si tratta di un doppio movimento, convergente. Da una parte, l'uomo si avvale sempre più frequentemente di protesi artificiali che, innestate sul proprio corpo, gli consentono di sviluppare capacità del tutto nuove. Dall'altra, le macchine stanno acquisendo capacità e qualità umane: una razionalità e un'autonomia che mimano quelle umane⁹ (se non una vera e propria "intelligenza"), ma anche una diversa fisicità, basata sulla possibilità di avvalersi di tessuti organici. E se la realizzazione di *cyborg* evoca una visione distopica ancora apparentemente lontana¹⁰, la creazione di "computer molecolari" sta diventando realtà.

Organico e sintetico stanno saldandosi, in una nuova simbiosi che non può lasciare indifferenti. L'uomo viene macchinizzato, la macchina viene umanizzata. Il mazzo di carte dei limiti fissati dalla natura umana è rimescolato. Il paradosso è che questo orizzonte è stato pensato per ovviare all'alea della vita, segnata dal caso e dal destino, ma nel dischiudere queste nuove prospettive non consente più alcuna previsione affidabile¹¹.

In definitiva, quindi, la vera sfida non è capire se la macchina sostituirà l'essere umano, ma comprendere se e per quali finalità vogliamo che ciò accada, nella consapevolezza che la netta distinzione tra umano e macchinico si avvia a farsi sempre più sfocata¹².

7. Macchine responsabili

A fronte delle diffuse perplessità espresse sulla possibilità di considerare automi, robot o altre macchine intelligenti come responsabili delle proprie azioni, l'argomento della impossibilità di considerare "responsabile" un ente artificiale (in quanto appunto artificiale e non umano), privo di discernimento e di libero arbitrio, non tiene. E non tiene per la semplice ragione che la storia del diritto dimostra inconfutabilmente come da secoli l'uomo ritenga responsabili sul piano giuridico soggetti artificiali, ovvero quegli enti cui riconosce una "personalità" giuridicamente rilevante. Certo, non si tratta di macchine con un cervello di silicio, ma di società, organizzazioni, istituzioni che godono di diritti e devono osservare obblighi e divieti, e che sono responsabili secondo la legge in quanto soggetti legittimati sul piano giuridico. Del resto, in molti casi la creazione stessa di queste entità artificiali (pensiamo alla s.r.l.) è legata all'esigenza di limitare la responsabilità dei soggetti umani che vi partecipano, condividendo rischi e vantaggi. Una società (in quanto "persona giuridica" ma certo non umana) ben può stipulare contratti, possedere beni immobili e magari reclamare il diritto di manifestare il proprio pensiero.

Riconoscere la personalità giuridica a una macchina intelligente è, dunque, una questione di opportunità, non certo di fattibilità. Del resto, è noto che l'androide sociale denominato "Sophia", sviluppato dalla Hanson Robotics Limited, ha ottenuto il 25 ottobre 2017 la cittadinanza saudita, e il 21 novembre dello stesso anno è diventato il primo ente artificiale a ricevere un titolo dalle Nazioni Unite grazie alla nomina a *Innovation Champion* del Programma ONU per lo sviluppo.

Sul piano teorico-giuridico nessun ostacolo impedisce che un robot possa, per esempio, acquisire la proprietà di un bene. Il vero problema, semmai, è nella differenza sostanziale tra persone giuridiche la cui attività è necessariamente riconducibile a soggetti umani, e persone giuridiche in cui questo col-

7 In questo senso C. Casella, *Il potenziamento cognitivo tra etica, deontologie e diritti*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2020, 2, pp. 151-167.

8 R. Bodei, *Dominio e sottomissione. Schiavi, animali, macchine, intelligenza artificiale*, Bologna, il Mulino, 2018, pp. 226-227. Si tratta di un testo straordinariamente profondo, nei confronti del quale sono largamente debitore.

9 Cfr. G. Tamburrini, *Autonomia delle macchine e filosofia dell'intelligenza artificiale*, in *Rivista di filosofia*, 2017, 2, pp. 263-275.

10 Celeberrimo è ormai il testo di D. Haraway, *Manifesto for Cyborgs: Science, Technology, and Socialist Feminism in the 1980s*, in *Socialist Review*, 80, 1985, pp. 65-108.

11 Magistrale la riflessione su questo tema di F. Llano Alonso, *Homo excelsior. Los límites ético-jurídicos del transhumanismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

12 M. Revelli, *Umano, Inumano, Postumano*, Torino, Einaudi, 2020.

legamento rischia di essere vanificato da macchine intelligenti dotate di un grado di autonomia tale da pretermettere gli umani. Diversamente da una società per azioni gestita da umani e che agisce per gli interessi di questi, tali enti artificiali potrebbero in teoria agire “in prima persona”, ideando strategie commerciali, scegliendo linee di investimento, sviluppando nuovi prodotti, acquistando beni. Nella prospettiva del *management buyout*, una macchina ben potrebbe acquistare la proprietà di se stessa, liberandosi dell'originario padrone umano. A quel punto l'agente intelligente potrebbe scegliere obiettivi di azione del tutto estranei agli interessi umani, agendo dunque nel proprio esclusivo interesse.

Si apre così la questione del riconoscimento in capo alla macchina di una *moral agency* e quindi della titolarità di diritti e doveri, nonché di una responsabilità anche sul piano penalistico. L'assoluta maggioranza della dottrina nega la possibilità di riconoscere la responsabilità penale degli enti artificiali, che vengono così intesi quali mero strumento dell'autore (umano) materiale del fatto. Tuttavia, non manca chi ha messo in discussione la linearità di tale posizione. Gli algoritmi complessi che guidano l'azione delle macchine intelligenti sono suscettibili di auto-modifiche strutturali determinate dall'esperienza della macchina. Il soggetto artificiale registra e memorizza esperienze del passato, apprende dal proprio “vissuto” grazie al *machine learning* e modifica di conseguenza il proprio comportamento, adattandolo ai nuovi stimoli ricevuti¹³.

A partire da queste considerazioni alcuni autori — come Gabriel Hallevy¹⁴ — sono giunti a sostenere la possibilità di riconoscere la responsabilità penale di macchine dotate di intelligenza artificiale, postulandone la capacità di riprodurre processi cognitivi non dissimili da quelli degli esseri umani. Così come un soggetto umano è considerato colpevole indipendentemente dalla percezione del disvalore delle proprie azioni, dai sensi di colpa o dalle convinzioni politiche o morali, anche l'ente artificiale può essere considerato responsabile sulla base della mera conoscibilità delle norme che proibiscono o impongono una certa azione. In altre parole, secondo questo approccio una macchina può decidere se compiere un'azione illecita. Unica condizione per considerarla responsabile è che essa possa conoscere le norme che disciplinano il suo operato. Ciò sarebbe assicurato da un “diritto computazionale”, ossia espresso in un linguaggio a lei comprensibile.

8. Diritto computazionale

Vanno infittendosi le schiere di coloro che sostengono la possibilità di creare un diritto finalmente oggettivo, imparziale, comprensibile, facilmente e razionalmente applicabile, in una parola un diritto più “giusto” perché liberato dalle passioni ed emozioni umane. Questo “diritto sintetico” dovrebbe essere scritto in un linguaggio formale e dunque processabile da un elaboratore elettronico: una lingua non naturale, e pertanto — così si sostiene — esente da tutti i difetti che il linguaggio naturale comporta, con le sue ambiguità e imprecisioni. Affetto da tali vizi, il linguaggio naturale — la parola — non può essere compreso dalle macchine, che sono in grado di gestire soltanto bit — la cifra —. Le macchine, per quanto intelligenti, non capiscono altro che sistemi numerici: la questione, dunque, è se possano essere tradotte e ridotte in logica binaria le correlazioni fra la dimensione sintattica, la dimensione semantica e la dimensione pragmatica espresse dal linguaggio naturale¹⁵.

L'idea di tradurre le norme giuridiche in linguaggio di programmazione potrebbe sembrare ad alcuni un tentativo tanto velleitario quanto risibile. Tuttavia, in determinati ambiti normativi, le applicazioni che si avvalgono di tale traduzione già esistono e vengono commercializzate con successo. Questi tentativi sul piano scientifico sono riconducibili a un campo di studi denominato “diritto computazionale”. Con tale espressione si indica quel particolare campo di studi che si occupa della computabilità della conoscenza giuridica, esplorando la possibilità di ridurre le norme a una serie di rappresentazioni logiche interamente processabili. Si tratta, com'è facile intuire, di un approccio che sul piano teorico si avvicina alle tesi più estreme del formalismo giuridico¹⁶.

13 Per un inquadramento generale, fondamentale W. Barfield (a cura di), *The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020.

14 G. Hallevy si è misurato in molti contributi su questo tema, tra i quali segnalo almeno *When Robots Kill: Artificial Intelligence Under Criminal Law*, Boston, Northeastern University Press, 2013.

15 Articolate considerazioni sul tema in E. Cicconi, *Linguaggio giuridico e Intelligenza artificiale*, in G. Alpa (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, Pisa, Pacini Giuridica, 2020, pp. 59-82.

16 Sia sufficiente ricordare l'opera di L. Ferrajoli, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007 (sul quale si veda L. Baccelli (a cura di), *More geometrico. La teoria assiomatica del diritto e la filosofia della democrazia di Luigi Ferrajoli*).

Com'è noto, i modelli di rappresentazione formale della conoscenza sono principalmente due: il tradizionale paradigma procedurale, sviluppato secondo i canoni dell'informatica novecentesca, secondo il quale le conoscenze devono essere formulate in termini di sequenza di operazioni impartite al calcolatore (la conoscenza è dunque "insita" nelle operazioni da processare); il paradigma dichiarativo, per il quale le informazioni relative al problema da risolvere sono altre e separate dal procedimento di elaborazione che di tali informazioni fa uso: grazie a motori inferenziali viene creata nuova conoscenza. Questa distinzione si riverbera sul piano pratico: un sistema basato sul paradigma procedurale consente di ottenere un risultato univoco e prevedibile in quanto mera esecuzione delle operazioni di calcolo impartite da un algoritmo; un sistema basato sul paradigma dichiarativo, al contrario, impiega un metodo di elaborazione che, muovendo da istruzioni generali, affida al motore inferenziale la definizione del procedimento per la risoluzione di problemi specifici.

Le tecnologie che oggi impiegano l'AI sono state sviluppate secondo questo secondo modello, che si avvale quindi di una rappresentazione non deterministica della conoscenza e del problema da risolvere. Applicate al mondo del diritto, queste strategie comportano conseguenze rilevanti.

Un esempio può spiegare meglio di molte parole le attuali prospettive del diritto computazionale. Com'è noto, molte aziende automobilistiche stanno investendo nello sviluppo di veicoli a guida autonoma. Ebbene, tali mezzi di trasporto non soltanto sapranno individuare gli ostacoli (un pedone, un marciapiede, e così via) ed evitarli, scegliere il percorso più breve o più panoramico, attivare i tergicristalli alla prima goccia di pioggia, frenare in caso di coda e così via, ma potranno essere impostati per individuare e interpretare specifici segnali stradali (norme rese computabili, appunto) e di conseguenza rispettare i limiti di velocità previsti per la tipologia di strada che si sta percorrendo, mantenere automaticamente la distanza di sicurezza in autostrada, fermarsi al semaforo rosso, e molto altro ancora.

Una conseguenza teoricamente rilevante di questo *encoding* normativo è la sostanziale impossibilità per il viaggiatore umano di violare le norme del Codice della strada. Il veicolo *non potrà* superare i limiti di velocità, violare la distanza di sicurezza o passare col rosso. Ma, se la violazione della norma non sarà più concretamente possibile, saremo ancora di fronte a una norma giuridica? La norma — perché certo di norma ancora si tratta — non sarebbe forse inquadrabile come una norma meramente tecnica, destinata dunque a stabilire il funzionamento di un sistema piuttosto che a orientare il comportamento umano? Il Codice rivolto agli esseri umani non viene così sostituito da un "manuale di istruzioni" destinato alla macchina, e pertanto scritto esclusivamente in un linguaggio a lei comprensibile?

Non è questa la sede per tentare di inquadrare in maniera più precisa la questione. Tuttavia, mi sia consentito accennare a una distinzione che può contribuire a una più efficace riflessione sul tema. La formalizzazione necessaria a rendere "comprensibile" alla macchina la conoscenza giuridica ha per oggetto soltanto i testi normativamente rilevanti (leggi o sentenze che siano) oppure il diritto nella sua complessità? In altri termini, la traduzione dal linguaggio naturale al linguaggio-macchina riguarda la sola disposizione normativa o anche la norma in senso proprio, che è invece il significato riferibile a quella disposizione?

Se, infatti, non mi pare che si possa negare la possibilità di rappresentare in maniera formale anche la più complessa delle disposizioni normative, tutt'altro grado di difficoltà riguarda due altri aspetti fondamentali dell'esperienza giuridica: l'interpretazione e l'applicazione del diritto.

9. Avvocati, magistrati e notai: un algoritmo li seppellirà?

Dall'automazione documentale agli *smart contracts*, dai data base normativi alla *online dispute resolution*, dalla gestione informatica dei processi fino ad arrivare alla *machine prediction* e al *legal question answering* informatizzato: sono, queste, soltanto alcune delle novità che negli ultimi venti anni hanno profondamente trasformato il mondo dei professionisti del diritto.

Avvocati, magistrati e notai stanno già facendo i conti con un modo di lavorare del tutto nuovo rispetto al passato. Pensiamo, certo, al reperimento di testi di legge e all'individuazione di casi giurisprudenziali, oggi accessibili a costi irrisori e in modo sostanzialmente istantaneo. Ma pensiamo anche al supporto che le tecnologie informatiche offrono nella stesura dei contratti, dei testamenti, delle sentenze e di qualsiasi altro tipo di documento giuridicamente rilevante¹⁷. Negli Stati Uniti strumenti sviluppati

joli, Torino, Giappichelli, 2012).

17 Cfr. A. Di Porto, *Avvocato-robot nel nostro "stare decisis". Verso una consulenza legale "difensiva"*, in A. Carleo (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, il Mulino, 2019, pp. 239-250.

da aziende come LegalZoom o FairDocument hanno mostrato negli ultimi anni come una serie considerevole di atti legali possa essere elaborata in via automatica, con una semplice visura da parte di un legale.

Si misura così la complessità della questione: non soltanto la tecnologia fornisce uno *strumento* per il giurista, ma si profila la possibilità che possa in alcuni casi *sostituirsi* al giurista stesso. Un numero sempre maggiore dei servizi comunemente offerti dai professionisti legali è sufficientemente semplice da poter essere svolto da sistemi dotati di forme neanche troppo avanzate di intelligenza artificiale. Altri compiti, invece, possono essere svolti in modo infinitamente più rapido ed efficiente da una macchina piuttosto che da un legale in carne e ossa. Ad esempio, con la tecnica di *predictive coding* un computer è in grado di scegliere un campione statisticamente rilevante tra milioni di pagine di documenti per identificare criteri applicabili ai documenti restanti, fino a selezionare i soli documenti rilevanti per una causa legale, in totale autonomia (in questa prospettiva opera l'azienda Equivio, acquisita nel 2015 da Microsoft).

Anche nella risoluzione delle controversie si sta rapidamente diffondendo l'applicazione di sistemi alternativi¹⁸ (la cosiddetta ODR, per esempio, ma si pensi anche alle politiche per i rimborsi degli acquisti on line o al *chargeback* di PayPal) che si avvalgono di tecniche di intelligenza artificiale. Tali sono i servizi offerti da aziende come Cognicor e Modria.

Del resto, un sistema automatizzato capace di applicare la teoria dei giochi, di condurre analisi su dati di vasta scala e di suggerire diverse strategie di negoziazione è percepito (ma qui sta il problema) come un operatore imparziale e privo di pregiudizi.

È in questa prospettiva che occorre prendere atto che la realizzazione della affascinante (o spaventosa) figura di un giudice automa si sta già profilando¹⁹. Riassumendo qui in poche battute un dibattito che meriterebbe ben altro spazio: se il giudice dev'essere terzo, imparziale, per poter decidere in maniera giusta (qualunque cosa ciò significhi), non si può pensare di sostituirlo con un automa, privo di passioni, e quindi incorruttibile e infallibile²⁰?

Già pienamente funzionanti e commercializzate sono le applicazioni che promettono un alto grado di affidabilità nella previsione dei risultati di una causa²¹. Non mancano studi empirici, tanto in territorio statunitense quanto in ambito comunitario, che mostrano una previsione esatta dell'esito di una controversia che varia dal 70 al 90 per cento. Questi sistemi utilizzano database costruiti sull'analisi dei precedenti giurisprudenziali, nonché sul comportamento del singolo giudice. Ciò che una volta era affidato all'intuito dell'avvocato (che impostava una certa strategia anche in base al nome del giudice incaricato del procedimento, soprattutto in ambito penale), è oggi almeno in parte replicabile da una macchina, che è in grado di suggerire all'avvocato informazioni potenzialmente determinanti per il buon esito del processo.

Molti giuristi si ostinano ad affermare che il loro lavoro non potrà mai essere svolto da una macchina. Ciò per una serie di considerazioni, la più importante delle quali è che una macchina non sarà mai capace di replicare il "ragionamento" di un giurista umano. Ma se anche questo fosse vero, il problema non sarebbe risolto. Le macchine dotate di intelligenza artificiale, infatti, non replicano affatto il ragionamento umano, ma calcolano sulla base di dati. Ed è probabile che sul medio periodo questa capacità si riveli preferibile a quella di un operatore umano per almeno una parte delle attività oggi svolte da un giurista. La prospettiva, dunque, è che all'operatore umano rimarrà lo spazio residuale rappresentato dalle eccezioni e dai casi di maggiore complessità. Ma anche queste aree di intervento potranno essere intaccate col raggiungimento da parte della macchina di un più alto grado di autonomia.

Su questo punto pare necessario spendere qualche parola in più. Il termine autonomia può rinviare ad almeno tre diverse dimensioni semantiche: può designare capacità di apprendere, capacità di interagire con l'ambiente, o consapevolezza (e quindi rinviare al concetto di "agente morale").

Quanto al primo profilo, che fa riferimento ad una capacità di agire senza la supervisione umana ma in base ad obiettivi prefissati, non si può negare che macchine autonome in questo senso già popolino il nostro mondo. Basti pensare ai droni più evoluti o alle automobili a guida autonoma che

18 Come già aveva intuito R. Susskind in *The Future of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

19 Per un inquadramento teorico, non posso che rinviare a. Garapon, J. Lassègue, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Paris, PUF, 2018 (trad. it. a cura di M.R. Ferrarese, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Bologna, il Mulino, 2021).

20 Sul punto, interessanti considerazioni in A. Punzi, *Judge in the Machine. E se fossero le macchine a restituirci l'umanità del giudicare?*, in A. Carleo (a cura di), *Decisione robotica*, cit., pp. 305-316.

21 F. Romeo, *Giustizia e predittività. Un percorso dal machine learning al concetto di diritto*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2020, 9 (1), pp. 120-121. Si veda anche N. Lettieri, *Contro la previsione. Tre argomenti per una critica del calcolo predittivo e del suo uso in ambito giuridico*, in *Ars Interpretandi*, 2021, 10 (1), pp. 83-96.

sono già in fase di sperimentazione. Questa concezione di autonomia permette di migliorare processi e incrementare la produttività. Si tratta ancora di un'autonomia "debole", in quanto le operazioni sono effettuate senza intervento esterno ma è, comunque, l'essere umano ad aver predisposto gli obiettivi da conseguire. L'ente artificiale dunque interagisce con l'ambiente, acquisisce ed elabora dati, scegliendo il modo in cui raggiungere e completare gli obiettivi programmati dall'uomo. Una tale forma di autonomia, pertanto, è ancora riconducibile nell'alveo delle tradizionali forme della responsabilità oggettiva.

Se prendiamo in considerazione il secondo profilo, invece, l'autoapprendimento rappresenta un grado di autonomia superiore, in quanto l'ente artificiale acquisisce informazioni dal contesto in cui opera, individuando obiettivi sulla base di questa elaborazione. Le regole da osservare per conseguire un certo obiettivo sono impostate, aggiornate ed eventualmente modificate dalla macchina stessa, tramite operazioni di *machine learning* e *deep learning*. L'autoapprendimento comporta evidentemente una perdita di controllo da parte dell'essere umano. È anche vero però che è ancora possibile per l'uomo governare il modo in cui queste reti funzionano: se, ad esempio, una rete neurale richiedesse un tempo di adattamento e di apprendimento di modalità sicure per completare certe operazioni, sarebbe necessario aspettare questo lasso di tempo prima della sua commercializzazione. Inoltre, sarebbe sempre possibile limitare l'imprevedibilità dello sviluppo del sistema, evitando quindi la messa in commercio di macchine potenzialmente pericolose. Anche in questo caso, sul piano giuridico, la responsabilità di effetti indesiderati o comunque illeciti potrebbe essere sempre riferita al produttore, al programmatore, oppure all'utilizzatore umano. Nemmeno l'ente artificiale che auto-apprende è totalmente libero di decidere le proprie azioni.

Per quanto riguarda il terzo livello di autonomia, oggi non possiamo ancora parlare di macchine consapevoli. Non sono dotate di libero arbitrio, non si autodeterminano e non provano desideri. Se è reale il pericolo che le macchine effettuino operazioni non comprensibili e non prevedibili da soggetti umani, è anche vero che oggi esse si muovono comunque secondo uno schema predeterminato dal loro creatore. Tuttavia, come accennato, sarebbe miope pensare che non giungerà mai il giorno in cui macchine intelligenti raggiungeranno un livello di consapevolezza tale da avere proprie intenzioni. A quel punto, non potranno più essere considerati oggetti. E, di conseguenza, anche il regime della loro responsabilità dovrà essere ripensato.

10. Il chihuahua non è un muffin. Chi è che discrimina?

Le prime tecnologie informatiche impiegate per il diritto riguardavano funzioni meramente ausiliarie (come la ricerca di un precedente giurisprudenziale in un database). Ma col passare del tempo l'uso dei calcolatori in campo giuridico è diventato suscettibile di funzioni sempre più sofisticate. Non si tratta più di elaborare meri strumenti di supporto. In altre parole, uno dei possibili scenari è quello che vede l'affidamento di certe funzioni giuridiche — per esempio, quella giurisdizionale o quella legislativa — a sistemi intelligenti.

Come ho tentato di mettere in evidenza nelle prime pagine di questo contributo, gli esiti di questa "delega alle macchine" possono essere giudicati in maniera positiva o negativa. Occorre però ricordare che, anche in caso di valutazione assolutamente sfavorevole, il responsabile dell'esito ingiusto della sua applicazione non è lo strumento in sé, bensì il soggetto che ha deciso di affidarsi a tale strumento. Se decido una controversia tirando un dado, non posso giustificarmi dicendo che è stato il dado ad essere ingiusto. Egualmente, se affido la decisione a un algoritmo (o meglio: a un sistema di algoritmi elaborati e gestiti da qualche forma di AI), sono comunque io il responsabile di una scelta che potrebbe condurre a risultati ingiusti.

Rispetto al caso del dado, tuttavia, il "cubo algoritmico" è cieco ma non è sordo. Se ammettiamo che possa replicare il ragionamento umano, allora esso può replicare anche il ragionamento giuridico. Ma questo è sufficiente a renderlo capace di "dire il diritto" e di dare giustizia?

A me pare che si debbano distinguere due diversi ordini di problemi.

Il primo, fondamentale, riguarda la scelta di affidare a un'entità non umana un'attività che è sempre stata — geneticamente — esclusivo dominio del genere umano. Come si legge nel Digesto: «*hominum causa omne jus constitutum*». Il diritto è creato dagli esseri umani e per gli esseri umani. In questa prospettiva, sarebbe ancora "diritto" quello creato da un legislatore macchinico, una sorta di Leviatano cibernetico totalmente sganciato dalla volontà degli esseri umani? E sarebbe ancora "giustizia" quella dispensata da un giudice automa?

Questi interrogativi sembrano evocare fantasiose ipotesi del tutto irrealizzabili. Ma non possiamo sottovalutare la pressione di atteggiamenti — sorretti da una precisa ideologia — che vorrebbero affidare all'automazione anche attività umane che, oggi, ci sembrerebbero totalmente immuni dai processi

di datificazione²². Efficacia, velocità, economicità e “imparzialità” sono garantite da processi automatici. Ma siamo disposti a sacrificare l’umanità del diritto, con tutto ciò che essa comporta, nel male come nel bene? Saremmo ancora al cospetto di un fenomeno giuridico?

Il secondo ordine di problemi riguarda invece la presunta “imparzialità” del cubo algoritmico. Anche la più evoluta delle reti neurali è basata su “dati”: le macchine sono allenate, e quindi apprendono, con riferimento a qualcosa di “dato”²³. Imparano dal passato.

Questa natura retrospettiva, già di per sé, si scontra con la tensione propriamente umana verso il futuro e con l’orientamento teleologico che segna la dimensione giuridica. Ammettiamo però che il sistema intelligente possa sviluppare strategie evolutive che gli consentano di aggiornare costantemente le norme o di discostarsi dai precedenti giurisprudenziali: oltre al problema fondamentale cui si è già accennato (vogliamo davvero un diritto creato e amministrato da un ente non umano?), rimane aperta la questione che questa evoluzione è comunque condizionata (se non determinata) dalla base di dati di partenza.

Un esempio può forse aiutare a chiarire il punto. Sistemi ormai diffusi come il riconoscimento facciale o vocale sono basati su tecnologie di AI sviluppate su *big data*. In altre parole, attingono a depositi sterminati di immagini o di suoni che li “alimentano”, e per gli algoritmi vale senz’altro il principio “siamo quello che mangiamo”.

Per rispondere alla richiesta di trovare immagini di un cane, un certo sistema deve essere alimentato con degli esempi. Si selezionano immagini di pastori tedeschi, *rhodesian ridgeback*, bovari del bernese, *yorkshire terrier* e via dicendo, e si fanno “vedere” al sistema. Più è ampia la casistica di partenza, meno “rumore” si verificherà e quindi più facile sarà per il sistema restituire immagini di cani (e non di lupi, per esempio).

Nel database non vengono però mai inserite foto di chihuahua. Forse chi implementa il database li detesta, perché sono piccolissimi, gli sembrano topi e abbaiano di continuo. Oppure li lascia fuori perché le loro immagini sono difficili da far apprendere al sistema: i loro musetti, ripresi in primissimo piano, assomigliano decisamente troppo ai muffin con le gocce di cioccolato²⁴. Sta di fatto che rimangono fuori dal database. La richiesta di trovare foto di cani, così, non porterà mai a mostrare, tra i risultati, esemplari di chihuahua. I chihuahua vengono “discriminati”: non vengono considerati dal sistema come appartenenti alla classe “cani”.

Riprendiamo questo esempio, stavolta prendendo in considerazione esseri umani. Se voglio addestrare un algoritmo al riconoscimento di un volto umano, probabilmente utilizzerò un database come *Imagenet*, che offre più di 14 milioni di immagini, ognuna delle quali riporta l’indicazione degli oggetti in essa rappresentati e classificati in più di 20.000 categorie. Il bacino di dati cui attingere, pertanto, è enorme. Il problema è che il 68% delle immagini proviene da un unico paese (gli Stati Uniti), e questo comporta che il riconoscimento connesso alla parola “sposa” restituisca immagini di donne bianche e di bianco vestite, e non quelle di una nubenda indiana in sari verde o di una cinese in qipao rosso. La ricerca, in questo modo, esclude risultati che sono rilevanti per circa 2,5 miliardi di esseri umani.

Anche da questi pochi esempi risulta chiaro che i sistemi di intelligenza artificiale possono produrre risultati discriminatori. Un noto commento apparso su *Nature* a firma di James Zou e Londa Schiebinger si intitola *AI can be sexist and racist — it’s time to make it fair*²⁵. Il contenuto del testo è sicuramente condivisibile, ma insisto: chi è sessista e razzista? Il sistema di AI? L’algoritmo? Oppure chi ha selezionato le immagini, i suoni, i documenti, in generale i dati che conducono al risultato discriminatorio?

Dobbiamo essere consapevoli che gli algoritmi di AI hanno raggiunto ormai un grado di sviluppo che gli consente di attraversare tutti i processi decisionali, dalla definizione del tasso di probabile recidiva di un condannato all’acquisto del prossimo libro da leggere, dalla compravendita di azioni in borsa

22 Uso l’espressione “datificazione” per indicare un fenomeno più radicale rispetto alla mera “digitalizzazione”. Digitalizzare un documento, per esempio, significa trasformarlo direttamente in una serie di bit leggibili da una macchina. Datificare quello stesso testo, invece, significa non soltanto digitalizzarlo, ma anche dotarlo di una ulteriore serie di dati — più precisamente, metadati — che aggiungono elementi informativi significativi.

23 A. Condello, *Il non-dato e il dato. Riflessioni su uno “scarto” fra esperienza giuridica e intelligenza artificiale*, in *Ars Interpretandi*, 2021, 1, pp. 97-112.

24 Non stupisca che su questo tema si siano cimentati i data-scientist Enkhtogtokh Togootogtokh e Amarzaya Amartuvshin, che hanno esposto nel 2018 i risultati della propria ricerca nel paper intitolato *Deep Learning Approach for Very Similar Objects Recognition Application on Chihuahua and Muffin Problem* (consultabile all’indirizzo <https://doi.org/10.48550/arXiv.1801.09573>).

25 <https://www.nature.com/articles/d41586-018-05707-8>.

alla scelta del partner più affine alle nostre esigenze²⁶. Giungerà anche il tempo in cui la decisione algoritmica sostituirà la volontà del legislatore e la sentenza del giudice? E saranno decisioni giuste perché imparziali? O saranno invece affette da una patologia genetica, celata agli occhi dei più ma consapevolmente selezionata da chi ha creato gli algoritmi?

In questo scenario dominato da un diffuso senso di impotenza e dalla quasi totale inconsapevolezza verso l'uso delle tecnologie digitali, dalla retorica della *black box* algoritmica — evocata spesso a proposito di una inspiegabilità di decisioni che sono invece spiegabilissime — e dal farsi la Tecnica un fine in sé e non un mezzo²⁷, il diritto è chiamato ad affrontare una sfida decisiva²⁸. Non si tratta di difendere una visione conservatrice del diritto, ma di preservare la cifra più riposta di un sapere che rischia di essere sacrificato sull'altare di una giustizia che, nel pretendere di farsi sovrumana, si rivelerebbe, invece, radicalmente disumana.

26 Su questo tema si veda il breve ma densissimo saggio di N. Lettieri, *Antigone e gli algoritmi. Appunti per un approccio giusfilosofico*, Modena, Mucchi, 2020.

27 Sul tema ha scritto pagine non semplici da decifrare ma di grande interesse Bernard Stiegler, di cui ricordo in particolare B. Stiegler, *État de choc. Bêtise et savoir au XXI siècle*, Paris, Fayard/Mille et une nuits, 2012. Alcuni scritti di Stiegler sul tema, tradotti in italiano e preceduti da un'ottima introduzione di Paolo Vignola, si trovano in B. Stiegler, *Il chiaroscuro della rete*, Tricase, Youcanprint, 2014.

28 Stimola considerazioni ancora attuali N. Irti, E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2000. Rinvio anche a N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016.

Serena Vantin*

Alcune osservazioni su normatività e concetto di diritto tra intelligenza artificiale e algoritmizzazione del mondo

Sommario

1. Introduzione. - 2. L'uomo è antiquato, la tecnica è normativa. - 3. Il concetto di diritto in un mondo algoritmico. - 3.1. *Trial and error*. - 3.2. Il dover essere. - 3.3. Imprecisioni, pregiudizi, incompletezza, distorsioni statistiche, opacità come ingiustizie strutturali. - 4. L'intelligenza artificiale e il ritorno dell'etica.

Abstract

Questo contributo intende offrire alcune riflessioni su normatività e concetto di diritto nel contesto della «rivoluzione digitale» in corso. In particolare, ci si soffermerà dapprima sulla normatività della tecnica e sulla inadeguatezza umana, recuperando la nozione di «vergogna prometeica» formulata da Günther Anders già a metà del secolo scorso. Successivamente, si rifletterà sull'ipotesi di un diritto computabile evidenziando una serie di aporie concettuali e difetti costitutivi che rischiano di amplificare diseguaglianze, discriminazioni e svantaggi sociali strutturali. Da ultimo, mediante un richiamo alla regolamentazione europea dei sistemi di intelligenza artificiale e un ulteriore recupero della lezione andersiana, sarà evocata l'etica e la sua rinnovata rilevanza.

This paper aims at offering some reflections on normativity and the concept of law in the context of the present «digital revolution». In particular, it initially focuses on the normativity of technology and on human outdatedness, recovering the notion of «Promethean shame» already formulated by Günther Anders in the middle of the last century. Subsequently, it reflects on the hypothesis of a computable law, highlighting a series of conceptual aporias and constitutive defects that risk amplifying inequalities, discrimination and structural social disadvantages. Finally, through a reference to the European regulation of artificial intelligence systems and a further recovery of the Anders' lesson, ethics and its renewed relevance will be evoked.

* Ricercatrice a tempo determinato di tipo B in Filosofia del diritto, Università di Bologna. Relazione al Convegno "L'algoritmo alla prova del caso concreto: stereotipi, serializzazione, discriminazione" ospitato dall'Università di Ferrara in data 6.4.2022.
Contributo non sottoposto a referaggio a doppio cieco.

Che altro significa “programma”?
[Qualcosa che] prescrive come e cosa bisogna sentire o fare.

G. Anders, *L'uomo è antiquato*, vol. I.

1. Introduzione

“L'algoritmo è un'idea che mette in movimento strutture di logica simbolica. È radicato nell'informatica, ma serve come un prisma che rifrange una serie molto più ampia di grammatiche culturali, filosofiche, matematiche e immaginative”¹. In tal senso, la “rivoluzione digitale”² è innanzitutto una “rivoluzione grafica legata alla comparsa di una nuova forma di scrittura”³.

Più nel dettaglio, la “digitalizzazione” consiste, in primo luogo, nel “codificare sotto forma di numeri eventi del mondo fisico”, convertendo il fenomeno in un “segnale” che potrà essere trascritto come sequenza numerica, realizzando una transizione dal fisico al semiotico⁴. In secondo luogo, digitalizzare significa “organizzare i dati [codificati numericamente] all'interno di programmi per il loro trattamento”, raggruppandoli secondo un certo ordine sulla base di istruzioni che “hanno la stessa forma dei dati che devono elaborare: *in entrambi i casi sono delle sequenze di numeri*”⁵. In terzo luogo, grazie all'interconnessione resa possibile dalla rete, ulteriori programmi specifici sono in grado di aggregare statisticamente “gigantesche quantità di dati”⁶ al fine di stabilire “correlazioni” che consentono “di tracciare delle tendenze nei fenomeni naturali e nelle interazioni sociali e, così facendo, di fare delle previsioni circa il futuro”⁷. È questa, in estrema sintesi, una delle vie oggi più battute verso l'algoritmizzazione del mondo, tesa alla costruzione di una nuova realtà mediante un nuovo modo di produrre significati⁸.

L'algoritmo è divenuto metafora e metonimia di questa tendenza. Procedura efficace quale insieme di passaggi pensati per produrre una risposta in un tempo prevedibile, esso funge ormai da “processo computazionale perpetuo”⁹. In un tale scenario, lo sviluppo dell'intelligenza artificiale ha conosciuto un inedito impulso. Concepite come “un insieme connesso di sistemi computazionali”, gli agenti intelligenti sono tentativi ambiziosi per rendere “effettivamente calcolabili ampie zone della cultura”¹⁰: si tratta di macchine che non solo “danno forma alle nostre interazioni, integrandosi [a noi]” ma che sono anche in

-
- 1 E. Finn, *Che cosa vogliono gli algoritmi. L'immaginazione nell'era dei computer*, Torino, Einaudi, 2018, p. 34. Sull'algoritmo come concetto, cfr. D. Berlinski, *The Advent of the Algorithm. The Idea that Rules the World*, New York, Houghton Mifflin Harcourt, 2000.
 - 2 Sul concetto di rivoluzione scientifico-tecnologica, si veda soprattutto H. Jonas, *Il Seicento e oltre. Il significato della rivoluzione scientifica e tecnologica*, in H. Jonas, *Frontiere della vita, frontiere della tecnica* (1974), Bologna, Il Mulino, 2011, in particolare pp. 75-80. Ivi, p. 77, si precisa che rivoluzione è un “mutamento globale, degli affari umani, radicale, di ampia portata e rapido; [...] esso riguarda l'ambiente, il comportamento e il pensiero dell'uomo; [inoltre] il mutamento deve essere opera dell'uomo”. In tal senso, come si legge a p. 76, è possibile effettuare un “test, che ognuno può fare quando giunge la sua ora”: “se un uomo al culmine dei suoi giorni, [...] può trasmettere la saggezza dell'esperienza accumulata a chi viene dopo di lui, [...] questo significa che la sua non era un'età di rivoluzioni. [...] Tuttavia, se un uomo in età avanzata deve rivolgersi ai propri figli, o nipoti, per sapere da loro che cosa sta accadendo, [...] allora possiamo definire la velocità e l'ampiezza del mutamento che lo ha colto così di sorpresa come ‘rivoluzionario’”. Cfr. anche G. Anders, *L'uomo è antiquato*, vol. II: *Sulla distruzione della vita nell'epoca della terza rivoluzione industriale* (1980), Bollati Boringhieri, Torino, 2021, pp. 97-99, dove quella “della tecnica” è considerata l'unica “rivoluzione” “autentica e globale”: eppure, essa è definita come una “rivoluzione” che “si muove non nella direzione delle libertà dell'uomo, bensì nella direzione del totalitarismo degli apparecchi”.
 - 3 A. Garapon, J. Lassègue, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà* (2018), Bologna, Il Mulino, 2021, p. 35.
 - 4 Ivi, p. 43.
 - 5 Ivi, p. 44.
 - 6 Ivi, p. 47.
 - 7 *Ibidem*.
 - 8 Ivi, pp. 52-57.
 - 9 E. Finn, *Che cosa vogliono gli algoritmi. L'immaginazione nell'era dei computer*, cit., p. 34.
 - 10 Ivi, p. 53.

grado di “strutturare e organizzare l’universo”¹¹. In questi termini, la “realtà tecnica” può essere incorporata alla cultura poiché “è diventata regolatrice”¹².

A partire da queste concise considerazioni preliminari, il presente contributo intende offrire alcune riflessioni su normatività e concetto di diritto nel contesto della “rivoluzione digitale” in corso. In particolare, il prossimo paragrafo si soffermerà sulla normatività della tecnica e sulla inadeguatezza umana, recuperando la nozione di “vergogna prometeica” formulata da Günther Anders già a metà del secolo scorso. Successivamente, si rifletterà sull’ipotesi di un diritto computabile evidenziando una serie di aporie concettuali e difetti costitutivi che rischiano di amplificare diseguaglianze, discriminazioni e svantaggi sociali strutturali. Da ultimo, mediante un richiamo alla regolamentazione europea dei sistemi di intelligenza artificiale e un ulteriore recupero della lezione andersiana, sarà evocata l’etica e la sua rinnovata rilevanza.

2. L’uomo è antiquato, la tecnica è normativa

Producendo attività grafica “in uno spazio non corporalmente vissuto” e “in un tempo non collettivamente costruito”¹³, la scrittura digitale sconvolge gli equilibri sociali e, tra questi, quelli giuridici¹⁴. Pur pretendendo di “essersi finalmente liberata di quella combinazione tra parola, rito [e istituzione] che rappresentava il nucleo simbolico del diritto”, la nuova realtà digitale algoritmica esprime una propria “pretesa normativa” che trae forza da una “performatività autonoma”¹⁵. Più esplicitamente, potremmo affermare che la tecnica contemporanea è dotata di normatività, in due accezioni.

In primo luogo, si potrebbe sostenere la vigenza di una *normatività tecnica in senso stretto*, come caratteristica intrinseca alle “infrastrutture di calcoli”¹⁶. Spiegava a tal riguardo Lawrence Lessig che software, sistemi e programmi informatici sono composti da un “codice”, inteso come un *design*, che, da un lato, può “essere cambiat[o]”¹⁷ e, dall’altro lato, ne stabilisce il grado di “regolabilità”¹⁸. Per fare qualche esempio: pagamenti tramite *blockchain*, *smart contracts*, ma anche le funzionalità di un veicolo a guida autonoma, sono riconducibili a precise scelte operate in sede di progettazione che rendono possibili determinati comportamenti, inibendone altri, al fine di produrre specifici risultati programmati.

Eppure, al riconoscimento di queste caratteristiche di *design* come fonte di normatività si oppongono almeno due ragioni. La prima è che in questi casi il codice genera condizioni di possibilità dell’agire (*posse*) piuttosto che vere e proprie prescrizioni (*licere*). La seconda ragione è che la metafora dell’architettura, spesso accompagnata a quella della cattedrale¹⁹, può essere fuorviante perché induce a “reificare il codice come un costruito oggettivo, come un edificio, che esiste nel mondo”²⁰. Al contrario, quell’analogia dovrebbe essere riformulata sulla scorta della *boutade* che aprì i lavori del convegno dell’IEEE Computer Society nel 1988: ciò che software e cattedrali hanno in comune è che “prima li costruiamo, poi preghiamo”²¹. In altre parole, l’architettura del codice si basa tanto su “un’organizzazione logica di

11 Ivi, p. 54.

12 *Ibidem*.

13 A. Garapon, J. Lassègue, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, cit., p. 57.

14 Come affermava Günther Anders, “le invenzioni tecniche non sono mai soltanto invenzioni tecniche”: cfr. G. Anders, *L’uomo è antiquato*, vol. II: *Sulla distruzione della vita nell’epoca della terza rivoluzione industriale*, cit., p. 199. La frase riecheggia quella più nota di Martin Heidegger: “l’essenza stessa della tecnica non è qualcosa di tecnico”, in *Che cosa significa pensare? Qual è l’essenza nascosta della tecnica moderna* (1954), Milano, Sugar & Co., 1971, vol. II, p. 124.

15 A. Garapon, J. Lassègue, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, cit., pp. 57, 59.

16 D. Cardon, *Che cosa sognano gli algoritmi. Le nostre vite al tempo dei Big Data*, Milano, Mondadori, 2018, p. 3. Cfr. D. Roccaro, *Tecnologie normative. Verso un diritto avvolto dal digitale*, in *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2020, 2, pp. 114-123.

17 L. Lessig, “Il diritto del cavallo”. *La lezione del cyberdiritto* (1999), in V. Colomba, *I diritti del cyberspazio. Architetture e modelli di regolamentazione*, Parma, Diabasis, 2015, pp. 75-138, in particolare p. 93.

18 Ivi, p. 89.

19 Cfr., *inter alia*, G. Dyson, *La cattedrale di Turing. Le origini dell’universo digitale*, Torino, Codice Edizioni, 2012.

20 E. Finn, *Che cosa vogliono gli algoritmi. L’immaginazione nell’era dei computer*, cit., p. XIII.

21 *Ibidem*.

bit" quanto su "una struttura di credenze"²². Non è un caso che, per descrivere la "cultura algoritmica", si sia ricorsi di recente all'espressione "teologia computazionale"²³: un lemma in grado di portare l'attenzione non tanto sulla esistenza oggettiva bensì sulla dimensione di fede, o forse di "ideologia", che sorregge la presunzione di *mathesis universalis*²⁴ o "calcolabilità effettiva"²⁵ la quale sospinge l'algoritmizzazione del mondo, e che ad alcuni è parsa, in ultima analisi, riconducibile a inveterati "strati di magia"²⁶.

È in tal senso che, in secondo luogo, rispetto alla tecnica si può parlare di *normatività in un senso ampio*. A questa accezione si farà riferimento nel prosieguo per indicare la propensione che, come umani, nutriamo nel fidarci della tecnica e della sua specifica forma di razionalità, finendo per adeguare i nostri comportamenti agli *output* algoritmici, i quali risultano così assimilati a prescrizioni²⁷. Proprio perché la tecnica ci appare oggettiva e imparziale, siamo portati a seguirne le regole e a interiorizzarne le caratteristiche²⁸, a cominciare dal principio di efficienza, che da criterio basilare per la progettazione algoritmica diviene vero e proprio valore e *τέλος* dell'azione individuale e collettiva, come dimostrano le politiche sempre più diffuse volte alla misurazione e alla razionalizzazione economica delle risorse, delle professionalità, delle competenze.

Questa accezione ampia ha anche il vantaggio di aiutarci a non confondere "il burattinaio con il burattino"²⁹: alcuni fenomeni connessi all'uso delle tecnologie non sono intrinseci alle stesse, esse non sono nemmeno enti immutabili, ma sempre il frutto di precise logiche applicate a specifiche propensioni umane. Una convinzione che resta sempre valida anche là dove, per semplificazione espositiva, si procederà a soggettivizzare la tecnica³⁰.

A questo proposito, Eric Sadin ha parlato di un "potere ingiuntivo" della tecnologia e di una sua funzione "coercitiva"³¹. Secondo l'autore, "siamo giunti a una nuova fase della storia della normatività che vede all'opera meccanismi inediti, dotati di tre caratteristiche: quella di prendere forma all'interno di dispositivi che agiscono in modo automatizzato, senza bisogno della nostra approvazione e in tempi brevissimi; quella di essere chiamati a intervenire in un numero sempre maggiore di azioni individuali e collettive, assumendo una portata virtualmente totalizzante; quella di vedersi attribuire un valore presumibilmente oggettivo, che li fa sembrare spogli di qualsiasi intento e concepiti per farci approfittare

22 *Ibidem*.

23 I. Bogost, *The Cathedral of Computation*, in *The Atlantic*, 2015, <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2015/01/the-cathedral-of-computation/384300/>.

24 L'espressione rimanda all'ambizione di individuare l'"algebra della logica" formulata da Leibniz, oggi considerato il padre della computazione giuridica: cfr. G.W. Leibniz, *La giustizia*, a cura di A. Baratta, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 49-50. Cfr. anche G.W. Leibniz, *Saggio di questioni filosofiche estratte dalla giurisprudenza e Dissertazione sui casi perplessi in diritto*, a cura di A. Artosi, B. Pieri, G. Sartor, Torino, Giappichelli, 2015, p. 117. Sulla rilevanza della filosofia di Leibniz per la computazione, cfr. l'ormai classico N. Wiener, *Cybernetics, or Control and Communication in the Animal and the Machine*, New York, Wiley, 1949, p. 20.

25 E. Finn, *Che cosa vogliono gli algoritmi. L'immaginazione nell'era dei computer*, cit., p. 15.

26 Ivi, p. 5. Per un esempio: P. Domingos, *L'Algoritmo Definitivo. La macchina che impara da sola e il futuro del nostro mondo*, Bollati Boringhieri, Torino, 2016.

27 Guglielmo Tamburrini individua a questo proposito tre principali cause: 1. interfaccia uomo-macchina difficilmente interpretabili, 2. una fiducia eccessiva, 3. un senso di subalternità cognitiva nei confronti del software: cfr. G. Tamburrini, *Etica delle macchine. Dilemmi morali per robotica e intelligenza artificiale*, Carocci, Roma, 2020, p. 108. Sulla fiducia riposta nel potenziale tecnologico dai movimenti transumanisti, cfr. F.H. Lano Alonso, *Homo excelsior. Los límites ético-jurídicos del transhumanismo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018.

28 Cfr. G. Anders, *L'uomo è antiquato*, vol. II: *Sulla distruzione della vita nell'epoca della terza rivoluzione industriale*, cit., p. 180: "[Q]uesto universo dei prodotti che ci viene fornito è vincolante, perché determina ciò che noi facciamo e non facciamo, ciò che dobbiamo o non dobbiamo fare, ciò che possiamo o non possiamo fare; in breve, tutto il nostro stile di vita, così interamente determinato che noi non solo perdiamo la volontà di sottrarci a questa determinazione, bensì diventiamo addirittura incapaci di percepire o riconoscere in qualche modo la nostra determinazione. Di conseguenza, le norme e i divieti odierni sono [...] norme e divieti segreti. Norme e divieti che vengono emanati senza che i destinatari se ne rendano conto in alcun modo".

29 S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, LUISS University Press, 2018, pp. 24-25.

30 Sulla tecnica come soggetto, cfr. G. Anders, *L'uomo è antiquato*, vol. II: *Sulla distruzione della vita nell'epoca della terza rivoluzione industriale*, cit., in part. pp. 3, 258. In tal senso, l'uomo contemporaneo è ridotto a vivere "una vita eteronoma": cfr. ivi, p. 275.

31 E. Sadin, *Critica della ragione artificiale. In difesa dell'umanità* (2018), Roma, LUISS University Press, 2019, p. 12.

della loro incomparabile efficacia³². In tal senso, la tecnologia odierna rappresenterebbe una nuova forma di “potere-καίρως”³³, dotata di una potenza “aletheica”³⁴, vale a dire in grado di pronunciare “la verità”³⁵, e capace di agire con modalità “totalizzanti ma soft”³⁶.

Agli effetti di questa forma di normatività non sfuggono certo i giuristi, soprattutto coloro che da tempo si interrogano sull'ipotesi di dar vita a un “diritto computabile”³⁷, che si cimentano con macchine in grado di affiancare giudici e avvocati nell'individuazione della norma da applicare al caso concreto, che trattano con agenti intelligenti per *smart contracts* e obbligazioni, o che coltivano l'aspirazione c.d. “legistica” per la formulazione di norme giuridiche redatte in linguaggio informatico o per la giurimetria applicata alla verificabilità delle decisioni, o ancora, più di recente, per procedure alternative di risoluzione delle controversie, parallele ai canali della giustizia ordinaria, sulla scorta della *Fair Division Theory* applicata alle più disparate contese³⁸. In tutti questi casi, il diritto sembra guardare con fiducia alle possibilità offerte dalla tecnica, ritenendo il ricorso all'algoritmizzazione una soluzione efficiente, efficace, rapida, economica e adeguata alle sue funzioni.

In effetti, se l'efficienza in termini di calcolo diviene il valore supremo³⁹ da cui discendono a cascata tutti gli altri di genere affine (efficacia, rapidità, economicità, adeguatezza), il confronto tra le capacità del software e quelle umane risulta impietoso. Le parole scritte a questo riguardo da Günther Anders⁴⁰ più di sessant'anni fa restano straordinariamente eloquenti e appropriate: “la nostra illimitata libertà prometeica di creare sempre cose nuove (costretti come siamo a pagare senza sosta il nostro tributo a questa libertà) ci ha portati a creare un tale disordine in noi stessi, esseri limitati nel tempo, che ormai proseguiamo lentamente la nostra vita, seguendo di lontano ciò che noi stessi abbiamo prodotto e proiettato in avanti, con la cattiva coscienza di *essere antiquati*, oppure ci aggiriamo semplicemente tra i nostri congegni come sconvolti animali preistorici”⁴¹. Secondo Anders, “l'asincronizzazione ogni giorno crescente tra l'uomo e il mondo dei suoi prodotti” avrebbe generato un “dislivello prometeico [...] tra *fare e immaginare*, tra *agire e sentire*, tra *conoscenza e coscienza* e infine, e soprattutto, tra il *congegno* fabbricato e il *corpo* dell'uomo (che non è tagliato sulla misura del ‘corpo’ del congegno)”⁴². Una tale mancanza di sincronizzazione avrebbe prodotto uno “stato patologico collettivo”⁴³, una condizione di “vergogna prometeica” sperimentata dagli esseri umani contemporanei “di fronte all'umiliante altezza

32 Ivi, p. 76.

33 Ivi, p. 145.

34 Ivi, p. 10.

35 *Ibidem*.

36 Ivi, p. 150. Cfr. anche G. Anders, *L'uomo è antiquato*, vol. II: *Sulla distruzione della vita nell'epoca della terza rivoluzione industriale*, cit., p. 230, dove l'autore parla di “terrore morbido”. La stessa espressione si trova in Id., *L'ultima vittima di Hiroshima. Il carteggio con Claude Eatherly il pilota della bomba atomica*, cit., p. 186.

37 Cfr. S. Faro, N. Lettieri (eds.), *Law and Computational Social Science*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013.

38 Per un commento, sia consentito rinviare a S. Vantin, *Note su diritto e tecnica*, in *Lo Stato*, 2021, pp. 327-342, in particolare pp. 331-332. Per approfondire, cfr. F. Romeo, *Algoritmi di giustizia ed equità nel diritto. Quando razionalità ed emotività convergono*, in *I-Lex*, 2021, pp. 1-20.

39 P. Zellini, *La dittatura del calcolo*, Milano, Adelphi, 2018, p. 121.

40 Per un ritratto intellettuale di Günther Anders e per una disamina della sua esperienza biografica come “il relitto di un progetto inattuato”, cfr. P.P. Portinaro, *Il principio disperazione*, in Id., *Il principio disperazione. Tre studi su Günther Anders*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003, pp. 13-80, in particolare p. 16.

41 G. Anders, *L'uomo è antiquato*, vol. I: *Considerazioni sull'anima nell'epoca della seconda rivoluzione industriale* (1956), Torino, Bollati Boringhieri, 2021, p. 24, corsivo aggiunto. Sulla distinzione tra “libertà dalla coscienza” e “libertà di coscienza”, cfr. G. Anders, *L'ultima vittima di Hiroshima. Il carteggio con Claude Eatherly il pilota della bomba atomica* (1961), Milano-Udine, Mimesis, 2016, p. 229.

42 G. Anders, *L'uomo è antiquato*, vol. I: *Considerazioni sull'anima nell'epoca della seconda rivoluzione industriale*, cit., p. 24. Nel corso della sua elaborazione, Anders ha riformulato più volte il concetto di “dislivello prometeico”, giungendo a ulteriori precisazioni e specificazioni: cfr., ad esempio, G. Anders, *L'uomo è antiquato*, vol. II: *Sulla distruzione della vita nell'epoca della terza rivoluzione industriale*, cit., pp. 367-368. Come nota Pier Paolo Portinaro, l'intuizione del “dislivello”, tipicamente andersiana, potrebbe essere debitrice di quanto Simone Weil scriveva già nel 1934 dopo aver fatto, analogamente allo stesso Anders, esperienza del lavoro in fabbrica: “viviamo in un mondo in cui nulla è a misura dell'uomo, c'è una sproporzione mostruosa fra il corpo dell'uomo, lo spirito dell'uomo e le cose che costituiscono attualmente gli elementi della vita umana: tutto è squilibrio”. Cfr. S. Weil, *Riflessioni sulle cause della libertà e dell'oppressione sociale* (1955), Milano, Adelphi, 1983, p. 108; P.P. Portinaro, *Distopia e post-historie*, in Id., *Il principio disperazione. Tre studi su Günther Anders*, cit., pp. 80-121, in particolare p. 118.

43 G. Anders, *L'uomo è antiquato*, vol. I: *Considerazioni sull'anima nell'epoca della seconda rivoluzione industriale*, cit., p. 25.

di qualità degli oggetti fatti da noi stessi"⁴⁴. La specie umana si scopre "il nano di corte del suo proprio parco macchine"⁴⁵, il "padre paralitico"⁴⁶.

Così, vergognandoci di questa inadeguatezza, "ci autotrasformiamo per amore delle nostre macchine, perché prendiamo le macchine a modello delle nostre trasformazioni [...], fabbrichiamo nuovi esseri ibridi, incroci tra fabbricanti e oggetti fabbricati". Peraltro, questa "autolimitazione", "autoumiliazione" e "autodegradazione", da uomini a macchine, contiene in sé un elemento di "arroganza", "perché arroganza e adeguamento sono fenomeni gemelli che è impossibile staccare l'uno dall'altro. [Si può parlare allora di] 'arrogante autodegradazione' e di 'umiltà fatta di ὕβρις'"⁴⁷. Dalla vergogna prometeica scaturisce così il "mostruoso", il tentativo tracotante di "tramutarci in esseri conformi alle macchine"⁴⁸.

A ben guardare, non si tratta di un "rovesciamento dei mezzi nei fini"⁴⁹ bensì di un vero e proprio superamento della distinzione: "quel che ci plasma e ci altera, che ci forma e ci deforma, non sono soltanto gli oggetti mediati dai 'mezzi', ma i mezzi stessi, i congegni stessi: i quali non sono soltanto oggetti di un possibile impiego, ma hanno anche una loro struttura e funzione determinata, che determina il loro impiego e con ciò anche lo stile delle nostre occupazioni e della nostra vita, insomma: noi"⁵⁰.

Pertanto, con la sua normatività e le sue regole di efficienza, la tecnica contemporanea ha l'effetto di plasmarci, modellandoci secondo standard uniformanti in grado di ridurre il pensiero a "una funzione puramente ancillare"⁵¹. Come notava ancora Anders con straordinaria acutezza, in questo nuovo mondo "ci sono due ordini di cose che vengono a cadere e che non 'contano' più: 1) la competenza dell'uomo a decidere da sé i suoi problemi, dato che la sua capacità di calcolare è nulla in confronto a quella della macchina; 2) i problemi stessi, se tali problemi non sono calcolabili"⁵². Non soltanto, dunque, il pensiero dell'uomo è antiquato⁵³, ma a essere superate sono anche intere tipologie di problemi non immediatamente computabili. In effetti, come rilevavano già Kurt Gödel e Alan Turing⁵⁴, pare di poter affermare

44 Ivi, p. 30. Nello scritto giovanile *Patologia della libertà. Saggio sulla non-identificazione* (a cura di L.F. Clemente e F. Lolli [1937], Napoli-Salerno, Orthotes, 2015), la vergogna era uno stato emozionale che derivava dalla scoperta della contingenza umana, ovvero dall'"astrazione", intesa come "libertà [degli uomini] di fronte al mondo", quale "categoria antropologica fondamentale" (ivi, pp. 71, 84).

45 G. Anders, *L'uomo è antiquato*, vol. I: *Considerazioni sull'anima nell'epoca della seconda rivoluzione industriale*, cit., p. 33.

46 Ivi, p. 42.

47 Ivi, p. 52.

48 *Ibidem*. Sul tema dell'arroganza umana, si veda anche H. Jonas, *Tecnologia e responsabilità. Riflessioni sui nuovi compiti dell'etica*, in H. Jonas, *Frontiere della vita, frontiere della tecnica*, cit., pp. 125-149, in particolare pp. 127. Ivi, p. 146 è invocato "un nuovo genere di umiltà": un'umiltà che, "a differenza di quella precedente, non è dovuta alla limitatezza ma all'ampiezza eccessiva delle nostre capacità, cioè alla preminenza della nostra capacità di agire su quella del prevedere, valutare e giudicare". Analogamente, sul punto, cfr. H. Jonas, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica* (1979), Torino, Einaudi, 2009, p. 29-30.

49 P. Zellini, *La dittatura del calcolo*, cit., p. 87.

50 G. Anders, *L'uomo è antiquato*, vol. I: *Considerazioni sull'anima nell'epoca della seconda rivoluzione industriale*, cit., p. 98; cfr. anche ivi, p. 12. Ciononostante, con riferimento al rapporto tra mezzi e fini nel contesto lavorativo, cfr. G. Anders, *L'uomo è antiquato*, vol. II: *Sulla distruzione della vita nell'epoca della terza rivoluzione industriale*, cit., p. 89. Ancora sul rapporto mezzi-fini, si vedano le considerazioni sulla bomba atomica in *Sulla fine del pacifismo. Un'intervista immaginaria*, in G. Anders, *Il mondo dopo l'uomo. Tecnica e violenza*, a cura di L. Pizzighella, Milano-Udine, Mimesis, 2008, pp. 35-50, in particolare p. 36: "al posto del comunque non veritiero motto 'il fine giustifica i mezzi', dovremmo oggi porre il vero giudizio 'i mezzi distruggono i fini'. Stando così le cose, non c'è alcuna alternativa al pacifismo, e per questo io non sono pacifista. Laddove non esiste più alternativa, un'espressione particolare come pacifista è superflua". Si veda anche G. Anders, *L'ultima vittima di Hiroshima. Il carteggio con Claude Eatherly il pilota della bomba atomica*, cit., p. 44.

51 P. Zellini, *La dittatura del calcolo*, cit., p. 121.

52 G. Anders, *L'uomo è antiquato*, vol. I: *Considerazioni sull'anima nell'epoca della seconda rivoluzione industriale*, cit., p. 65.

53 Riprende questo concetto andersiano anche Hans Jonas in *Il Seicento e oltre. Il significato della rivoluzione scientifica e tecnologica*, cit., p. 76.

54 Già nel 1931 Kurt Gödel si era cimentato con il "problema della decisione" (*Entscheidungsproblem*) posto da David Hilbert, relativo alla possibilità di determinare, se esiste, un metodo meccanico che permetta di stabilire per ogni possibile affermazione matematica se questa è vera oppure falsa. A ciò fece seguito Alan Turing con il famoso *On Computable Numbers with an Application to the Entscheidungsproblem*, in *Proceedings of the London Mathematics Society*, 2nd Series, 45, 1937, pp. 230-265, nel quale, tra le altre cose, egli riuscì a "dimostrare [...] che non ci può essere un processo generale per determinare se una formula data U del calcolo funzionale K è dimostrabile; i.e. non c'è una macchina che, ricevuta una di queste formule U, dirà eventualmente se U è dimostrabile" (ivi, p. 145, traduzione mia). A tal proposito, si veda anche la considerazione formulata da Kurt Gödel dal titolo *Dialectica* (prima stesura nel 1958 e successiva revisione nel 1972) in K. Gödel, *Collected Works*, edited by S. Ferman

che, almeno per il momento⁵⁵, “un calcolatore [...] non [abbia] il potere di risolvere *qualsiasi* problema”⁵⁶. Pertanto, un’ulteriore conseguenza della “dittatura”⁵⁷ normativa del calcolo è quella di eliminare i problemi non computabili, o quantomeno di ridurne la rilevanza. Ciò che conta è calcolabile.

3. Il concetto di diritto in un mondo algoritmico

Come si è anticipato, la normatività della tecnica ha effetto anche nel mondo giuridico dove “il principale sforzo, finora, è stato quello di versare il nuovo vino digitale negli antichi otri del diritto, in particolare quelli del diritto privato”⁵⁸. Le domande più frequenti sono state quelle relative al *quantum* e al *quomodo*: fino a che punto e in che termini il diritto è algoritmizzabile? Quali e quanti processi possono essere scomposti in istruzioni logiche binarie?⁵⁹

Eppure, questa serie di interrogativi ha perlopiù eluso una questione preliminare e prioritaria, evidentemente non computabile, come spiegava in modo cristallino Mario Losano già in un saggio del 1969: “il problema dell’algoritmizzazione del diritto comporta [...] il problema di semplificare la realtà giuridica, di sceglierne cioè certi aspetti, omettendone consapevolmente altri. Questa subordinazione della realtà ai problemi della formalizzazione può suscitare reazioni diverse nei giuristi. L’analisi dei motivi di queste varie reazioni mostra che nella discussione giuscibernetica si è introdotto il problema capitale della filosofia del diritto: per dire se questa semplificazione è o non è accettabile [...] bisogna chiedersi *che cos’è il diritto*”⁶⁰.

In altri termini, interrogare il rapporto tra tecnica e diritto conduce a formulare domande filosofico-giuridiche fondamentali e richiede di esplicitare quale sia il concetto di diritto di cui ci si intende avvalere. Ciò è tanto più necessario quanto più si considerino alcune aporie che di seguito proveremo sinteticamente a illustrare.

3.1. Trial and error

In primo luogo, l’attuale ricerca in campo computazionale, sia essa basata sull’“ingegneria della conoscenza” a partire da assunti simbolisti⁶¹ oppure fondata su tecniche induttive di apprendimento, come il *machine learning* o i modelli connessionistici ispirati alle reti neurali e all’emulazione del cervello⁶², adotta e fa propria una premessa scientifica che si traduce nell’adozione di un procedimento per tentativi, errori e correzioni (*trial and error*). “La scienza degli algoritmi ha [...], nei suoi stessi presupposti, il riconoscimento dell’incertezza e l’inevitabilità degli errori”⁶³.

et al., Oxford, Oxford University Press, 1986-1995, 5 voll., in particolare vol. II, pp. 217-251, dove l’autore afferma è necessario “andare oltre il *framework* della matematica finitaria nel senso di Hilbert” ricorrendo a “nozioni astratte”, “di secondo o più alto livello”, vale a dire nozioni che non coinvolgono le “proprietà e le relazioni di oggetti concreti (combinazioni di segni)”, ma che si riferiscono a “costrutti mentali (dimostrazioni, asserti dotati di significato)” i quali non si basano sulle “proprietà combinatorie delle concatenazioni di segni che rappresentano le dimostrazioni” bensì sui loro “*significati*” (ivi, p. 241, traduzione mia).

55 Per una diversa prospettiva, si rinvia ancora a P. Domingos, *L’Algoritmo Definitivo. La macchina che impara da sola e il futuro del nostro mondo*, cit.

56 P. Zellini, *La dittatura del calcolo*, cit., p. 128, corsivo aggiunto.

57 *Ibidem*.

58 V. Zeno-Zencovich, *Big Data e epistemologia giuridica*, in S. Faro, T.E. Frosini, G. Peruginelli (a cura di), *Dati e algoritmi. Diritto e diritti nella società digitale*, Bologna, Il Mulino, 2020, pp. 13-24, in particolare p. 13.

59 Cfr., a titolo di esempio, U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l’etica*, prefazione di Guida Alpa e di Augusto Barbera, Milano, Giuffrè, 2020.

60 M.G. Losano, *Giuscibernetica. Macchine e modelli cibernetici nel diritto*, Torino, Einaudi, 1969, p. 158, corsivo aggiunto.

61 M. Billi, *A Symbolic Approach for Ensuring Fairness in AI*, in *I-Lex*, 2021, 14, pp. 1-24.

62 Cfr. P. Domingos, *L’Algoritmo Definitivo. La macchina che impara da sola e il futuro del nostro mondo*, cit.

63 P. Zellini, *La dittatura del calcolo*, cit., p. 136.

Un tale assunto scientifico mal si adatta alla pretesa di giustizia o di correttezza morale (*Richtigkeit*) che secondo alcuni giuristi “non positivisti”⁶⁴ dovrebbe essere insita nella norma⁶⁵. Come ricordava Ronald Dworkin elaborando un famoso argomento apagogico⁶⁶, l’ipotesi di applicare una *checkerboard strategy* in via normativa pare perlopiù inaccettabile.

D’altro canto, a monte, la normatività della tecnica sfida persino l’ordine monistico del “giuspositivismo ideologico forte”, fondato sull’individuazione di “un unico ordinamento normativo”, quello del “diritto statual-legislativo”, quale esclusivo “sistema di regolamentazione del comportamento dell’uomo in società”⁶⁷.

Pertanto, in prima approssimazione, potremmo dire che l’idea di un diritto computabile e quella della normatività della tecnica entrano in collisione sia con le premesse del non-positivismo giuridico (pretesa di giustizia o correttezza morale) sia con le premesse del giuspositivismo ideologico forte (riduzione della normatività alla giuridicità).

3.2. Il dover essere

In secondo luogo, guardando ora al “giuspositivismo ideologico in senso debole”⁶⁸, è stato opportunamente notato che, là dove il diritto operi eseguendo *output* elaborati da un programma informatico a partire da un *set* iniziale di dati⁶⁹, tanto il nesso di imputazione quanto il nesso di causalità di ascendenza kelseniana vengono di fatto sostituiti da un rapporto di mera associazione⁷⁰.

Come si legge nell’edizione del 1960 della *Reine Rechtslehre*, a giudizio di Hans Kelsen il diritto è precisamente un “sistema di rapporti diverso da quello naturale”⁷¹, ovvero *attribuzione di rapporti* secondo un principio differente rispetto a quello causale che, regolando le leggi di natura secondo necessità, esprimerebbe piuttosto la specificità delle scienze naturali. In altre parole, il principio di imputazione rappresenta il “senso immanente” del “dover essere (*sollen*)” del diritto. Originariamente impiegato dai popoli primitivi per spiegare i nessi tra i fenomeni naturali, sulla scorta di una “interpretazione normativo-sociale della natura” pregna di “animismo” e fondata sul “principio di retribuzione”⁷², il principio di imputazione si sarebbe poi progressivamente affrancato dall’ambito delle scienze naturali, divenendo principio proprio delle scienze normative nelle quali illecito e sanzione sono collegati non secondo necessità bensì secondo libertà, e precisamente secondo quella “libertà in un ordinamento morale e giuridico” che è tipica degli “ordinamenti del dover-essere (*Soll-Ordnungen*): “l’uomo è libero perché e nella misura in cui il premio, la penitenza o la pena [...] possono essere imputati ad un certo comportamento umano [...]: e non perché questo comportamento sia causalmente indeterminato, bensì

64 Cfr. in part. R. Alexy, *Concetto e validità del diritto* (1992), Torino, Einaudi, 1997, p. 54.

65 Ivi, pp. 32-36.

66 Lo ricorda Gf. Zanetti, *Eguaglianza come prassi. Teoria dell’argomentazione normativa*, Bologna, Il Mulino, 2015, p. 111, con riferimento a R. Dworkin, *L’impero del diritto* (1986), Milano, Il Saggiatore, 1999, capitoli sesto e settimo. Si vedano anche, *inter alia*, G. Tarello, *L’interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 341-387; M. Barberis, *Pluralismo argomentativo. Sull’argomentazione dell’interpretazione*, in *Etica & Politica*, 2006, 1, pp. 1-21, in particolare pp. 11-12; M. La Torre, *Il diritto contro sé stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, Firenze, Leo Olschki, 2020, pp. 18-19.

67 N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 233-237, corsivo aggiunto. Com’è noto, Bobbio qualifica il “giuspositivismo ideologico” anche come “positivismo etico”: ivi, pp. 236-238.

68 N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 241-244.

69 Mi riferisco in particolare a ciò che Mirelle Hildebrandt ha definito “regolazione algoritmica guidata dai dati (*data-driven algorithmic regulation*)”, basata sul *machine learning* e sulle inferenze statistiche, ma il discorso sviluppato di seguito è valido, *a fortiori*, anche per la “regolazione algoritmica guidata dal codice (*code-driven algorithmic regulation*)”, fondata invece su un codice *self-executing*, dunque necessariamente deterministica: cfr. M. Hildebrandt, *Algorithmic Regulation and the Rule of Law*, in *Philosophical Transactions – The Royal Society Publishing*, 2018, <<https://royalsocietypublishing.org/doi/10.1098/rsta.2017.0355>>.

70 T. Greco, *Goodbye Kelsen? Sulla mutazione algoritmica del diritto*, in *Giustizia insieme*, 2021, <<https://www.giustiziainsieme.it/attualita-2/1663-goodbye-kelsen-sulla-mutazione-algoritmica-del-diritto-recensione-al-volume-di-n-lettieri-antigone-e-gli-algoritmi-di-tommaso-greco>>. Si veda anche T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2021, pp. XV, 100.

71 H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1960), Torino, Einaudi, 2021, p. 149.

72 Si tratta di ciò che Kelsen definisce il “principio del contrappasso” in *Società e natura. Un’indagine sociologica* (1949), Torino, Bollati Boringhieri, 1992: cfr. ivi in particolare le pp. 17-375, dedicate alla “mentalità primitiva” e al pensiero greco antico.

nonostante esso sia causalmente determinato; anzi, proprio perché è causalmente determinato. L'uomo è libero perché questo suo comportamento è un punto finale dell'imputazione⁷³.

Eliminando il dover essere, questa libertà scompare. Al contrario, nelle procedure computazionali si celebra l'apoteosi del ragionamento apodittico, il quale si dispiega attraverso principi primi inconfutabili da cui dedurre regolarità per mezzo di sillogismi espressi in bit (zero e uno) o byte (sequenze di bit)⁷⁴, secondo una logica inferenziale e deterministica.

In questi termini, la produzione del dato, che potremmo equiparare a una "misurazione" statistica, finisce per generare una base per la valutazione di risultanze future, ritenute affidabili. "E allora si ritiene di poter concepire l'ordinamento giuridico soltanto nella *regolarità* di un certo svolgersi del comportamento umano: [...] un tentativo di generare certe rappresentazioni negli individui, che verranno spinti a comportarsi in un certo modo in base alla forza motivatrice di tali rappresentazioni [...] — un'attività molto simile a quella del cacciatore che pone un'esca per attirare la selvaggina in una trappola"⁷⁵.

Nelle parole di Antoine Garapon e Jean Lassègue, pertanto "non c'è più distinzione tra l'essere e il dover essere, elemento caratterizzante dell'ordinamento giuridico. Non c'è differenza tra i parametri tecnici che permettono a un meccanismo di funzionare e la virtù del suo sistema, poiché la sua unica legittimità è nel suo funzionamento"⁷⁶. La giustizia diviene così una questione "di fatto" e non "di valore": "il digitale ricerca un *aggiustamento* tra due componenti chiamate a funzionare insieme, e che si affiano a vicenda, fino a incastrarsi alla perfezione, senza attriti", alla ricerca di un "perenne adattamento, continuamente perfezionato"⁷⁷, per "evitare ogni perdita e tendere a una piena massimizzazione"⁷⁸.

Oltre all'evidente natura regressiva e illiberale della procedura, occorre sottolineare che in questi termini "la *misura di un'attività* [viene] presa per una *misura del fenomeno* sul quale si esercita tale attività"⁷⁹, senza indagarne le cause e il contesto. Con uno slittamento di significato che dovrebbe allarmare i giuristi, "un indicatore di performance, spesso unico, diventa uno strumento di lettura di un contesto ben più generale", rendendo gli attori "degli strateghi" e la realtà "sempre più manipolabile"⁸⁰. Ciò accade, peraltro, in modo immediato, ovvero privo di qualunque intermediazione e interpretazione⁸¹, su un piano orizzontale e in un lasso di tempo pressoché istantaneo⁸².

In tal senso, in seconda approssimazione, il diritto computabile si priva della nozione di "dover essere" tipica del giuspositivismo ideologico in senso debole e la giustizia diviene un mero "aggiustamento" sul piano dei fatti, il quale postula una teoria meramente meccanicistica dell'interpretazione⁸³.

73 H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., pp. 119-120.

74 M. Cossutta, *Questioni sull'informatica giuridica*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 79.

75 H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 146. Si veda, al riguardo, K. Olivecrona, *Law as Fact*, Munksgaard & Milford, Copenhagen-London, 1939, p. 44: "i modelli di comportamento contenuti nelle regole sono assunti come modelli per le azioni nella vita reale. Le idee espresse in modo imperativo funzionano come una causa per le persone che agiscono in determinati modi" (traduzione mia).

76 A. Garapon, J. Lassègue, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, cit., p. 249.

77 *Ibidem*, corsivo aggiunto.

78 Ivi, p. 237.

79 D. Cardon, *Che cosa sognano gli algoritmi. Le nostre vite al tempo dei Big Data*, cit., p. 39, corsivo aggiunto.

80 Ivi, p. 40.

81 Viene a mancare, così, la "virtù della respirazione": cfr. A. Garapon, J. Lassègue, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, cit., pp. 131, 133, 195, 276.

82 Ivi, pp. 200, 245. Sulla sparizione dell'interprete, cfr., *inter alia*, V. Zeno-Zencovich, *Big Data e epistemologia giuridica*, cit., p. 14.

83 Cfr. N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, cit., p. 131, dove infatti l'autore cita "robot" e "calculator[i] elettronici[i]". A questo riguardo, Fernando H. Llano Alonso definisce inaccettabile una concezione del diritto che divenga mera "*ars utilis et mechanarum*": cfr. Id., *Transumanesimo, vulnerabilità e dignità umana: il giurista di fronte alle sfide della rivoluzione tecnologica 4.0*, in *Ordines*, 2021, 2, pp. 106-122, in particolare p. 115. Dal canto suo, Francisco Javier Ansuátegui Roig ricorda che, in questo scenario, nemmeno "l'avvenire dei diritti [...] può essere predetto matematicamente": cfr. F.J. Ansuátegui Roig, *L'avvenire (incerto) dei diritti*, in *Tigor. Rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica*, 2019, 2, pp. 53-61, in particolare p. 54.

3.3. Imprecisioni, pregiudizi, incompletezza, distorsioni statistiche, opacità come ingiustizie strutturali

In terzo luogo, la cristallizzazione dell'essere mediante procedure algoritmiche fa ampio ricorso alla "tecnica della *riducibilità*" come regola di modellizzazione, al fine di "passare da singoli problemi a intere classi di problemi"⁸⁴. In tal senso, la realtà deve essere prima scomposta in fattori rilevanti, scartandone altri, e poi successivamente ricomposta individuando categorie uniformi e *pattern* ripetuti. Questo procedimento risente di costitutive imprecisioni dovute a pregiudizi (*bias*)⁸⁵, rumore⁸⁶, *overfitting*⁸⁷ e varianze⁸⁸, alle quali si sommano i difetti cagionati da incompletezza, incertezza e distorsioni statistiche⁸⁹.

A ciò si aggiunge, inoltre, la pressoché impenetrabile opacità dei processi⁹⁰, i quali, da un lato, sono conoscibili soltanto da tecnici esperti e programmatori⁹¹, dall'altro lato, sono spesso coperti da segreti industriali e accordi commerciali, che finiscono per consegnare quantità sempre più ingenti e preziose di dati alle aziende migliori offerenti, sostenendo le dinamiche del c.d. "capitalismo della sorveglianza" e la poderosa asimmetria informativa sulla quale esso è costruito⁹².

Come una letteratura sempre più ampia ha oramai dimostrato, queste caratteristiche, strutturali e ineliminabili, polarizzano gli svantaggi sociali vigenti, amplificano le diseguaglianze pregresse e rinvigoriscono le discriminazioni più diffuse e pervasive. "Il determinismo predittivo" è "tutto l'opposto della promessa di emancipazione fatta dalla democrazia": esso "è regressione pura e semplice"⁹³.

A titolo di esempio, Safiya Umoja Noble ha dimostrato che i motori di ricerca alimentano la "disinformazione e una caratterizzazione errata delle comunità"⁹⁴ con effetti molto gravosi in termini di *technological redlining*⁹⁵ per i gruppi più emarginati, come le donne afroamericane. D'altro canto, Cathy O'Neill ha focalizzato l'attenzione sulla pervasività degli algoritmi e dei loro usi nella vita quotidiana: argomentando che "i modelli [...] sono il riflesso di obiettivi e ideologie, [...] sono opinioni radicate

84 P. Zellini, *La dittatura del calcolo*, cit., p. 134.

85 In psicologia i *bias* cognitivi sono *pattern* sistematici di deviazione dalla norma dei processi mentali di giudizio. Per estensione, in statistica e in informatica, i *bias* sono distorsioni del campione, del modello, dello strumento di misurazione, del misuratore, perlopiù riconducibili a pregiudizi strutturalmente e pervasivamente diffusi.

86 Cfr. D. Kahneman, O. Sibony, C.R. Sunstein, *Rumore. Un difetto del ragionamento umano*, Torino, UTET, 2021, dove si afferma che nel campo della predizione i giudizi meccanici sono molto più efficienti di quelli clinici (ivi, p. 313) e che "fortunatamente, ciò che rende regole e algoritmi così efficaci può essere replicato nel giudizio umano" (ivi, p. 316). Differenze e analogie tra *bias* e rumore possono essere sintetizzate come segue: "*Bias* e rumore — deviazione sistematica e dispersione casuale — sono due diverse componenti dell'errore" (ivi, p. 13).

87 Per *overfitting* si intende l'adattamento eccessivo di un modello ai dati specifici utilizzati per il *training*, il quale distorce la capacità di esercitare predizioni su un *set* di dati più ampio e differente rispetto a quello di partenza.

88 La varianza è riconducibile alla variabilità aleatoria del dato o del fenomeno che si intende misurare. Si pensi al celebre esempio del tacchino induttivista (invero, originariamente un pollo), ideato da Bertrand Russell e ripreso da Karl Popper. Il caso è quello di un tacchino in un allevamento che ogni giorno constata di essere nutrito regolarmente. Da ciò, il pennuto ricava l'inferenza induttivista che sarà sempre nutrito regolarmente: una predizione che si infrange la vigilia di Natale.

89 A. Carcaterra, *Machinae autonome e decisione robotica*, in A. Carleo (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, Il Mulino, 2019, pp. 33-61, in particolare pp. 39-41.

90 Cfr. G. Fioriglio, *La Società algoritmica fra opacità e spiegabilità: profili informatico-giuridici*, in *Ars interpretandi. Rivista di ermeneutica giuridica*, 2021, 1, pp. 53-67.

91 Le procedure talvolta non sono intelligibili nemmeno per gli esperti informatici: cfr. M. Billi, *A symbolic approach for ensuring fairness in AI*, cit., pp. 14-24. Ciò ha indubbe ripercussioni sul diritto di difesa di chi si ritenesse leso.

92 Come spiega Shoshana Zuboff, "i prodotti e i servizi del capitalismo della sorveglianza non sono oggetto di uno scambio di beni. Non pongono un rapporto di reciprocità costruttivo tra produttore e consumatore. Sono al contrario "esche" che attirano gli utenti in operazioni nelle quali le loro esperienze personali vengono estratte e impacchettate per gli scopi di altre persone. Non siamo i 'clienti' del capitalismo della sorveglianza. Un vecchio detto sostiene che 'se è gratis, il prodotto sei tu', ma anche questa visione è sbagliata. Noi siamo le fonti del fondamentale surplus del capitalismo della sorveglianza: l'oggetto di un'operazione di estrazione della materia prima tecnologicamente avanzata e sempre più inesorabile. I veri clienti del capitalismo della sorveglianza sono le aziende che operano nel mercato dei comportamenti futuri": S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, cit., p. 20.

93 A. Garapon, J. Lassègue, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, cit., p. 197.

94 S.U. Noble, *Algorithms of oppression: How search engines reinforce racism*, New York, New York University Press, 2018, p. 429.

95 Ivi, p. 24.

nella matematica⁹⁶, ne ha sottolineato l'opacità, l'iniquità e la capacità esponenziale di crescita (e di danno)⁹⁷.

Altri studi⁹⁸ hanno rivolto l'attenzione più specificamente al rapporto tra l'algoritmizzazione dei processi della vita e le discriminazioni, dirette e soprattutto indirette⁹⁹. In tal senso, Pauline Kim ha evidenziato la molteplicità di discriminazioni "per associazione"¹⁰⁰ rese possibili dalle logiche di *clustering*, come pure la possibilità di utilizzare pretesti statistici per ammantare discriminazioni intenzionali. Inoltre, come la studiosa spiega nei suoi lavori, difetti apparentemente casuali quali errori di archiviazione e pregiudizi statistici si verificano molto più frequentemente nel caso di persone dotate di caratteristiche protette, come il sesso o l'origine etnica, riconducibili a svantaggi sistematici e pervasivi¹⁰¹.

Dunque, occorre ribadire che le caratteristiche proprie della computazione alimentano una varietà di ingiustizie sociali strutturali, le quali cagionano benefici e danni a individui e gruppi in proporzione diretta rispetto alla distribuzione iniziale di vantaggi e svantaggi¹⁰². Chi si trova maggiormente esposto al rischio di discriminazioni avrà maggiori chance di essere ulteriormente discriminato, mentre, d'altro canto, si verifica una "secessione degli eccellenti": "lo scivolamento verso ripartizioni estreme è una conseguenza dei calcoli reticolari"¹⁰³.

In questi termini, si potrebbe delineare una precisa "ideologia" celata dietro la presunta neutralità della crescente algoritmizzazione dei processi della vita. In tal senso, in terza approssimazione, persino l'avalutatività del giuspositivismo metodologico risulterebbe di fatto contraddetta¹⁰⁴.

96 C. O'Neill, *Armi di distruzione matematica. Come i Big Data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia* (2016), Milano, Bompiani, 2017, p. 49.

97 Ivi, pp. 63-66; cfr. anche ivi, p. 68. Nella parte conclusiva della sua disamina, l'autrice afferma che "valori profondi e autoregolamentazione" sono importanti ma "tengono a freno solo chi è già scrupoloso", là dove, più ampiamente, il "primo passo" verso la costruzione di tecnologie meno ingiuste è "riprenderci dalla tecno-utopia, vale a dire quella fiducia sconfinata ma ingiustificata nelle capacità degli algoritmi e della tecnologia. Prima di chiedergli di fare di meglio, dobbiamo prendere atto che non possono fare tutto" (ivi, pp. 438-439).

98 Su questo aspetto, sia consentito rinviare a S. Vantin, *Il diritto antidiscriminatorio nell'era digitale. Potenzialità e rischi per le persone, la Pubblica amministrazione, le imprese*, Milano, Wolters Kluwer, 2021.

99 Cfr. D. Morondo Taramundi, *Discrimination by machine-based decisions: Inputs and limits of anti-discrimination Law* (in preparazione). Cfr. anche R. Xenedis, L. Senden, *EU non-discrimination law in the era of Artificial Intelligence: Mapping the challenges of algorithmic discrimination*, in U. Bernitz et al. (eds.), *General principles of EU law and the EU digital order*, Alphen an den Rijn, Wolters Kluwer, 2020, pp. 151-182; R. Nunn, *Discrimination in the age of algorithms*, in W. Barfield (ed.), *The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pp. 182-198.

100 P.T. Kim, *Data-driven discrimination at work*, in *William and Mary Law Review*, 2017, 58, pp. 857-936.

101 Ivi, pp. 886-889.

102 Una situazione aggravata dal problema dei divari digitali, su cui sia consentito rinviare a S. Vantin, *Discriminazioni e vulnerabilità nell'epoca della rete globale*, in Th. Casadei, S. Pietropaoli (a cura di), *Informatica giuridica. Questioni e prospettive*, Milano, Wolters Kluwer, 2021, pp. 233-245.

103 D. Cardon, *Che cosa sognano gli algoritmi. Le nostre vite al tempo dei Big Data*, cit., p. 88.

104 È forse piuttosto la prospettiva giusrealista ad adattarsi al meglio alle condizioni della mutata realtà digitale, là dove si rinvenga in questa un "approccio di tipo pragmatico-comportamentistico [...] connesso a un'idea prettamente sociale del diritto e ad una tendenza alla concretezza" (Th. Casadei, *Realismi giuridici, da John Dewey ad Alf Ross: il ruolo del giudice, le configurazioni del diritto, il fatto della democrazia*, in Th. Casadei, Gf. Zanetti, *Manuale di Filosofia del diritto. Figure, categorie, contesti*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 322-344, in particolare p. 322). Si pensi in particolare alla celebre definizione del giudice Oliver Wendell Holmes che, paragonando lo studio del diritto a un "business", afferma che "l'oggetto del nostro studio è dunque la predizione, la predizione dell'incidenza della forza pubblica attraverso la strumentalità delle corti": cfr. O.W. Holmes, *The Path of the Law*, in *Harvard Law Review*, 457, 1897, pp. 457-478, traduzione mia. Per approfondire, si veda P. Chiarella, *Il giudice democratico. Oliver Wendell Holmes tra scienza del diritto e professione legale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2018, 2, pp. 301-325. È comunque difficile individuare, in seno alla costellazione giusrealista, una tendenza unitaria sul punto. Per fare solo un altro esempio, si pensi alla prospettiva del danese Alf Ross, per il quale, come dimostra la similitudine della partita a scacchi descritta in apertura a *Diritto e giustizia*, le mere "regolarità" non danno una conoscenza completa delle regole, là dove è un'"ideologia normativa di contenuto noto" ad "animare e governare" la "vita spirituale" di un giudice: cfr. A. Ross, *Diritto e giustizia* (1965), Torino, Einaudi, 2001, pp. 16, 71. Considerate le premesse epistemologiche di Ross, per la verità, è persino da escludersi che si possa parlare di un "concetto" del diritto con riferimento alla sua elaborazione. Al riguardo, cfr. A. Porciello, *Alf Ross e l'epistemologia giuridica*, in Id., *Diritto e morale: tre questioni. Scorsi di teoria del diritto*, Pisa, ETS, 2021, pp. 77-99. Altrettanto complesso è il rapporto tra algoritmizzazione del mondo, concetto di diritto e teorie critiche del diritto. In estrema sintesi, da un lato, com'è noto, le teorie critiche o postmoderne del diritto non sono interessate tanto a offrire una nuova definizione del concetto di diritto, quanto a proporre "nuove metodologie di analisi giuridica", che mostrino le rela-

4. L'intelligenza artificiale e il ritorno dell'etica

Davanti a queste sfide, è convinzione diffusa che “l'avanzata delle tecnologie digitali [possa] e [debba] essere governata. Il processo dinamico dell'innovazione non avviene in un vuoto istituzionale, politico, socioeconomico e culturale. [...] Il progresso, tanto quello tecnologico quanto quello sociale, ha bisogno di essere indirizzato e la direzione si definisce a partire dagli obiettivi che ci si prepone”¹⁰⁵.

Pertanto, in linea con molta letteratura, potremmo sostenere che le risultanze algoritmiche elaborate dalle tecnologie devono essere sottoposte a un “controllo umano significativo”¹⁰⁶ e a una disamina dei loro meccanismi di funzionamento. L'immediatezza della potenza di calcolo deve essere interrotta da un vaglio umano in grado di vigilare sugli effetti e le finalità delle procedure.

Come rivelano le fonti normative e la dottrina, si tratta di un vero e proprio ritorno dell'etica. Così, per poter essere ritenuti “affidabili” (*trustworthy*), specifici software, programmi e sistemi devono incorporare determinati principi etici nel loro *design* e imporre precisi obblighi sul piano della deontologia professionale e della responsabilizzazione (*accountability*) dei soggetti coinvolti nel corso della loro intera filiera produttiva¹⁰⁷.

In uno scenario che, come si è detto, pare per certi aspetti assimilabile, Anders faceva appello allo “sviluppo della fantasia morale”, intesa come il “tentativo di vincere il ‘dislivello’, di adeguare la capacità e l'elasticità della nostra immaginazione e del nostro sentire alle dimensioni dei nostri prodotti e alla imprevedibile dismisura di ciò che possiamo perpetrare”¹⁰⁸. In altre parole, invitava a sforzarsi di immaginare le conseguenze inintenzionali dei nostri prodotti tecnologici, rifiutando in particolare di “collaborare [...] a nulla che possa avere a che fare anche nel modo più indiretto con la fabbricazione, la sperimentazione e l'impiego” dei congegni più letali¹⁰⁹.

Più ampiamente, il filosofo tedesco metteva in guardia contro il pericolo di un affievolimento del senso morale¹¹⁰. “Se, come abbiamo descritto, il mondo viene presentato all'uomo di massa sotto forma di una totalità di schemi fissi, al posto del mondo subentra una totalità di rappresentazioni, che è ‘sua’, ma soltanto perché gli viene impressa. ‘La mia rappresentazione del mondo sia il mondo per voi’, dice la volontà di colui che crea le matrici”¹¹¹. In tal senso, il “conformismo odierno” è quello in forza del quale “ogni singola anima è adattata alla matrice”¹¹²; così “la mancanza di libertà ci appare ovvia, [al punto]

zioni tra diritto, potere, dominio e assoggettamento (cfr. B. Pastore, *Prefazione* a M.G. Bernardini, O. Giolo [a cura di], *Le teorie critiche del diritto*, Pisa, Pacini, 2017, pp. 9-12, in part. p. 10). Dall'altro lato, l'enfasi sul “soggetto che interpreta e crea il significato giuridico”, o meglio sulla molteplicità dei soggetti (G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto* [1995], Bologna, Il Mulino, 2001, p. 416), sembra scontrarsi con i fenomeni di “ominescenza” e di frammentazione della soggettività tipici dell'era digitale (cfr., *inter alia*, M. Serres, *Hominescence*, Paris, Le Pommier, 2001). Ciononostante, non mancano contributi interdisciplinari volti a uno studio dei dati informatici finalizzato al recupero della centralità della prospettiva dei soggetti, e alla difesa dei principi del rispetto delle differenze e della valorizzazione delle identità, come mostrano i c.d. *Critical Data Studies*. Sul punto, cfr. N. Lettieri, *Antigone e gli algoritmi. Appunti per un approccio giusfilosofico*, Modena, Mucchi, 2020, pp. 50-60; R. Piroso, *I dilemmi della tecnoregolazione: uno sguardo critico*, in Th. Casadei, S. Pietropaoli (a cura di), *Diritto e tecnologie informatiche. Questioni di informatica giuridica, prospettive istituzionali e sfide sociali*, Milano, Wolters Kluwer, 2021, pp. 275-284. Per un più ampio approfondimento sulle prospettive critiche sul diritto, cfr. M.G. Bernardini, O. Giolo (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, cit.

105 A. Aloisi, V. De Stefano, *Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano*, Roma-Bari, Laterza, 2020, pp. 40, 46.

106 Cfr. F. Santoni de Sio, J. van den Hoven, *Meaningful human control over autonomous systems: A philosophical account*, in *Frontiers in Robotic AI*, 2018, 5, <<https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/frobt.2018.00015/full>>.

107 Cfr. U. Pagallo, *Etica e diritto dell'Intelligenza Artificiale nella governance del digitale. Il Middle-Out Approach*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, cit., pp. 29-44. Come ricorda Fernando H. Llano Alonso, si tratta di un'etica “antropocentrica e antropogenica”: Id., *L'etica dell'Intelligenza artificiale nel quadro giuridico dell'Unione europea*, in *Ragion pratica*, 2021, 57, pp. 327-347, in particolare pp. 336.

108 G. Anders, *L'uomo è antiquato*, vol. I: *Considerazioni sull'anima nell'epoca della seconda rivoluzione industriale*, cit., p. 256. Cfr. anche G. Anders, *L'ultima vittima di Hiroshima. Il carteggio con Claude Eatherly il pilota della bomba atomica*, cit., p. 41.

109 *L'uomo è antiquato*, vol. I: *Considerazioni sull'anima nell'epoca della seconda rivoluzione industriale*, cit., p. 288. Il riferimento è in particolare alla bomba atomica.

110 Cfr. quanto riportato in P.P. Portinaro, *Tecnica ed etica a una dimensione*, in Id., *Il principio disperazione. Tre studi su Günther Anders*, cit., pp. 122-179, in part. p. 149, n. 86, a proposito delle notazioni sui colloqui con Bertold Brecht che Anders affida al diario californiano nel 1941. Contro “l'ateismo morale e lo scetticismo normativo” brechtiano, Anders fa valere il suo “intuizionismo etico”: pur non sapendo dire quale sia il fondamento degli imperativi morali, a suo giudizio dal punto di vista pratico ci sono evidenze che non consentono di ignorare i richiami della coscienza.

111 *L'uomo è antiquato*, vol. I: *Considerazioni sull'anima nell'epoca della seconda rivoluzione industriale*, cit., p. 162.

112 Ivi, p. 186.

che non la sentiamo affatto come mancanza di libertà; o che, semmai, ci appare soave e comoda. [Eppure], in un certo senso, è più funesta di qualunque altra privazione di libertà che sia palese e riconoscibile per tale: perché il terrorismo procede *in punta di piedi*, perché esclude ogni idea di un'altra condizione possibile, ogni idea di opposizione"¹¹³.

Per la verità, l'esortazione a sviluppare tecnologie etiche è stata recentemente raccolta dall'Unione Europea, in particolare per quello che concerne la regolamentazione dell'intelligenza artificiale, una materia attualmente inquadrabile entro una disciplina basata sulla valutazione del rischio¹¹⁴. In effetti, se l'iter normativo della proposta di Regolamento della Commissione sull'Intelligenza artificiale del 21 aprile 2021 (*Artificial Intelligence Act*) verrà concluso positivamente, servizi e prodotti intelligenti che rappresentino un rischio troppo alto per i diritti fondamentali e il rispetto del diritto dell'Unione saranno vietati: tra questi rientrano, ad esempio, quei sistemi che agiscono mediante tecniche subliminali che potrebbero comportare danni fisici o psicologici per le persone coinvolte, o i prodotti che operano sfruttando le vulnerabilità di determinati soggetti come i minori o le persone disabili.

In termini teorici, combinando il modello dell'etica delle conseguenze con quello dell'etica dei doveri¹¹⁵, principi ritenuti fondamentali e inderogabili assicureranno una soglia minima di accettabilità che dovrà essere garantita da tutti i prodotti intelligenti commercializzati nel territorio dell'Unione.

Tuttavia, sul piano pratico, l'applicazione di questa impostazione pare molto complessa. Se alcuni ritengono che l'autoapprendimento sia una delle caratteristiche costitutive della famiglia di tecnologie qualificabili come intelligenti, certo è che l'intelligenza artificiale odierna è prevalentemente fondata su tecniche di *machine learning* o *deep learning* che rendono gli effetti dell'elaborazione del sistema imprevedibili per definizione. Le parole di Anders sembrano ancora una volta calzanti: "Per quanto ciò possa sembrare contraddittorio, *ciò che ci limita* (e cioè ciò contro cui rimaniamo inermi) è *l'illimitatezza degli effetti del nostro agire*. *L'onnipotenza è il nostro più fatale difetto*"¹¹⁶, là dove "il nostro mondo, sebbene l'abbiamo inventato ed edificato noi stessi, con il trionfo della tecnica è diventato tanto smisurato, che in verità ha smesso di essere "nostro", nostro in senso psicologicamente verificabile"¹¹⁷.

Vi sono poi una serie di eccezioni all'applicazione della proposta di *Artificial Intelligence Act*, tra le quali, la più rilevante è quella dei prodotti sviluppati o utilizzati per scopi esclusivamente militari. In uno scenario sempre più "eccedente" la capacità umana di immaginazione, le armi letali autonome (*Lethal Autonomous Weapons Systems*), quali sistemi di difesa aerea, sentinelle robotiche e munizioni vaganti, sono in grado di selezionare, individuare e colpire un obiettivo militare senza alcun intervento umano dopo l'attivazione. Questi congegni pongono evidenti problemi di compatibilità rispetto al diritto internazionale, soprattutto con riferimento ai principi di distinzione e di proporzionalità stabiliti dai Protocolli addizionali alle Convenzioni di Ginevra, vanificando il tentativo di individuare chiaramente

113 Ivi, p. 187, corsivo aggiunto. Si veda a tal riguardo anche quanto affermato da Hannah Arendt nel Prologo di *Vita activa. La condizione umana* (1958), Milano, Bompiani, 2017, in particolare p. 36.

114 Com'è noto, il 21 aprile 2021 la Commissione Europea ha presentato una proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale, frutto di un iter ampiamente partecipato. Attualmente al vaglio del Parlamento europeo e del Consiglio, il documento in esame è oggetto di grande interesse non soltanto perché, se dovesse entrare in vigore, implicherebbe norme obbligatorie e immediatamente applicabili in ciascuno degli Stati membri, con ricadute capillari anche su utenti, consumatori e comuni cittadini, ma anche in quanto rappresenta un modello di regolamentazione, marcatamente europeo, imperniato su caratteristiche reputate essenziali nell'ambito della visione normativa del continente, a cominciare dalla prospettiva antropocentrica basata sul rispetto dei diritti fondamentali e dei valori dell'Unione. Si tratta, pertanto, di un ulteriore tassello di una strategia normativa coesa che ambisce ad adottare strumenti regolatori adeguati al carattere di transnazionalità della rete e alle potenzialità difficilmente delimitabili e prevedibili dei sistemi intelligenti emergenti.

115 T.L. Beauchamp, *Ethical Theory and Bioethics*, in T.L. Beauchamp, L. Walters, J.P. Kahn, A.C. Mastroianni (eds.), *Contemporary issues in bioethics*, Thomas Wadsworth, Belmont, 2008, pp. 1-32.

116 G. Anders, *La resistenza atomica. Nuovi brani scelti sul tema "stato di necessità e legittima difesa"*, in G. Anders, *Il mondo dopo l'uomo. Tecnica e violenza*, cit., pp. 19-33, in particolare p. 21. Nota con acutezza Pier Paolo Portinaro che la situazione umana negli scritti andersiani è "aporetica": "per un verso ogni agire deve sottomettersi all'imperativo che impone di scongiurare la catastrofe assoluta; per l'altro quella minaccia, se assunta come assoluta da un'etica della responsabilità che si tramuta inesorabilmente in etica dell'intenzione, finisce per condannare all'irrelevanza ogni altra differenza politica e sociale e ogni altra finalità della prassi" (P.P. Portinaro, *Distopia e post-storie*, in Id., *Il principio disperazione. Tre studi su Günther Anders*, cit., p. 88). A quest'ultimo proposito, in effetti, si legga quanto Anders scrive a proposito delle "altre buone cause" in G. Anders, *L'ultima vittima di Hiroshima. Il carteggio con Claude Eatherly il pilota della bomba atomica*, cit., p. 167, dove formula l'esempio del medico generoso: se "si mettesse a riparare tutte le automobili dei suoi vicini, potrebbe essere estenuato quando lo chiamassero a eseguire un'operazione urgente".

117 G. Anders, *Noi figli di Eichmann* (1964, 1988), Firenze, Giuntina, 2018, p. 29.

una responsabilità ai sensi del diritto penale nazionale o internazionale¹¹⁸, assieme alla possibilità di fare appello a un'umanità condivisa che consenta al bersaglio che si sia arreso di avere salva la vita¹¹⁹.

Proprio questo è forse il suggello definitivo dell'analisi andersiana che riteneva ormai giunto "il giorno zero di un nuovo computo del tempo: il giorno a partire dal quale l'umanità [è] irreparabilmente in grado di autodistruggersi"¹²⁰. Tale capacità di distruzione è oggi, più che mai, disponibile, divenendo addirittura l'effetto collaterale di una serie di scelte sulle quali il controllo umano è reso via via sempre più difficile, finanche strutturalmente impossibile.

In conclusione, sebbene le tecnologie facciano della capacità di estrarre regolarità la chiave di una nuova forma di normatività, la complessità delle sfide etiche inerenti alla loro applicazione pratica sembra ancora una volta superare ogni capacità di previsione o di immaginazione umana, e con essa ogni prospettiva di adeguata regolamentazione. "A differenza dell'angelo di Klee, assunto da Benjamin come figura simbolica, il quale [...] volge all'indietro il capo (sebbene trascinato in avanti dall'uragano della storia che gli si è impigliato nelle ali), [...] l'umanità attuale guarda altrettanto poco indietro che avanti: durante il suo volo tempestoso i suoi occhi restano chiusi, tutt'al più fissi sull'istante presente"¹²¹.

118 Sul concetto di "colpevole innocente", cfr. G. Anders, *L'ultima vittima di Hiroshima. Il carteggio con Claude Eatherly il pilota della bomba atomica*, cit., p. 25; nonché, Id., *I morti. Discorso sulle tre guerre mondiali*, Napoli, Medusa, 2018.

119 Sull'"irrelevanza dell'uomo", cfr. G. Anders, *La battaglia delle ciliegie. La mia storia d'amore con Hannah Arendt*, Roma, Donzelli, 2021, in particolare pp. 23-54. Sulle armi autonome, cfr. G. Tamburrini, *Etica delle macchine. Dilemmi morali per robotica e intelligenza artificiale*, cit., pp. 77-115; R. Campione, *La plausibilidad del derecho en la era de la inteligencia artificial. Filosofía carbónica e filosofía silicica del derecho*, Madrid, Dykinson, 2020, pp. 39-50; S. Pietropaoli, *Cyberspazio. Ultima frontiera dell'inimicizia? Guerre, nemici e pirati nel tempo della rivoluzione digitale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2019, 2, pp. 379-400.

120 G. Anders, *La distruzione del futuro*, in G. Anders, *Il mondo dopo l'uomo. Tecnica e violenza*, cit., pp. 51-94, in part. p. 73. È questa, secondo Anders, l'epoca della "terza rivoluzione industriale": cfr. G. Anders, *L'uomo è antiquato*, vol. II: *Sulla distruzione della vita nell'epoca della terza rivoluzione industriale*, cit., p. 13.

121 Ivi, p. 275. Soprattutto negli scritti più tardi, l'"euristica della disperazione" elaborata da Anders approda a una "intransigenza senza speranza" che rivela l'irrimediabile "fallimento del pensiero": cfr. P.P. Portinaro, *Distopia e post-historie*, in Id., *Il principio disperazione. Tre studi su Günther Anders*, cit., pp. 107, 82, 121. In tal senso, si vedano gli approdi sulla legittimazione della "contro-violenza" in G. Anders, *Il mondo dopo l'uomo. Tecnica e violenza*, cit., pp. 44-45, 50.

Interventi

Stefano Corso*

Alla migliore delle famiglie possibili. Brevi considerazioni sull'adozione da parte dei single

Sommario

1. Paradigma matrimoniale, mitologia della famiglia. – 2. L'adozione del minore da parte del singolo nell'ordinamento italiano. – 3. L'adozione da parte dei *single* negli ordinamenti europei. – 4. L'influsso del diritto internazionale nel diritto minorile interno con riguardo all'adozione di minori. – 5. A proposito di una proposta. – 6. La migliore delle famiglie possibili.

Abstract

Il saggio mira ad offrire un contributo, da un lato, allo studio dell'adozione da parte del singolo e, dall'altro, alla ricerca di prospettive di riforma dell'adozione nell'ordinamento italiano. Dopo un'analisi dell'attuale disciplina, un raffronto con altre esperienze giuridiche europee e una ricognizione sul piano del diritto internazionale, esamina una proposta normativa innovativa, dal taglio trasversale. L'articolo conclude, prendendo le mosse dalla sentenza della Corte costituzionale n. 252 del 2021, con una sintesi delle riflessioni, in chiave critica e sistematica.

The essay aims to make a contribution, on the one hand, to the study of adoption by individuals and, on the other, to the search for perspectives on the reform of adoption in the Italian legal system. After an analysis of the current discipline, a comparison with other European legal experiences and a recognition at the level of international law, it examines an innovative regulatory proposal, with a transversal slant. It concludes, taking the Constitutional Court ruling no. 252 of 2021 as a starting point, with a summary of the reflections, from a critical and systematic perspective.

1. Paradigma matrimoniale, mitologia della famiglia

«Liberarsi delle ombre gigantesche abilmente create da una straordinaria lanterna magica». Era ciò che intendeva fare, cercando di andare oltre le mitologie giuridiche — quelle della modernità — Paolo Grossi¹.

* Dottorando di ricerca in Diritto privato, Università di Padova. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1 P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, 3a ed., Milano, Giuffrè, 2007, p. 50. L'A. rammenta anche, ricordando di non essere il primo a usare questo sintagma, la voce «Mitologia giuridica» di Santi Romano, nei *Frammenti di un dizionario giuridico*.

La famiglia, mitica isola che il mare del diritto può solo lambire², ancora è ricca di, pur diverse, mitologie. Il paradigma del matrimonio³, nell'adozione, così come pare stagliarsi nel panorama italiano, a suo modo, è una di queste.

Nata come istituto con funzione ed effetti, in sostanza, patrimoniali, per trasmettere la ricchezza e il nome della famiglia a una discendenza, l'adozione entra con questa veste nelle codificazioni moderne⁴. Così connotata, era consentita anche alla persona sola; anzi, nel XIX secolo l'adozione da parte di un singolo era la normalità⁵.

Una prima positiva emersione del 'modello contemporaneo' di adozione, con lo scopo di rispondere all'esigenza socialmente percepita di prestare un soccorso ai bambini che vivevano ai margini, orfani o abbandonati, si ebbe a metà dell'Ottocento negli Stati Uniti d'America⁶. In Europa l'evoluzione verso questo modello avvenne più tardi, a partire dalla fine del XIX secolo⁷.

L'Italia ne conobbe l'approdo con la legge del 1967, sulla c.d. adozione speciale. L'art. 314 *bis* del codice civile, il primo di quel neointrodotta Capo III, esordiva riservando la possibilità di adottare un minore ai coniugi, uniti nel matrimonio.

La legge n. 184 del 1983, estromessa l'adozione del minore dal *corpus* del codice per dettarne una disciplina organica, replicò la scelta, confermata poi anche dalla legge 28 marzo 2001, n. 149, di permettere di adottare pienamente un bambino solo alla coppia sposata.

Fiume in piena⁸ o arcipelago⁹, sempre tra flutti in moto, la famiglia scorre ancora, rapida, in mutamento¹⁰. Famiglia monoparentale — si dice — per riferirsi a quella composta da una persona adulta

-
- 2 È il celeberrimo, ormai quasi rituale, simbolo utilizzato da A.C. Jemolo, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, III, Napoli, Jovene, 1949, p. 22. Cfr. P. Zatti, *Premessa*, nel *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, *Le riforme*, I, *Legami di coppia e modelli familiari*, G. Ferrando, M. Fortino e F. Ruscello (a cura di), Milano, Giuffrè, 2019, p. XI.
- 3 L. Lenti, *L'adozione e il paradigma matrimoniale*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, II, pp. 911 ss. Si può giusto rammentare un'altra mitologia, ossia quella della connotazione fortemente culturale del diritto di famiglia, contrapposta alla tecnica neutrale di obbligazioni e contratti, connotazione che ritaglierebbe una sua asserita specialità rispetto al cuore del diritto privato, tradizionalmente individuato nel diritto dei rapporti patrimoniali. A. Vercellone, *Più di due. Verso uno statuto giuridico della famiglia poliamore*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2017, p. 607. Cfr. M.R. Marella, *Critical Family Law*, in *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, vol. 19, n. 2, 2011, pp. 721 ss.
- 4 N. Cipriani, *Adozioni*, in *Diritto civile minorile*, A. Cordiano e R. Senigaglia (a cura di), Napoli, Esi, 2022, p. 327. Offre un'ampia trattazione, L. Lenti, *Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, nel *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, II, *Filiazione*, G. Collura, L. Lenti e M. Mantovani (a cura di), 2a ed., Milano, Giuffrè, 2012, pp. 767 ss. Cfr. M.G. di Renzo Villata, *L'adozione nell'Ottocento: un istituto in un irreversibile declino?*, in *Prospettive e limiti dell'autonomia privata. Studi in onore di Giorgio De Nova*, II, G. Gitti, F. Delfini e D. Maffei (a cura di), Milano, Giuffrè, 2015, pp. 1067 ss. Per un'analisi storica dell'istituto verso periodi più risalenti, Ead., *L'adozione tra medio evo ed età moderna: un istituto al tramonto?*, in *Mélanges de l'École française de Rome: Italie et méditerranée*, 2012, pp. 141 ss. V. anche, più in generale, G. Cattaneo, voce «Adozione», in *Digesto IV ed., discipline privatistiche, sezione civile*, I, Torino, Utet, 1987, pp. 94 ss.; M. Dogliotti, *Adozione di maggiorenni e minori. Artt. 291-314. L. 4 maggio 1983, n.184. Diritto del minore a una famiglia*, nel *Commentario Schlesinger*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 6 ss.; G. Bonilini e M. Boselli, *L'adozione dei minori di età*, nel *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini, 2a ed., III, *La filiazione e l'adozione*, Torino, Utet, 2022, pp. 507 ss.
- 5 L. Lenti, *Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, cit., p. 790, osserva come ciò fosse vero specialmente per l'uomo singolo, in quanto egli «riassumeva nella sua persona l'unità familiare, era il rappresentante e la sintesi dell'intera famiglia in gran parte delle relazioni sociali e giuridiche in cui questa era coinvolta». Si può capire come, allora, per l'idoneità dell'adottante, fossero valutate le condizioni economiche, la posizione e la fama in società, piuttosto che le capacità psicologiche e la disponibilità affettiva.
- 6 *Ivi*, pp. 777 ss., in cui si individua, come primo atto normativo in tal senso approvato, una legge del Massachusetts, del 1851.
- 7 M. Mantovani, nel *Commentario Gabrielli. Della famiglia*, 2a ed., III, G. Di Rosa (a cura di), Torino, Utet, 2018, *sub art.* 1, L. n. 184/1983, p. 526.
- 8 A.C. Jemolo, *Il matrimonio*, nel *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, 3a ed., Torino, Utet, 1961, p. 36.
- 9 F.D. Busnelli, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, I, pp. 509 ss. Cfr. S. Patti, *La famiglia: dall'isola all'arcipelago?*, in *Rivista di diritto civile*, 2022, pp. 507 ss.; M. Paradiso, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Rivista di diritto civile*, 2016, pp. 1310 ss. V. M. Mantovani, *Lo stato di figlio. Artt. 231-249*, nel *Commentario Schlesinger*, Milano, Giuffrè, 2022, p. 4. In senso più critico, V. Calderai, *Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, I, pp. 986 s.
- 10 V. L. Lenti, *Diritto della famiglia*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, Giuffrè, 2021, pp. 10 ss. Cfr. C. Irti, *Nuovi modelli familiari e tutela del minore nella crisi del rapporto di coppia*, in *Diritto civile minorile*, cit., pp. 159 ss. Come scriveva P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, Esi, 1984, p. 557, «è stato detto che la storia della famiglia è la storia della sua disgregazione; in realtà è la storia della sua trasformazione».

sola e i suoi figli; famiglia unipersonale, per indicare quella che coincide con la persona sola. È evidente, ormai da tempo, in Italia, non solo che questi tipi di famiglie abbiano acquistato, per svariati motivi, una notevole consistenza numerica¹¹, ma anche che siano in pressoché costante aumento¹².

L'impostazione del sistema italiano è in realtà oggetto di continue riflessioni della dottrina, che, in ordine alla possibilità di adottare per i *single*, si è divisa¹³.

Tuttavia l'anacronismo, quanto mai avvertito, determina l'urgenza di un ripensamento, nel segno dell'apertura. Le ombre sempre più lunghe di una paradigmatica mitologia ne fanno presagire il tramonto e la consegna alla storia.

2. L'adozione del minore da parte del singolo nell'ordinamento italiano

Recita l'art. 6, comma 1°, primo periodo, della legge n. 184 del 1983: «L'adozione è consentita a coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni».

Ciò non significa che i *single* non possano adottare, anzi. Le persone sole, ad esempio, possono adottare — pur non pienamente — un minore con *handicap*. Sembrerebbe paradossale che proprio un bambino con bisogni speciali possa essere adottato da un singolo, ma ciò è previsto dall'art. 44 l. adoz. L'intenzione del legislatore, in tal caso, è stata quella di permettere l'adozione anche alle persone non coniugate, per dare a questi minori un maggior numero di *chance*¹⁴.

Nel sistema giuridico italiano, infatti, l'adozione da parte del singolo è ammessa, in genere, solo nelle forme dell'adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, comma 3°, l. adoz.

Preme sottolineare, sin da subito, come la disciplina dell'adozione in casi particolari sia sensibilmente mutata a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 79 del 2022. Dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 55 l. adoz., nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300 c.c., «prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante», il giudice delle leggi ha eliminato uno dei tratti distintivi dell'istituto, rispetto all'adozione piena, maggiormente controversi¹⁵. Ora, entrambi i modelli di adozione determinano, quindi, l'instaurarsi dei rapporti parentali fra l'adottato e i parenti dell'adottante.

-
- 11 L. Fadiga, *L'adozione legittimante dei minori*, nel *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, II, *Filiazione*, cit., p. 853, calcolava che le famiglie unipersonali rappresentassero circa il 26 % del totale.
- 12 Le famiglie unipersonali, tra il 2011 e il 2019, sono incrementate maggiormente nelle Regioni del centro (+21%), dove il peso relativo di queste famiglie è passato dal 10,9% del 1971 al 37,1%, mentre nel nord-ovest salgono al 37,7% dal 16,0% del 1971, confermando il primato di questa area. Questi sono i dati del *Censimento permanente della popolazione: le famiglie in Italia, anni 2018 e 2019* dell'Istat, consultabile in www.istat.it, marzo 2022. Le famiglie monoparentali sono passate dal 5,5% nel 1983, al 15,8% nel biennio 2015-2016, circa un milione e trentaquattromila, laddove è la donna a costituire l'86,4% dei nuclei monogenitore. In Europa vi è una diffusione anche maggiore, specialmente nei Paesi del Nord: in Danimarca, il 29%; in Estonia, il 28%; in Svezia e Lituania, il 25%; in Lettonia, il 23%; in Gran Bretagna, il 22%; in Francia, 21%. Riporta queste statistiche M. Parente, *Famiglia e welfare nell'Europa del Sud. Il fenomeno delle famiglie monogenitoriali*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2019, p. 470. Più contenuto il fenomeno in Croazia, con il 6%, in Romania, 7%, Grecia e Slovacchia e Finlandia, 8%. Ma si v. già il rilievo di P. Veronesi, *Costituzione, "strane famiglie" e "nuovi matrimoni"*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, p. 602, nt. 131.
- 13 Sia concesso il rinvio, per una veloce ricognizione delle posizioni dottrinarie, a S. Corso, *Prestigiatura, ovvero sull'adozione del minore da parte del singolo*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2022, II, pp. 612 s., spec. nt. 35.
- 14 Si vedano, a tal proposito, le pagine di D. Bonamore, *L'adozione speciale deve essere «speciale» (legittimazione per «un solo adottante»)*, art. 6 l. 22 maggio 1974 n. 357, in *Giustizia civile*, 1994, pp. 247 ss., spec. p. 252, in cui, assai critico nei confronti della prospettiva della l. adoz., si riferisce, con amara ironia, ai soggetti esclusi dall'adozione piena, ma che possono adottare ai sensi dell'art. 44, come agli «ausiliari, i supplenti, i "panchinarini"». Contrario alla sua lettura, G. Ballarani, *L'adozione da parte del singolo: spunti di riflessione*, in *Annali Lumsa 2001*, G. Giacobbe (a cura di), Torino, Giappichelli, 2002, pp. 295 s. Sul punto v. anche C.F. Emanuele, *Nuove prospettive in tema di adozione del single*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1995, p. 534. Cfr. M. Astone, *L'adozione del minore da parte del singolo*, *ivi*, pp. 525 s.
- 15 Corte costituzionale, 28 marzo 2022, n. 79, in questa *Rivista*, 2021, n. 2, pp. 196 ss.; in *Famiglia*, www.rivistafamiglia.it, maggio 2022, con nota di R. Trezza, *I correttivi "funzionali" all'istituto dell'adozione in casi particolari*. Si è ritenuto che il mancato riconoscimento dei rapporti civili con i parenti dell'adottante discriminasse, in violazione dell'art. 3 Cost., il bambino adottato "in casi particolari" rispetto agli altri figli e lo privasse di relazioni giuridiche che contribuiscono a formare la sua identità e a consolidare la sua dimensione personale e patrimoniale, in contrasto con gli artt. 31, 2° comma, e 117, 1° comma, Cost. in relazione all'art. 8 Cedu. V. L. Lenti, *Addenda di aggiornamento al Diritto della famiglia*, cit., 2022, pp. 14 s.; G. Ferrando, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, in *Questione giustizia*, www.questionegiustizia.it, giugno 2022. Cfr. F. Zanovello, *Identità del minore adottato in casi particolari e riconoscimento giuridico dei legami*

Permangono, tuttavia, differenze fra i due tipi di adozione, oltre che per i requisiti, anche in ordine agli effetti. Così, diversamente da quanto avviene con l'adozione piena, l'adozione in casi particolari non comporta la recisione dei legami familiari del minore con la sua famiglia di origine¹⁶. Oppure, sul versante ereditario, non determina l'acquisto di diritti successori da parte dell'adottato verso l'adottante¹⁷.

Come si è rivelato nel tempo, specialmente dall'applicazione dell'art. 44, comma 1°, lett. d, l. adoz., il ricorso all'adozione in casi particolari è stato ed è tuttora alquanto frequente, a dispetto dell'intenzione del legislatore di confinare la fattispecie a casi fuori dal consueto¹⁸. Peraltro, con il venir meno di una delle più grosse differenze tra adozione piena e adozione in casi particolari, a seguito della sentenza n. 79 del 2022 della Corte costituzionale, verosimilmente le adozioni ex art. 44, soprattutto ai sensi della lett. d, potranno aumentare; quindi, in potenza, pure l'adozione del singolo¹⁹.

Considerata anche l'esistenza di ipotesi di adozione piena da parte della persona singola, pur del tutto eccezionali, come quella disposta, in seguito alla morte del coniuge durante l'affidamento preadottivo, su istanza del superstite e sempre se è nell'interesse del minore, ai sensi dell'art. 25, comma 4°, l. adoz., la giurisprudenza è giunta alla conclusione che l'adozione della persona sola non contrasta con un principio dell'ordine pubblico italiano²⁰.

In Italia, la riflessione sull'adozione da parte dei *single* si intensificò quando venne a concentrarsi sulle vicende — note anche alle cronache — della celebre attrice Dalila Di Lazzaro, da cui il caso ha preso il nome. La questione ruotava attorno all'interpretazione dell'art. 6 della Convenzione europea sull'adozione dei minori del 1967²¹, secondo il cui comma 1° «*la législation ne peut permettre l'adoption d'un enfant que par deux personnes unies en mariage [...] ou par un seul adoptant*». La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale di tale previsione in relazione agli artt. 3, 29 e 30 Cost., sollevata dalla Corte d'appello di Roma, con ordinanza del 25 settembre 1993²²,

familiari (C. cost. n. 79 del 2022), in *Studium iuris*, 2022, pp. 813 ss.; V. Calderai, *Ordine pubblico internazionale e Drittwirkung dei diritti dell'infanzia*, in *Rivista di diritto civile*, 2022, pp. 478 ss.

- 16 «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, pur se l'esercizio della responsabilità genitoriale spetta all'adottante». Corte di cassazione, sezioni unite, 13 maggio 2020, n. 8847, in *Famiglia e diritto*, 2020, p. 730. V. anche Corte costituzionale, 7 ottobre 1999, n. 383, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, p. 2951.
- 17 Sull'istituto dell'adozione in casi particolari v., *ex multis*, F. Trolli, *L'adozione dei minori di età in casi particolari*, nel *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini, 2a ed., III, *La filiazione e l'adozione*, cit., pp. 591 ss.; G. Collura, *L'adozione in casi particolari*, nel *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, II, *Filiazione*, cit., pp. 951 ss.
- 18 L. Lenti, *Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, cit., pp. 789 s. Osservava L. Fadiga, *L'adozione legittimante dei minori*, cit., p. 918, come più di un terzo del totale delle adozioni nazionali annue fosse costituito dalle adozioni ex art. 44 l. adoz. Cfr. Montecchiari, *Adozione in casi particolari: la svolta decisiva della Suprema Corte di Cassazione per single e coppie di fatto*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2019, pp. 1722 ss.
- 19 L. Lenti, *L'adozione*, nel *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, *Le riforme*, II, *Il nuovo diritto della filiazione*, L. Lenti e M. Mantovani (a cura di), Milano, Giuffrè, 2019, pp. 415 ss.
- 20 Corte di cassazione, 5 ottobre 1992, n. 10923, in *Foro italiano*, 1993, I, c. 2638. Cfr. Corte di cassazione, 8 novembre 1994, n. 9278, in *Famiglia e diritto*, 1995, 137, con nota di W. Riedweg. V. A. Beghè Loreti, voce «Adozione internazionale», in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento I, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 49 s.
- 21 La Convenzione firmata a Strasburgo il 24 aprile 1967, fu ratificata in Italia con l. 22 maggio 1974, n. 357. In arg. G. Cattaneo, *Convenzioni europee e leggi interne in tema di adozione dei minori e di trattamento dei figli naturali*, in *Rivista di diritto civile*, 1981, II, pp. 319 ss.; Id., *L'adozione dei minori nella Convenzione di Strasburgo e nel diritto italiano*, in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, I, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 323 ss.; C. Granelli, *Riforma o controriforma dell'adozione? (Appunti sul regime dell'adozione dopo l'entrata in vigore della Convenzione di Strasburgo)*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1978, pp. 597 ss.; M.C. Ebene Cobelli, *La Convenzione di Strasburgo e l'adozione nel diritto interno*, in *Rivista di diritto civile*, 1975, II, pp. 687 ss. Ricorda la questione sull'esistenza di norme *self executing* nel testo della Convenzione M. Mantovani, *Note introduttive al Libro I, Titolo VIII*, nel *Commentario Cian-Trabucchi*, 14a ed., Padova, Cedam, 2020, p. 352.
- 22 Corte d'appello di Roma, sez. min., 25 settembre 1993, in *Giustizia civile*, 1993, I, pp. 2821 ss., con nota di A. Beghè Loreti, *La normativa internazionale e quella italiana in tema di adottabilità di un minore da parte di persona sola*; in *Famiglia e diritto*, 1994, pp. 48 ss., con nota di M. Dogliotti, *È possibile l'adozione da parte del singolo?*; in *Giurisprudenza di merito*, 1994, pp. 442 ss., con nota di M. Guglielmi, *Ammissibilità dell'adozione del singolo adottante*; in *Giustizia civile*, 1994, I, pp. 247 ss., con nota di D. Bonamore, *L'adozione speciale deve essere «speciale» (legittimazione per «un solo adottante», art. 6 l. 22 maggio 1974 n. 357)*, cit.; in *Giurisprudenza italiana*, 1994, I, p. 234 con note di L. Lenti, *L'adozione da parte di persone singole: la Legge 184 e la Convenzione di Strasburgo*, e L. Rossi Carleo, *Molto rumore per nulla: l'adozione da parte del singolo*; in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 1398, con nota di C. Fioravanti, *L'adozione in base all'art. 6 par. 1 della convenzione di Strasburgo*. V. anche L. Fadiga, *L'adozione legittimante dei minori*, cit., pp. 853 ss.

escluse che l'adesione alla Convenzione avesse comportato l'introduzione in Italia dell'adozione piena da parte del singolo²³. Per tutta risposta, la stessa Corte d'appello, con decreto del 28 novembre 1994, affermò la legittimazione della persona singola a proporre domanda di adozione, qualificando la norma pattizia come *self-executing*²⁴. A porre fine alla divergenza di questa lettura giunse la Suprema Corte, negando che l'art. 6 della Convenzione avesse carattere autoapplicativo²⁵.

Successivamente, con l. 31 dicembre 1998, n. 476, di ratifica ed esecuzione della Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, fatta a L'Aja il 29 maggio 1993, fu introdotto l'art. 29 *bis* l. adoz. Tale articolo, relativo appunto all'adozione internazionale²⁶, richiama, quanto alle condizioni soggettive degli adottanti, l'art. 6 l. adoz. e lo fa limitandosi a un mero rimando normativo, senza riferirsi esso stesso alle persone legate dal vincolo matrimoniale, anzi usando il termine generico 'persone'. Se questa scelta poteva leggersi allora come una volontà del legislatore di non precludersi un'imminente apertura alle persone singole, come è stato rilevato in dottrina, la successiva

- 23 Corte costituzionale, 16 maggio 1994, n. 183, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1994, I, pp. 605 ss., con nota di F. Cristiani, *L'adozione da parte del singolo: normativa convenzionale, legge italiana e prospettive di riforma alla luce dell'interesse del minore*; in *Giustizia civile*, 1994, I, pp. 1434 ss., p. 2107, con note di D. Bonamore, *Il principio di razionalità e verità della legge, le sentenze della Corte costituzionale e l'ingresso nell'ordinamento dell'adozione speciale da parte del singolo (art. 6 l. 22 maggio 1974 n. 357)*, e M. Guglielmi, *Adozione del single: rapporti tra norme comunitarie e legislazione statale*; in *Giur. it.*, 1995, I, pp. 540 ss., con nota di E. Lamarque, *Adozione da parte dei single: fra Corte costituzionale e Corte d'appello di Roma non c'è dialogo*; in *Famiglia e diritto*, 1994, pp. 245 ss., con nota di M. Dogliotti, *La Consulta, l'adozione dei singoli ed il futuro (eventuale) legislatore*; in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, p. 1642, con nota di Id., *La Corte costituzionale esclude l'adozione da parte del singolo... e dà consigli al futuro legislatore*; in *Rassegna di diritto civile*, 1995, p. 132, con nota di F. Ruscello, *Adozione da parte del singolo e diritti dell'adottato*. V. anche G. Collura, *op. cit.*, pp. 1013 s.
- 24 Corte d'appello di Roma, 28 novembre 1994, in *Giustizia civile*, 1995, I, pp. 249 ss., con nota di A. Beghè Loreti e M. Orlandi, *L'adozione da parte di persona sola: in merito ad una non condivisibile interpretazione della convenzione di Strasburgo*; *ivi*, p. 1355, con note di D. Bonamore, *L'adozione speciale da parte del singolo nei meandri dell'opposizione*, e di G. Manera, *Se il nostro ordinamento giuridico consenta l'adozione legittimante d'un minore anche alle persone singole*; in *Famiglia e diritto*, 1995, I, pp. 33 ss., con nota di M. Dogliotti, *L'adozione da parte del singolo e la solitudine del giudice*; in *Giurisprudenza di merito*, 1995, p. 214, con nota di M. Guglielmi, *Adozione del singolo? Sì, ma quando?*; in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1995, pp. 516 ss., con note di M. Astone, *L'adozione del minore da parte del singolo*, di C.F. Emanuele, *op. cit.*, e di P.G. Gosso, *Il "caso Di Lazzaro" ed il gioco delle tre carte*; *ivi*, p. 1018, con nota di F. Bianco, *I recenti sviluppi giurisprudenziali in tema di adottabilità di un minore da parte di persona sola*.
- 25 Corte di cassazione, 21 luglio 1995, n. 7950, in *Corriere giuridico*, 1995, p. 1059, con nota di V. Carbone, *Adozione di minore da unico adottante: manca la norma*; in *Famiglia e diritto*, 1995, pp. 536 ss., con nota di M. Dogliotti, *Conclusa la vicenda dell'adozione da parte del singolo*; in *Giurisprudenza italiana*, 1997, I, pp. 697 ss., con nota di A. Gabrielli, *L'adozione del single tra normativa convenzionale e diritto interno: problemi attuali e prospettive di riforma*; in *Foro italiano*, 1995, I, c. 3409 ed *ivi* 1996, I, c. 627, con nota di F. Pietrangeli, *L'adozione del singolo, la convenzione di Strasburgo del 24 aprile 1967 e la legislazione vigente: critica ad una recente sentenza della corte di cassazione*; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1996, I, pp. 1 ss., con nota di F. Cristiani, *Sull'adozione da parte del singolo*; in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1996, p. 490, con nota di F. Bianco, *L'adozione dei singoli e la tutela dell'interesse del minore*. Sulla vicenda cfr. G. Galuppi e L. Grasso, *Il caso Di Lazzaro: l'adozione da parte del single. Riflessioni dello psicologo e del giudice sui rischi di innovazioni a misura di adulto*, *ivi*, pp. 207 ss. Ricostruisce l'iter giurisprudenziale anche G. Stella Richter, in C. Ruperto, *La giurisprudenza sul Codice civile coordinata con la dottrina, Libro I, Delle persone e della famiglia (artt. 231-455)*, G. Stella Richter (a cura di), Milano, Giuffrè, 2011, sub art. 6 l. n. 184/1983, pp. 273 ss. Cfr. M. Guglielmi, *Sull'adozione da parte del singolo*, in *Giurisprudenza di merito*, 1997, pp. 190 ss.; M. Dogliotti, *L'adozione dei minori*, in *Giurisprudenza del diritto di famiglia. Casi e materiali*, III, *Filiazione e adozione*, M. Bessone (a cura di), Milano, Giuffrè, 2000, pp. 592 ss.
- 26 La tendenza negli ordinamenti è quella di stabilire, in linea di principio, che l'adozione nazionale e quella internazionale non si discostino se non per le disposizioni di tipo procedurale. L. Lenti, *Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, cit., 784. Sull'adozione internazionale v., senza pretesa di esaustività: V. Giorgianni, *L'adozione internazionale*, nel *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini, 2a ed., III, *La filiazione e l'adozione*, cit., pp. 673 ss.; R. Pescara, nel *Commentario Gabrielli. Della famiglia*, 2a ed., III, cit., sub art. 29 *bis*, L. n. 184/1983, pp. 773 ss.; L. Fadiga, *L'adozione internazionale*, nel *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, II, *Filiazione*, cit., pp. 1033 ss.; M. Dogliotti, *L'adozione internazionale*, nel *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, IV, *Il diritto di famiglia*, vol. IV, *Filiazione, adozione, alimenti*, T. Auletta (a cura di), Torino, Giappichelli, 2011, pp. 491 ss.; L. Rossi Carleo, *Il diritto del minore a una famiglia: affidamento e adozione*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, I, 2, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 499 ss.; A. Bisio e I. Roagna, *L'adozione internazionale di minori. Normativa interna e giurisprudenza europea*, Milano, Giuffrè, 2009; F. Cristiani, *L'adozione internazionale*, nel *Trattato Bonilini-Cattaneo, Il diritto di famiglia*, III, 2a ed., Torino, Utet, 2007, pp. 478 ss.; P. Morozzo della Rocca, voce «Adozione internazionale», in *Digesto IV ed., discipline privatistiche, sezione civile*, Agg., Torino, Utet, 2000, pp. 26 ss.; Id., *La riforma della disciplina dell'adozione internazionale in Italia ed in Francia*, in *Europa e diritto privato*, 1999, pp. 591 ss.; M. Dogliotti, *Adozione internazionale: ratifica della convenzione de L'Aja e nuova disciplina*, in *Famiglia e diritto*, 1999, pp. 5 ss.; Id., *L'adozione internazionale e la Convenzione de L'Aja*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1995, pp. 263 ss.; A. Beghè Loreti, voce «Adozione internazionale», cit., pp. 43 ss.; B. Poletti di Teodoro, *L'adozione internazionale*, nel *Trattato Bonilini-Cattaneo, Il diritto di famiglia*, III, Torino, Utet, 1997, pp. 404 ss.; A. Vaccaro, *L'adozione internazionale e la Convenzione de L'Aja*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1996, pp. 1127 ss.; A. Germanò, *L'adozione internazionale dalla legge 4 maggio 1983 n. 184 alla Convenzione de L'Aja del 29 maggio 1993*, *ivi*, pp. 1567 ss.

l. n. 149 del 2001 ha poi concluso per non innovare la disciplina sul punto²⁷, con la conseguenza che anche l'adozione internazionale da parte del singolo è ammessa, generalmente, solo nelle ipotesi previste dall'art. 44 l. adoz. e con quegli effetti²⁸.

Dalle disposizioni dettate in tema di adozione internazionale si è comunque tentato di ricavare, interpretativamente, un argomento per dare ingresso all'adozione da parte dei *single*. Così, facendo applicazione dell'art. 36, comma 4°, l. adoz., il quale prevede il riconoscimento dell'adozione pronunciata dall'autorità di un Paese straniero su istanza di cittadini italiani, la giurisprudenza ha dichiarato l'efficacia in Italia del provvedimento anche quando adottante fosse una persona singola²⁹. La norma, infatti, non annovera, fra i suoi presupposti, il requisito del coniugio. Nonostante nel 2011 la Cassazione si sia pronunciata in senso contrario a questo orientamento³⁰, la giurisprudenza di merito ha perseverato con letture ampie³¹.

Tuttavia, come rilevato da autorevole dottrina, a seguito della sentenza n. 9006 del 2021 resa a Sezioni unite dalla Cassazione, il matrimonio non sembra più potersi dire necessario per riconoscere al provvedimento di adozione emesso dall'autorità straniera l'effetto pieno che ha in quell'ordinamento³². Pur riguardando il riconoscimento degli effetti di un provvedimento giurisdizionale straniero di adozione di minore da parte di coppia omosessuale, la pronuncia, infatti, esprime assunti di ordine più generale e di carattere sistematico, arrivando ad affermare che «l'unione matrimoniale così come prevista nell'art. 29 Cost. costituisce il modello di relazione familiare fornito, allo stato attuale della regolazione interna, del massimo grado di tutela giuridica ma in relazione agli status genitoriali non costituisce più, soprattutto dopo la riforma della filiazione, il modello unico o quello ritenuto esclusivamente adeguato per la nascita e la crescita dei figli minori e conseguentemente deve escludersi che possa essere ritenuto un limite al riconoscimento degli effetti di un atto che attribuisce la genitorialità adottiva», in quel caso, ad una coppia omoaffettiva³³.

- 27 A. Busacca, *L'adozione internazionale dei singles. Alcune riflessioni intorno all'ordinanza della Corte costituzionale n. 85 del 2003*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2004, p. 608. Cfr. P. Morozzo della Rocca, *La riforma dell'adozione internazionale. Commento alla legge 31 dicembre 1998, n. 476*, Torino, Utet, 1999, *passim*.
- 28 Corte costituzionale, 15 luglio 2005, n. 347, in *Famiglia e diritto*, 2005, pp. 461 ss., con nota di V. Carbone, *Adozione internazionale di minore straniero, da parte di "non coniugato", solo nei "casi particolari" (art. 44 l. n. 184/1983)*. V. L. Fadiga, *L'adozione internazionale*, cit., p. 1079 s. Cfr. B. Poletti Di Teodoro, *L'adozione internazionale*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Ferrando, III, Bologna, Zanichelli, 2007, pp. 701 ss.; L. Pineschi, *L'adozione da parte di persona singola: obblighi internazionali e profili internazionalprivatistici*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1995, pp. 313 ss.
- 29 Corte d'appello di Torino, 30 ottobre 2000, in *Giurisprudenza di merito*, 2001, p. 636. V. A. Busacca, *op. cit.*, pp. 614 ss.
- 30 Corte di cassazione, 14 febbraio 2011, n. 3572, in *Famiglia e diritto*, 2011, pp. 697 ss., con nota di M.A. Astone, *La delibazione del provvedimento di adozione internazionale di minore a favore di persona singola*; in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2012, p. 131, con nota di G. Magno, *Sulla delibazione di provvedimento straniero recante adozione di minorenni a favore di persona non coniugata*; in *Famiglia, persone e successioni*, 2012, pp. 29 ss., con nota di F.R. Fantetti, *La Convenzione di Strasburgo e l'adozione di minori in Italia da parte di persone singole*. L'interpretazione della Cassazione era intesa per riportare a 'sistema' quella norma, allineandola all'art. 35, comma 3°, l. adoz., per cui la trascrizione dell'adozione nei registri dello stato civile italiano non può avere luogo ove «contraria ai principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori». Cfr. G. Ferrando, *L'adozione in casi particolari: orientamenti innovativi, problemi, prospettive*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, II, pp. 684 s.; C.E. Tuo, *Il riconoscimento delle adozioni straniere in Italia alla prova della CEDU: il caso dei single*, in *Famiglia e diritto*, 2015, pp. 851 s.; R. Senigaglia, *Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover-essere*, in *Europa e diritto privato*, 2017, pp. 1002 s. V. anche Corte di cassazione, 18 marzo 2006, n. 6078, in *Giur. italiana*, 2007, p. 340, con nota di G. Gandolfi, *Due problemi in tema di adozione internazionale, ivi*, 1948 ss.
- 31 Tribunale per i minorenni di Firenze, 8 marzo 2017, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, I, pp. 996 ss., con nota di V. Calderai, *Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale*, cit., pp. 986 ss.; in *Corriere giuridico*, 2017, pp. 940 ss., con note di G. Ferrando, *Riconoscimento dello status di figlio: ordine pubblico e interesse del minore*, e C.E. Tuo, *Riconoscimento di status familiari e ordine pubblico: il difficile bilanciamento tra tutela dell'identità nazionale e protezione del preminente interesse del minore*; in *Foro italiano*, 2017, I, cc. 1034 ss., con nota di G. Casaburi; Tribunale per i minorenni di Genova, 8 settembre 2017, in *Famiglia e diritto*, 2018, pp. 149 ss., con nota di E. Pesce, *La lunga marcia verso l'adozione piena da parte dei single: una decisione originale*; Tribunale per i minorenni di Venezia, 8 giugno 2018, in *ilFamiliarista*, www.ilfamiliarista.it, settembre 2018, con commento di S. Stefanelli, *Riconoscimento dell'adozione parentale pronunciata all'estero nei confronti di single*. Cfr. B. Barel, *Le nuove frontiere dell'adozione dei minori: dal sempre più ampio riconoscimento delle adozioni all'estero all'accesso all'adozione interna da parte di coppie same-sex e di single*, in questa *Rivista*, 2020, n. 1, pp. 52 ss.
- 32 L. Lenti, *L'adozione e il paradigma matrimoniale*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, II, pp. 911 ss., spec. p. 914.
- 33 Corte di cassazione, sezioni unite, 31 marzo 2021, n. 9006, (punto 19.3 della sentenza) in questa *Rivista*, 2020, n. 2, pp. 290 ss.; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, I, pp. 797 ss., con nota di L. Tormen, *Via libera alla trascrizione dell'adozione per le coppie omoaffettive*; in *Famiglia e diritto*, 2021, pp. 992 ss., con nota di A. Figone, *L'adozione straniera a favore di una coppia dello stesso sesso non contrasta con l'ordine pubblico*. Cfr. F. Zanovello, *Adozione all'estero di una coppia gay: la posizione favorevole delle*

Nonostante gli approdi giurisprudenziali abbiano, almeno in parte, oltrepassato le rigidità del requisito matrimoniale, il legislatore resta ancorato a questa scelta, circa le condizioni soggettive degli adottanti. Così, pur essendo stata ritoccata molte volte, la l. n. 184 del 1983 è rimasta, sul punto, inalterata. Dei vari interventi legislativi che hanno inciso sulla sua trama normativa³⁴, forse quello che più è parso come un'occasione mancata è stato quello operato con l. 19 ottobre 2015, n. 173. Nel riconoscere il diritto alla continuità affettiva³⁵, si sono valorizzati i legami affettivi significativi e il rapporto stabile che si venga a consolidare con il minore in affidamento, ma l'adozione piena ha continuato ad essere riservata ai coniugi, come si evince dal disposto dell'art. 4, comma 5 *bis*, l. adoz.³⁶ Non sembra potersi leggere in senso diverso neppure il comma 1 *bis* dell'art. 25 l. adoz., il quale si limita ad equiparare, ai fini dell'adozione, un prolungato periodo di affidamento familiare all'affidamento preadottivo³⁷.

Posto che, mentre il comma 5 *bis* dell'art. 4, l. adoz., fa espresso richiamo ai requisiti di cui all'art. 6, un analogo rinvio manca nel comma 5 *ter*, e che, ai sensi dell'art. 2 l. adoz., il minore temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo può essere affidato anche a una persona singola, la tutela — che comunque deve rispondere all'interesse del minore — della «continuità delle positive relazioni socio-affettive consolidate durante l'affidamento» è riconosciuta anche verso il *single*, che si sia dimostrato in grado di garantirgli il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e le relazioni affettive di cui ha bisogno. Egli non può adottare, ma — e qui sta l'implicito della legge — può essere, per il bambino, famiglia³⁸.

Sezioni Unite, in *Studium iuris*, 2022, pp. 289 ss.; V. Montaruli, *La questione del riconoscimento dell'adozione all'estero in favore di una coppia same sex: la prevalenza dell'interesse del minore secondo la Convenzione Aja 1993*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2022, pp. 331 ss.

- 34 È appena il caso di rammentare che, oltre alla menzionata l. n. 149 del 2001 e alla riforma della filiazione, hanno apportato modifiche alla l. n. 184 del 1983 anche la l. 7 aprile 2017, n. 47, sulle misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati, la l. 11 gennaio 2018, n. 4, in favore degli orfani per crimini domestici, la l. 29 luglio 2020, n. 107, istitutiva di una commissione parlamentare di inchiesta sulle attività connesse alle comunità di tipo familiare che accolgono minori, la l. 26 novembre 2021, n. 206, la c.d. riforma Cartabia del processo civile. Su queste leggi si v., rispettivamente, R. Senigaglia, *Considerazioni critico-ricostruttive su alcune implicazioni civilistiche della disciplina sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati*, in *Jus Civile*, 2017, pp. 710 ss.; N. Folla, *Orfani di crimini domestici: ora una legge li tutela, li sostiene e rompe il silenzio che li circonda*, in *Famiglia e diritto*, 2018 pp. 517 ss.; A. Thiene, *Famiglie vulnerabili e allontanamento dei bambini. Note a margine della l. 29 luglio 2020, n. 107, in attesa di una riforma necessaria*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, pp. 33 ss.; C. Cecchella (a cura di), *La riforma del giudice e del processo per le persone, i minori e le famiglie. Legge 26 novembre 2021, n. 206*, Torino, Giappichelli, 2022. Più nel dettaglio, con riguardo alla figura del tutore volontario per i minori stranieri non accompagnati, A. Thiene, *Il tutore volontario finalmente protagonista nella vita dei minori stranieri non accompagnati*, in *La protezione dei minori non accompagnati al centro del dibattito europeo ed italiano*, A. Annoni (a cura di), Napoli, Jovene, 2018, pp. 89 ss.; Ead., *Minori stranieri non accompagnati. Compiti e responsabilità del tutore volontario entro e oltre la scuola*, in *La relazione tra Scuola e Famiglia nel segno del superiore interesse del minore. La responsabilità genitoriale tra diritti e doveri, sostegno e formazione alla genitorialità, interazioni con le istituzioni educative*, E. Marescotti e A. Thiene (a cura di), *Annali online della Didattica e della Formazione Docente*, vol. 10, n. 15-16, 2018, pp. 111 ss.
- 35 Sul diritto alla continuità affettiva, che intende tutelare la l. 19 ottobre 2015, n. 173, *ex multis*, L. Lenti, *L'adozione, nel Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, *Le riforme*, II, cit., pp. 388 ss.; P. Morozzo della Rocca, *Sull'adozione da parte degli affidatari dopo la l. n. 173/2015*, in *Famiglia e diritto*, 2017, pp. 602 ss.; A. Morace Pinelli, *Il diritto alla continuità affettiva dei minori in affidamento familiare. Luci e ombre della legge 19 ottobre 2015, n. 173*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2016, pp. 303 ss. Cfr. C. Rusconi, *La continuità degli affetti nella disciplina dell'affidamento e dell'adozione. Significati, sistema e prospettive*, in *Jus*, 2021, pp. 122 ss.
- 36 V. A. Thiene, *Gli affidamenti*, in *Diritto civile minorile*, cit., pp. 299 ss., spec. p. 314. Cfr. M. Moretti, *L'affidamento familiare*, nel *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini, 2a ed., III, *La filiazione e l'adozione*, cit., pp. 483 ss.; A. Cordiano, *Affidamenti e adozioni alla luce della legge sul diritto alla continuità affettiva*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, II, pp. 255 ss.
- 37 A. Morace Pinelli, *Il diritto alla continuità affettiva dei minori in affidamento familiare. Luci e ombre della legge 19 ottobre 2015, n. 173*, cit., pp. 307 s.
- 38 «Il calore di un ambiente familiare può essere offerto allo stesso modo anche da [...] una persona singola, capace di prendersi cura del minore e di assicurargli "le relazioni affettive di cui ha bisogno"». M. Mantovani, nel *Commentario Gabrielli. Della famiglia*, 2a ed., III, cit., *sub art.* 2, L. n. 184/1983, p. 541.

3. L'adozione da parte dei single negli ordinamenti europei

Fra gli anni '70 e '80 del ventesimo secolo, i sistemi giuridici europei, che già contemplavano l'adozione da parte dei singoli, nella pur differente fisionomia derivante dalle esperienze dell'Ottocento, anziché eliminarla, la riformarono, assimilandola al modello di adozione contemporaneo, che ruota attorno all'interesse del minore³⁹.

Ad orientare le scelte dei legislatori fu una presa d'atto dell'opinione comunemente accettata e della prassi sociale diffusa per cui la famiglia fondata sul matrimonio non si poteva più ritenere come la sola in grado di svolgere adeguatamente il compito di accogliere e crescere un bambino. La preferenza mostrata, in concreto, alle coppie sposate e conviventi, anche da parte dalle linee guida emanate dai governi, si giustifica per le maggiori garanzie offerte astrattamente, soprattutto dalla possibile reciproca fungibilità dei suoi componenti.

Così, oggi, l'adozione del minore da parte del singolo, in Europa, è in generale ammessa. Si vedano gli esempi di Germania, Francia, Svezia, Regno Unito, Norvegia, Svizzera. Si è pure osservata, nella maggior parte degli altri Stati, come Austria, Belgio, Finlandia, Irlanda e Spagna, la tendenza a favorire le adozioni internazionali anche quando chi intende adottare sia un *single*, senza limitare questa possibilità a casi eccezionali e valorizzando la valutazione caso per caso dell'idoneità del soggetto⁴⁰.

Osservando più da vicino le disposizioni nazionali, si può notare, ad esempio, come il § 1741 del BGB, dopo aver enunciato in apertura che «*die Annahme als Kind ist zulässig, wenn sie dem Wohl des Kindes dient*», al comma 2°, sancisca con semplicità e linearità: «*Wer nicht verheiratet ist, kann ein Kind nur allein annehmen*».

L'art. 343-1 del *Code civil* dispone che *l'adoption peut être aussi demandée par toute personne âgée de plus de vingt-six ans*. È appena il caso di notare che l'età richiesta di più di ventisei anni è stata abbassata dai più di ventotto, con la legge 219 del 21 febbraio 2022.

Nel Regno Unito, l'*Adoption and Children Act* del 2002 prevede, alla sezione 51, che «*an adoption order may be made on the application of one person who has attained the age of 21 years and is not married or a civil partner*».

Per il *Föräldrabalk* svedese, come modificato dalla legge 1288 del 2018, bastano addirittura i diciotto anni⁴¹.

La *Lov om adopsjon* norvegese, del 16 giugno 2017, n. 48, dispone che le persone singole — specificando che per persone singole si intende persone che vivono sole — possono adottare se sono in grado di prendersi cura, da sole, di un bambino, con la possibilità di regolare le condizioni ulteriori per l'adozione dei *single*⁴².

Secondo l'art. 264b, comma 1°, del Codice civile svizzero, «una persona non coniugata e non vincolata da un'unione domestica registrata può adottare da sola un minore se ha almeno 28 anni».

Forse meno immediate e più articolate, le discipline di altri ordinamenti europei consentono comunque l'adozione da parte dei *single*. Si coglie, in questo orizzonte, il distacco dell'ordinamento italiano, nel suo perseverare a richiedere il vincolo matrimoniale per poter adottare pienamente un bambino. Distacco, se si vuole, ancora più marcato, considerando la posizione dell'Italia verso il Trattato di revisione della Convenzione europea sull'adozione dei minori del 1967, aperto alla firma degli Stati il 27 novembre 2008.

L'art. 7, par. 1, lett. b, della nuova versione prevede che gli Stati ammettano l'adozione di un minore da parte di una persona sola, mentre solo facoltativa, ai sensi del par. 2, è l'estensione della possibilità di adottare anche alle coppie dello stesso sesso. È comunque concessa, all'art. 27, par. 1, la riserva sulla disposizione di cui alla menzionata lett. b⁴³. Entrato in vigore nel 2011, ad oggi è stato ratificato da 10 Paesi⁴⁴. L'Italia non solo non lo ha ratificato, ma nemmeno lo ha firmato.

39 L. Lenti, *Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, cit., p. 790.

40 C.E. Tuo, *Il riconoscimento delle adozioni straniere in Italia alla prova della CEDU: il caso dei single*, cit. p. 855.

41 4 kap., 5 §: «*Den som har fyllt 18 år får adoptera*».

42 *Kapittel 2, § 7*: «*Enslige kan adoptere dersom de har forutsetninger for å ha enomsorgen for et barn. Bare søkere som bor alene, regnes som enslige. Departementet kan gi forskrift om vilkår for at enslige kan adoptere*».

43 V. M. Cinque, nel *Commentario Gabrielli. Della famiglia*, 2a ed., III, cit., sub art. 6, L. n. 184/1983, p. 580. Cfr. E. Lamarque, *Adozione da parte dei single omo e eterosessuali: i paesi del Consiglio d'Europa stanno perdendo il loro margine di apprezzamento?*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, p. 910, che si esprime in senso critico verso il nuovo testo della Convenzione. In arg., P.G. Gosso, *La nuova Convenzione europea sull'adozione dei minori*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2010, pp. 400 ss.

44 Belgio, Danimarca, Finlandia, Germania, Malta, Norvegia, Paesi Bassi, Romania, Spagna e Ucraina. V. www.coe.int.

A fronte del pluralismo nazionale che ha sempre contraddistinto il diritto di famiglia in Europa⁴⁵, si assiste da anni a una tendente uniformazione degli ordinamenti dei Paesi membri dell'Unione europea, in una crescente omogeneità di costumi e relazioni economiche⁴⁶. Da questo punto prospettico, si può notare l'esigenza di un diritto uniforme di matrice europea, anche per la famiglia⁴⁷. L'uniformazione impressa da questo diritto, quanto all'adozione, andrebbe nella direzione già presa dalla maggior parte dei sistemi europei, cioè la direzione opposta a quella, a questo punto straordinaria, seguita dall'ordinamento italiano.

4. L'influsso del diritto internazionale nel diritto minorile interno con riguardo all'adozione di minori

«Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza»⁴⁸. Il diritto al rispetto della vita privata e familiare, sancito all'art. 8 Cedu, viene declinato, nell'interpretazione giurisprudenziale, per fornire del diritto interno — e in particolare del diritto di famiglia e dei minori — letture in grado di concretarsi in soluzioni rispettose della persona, della sua dignità e dei suoi diritti. In questo riveste un ruolo di particolare rilievo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo⁴⁹.

Per quanto riguarda nello specifico l'adozione da parte di persona sola, deve rilevarsi come in un primo momento, nel 2002, i giudici di Strasburgo si pronunciarono ritenendo non violati i principi di cui agli artt. 8 e 14 della Convenzione in un caso in cui le autorità nazionali avevano negato l'adozione a una persona singola sulla base del suo orientamento sessuale, pur essendo ammessa nell'ordinamento di quello Stato — la Francia — l'adozione da parte di *single* eterosessuali⁵⁰. Quell'indirizzo fu poi superato da una successiva pronuncia, del 2008, in cui si affermò invece la violazione degli stessi principi dinanzi al rigetto, da parte delle autorità interne, della richiesta di adozione per il fatto che la richiedente fosse omosessuale⁵¹. Pur senza arrivare ad affermare un generalizzato diritto di adottare in capo ai singoli, la Corte europea evidenziò come, una volta che nell'ordinamento interno si sia riconosciuta l'adozione da parte di persona singola, non sia possibile darvi applicazione in modo discriminatorio, diversamente incorrendo nella violazione appunto degli artt. 8 e 14⁵².

-
- 45 V. Scalisi, «Famiglia» e «famiglie» in Europa, in *Rivista di diritto civile*, 2013, p. 7, che parla di una situazione di quasi “babele” in relazione alle legislazioni degli Stati europei in materia di famiglia. In arg. G. Autorino, *Adozione e affidamento familiare: nuove definizioni e nuove tensioni*, in *Comparazione e diritto civile*, www.comparazionediritto civile.it, 2014, pp. 1 ss.
- 46 P. Zatti, *Familia, familiae - Declinazioni di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, p. 11.
- 47 M. Mantovani, nel *Commentario Gabrielli. Della famiglia*, 2a ed., III, cit., sub art. 1, L. n. 184/1983, p. 532; Ead., *I fondamenti della filiazione*, nel *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, II, *Filiazione*, cit., pp. 8 ss. Cfr. D. Amram e A. D'Angelo (a cura di), *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, Padova, Cedam, 2011. Si tenga in ogni caso a mente che attualmente manca una generale competenza in capo all'Unione europea in materia di famiglia.
- 48 Art. 8, par. 1, Convenzione europea dei diritti dell'Uomo.
- 49 Sull'opera di indirizzo svolta dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sugli orientamenti dei giudici italiani in materia di adozione, un esempio rilevante può essere dato dall'adozione mite. V., *ex plurimis*, A. Thiene, *Semiabbandono, adozione mite, identità del minore. I legami familiari narrati con lessico europeo*, in *Famiglia e diritto*, 2020, pp. 1067 ss.; P. Morozzo della Rocca, *Abbandono e semiabbandono del minore nel dialogo tra CEDU e corti nazionali*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, I, pp. 830 ss.; F. Zanovello, *L'uso giurisprudenziale dell'adozione “mite”*, in *Studium iuris*, 2021, pp. 1089 ss. Si permetta il rinvio, anche per riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, a S. Corso, *Sfumatore applicative dell'adozione mite, tra conferma di una soluzione e attesa di un ripensamento*, in *Famiglia e diritto*, 2022, pp. 246 ss.
- 50 Corte Edu, 26 febbraio 2002, *Fretté c. Francia*, in *Familia*, 2003, pp. 521 ss., con nota di E. Varano, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'inesistenza del diritto di adottare*.
- 51 In quel caso, però, la richiedente aveva una compagna e, per via del dissenso di questa all'adozione, fu ritenuta corretta la valutazione circa la contrarietà all'interesse della minore adottanda. Corte Edu, 22 gennaio 2008, *E.B. c. Francia*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2008, pp. 1089 s., con nota di A. Donati, *Omosessualità e procedimento di adozione in una recente sentenza della Corte di Strasburgo*. Cfr. E. Lamarque, *Adozione da parte dei single omo e eterosessuali: i paesi del Consiglio d'Europa stanno perdendo il loro margine di apprezzamento?*, cit., pp. 906 ss.
- 52 Punto 49 della sentenza. V. C.E. Tuo, *Il riconoscimento delle adozioni straniere in Italia alla prova della CEDU: il caso dei single*, cit., pp. 852 s. Sui casi *Fretté* ed *E.B.* cfr. M.G. Ruo, *A proposito di omogenitorialità adottiva e interesse del minore*, in *Famiglia e diritto*, 2015, p. 590; L. Tomasi, nel *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo Bartole De Sena Zagrebelsky*, 2012, sub art. 8, p. 334.

Nel senso dell'estraneità, al disposto dell'art. 8, del diritto di adottare o di formare una famiglia si pronunciò la Corte europea con la sentenza del 2010, resa nel caso *Moretti e Benedetti c. Italia*⁵³. In quella circostanza si affermò che «il diritto al rispetto di una “vita familiare” non tutela il semplice desiderio di formare una famiglia; esso presuppone l'esistenza di una famiglia» o almeno di una relazione⁵⁴.

In armonia a tale assunto si era espressa la Corte in precedenza, giungendo a riconoscere la violazione dell'art. 8 di fronte al rifiuto da parte delle autorità nazionali di riconoscere l'adozione piena da parte di una persona singola, che aveva già ottenuto tale adozione all'estero⁵⁵. Quella pronuncia — resa nel caso *Wagner c. Lussemburgo* — assume importanza per l'adozione dei *single*, perché, anziché escluderla, viene ad ammetterla nel raggio di applicazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare, nella misura in cui essa sia funzionale al riconoscimento e alla tutela di un legame affettivo, e non solo, venuto ad esistenza.

La realtà, quindi, prima del diritto, le persone prima dei principi⁵⁶. In quest'ottica l'adozione — pure l'adozione dei *single* — si disvela come non già scopo, ma strumento, ossia elemento funzionale o strumentale per qualcos'altro. La decisione veniva assunta dai giudici, «bearing in mind that the best interests of the child are paramount in such a case»⁵⁷.

È il superiore interesse del minore che, pur non comparando esplicitamente tra le disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, si ritiene, nella giurisprudenza della Corte europea, aspetto essenziale del diritto al rispetto della vita privata e, specialmente, familiare⁵⁸. È stato, peraltro, sempre alla luce dei *best interests of the child*, che la Corte europea dei diritti dell'Uomo ha sviluppato il suo insegnamento, in materia di adozione, nella direzione del *favor* per la conservazione dei legami familiari⁵⁹.

Fu la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, nota anche come Convenzione di New York, del 1989, a dare formale riconoscimento a tale principio, all'art. 3.

Com'è noto, tale Convenzione segnò il passaggio, nel mondo del diritto, dalla visione del minore come 'oggetto' di diritti al bambino come 'soggetto' di diritti. Anche il minore quindi è diventato protagonista di questa stagione dei diritti⁶⁰. Il tema — e l'idea di titolarità di diritti in capo al minore — in realtà era già presente, almeno *in nuce*, nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, approvata

53 Corte Edu, 27 aprile 2010, *Moretti e Benedetti c. Italia*, in *OneLegale*. Come si legge al punto 47 della sentenza, «le disposizioni dell'articolo 8 non garantiscono né il diritto di formare una famiglia né il diritto di adottare». In quel caso un minore, a seguito di un affidamento di lungo periodo, era stato dichiarato adottabile e adottato da altre persone, senza che fosse tenuto in considerazione il legame instauratosi con gli affidatari. Cfr. L. Lenti, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, II, p. 157. In arg. L. Tomasi, *op. cit.*, pp. 301, 334.

54 Punto 47 della sentenza.

55 Corte Edu, 28 giugno 2007, *Wagner c. Lussemburgo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 467. V. G. Ferrando, *L'adozione in casi particolari: orientamenti innovativi, problemi, prospettive*, cit., p. 686; M.A. Astone, *La delibazione del provvedimento di adozione internazionale di minore a favore di persona singola*, cit., pp. 705 s.; P. Pirrone, *Limiti e “contro limiti” alla circolazione dei giudicati nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti umani: il caso Wagner*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, pp. 151 ss. Peraltro evidenzia l'approccio casistico dei giudici di Strasburgo e di quelli di Lussemburgo V. Scalisi, «Famiglia» e «famiglie» in Europa, cit., pp. 18 s.

56 «The national authorities refused to recognise that situation, making the Luxembourg conflict rules take precedence over the social reality and the situation of the persons concerned in order to apply the limits which Luxembourg law places on full adoption». Punto 133 della sentenza.

57 *Ibidem*.

58 L. Lenti, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, cit., pp. 148 ss. Cfr. E. Battelli, *Il diritto del minore alla famiglia tra adottabilità e adozione, alla luce della giurisprudenza CEDU*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2021, pp. 838 ss.; G. Ferrando, *I diritti dei minori nella famiglia in difficoltà*, in *Famiglia e diritto*, 2010, pp. 1174 ss.; Ead., *Genitori e figli nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Famiglia e diritto*, 2009, pp. 1049 ss.; A. Pasqualetto, *L'adozione mite al vaglio della corte europea dei diritti dell'uomo tra precedenti giurisprudenziali e prospettive de jure condendo*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, II, pp. 155 ss.; J. Long, *Il diritto italiano della famiglia e minorile alla prova della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Europa e diritto privato*, 2016, pp. 1059 ss.; M. Di Masi, *L'interesse del minore quale unica certezza nell'odierno diritto di famiglia*, in *Comparazione e diritto civile*, 2019, pp. 109 ss.

59 Cfr. A. Finessi, *Adozione legittimante e adozione c.d. mite. Tra proporzionalità dell'intervento statale e best interests of the child*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2020, pp. 1343 ss. V. F. Zanovello, *Semiabbandono e interesse del minore alla conservazione dei legami familiari. La Cassazione ribadisce il ricorso all'adozione “mite”*, in *Famiglia e diritto*, 2021, pp. 590 ss., spec. pp. 593 ss.; E. Battelli, *L'adozione mite come diritto del minore: tra opportunità e identità*, in *The best interest of the child*, M. Bianca (a cura di), Roma, Sapienza Università Editrice, 2021, pp. 285 ss.

60 D'obbligo è il riferimento a N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, 2014 (1990). *Ex plurimis*, E. Pariotti, *I diritti umani. Concetto, teoria, evoluzione*, Padova, Cedam, 2013. Sui diritti dei minori e per una lettura in senso storico e pedagogico v. A. Thiene, *La*

dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, e pure nella Convenzione europea dei diritti dell'Uomo. D'altro canto, il bisogno di garantire speciale protezione ai bambini si manifestò già nella Dichiarazione di Ginevra del 1924 sui diritti del fanciullo e nella Dichiarazione dei diritti del fanciullo adottata dall'Assemblea generale il 20 novembre 1959 e fu anche riconosciuto nel Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, agli artt. 23 e 24, e nel Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali, all'art. 10.

Nel solco della promozione dei diritti dei minori si colloca la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e ratificata dall'Italia con l. 20 marzo 2003 n. 77⁶¹, con l'obiettivo di facilitare l'esercizio di diritti procedurali attribuiti ai minori in procedimenti innanzi all'autorità giudiziaria. L'interesse superiore del minore viene richiamato proprio in apertura, all'art. 1⁶².

La tutela dei diritti dei minori è dunque espressione dei *best interests of the child*, che vengono a sostanziare così, dal piano internazionale alla dimensione nazionale, una sorta di principio supremo del diritto minorile, al cui rispetto è chiamata ogni istituzione, che pure sia promanazione del potere legislativo, esecutivo o giudiziario⁶³. Perciò tanto i giudici, il Governo e le amministrazioni, nell'applicare, quanto, ancor prima, il legislatore, nel delineare il diritto del minore a una famiglia, devono osservare, sopra ogni cosa, il principio dei *best interests of the child*⁶⁴.

5. A proposito di una proposta

L'accesso all'adozione da parte di chi non sia unito in matrimonio e, nello specifico, dei *single*, in Italia, è in verità oggetto di un lungo dibattito di politica legislativa⁶⁵.

Se la Corte costituzionale, con la sentenza n. 183 del 1994, chiarì che un ampliamento alle persone singole della possibilità di adottare non trova ostacoli nei principi di cui agli artt. 3, 29 e 30 Cost., fu poi la Cassazione ad affermare, nella sentenza n. 3572 del 2011, che il legislatore potrebbe certo introdurre l'ipotesi di adozione piena anche per i *single*. Né sono mancati, in tal senso, progetti di legge⁶⁶.

Una particolare attenzione merita ora, non solo per la novità, ma anche per l'intento di perseguire l'eguaglianza e la pari dignità di tutte le famiglie, la proposta delle associazioni Famiglie Arcobaleno e Rete Lenford⁶⁷.

Intitolata "Disposizioni in materia di vita familiare delle coppie formate da persone dello stesso sesso e di stato giuridico dei figli, nonché di accesso all'adozione e alla procreazione medicalmente assistita per le persone di stato libero", si compone di nove articoli, aprendosi con la dichiarazione delle finalità,

grammatica dei diritti dei bambini e dei genitori nel pensiero di Gianni Rodari, in "Il cielo è di tutti", la terra è di tutti. Gianni Rodari, l'educazione e i diritti dell'infanzia, M. Benetton (a cura di), Pisa, ETS, 2020, pp. 93 ss.

- 61 In arg., C. Fioravanti, *I diritti del bambino tra protezione e garanzie; l'entrata in vigore, per la Repubblica italiana, della Convenzione di Strasburgo*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2003, pp. 561 ss.; G. Contri (a cura di), *Minori in giudizio. La Convenzione di Strasburgo*, Milano, Franco Angeli, 2012.
- 62 Allo stesso modo il principio dei *best interest of the child* ha ispirato la formulazione dell'art. 24, comma 2°, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, c.d. Carta di Nizza. V. F. Albano, *I best interests of the child tra passato, presente e futuro, The best interest of the child, cit., pp. XXIII ss.*
- 63 V. L. Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Rivista di diritto civile*, 2016, pp. 86 ss. Cfr. L.A. Scarano, *The best interest of the child nella giurisprudenza della Corte suprema di cassazione*, in *The best interest of the child, cit., pp. 101 ss.*; M. Di Masi, *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Napoli, Jovene, 2020; S. Sonelli, *L'interesse superiore del minore. Ulteriori «tessere» per la ricostruzione di una nozione poliedrica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2018, pp. 1373 ss.; G. Corapi, *La tutela dell'interesse superiore del minore*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2017, pp. 777 ss.; E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2016.
- 64 È alla luce di questo principio che in Europa si sono compiute le riforme del diritto della filiazione. M. Mantovani, *I fondamenti della filiazione, cit., p. 9.*
- 65 L. Lenti, *Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva, cit., p. 789*; Id., *Diritto della famiglia, cit., p. 1067*; R. Pescara, nel *Commentario Gabrielli. Della famiglia*, 2a ed., III, cit., sub art. 29 bis, L. n. 184/1983, p. 779.
- 66 Cfr. M.C. Ebene Cobelli, *Le adozioni. Prospettive d'una riforma ed esperienze giuridiche europee*, Padova, Cedam, 1981, pp. 82 s.; E. Pesce, *op. cit., pp. 157 ss.*
- 67 Il testo, accompagnato da una breve illustrazione, è consultabile online alle corrispondenti pagine delle associazioni, www.famigliearcobaleno.org e www.retelenford.it, giugno 2022.

ossia disciplinare il diritto alla vita familiare delle coppie formate da persone dello stesso sesso e lo stato giuridico dei figli nati a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita, nonché l'accesso all'adozione e alla procreazione medicalmente assistita per le persone di stato libero, e con il riconoscimento, ai figli con genitori dello stesso sesso, dello stesso stato giuridico e del godimento dei medesimi diritti dei figli di genitori di sesso diverso.

La proposta non è dunque circoscritta all'ambito delle adozioni, ma attraversa più istituti, per un intervento trasversale ed ambizioso. Tra i suoi punti fondamentali rientrano, infatti, il matrimonio egualitario, il riconoscimento alla nascita per i figli e le figlie di coppie dello stesso sesso, l'accesso ai percorsi di procreazione medicalmente assistita per donne *single* e coppie di donne, oltre all'accesso alle adozioni per i *single*, a prescindere da orientamento sessuale e identità di genere, e coppie dello stesso sesso.

Le soluzioni offerte si pongono alquanto in linea con le statuizioni della Corte costituzionale, espresse nelle sentenze nn. 32 e 33 del 2021⁶⁸. Nel dichiarare inammissibili le questioni di legittimità costituzionale rispettivamente degli artt. 8 e 9, l. n. 40/2004, e 250 c.c. e degli artt. 12, comma 6°, l. n. 40/2004, 64, comma 1°, lett. g, l. 31 maggio 1995, n. 218, e 18, d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, il giudice delle leggi ha riconosciuto un vuoto di tutela dell'interesse del minore e, stante l'indifferibilità dell'individuazione di risposte normative adeguate, ha invitato il legislatore ad intervenire.

Limitando ora lo sguardo alle modifiche presentate all'art. 6 l. adoz., si osserva come l'art. 5, lett. a, della proposta ne operi la sostituzione proprio del primo periodo. Il nuovo testo reciterebbe: «L'adozione è consentita individualmente a persone di stato libero, nonché ai conviventi purché la convivenza duri da almeno tre anni, ai coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni e alle parti dell'unione civile costituita da almeno tre anni».

Accanto all'ipotesi della coppia sposata, sono posti i conviventi e le parti dell'unione civile⁶⁹, mantenendo il requisito temporale dei tre anni, per la stabilità del legame, e le persone di stato libero. Si può intuire da ciò come lo spirito della proposta non sia affatto il disconoscimento della tradizione, ma il riconoscimento di realtà — nuove in quest'area del diritto, ma ben note alla società — e l'affiancamento, al percorso tradizionale, di strade diverse, che possano egualmente servire all'interesse superiore del minore. Nessuna sottrazione, quindi, ma un'addizione.

Gli altri requisiti per l'adozione non vengono toccati, quindi restano la capacità genitoriale e i limiti di età, di cui rispettivamente ai commi 2° e 3°, con i correttivi disposti ai commi 5° e 6° dell'art. 6 l. adoz. Per tutte le necessità di coordinamento che le modifiche farebbero sorgere, l'art. 6 della proposta prevede apposita delega al Governo per l'adeguamento delle disposizioni vigenti contenute nel codice civile, nella l. adoz.⁷⁰ e nel D.p.r. 3 novembre 2000, n. 396.

68 Corte costituzionale, 9 marzo 2021, nn. 32 e 33, in questa *Rivista*, 2020, n. 2, pp. 266 ss.; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, I, pp. 616 ss., con commento di B. Checchini, *L'«omogenitorialità» ancora al vaglio della Corte costituzionale*, *ivi*, pp. 609 ss., e con discussione di E. Bilotti, *La tutela dei nati a seguito di violazione dei divieti previsti dalla l. n. 40/2004. Il compito del legislatore dopo il giudizio della Corte costituzionale*; G. D'Amico, *La Corte e il "non detto". Riflessioni a partire dalle sentt. n. 32 e 33 del 2021*; G. Ferrando, *Diritti dei bambini e genitori dello stesso sesso. Il cambio di passo della Consulta*; U. Salanitro, *L'adozione e i suoi confini. Per una disciplina della filiazione da procreazione assistita illecita*; M.C. Venuti, *Diritti dei figli vs. genitorialità same-sex: antitesi o composizione? Il dialogo (muto?) tra la Corte costituzionale e il legislatore italiano*, tutti in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, II, pp. 929 ss.; in *Famiglia e diritto*, 2021, pp. 680 ss., con note di M. Dogliotti, *Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?*, e di G. Ferrando, *La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori*. Cfr. P. Veronesi, *Ancora sull'incerto mestiere del nascere e del diventare genitori: i casi di cui alle sentenze nn. 32 e 33 della Corte costituzionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2021, pp. 483 ss. e gli altri scritti pubblicati nel fasc. n. 3/2021 della medesima *Rivista*. V. anche S. Cecchini, *Illiceità del ricorso a tecniche di PMA da parte di coppie dello stesso sesso e tutela del preminente interesse del minore: la sentenza n. 32/2021 della Corte costituzionale*, in *Corti supreme e salute*, 2021, fasc. 2, pp. 401 ss.

69 La nuova previsione, che si propone, si accompagna, tra l'altro, all'abrogazione dell'art. 1, comma 20°, l. n. 76 del 2016, limitatamente ai periodi secondo e terzo. Su tale legge, in generale, v. M. Gattuso, *Principi e caratteri generali*, nel *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, *Le riforme*, I, cit., pp. 3 ss. Cfr. F. Azzarri, *Le unioni civili: luci e ombre*, in *Diritto e persone LGBTQI+*, M. Pelissero e A. Vercellone (a cura di), Torino, Giappichelli, 2022, pp. 55 ss.

70 Ad esempio, restando nel perimetro dell'art. 6 l. adoz., il comma 7° andrebbe coordinato con la nuova formulazione del primo periodo del comma 1°, includendo, laddove si legge 'coniugi', anche le parti dell'unione civile, per evitare la disparità di trattamento. Allo stesso modo, in ordine al requisito temporale per la stabilità del rapporto, andrebbe adeguato il comma 4° per le parti dell'unione civile, laddove ora si riferisce solo ai coniugi; ma detto requisito sarebbe da ritenere soddisfatto anche qualora la coppia dello stesso sesso sia unita civilmente da meno di tre anni, se si tratta di persone che prima abbiano convissuto per un periodo almeno tale da raggiungere i tre anni sommandosi con quello dell'unione civile, analogamente a quanto si ritiene attualmente per i coniugi. Cfr. M. Cinque, *op. cit.*, pp. 581 ss.

L'apertura dell'adozione piena da parte dei *single* si abbina, in questo testo, a quella verso la coppia formata da persone dello stesso sesso. Una diversa scelta, che ammettesse solo la prima e non anche la seconda, non si potrebbe che connotare, del resto, di intrinseca irragionevolezza⁷¹.

La prospettata sostituzione del primo periodo dell'art. 6 l. adoz. comporterebbe pure, come corollario, la fine di quella continuità affettiva riconosciuta in modo completo solo a metà, ossia esclusivamente per la coppia di coniugi, ex art. 4, comma 5 *bis*, l. adoz., recuperando l'occasione persa con la l. n. 173 del 2015⁷².

Per i risvolti che possono avere, almeno indirettamente, sull'adozione — non tanto sulla sua disciplina, quanto sulla sua applicazione — è opportuno fare un rapido cenno anche ad alcune delle modifiche avanzate alla legge 19 febbraio 2004, n. 40, con la dovuta premessa, non del tutto scontata, che, nei fatti, la p.m.a. può assumere per la coppia, a rimedio dell'infertilità, un ruolo di strumento alternativo rispetto all'adozione, in una dinamica di concorrenza, e disvelando come, nonostante dare una famiglia al minore bisognoso sia lo scopo dell'adozione, essa svolga anche la funzione di dare alla famiglia un bambino⁷³.

L'art. 3, comma 1°, lett. c, della proposta sostituisce l'ultima porzione di testo dell'art. 5 della l. n. 40 del 2004, in modo che quell'articolo reciti: «Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita le coppie formate da persone di sesso diverso ovvero da due donne, in età potenzialmente fertile, entrambe maggiorenni e viventi nonché la donna di stato libero maggiorenne e in età potenzialmente fertile». Questo e l'aggiunta di un comma 3°, all'art. 1, del seguente tenore: «Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito altresì quando la condizione di sterilità o di infertilità di coppia derivi dalla coincidenza di sesso nella coppia formata da due donne o quando sia manifestata la volontà della donna di stato libero di accedere individualmente alla procreazione medicalmente assistita», ridimensionano quel principio di bigenitorialità, che fu allora, con l'approvazione di della l. 40/2004, riaffermato⁷⁴.

Il mosaico ridisegnato dalla proposta prosegue fra i tasselli della filiazione arrivando alla gestazione per altri⁷⁵. Com'è noto, la Cassazione ha affermato, nella celebre sentenza resa a Sezioni unite, n. 12193 del 2019⁷⁶, che, pur essendo possibile dare rilievo al rapporto genitoriale attraverso l'adozione in casi particolari, ex art. 44, comma 1°, lett. d, l. adoz., il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui si sia accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione, cittadino italiano, trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità previsto dall'art. 12, comma 6°, l. n. 40/2004, qualificabile come principio di ordine pubblico.

- 71 L. Pannarale e M. Bellomo, *Adottanti e adottati. Alla ricerca della famiglia che non c'è*, in *Sociologia del diritto*, 2011, pp. 149 ss. Cfr. A. Lorenzetti, *Matrimonio e filiazione: legame indissolubile?*, in *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, R. Bin-G. Brunelli-A. Guazzarotti-A. Pugiotta-P. Veronesi (a cura di), Torino, Giappichelli, 2010, pp. 228 s.
- 72 Come ricorda P. Serra, *Quando l'affidamento diventa adozione: opportunità e criticità nelle relazioni vissute dal minore*, in *Minori-giustizia*, 2015, fasc. 4, pp. 26 ss., è noto fin dagli anni '50 del secolo scorso, cioè dagli studi di John Bowlby, non solo che per il minore, una volta affidato a una figura materna, viene presto a crearsi con quest'ultima un legame tanto profondo quanto consentito dalle capacità relazionali dei soggetti e dalle doti del *caregiver*, ma anche che il distacco dal *caregiver* può essere disturbante per la serenità del bambino.
- 73 L. Lenti, *Diritto della famiglia*, cit., p. 1047; P. Morozzo della Rocca, nel *Commentario Gabrielli. Della famiglia*, IV, Torino, Utet, 2010, sub art. 6, l. n. 184/1983, pp. 50 ss. V. M. Cinque, *op. cit.*, p. 576, nt. 1.
- 74 L. Lenti, *Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, cit., p. 789, nt. 57.
- 75 In arg. A. Schillaci, *“Le” gestazioni per altri: una sfida per il diritto*, in *Diritto e persone LGBTQI+*, cit., pp. 111 ss.
- 76 Corte di cassazione, sezioni unite, 8 maggio 2019, n. 12193, in questa *Rivista*, 2019, n. 1, pp. 159 ss.; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, I, pp. 741 ss., con commento di U. Salanitro, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, *ivi*, pp. 737 ss.; in *Famiglia e diritto*, 2019, pp. 653 ss., con note di M. Dogliotti, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, e di G. Ferrando, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*; in *Corriere giuridico*, 2019, pp. 1198 ss., con note di D. Giunchedi, *Maternità surrogata tra ordine pubblico, favor veritatis e dignità della maternità*, e di M. Winkler, *Le Sezioni Unite sullo statuto giuridico dei bambini nati all'estero da gestazione per altri: punto di arrivo o punto di partenza?*; in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2019, pp. 392 ss., con nota di D. Mazzamuto, *La decisione delle Sezioni Unite: i nuovi fronti della “gigenitorialità sociale”*. Cfr., sul tema, il focus *L'interesse del minore e le esigenze di ordine pubblico nella sentenza delle Sezioni unite n. 12193/19*, a cura di M. Gattuso, con i contributi di M.C. Venuti, V. Barba, M. Dogliotti, S. Izzo e S. Tonolo, pubblicati in questa *Rivista*, nel fasc. 2 del 2019, pp. 6 ss. V. anche G. Ferrando, *I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, II, pp. 815 ss. La pronuncia si innesta su un tessuto di riflessioni che andava aumentando. Ex multis, 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*, in www.articolo29.it, ottobre 2016.

Ora, oggetto di modifiche nella proposta non è tale comma 6°, bensì la l. 31 maggio 1995, n. 218. In particolare, secondo l'art. 4 della proposta, sarebbe aggiunto un art. 67 bis, ai sensi del quale, la sentenza, l'atto o il provvedimento straniero formato a seguito di ricorso a surrogazione di maternità realizzata in conformità alla legge del luogo, che riconosce il rapporto di filiazione con il genitore di intenzione, viene trascritto dall'ufficiale dello stato civile e l'atto è trasmesso senza indugio al Pubblico Ministero per l'impugnazione ai sensi dell'articolo 67. «L'autorità giudiziaria — dispone il comma 2° — accerta con ogni mezzo la non contrarietà del riconoscimento all'interesse del minore, considerate le concrete circostanze del caso».

La rivisitazione pure dei complessi meccanismi giuridici del diritto internazionale privato, consapevole della tortuosità dei sentieri percorsi dalla giurisprudenza⁷⁷, mira alla composizione di ragioni differenti, preferendo all'astrattezza dei concetti e all'immediatezza del compromesso, spesso insoddisfacente, dell'adozione in casi particolari, la concretezza dei singoli casi, nella quale solamente possono valutarsi i *best interests of the child*.

Sembra che ciò, in fondo, sia uno dei tratti distintivi di tutto il testo.

6. La migliore delle famiglie possibili

La legittimità costituzionale della disciplina dell'adozione circa le condizioni soggettive degli adottanti, in particolare dell'art. 29 bis, comma 1°, l. adoz., nella parte in cui non prevede che anche la persona non coniugata e residente in Italia possa presentare dichiarazione di disponibilità ad adottare un minore straniero e chiedere di essere dichiarata idonea all'adozione piena, è stata oggetto della questione sollevata dal Tribunale per i minorenni di Firenze, con ordinanza del 26 novembre 2020⁷⁸. Peraltro, proprio con riguardo all'adozione internazionale, il tema dell'adozione del minore da parte della persona sola acquista un significato più ampio, perdendo peso l'argomento matematico del rapporto fra il numero degli aspiranti genitori adottivi e il numero degli adottabili⁷⁹.

Nonostante la Corte costituzionale abbia dichiarato l'inammissibilità della questione, per carenze motivazionali, e quindi non abbia inciso sull'assetto normativo, la sentenza⁸⁰ riaccende l'attenzione sul-

77 Gli studi sul tema, nell'intreccio fra le molteplici questioni connesse, non si contano. Su tutti, P. Zatti, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, II, pp. 193 ss.; L. Lenti, *Diritto della famiglia*, cit., pp. 194 ss.; M. Mantovani, *Lo stato di figlio. Artt. 231-249*, cit., pp. 41 ss. Cfr. B. Checchini, «Vita familiare» vs «maternità surrogata»: il nuovo punto di equilibrio della Corte europea. Quale rilievo all'identità del nato?, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2022, I, pp. 396 ss.; A.G. Grasso, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Torino, Giappichelli, 2022; M. Caielli, B. Pezzini e A. Schil-laci (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, CIRSDe – Centro Interdisciplinare di Ricerche e Studi delle Donne e di Genere dell'Università degli Studi di Torino, 2019; V. Scalisi, *Maternità surrogata: come «far cose con regole»*, in *Rivista di diritto civile*, 2017, pp. 1097 ss.; L. Poli, *Gestazione per altri e stepchild adoption: gli errori del legislatore italiano alla luce del diritto internazionale*, in *DPCE online*, 2016, fasc. 3, pp. 99 ss.; M. Di Masi, *Maternità surrogata: dal contratto allo status*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2014, pp. 615 ss. V. anche M.P. Iadicicco, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2021, spec. pp. 353 ss.; G. Mingardo, *Approdi e partenze: lo stato della gestazione per altri e la prospettiva futura*, in *Rivista AIC*, 2021, fasc. 4, pp. 206 ss.; A. Diurni, *Il nuovo paradigma della plurigenitorialità nel diritto interno, europeo e internazionale*, in *Rivista di diritto privato*, 2018, pp. 23 ss. Inoltre, a commento dell'ordinanza interlocutoria della Corte di cassazione, 22 gennaio 2022, n. 1842 di rimessione alle Sezioni unite, in *Famiglia*, 2022, pp. 235 ss., R. Trezza, *Ordine pubblico e legame biologico-intenzionale tra genitori omosessuali e figlio nato da maternità surrogata*.

78 Tribunale per i minorenni di Firenze, 26 novembre 2020, in *OneLegale*.

79 L. Lenti, *Diritto della famiglia*, cit., pp. 1045 ss. e 1067; Id., *Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, cit., pp. 791 s.; M.R. Marella, voce «Adozione», nel *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, Agg. I, Torino, Utet, 2000, p. 14; M. Cinque, *op. cit.*, p. 579. In un'ottica di riforma, non parrebbe comunque seriamente immaginabile eliminare il presupposto del vincolo matrimoniale solo per l'adozione internazionale e non anche per l'adozione di minori nazionale, data la diversità di trattamento che si verrebbe a creare verso i bambini, a seconda che siano minori adottabili stranieri residenti all'estero o meno.

80 Corte costituzionale, 23 dicembre 2021, n. 252, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2022, I, pp. 615 ss., con commento di S. Corso, *Prestigiazione, ovvero sull'adozione del minore da parte del singolo*, cit., pp. 609 ss.; e in *Giurisprudenza costituzionale*, 2021, pp. 2786 ss., con nota di D. Martire, «Rilevanza» e «non manifesta infondatezza»: due categorie giuridiche cabalistiche?, il quale si sofferma sui requisiti processuali richiesti per accedere al giudizio di legittimità costituzionale e su come possano assumere un ruolo diverso a seconda del «profilo» della relativa questione presentata, sollevando il problema della delimitazione delle esigenze del processo costituzionale e rispetto a finalità di tipo sostanziale.

la questione, mai sopita, dell'adozione da parte dei *single* e si mostra di particolare interesse almeno per il tracciato di argomentazioni che riporta⁸¹.

I cambiamenti, quelli in atto e quelli già compiuti, all'interno della società e nella concezione comune della famiglia realizzano una distanza sempre maggiore fra il piano giuridico e quello della realtà che il diritto intende regolare⁸², come emerge in questa pronuncia. Ad assottigliare i motivi per conservare la disciplina attuale in materia di adozione contribuisce ora la menzionata sentenza n. 79 del 2022 della Corte costituzionale, che di quei cambiamenti, per certi versi, è il portato⁸³.

Un'ultima considerazione, infine, merita, per la semplicità e la chiarezza con cui può riassumere la riflessione di queste pagine, l'espressione usata dalla difesa dell'Avvocatura generale dello Stato, rinvenibile nella sentenza della Corte costituzionale n. 252 del 2022. Formula quasi leibniziana: 'la migliore delle famiglie possibili'.

Se, come anticipato, il fine dell'adozione — nella sua versione contemporanea — è quello di dare una famiglia al minore, a questi, i cui migliori interessi restano il principio guida, va data non una famiglia qualunque, ma la migliore possibile⁸⁴.

Com'è stato osservato in dottrina, l'esclusione dei *single* dalla possibilità di adottare — con adozione piena — si giustifica con l'esigenza di individuare un criterio certo su cui impostare una politica di selezione degli aspiranti adottanti, a fronte di una superiorità della domanda rispetto alla disponibilità di minori adottabili, allo scopo di individuare la situazione più idonea a garantire i *best interests of the child*⁸⁵.

- 81 In particolare, da un lato, l'Avvocatura generale dello Stato evidenzia una sensibilità, a livello etico, della tematica che investe il dubbio di legittimità costituzionale, per affermare come sia compito del legislatore individuare un punto di equilibrio ragionevole delle contrapposte esigenze, dall'altro, l'esposizione del giudice *a quo* sottolinea la tensione tra gli avvenuti mutamenti del contesto sociale e l'attuale quadro normativo dell'adozione.
- 82 Che la legge, specie in materia di famiglia, non abbia in sé la forza di conformare a un modello preconstituito la realtà sociale, ma che invece sia il diritto a conformarsi e a riflettere la realtà è messo in evidenza da M. Sesta, *La famiglia tra funzione sociale e interessi individuali*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, pp. 567 ss., spec. p. 577. V. P. Perlingieri, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrelevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, in Id., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, Esi, 2005, p. 496, già in *Rassegna di diritto civile*, 1988, pp. 601 ss., secondo cui, «se il costume muta, il legislatore non può cristallizzare un costume ormai cambiato o superato, sarebbe un atteggiamento velleitario e perdente». Cfr. V. Scalisi, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi. Parte prima. Dalla «famiglia-istituzione» alla «famiglia-comunità»: centralità del «rapporto» e primato della «persona»*, in *Rivista di diritto civile*, 2013, pp. 1043 ss.; U. Salanitro, *Ordinante e società. Appunti sui formanti del diritto di famiglia (a proposito di una riflessione di Alberto Benedetti)*, in *Jus civile*, 2019, pp. 638 ss.; L. Lenti, *Diritto della famiglia*, cit., p. 18. Per un prospetto generale, storico e di respiro più ampio, v., su tutti, P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017, *passim*.
- 83 Si v. già D. Bonamore, *L'adozione speciale da parte del singolo nei meandri dell'opposizione*, cit., p. 1362, per cui, «se la Corte costituzionale dovesse dichiarare l'incostituzionalità di qualcuna delle norme che disciplinano l'adozione speciale, non v'è dubbio che a cadere dovrebbe essere l'intera legge n. 184 del 1983 di cui l'art. 44 non è che un corollario». A dire il vero, una riforma per intero dell'adozione sembrerebbe la cosa più auspicabile, se si tiene a mente anche che la dichiarazione di adottabilità e con essa, soprattutto, l'adozione piena stessa si reputano *extrema ratio*, misura residuale, per i drastici effetti di recisione dei legami con la famiglia di origine del minore, alla cui mitigazione già si è cercato di rimediare attraverso risultati interpretativi nuovi, come l'adozione 'aperta'. Cfr. E. Quadri, *Una riflessione sull'interesse del minore e la dimensione familiare della sua tutela*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, II, pp. 1330 ss.; Id., *Una riflessione su "l'interesse del minore e il suo diritto a crescere in famiglia"*, in *The best interest of the child*, cit., pp. 261 ss., spec. pp. 265 s.; R. Caterina e L. Lenti, *La famiglia*, nel *Trattato del Diritto privato* di Salvatore Mazzamuto, vol. II, *La famiglia, le successioni, le donazioni*, t. I, Torino, Giappichelli, 2022, pp. 229 ss.; G. Iorio, *Le adozioni in Italia fra diritto vivente e prospettive di riforma*, in *Familia*, 2022, pp. 493 ss. V. anche C.M. Bianca, *Note per una revisione dell'istituto dell'adozione*, in *Jus civile*, 2018, pp. 60 ss.
- 84 C. Maggia, *Come è cambiata l'adozione in cinquant'anni: normative, dati applicativi a confronto e prospettive di riforma*, in *Minorigiustizia*, 2017, fasc. 4, p. 131.
- 85 V. M.R. Marella, voce «Adozione», cit., pp. 9 s. A sostegno dell'esclusione delle persone singole sono state addotte specifiche ragioni, per esempio l'esigenza di garantire al minore la presenza di entrambi i ruoli genitoriali, materno e paterno, e di inserirlo in una famiglia che dia maggiori garanzie di stabilità. Cfr. M. Dogliotti, *L'adozione dei minori: presupposti e requisiti*, cit., p. 420; A. Beghè Loreti, *La normativa internazionale e quella italiana in tema di adottabilità di un minore da parte di persona sola*, cit., pp. 2831 s. Rigoroso l'orientamento di Corte di cassazione, 7 settembre 1991, n. 9444, in *Giustizia civile*, 1991, I, p. 2902, con nota di G. Manera, *Se la nomina a tutore di un solo coniuge possa essere deliberata quale affidamento preadottivo*, *ivi*, 1992, pp. 3129 ss., sentenza che ha escluso l'efficacia di un provvedimento di un giudice straniero emesso a favore di uno solo dei coniugi, sulla base dell'interpretazione, come principio fondamentale, del requisito per l'adottante della condizione soggettiva di coniuge, ritenendo che in questo caso l'affidamento preadottivo si risolverebbe in un pericolo per l'unità della famiglia e sarebbe lesivo anche dei diritti del minore, che si vedrebbe privato di una figura genitoriale. Sul punto v. anche V. Carbone, *Adozione internazionale di minore straniero, da parte di "non coniugato", solo nei "casi particolari" (art. 44 l. n. 184/1983)*, cit., p. 468. Nella giurisprudenza di merito, si v. Tribunale per i minorenni di Trieste, 9 luglio 1984, in *Giustizia civile*, 1985, I, p. 897.

Il criterio risulta quindi basato sulla bigenitorialità, intesa nel modo più rigido. Tra le varie maniere di concepire la bigenitorialità, infatti, oltre a questo modo, in negativo ed esclusivo, ve n'è anche uno, in positivo ed inclusivo, cioè come valore per cui riconoscere il diritto del bambino a mantenere rapporti con entrambi i genitori, ove possibile⁸⁶.

L'opzione per la bigenitorialità più rigorosa — compiuta a prescindere dalla necessità⁸⁷, per mera volontà⁸⁸ — riflette l'adesione al canone della *imitatio naturae*, laddove il riferimento alla 'natura' è a intendersi come conformazione unica al modello della famiglia convenzionale e per una sua preservazione⁸⁹.

Qual è allora la migliore delle famiglie possibili? Il legislatore — moderno Pangloss — risolve il problema col requisito del coniugio: la miglior famiglia possibile per un bambino è sempre quella bigenitoriale, composta da un uomo e una donna, sposati⁹⁰.

Ma i *best interests of the child* — anche secondo la lezione dei giudici di Strasburgo — mal si prestano ad essere valutati attraverso una regola astratta. La soluzione in grado di soddisfarli andrà indagata in concreto, caso per caso, senza limitazioni o esclusioni *a priori*⁹¹. I principi in materia di famiglia devono essere al servizio dei minori, delle persone, e non può valere l'inverso⁹².

- 86 La distinzione richiama quella fra bigenitorialità in senso forte e bigenitorialità in senso debole. U. Salanitro, *La tutela del diritto del minore alla bigenitorialità*, in *Mediazione familiare e diritto del minore alla bigenitorialità. Verso una riforma dell'affidamento condiviso*, P. Mazzamuto (a cura di), Torino, Giappichelli, 2019, pp. 29 ss. Il tema della bigenitorialità è stato pure affrontato analizzando il c.d. d.d.l. Pillon, presentato nel 2018: R. Piroso, *L'impronta (v-)etero-patriarcale e adultocentrica nel diritto di famiglia italiano. Alcune riflessioni teorico-giuridiche a partire dal "ddl Pillon"*, in questa *Rivista*, 2020, n. 2, pp. 164 ss., spec. 174 s.; U. Salanitro, *Il diritto del minore alla bigenitorialità e il d.d.l. Pillon*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, II, pp. 333 ss. In arg. M.R. Marella, *Fra pulsioni punitive e rigurgiti proprietari. I molti pasticci del ddl Pillon*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2019, pp. 109 ss.; C. Rimini, *Sul disegno di legge Pillon e sugli altri d.d.l. in materia di responsabilità genitoriale in discussione al Senato*, in *Famiglia e diritto*, 2019, pp. 67 ss. Ancora, sulla bigenitorialità, v. E. Al Mureden, *Il diritto del minore alla bigenitorialità ed il ruolo del terzo genitore nella prospettiva della famiglia ricomposta*, in *The best interest of the child*, cit., pp. 269 ss.; M.R. Marella, *Dal diritto alla bigenitorialità al d.d.l. Cirinnà: un'incursione nelle strutture profonde del diritto di famiglia*, in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, www.europeanrights.eu, aprile 2016.
- 87 «La stessa necessità biologica della doppia genitorialità comincia ad essere contrastata dagli sviluppi delle tecniche di riproduzione assistita. Ed anche sul piano sociale la bigenitorialità non è più sentita come un valore assoluto ed un bene per il figlio. Se ne avverte un'eco nella nuova disciplina dei limiti di età. Infatti, richiedere a un solo componente della coppia adottiva il requisito di una differenza di età contenuta entro limiti ristretti e liberare l'altro da tali limitazioni (cfr. art. 6, commi 6° e 7°, l. n. 194/1983) equivale a dire che non è così grave se il minore adottato perde uno dei due genitori e viene allevato da uno solo». L. Fadiga, *L'adozione legittimante dei minori*, cit., p. 853.
- 88 La scelta prescinde pure dalla considerazione che anche una persona singola possa costituire una famiglia d'accoglienza idonea ad allevare un bambino in stato di abbandono. V. L. Lenti, *L'adozione*, cit., p. 415. Inoltre, se è vero che secondo l'art. 8, par. 2, della Convenzione di Strasburgo del 1967, «l'autorité compétente attachera une particulière importance à ce que cette adoption procure à l'enfant un foyer stable et harmonieux», è pur vero che, come espresso da Corte di cassazione, n. 10923/1992, cit., atteso che non vi è alcun principio fondamentale, nell'ordinamento italiano, corrispondente al divieto per la persona sola di adottare, anche la persona singola è in grado di costituire un ambiente familiare stabile e armonioso.
- 89 M.R. Marella, voce «Adozione», cit., *passim*. Per V. Calderai, *La tela strappata di Ercole. A proposito dello stato dei nati da maternità surrogata*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, I, p. 1116, tale scelta legislativa ha avuto conseguenze anacronistiche e discriminatorie. Secondo L. Lenti, *Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, cit., p. 789, il favore per la coppia sposata costituisce «un residuo dell'epoca in cui la procreazione era eticamente e socialmente ammessa soltanto all'interno del matrimonio». È una delle prospettive della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio, ricavata dall'art. 29 Cost. Cfr. A. Schillaci, *Famiglie e dignità delle relazioni: una lettura costituzionale*, in *Questione giustizia*, 2019, n. 2, pp. 17 ss., spec. pp. 28 ss.; P. Veronesi, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, in *Studium iuris*, 2010, pp. 997 ss. Sull'interpretazione giusnaturalistica della disposizione, M. Bessone, *La famiglia nella Costituzione*, nel *Commentario alla Costituzione*, G. Branca (a cura di), artt. 29-31, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro it., 1977, sub art. 29, p. 18. In arg., fra molti, C. Salvi, *La famiglia tra neogiusnaturalismo e positivismo giuridico*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, F. Ruscello (a cura di), I, Napoli, Esi, 2008, pp. 883 ss.; F. Biondi, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, in www.gruppodipisa.it, giugno 2013; A. Gorgoni, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Padova, Cedam, 2017, pp. 463 ss.; A. Ruggeri, *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione*, in *Jus civile*, 2018, pp. 736 ss.
- 90 «Se, oggi più di ieri, centinaia di migliaia, milioni di bambini, vengono allevati al di fuori del classico *schema bipolare*, gli specialisti, da parte loro hanno già da tempo rilevato che, a volte, l'amore di una persona sola, vecchia, povera, in stato semiselvaggio, è riuscito a dare a chi è senza genitori ciò che le strutture tradizionali non hanno potuto». D. Bonamore, *Rito (opposizioni e legittimazioni) e merito*, in *Rivista giuridica della scuola*, 1980, p. 517.
- 91 Sull'interpretazione dell'interesse del minore come clausola generale procedimentale, v. M. Piccinni, *I minori di età*, in M. Piccinni e C.M. Mazzoni, *La persona fisica*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 423 s.
- 92 Cfr. M. Sesta, *La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell'attuale disciplina giuridica della famiglia*, in *Famiglia e diritto*, 2021, pp. 763 ss.; G. Ferrando, *Riconoscimento dello status di figlio: ordine pubblico e interesse del minore*, cit., p. 952.

Nella famiglia, come formazione sociale, si svolge la personalità dell'individuo. La famiglia, dunque — in qualunque accezione la si voglia intendere — non è un fine in sé, ma un mezzo. Il fine, verso cui tende — e con essa anche il diritto di famiglia — è e resta la tutela della persona⁹³.

Dalla famiglia alle famiglie, per un essere famiglia attraverso il fare famiglia⁹⁴.

La famiglia come luogo degli affetti, che abbraccia anche la famiglia del genitore solo, supera la mitologia del paradigma e l'«archetipo, forse antropologico e forse psicologico, del figlio tenuto per mano da due genitori»⁹⁵.

-
- 93 Su tutti, P. Perlingieri, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrelevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, cit., pp. 496 s.: «La famiglia non è un bene in sé, un valore in sé ma in tanto è valore in quanto ha l'idoneità di rispondere alla sua funzione che è quella di promuovere la persona umana, cioè lo sviluppo delle persone che fanno parte della comunità familiare». In senso analogo, F. Prosperi, *La famiglia nell'ordinamento giuridico*, *Studi in onore di Davide Messinetti*, cit., p. 724: «Per quanto la famiglia costituisca indubbiamente il nucleo fondamentale della società, non sembra dubbio che il "valore dei valori" enunciato dalla costituzione, ai sensi dell'art. 2, non sia la famiglia ma la persona». V. anche M. Sesta, *La famiglia tra funzione sociale e interessi individuali*, cit., pp. 572 ss.; V. Scalisi, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi. Parte seconda. «Pluralizzazione» e «riconoscimento» anche in prospettiva europea*, in *Rivista di diritto civile*, 2013, pp. 1287 ss., spec. pp. 1312 ss. Cfr. P. Veronesi, *La dimensione costituzionale della persona*, in *Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali*, A. Pugiotto (a cura di), Napoli, Jovene, 2013, pp. 525 ss.; M. Di Masi, *Famiglie, pluralismo e laicità. Processi di secolarizzazione nel diritto di famiglia*, in *Familia*, 2018, pp. 243 ss., spec. p. 274.
- 94 E. Mangone, *Families in Sociocultural Change: From Structure to Relationship*, in *Non-Binary Family Configurations: Intersections of Queerness and Homonormativity*, B.J. Gilley e G. Masullo (a cura di), Berlino, Springer, pp. 67 ss.
- 95 P. Zatti, *Lo specchio giuridico*, in *Genitori e Figli nel Tempo. Per un disegno guida nella psicoterapia delle psicosi*, M. Pierri (a cura di), Bologna, Pàtron, 1999, p. 30.

*Maria Carmela Venuti**

Il diritto all'affettività

Sommario

1. Considerazioni introduttive e delimitazione del campo d'indagine – 2. Esiste un diritto all'affettività delle persone omosessuali? Ovvero: l'affetto tra persone omosessuali è adeguatamente protetto dal legislatore? – 3. Segue – 4. Questioni emergenti nel diritto applicato. 5. Alcune possibili soluzioni. – 6. Segue – 7. Il difficile percorso per garantire la conservazione della relazione affettiva.

Abstract

Il contributo costituisce la rielaborazione, con l'aggiunta di un apparato minimo di note, della relazione svolta al Convegno nazionale di Rete Lenford - Avvocatura per i diritti LGBTI+, che si è tenuto a Bologna il 25 marzo 2022.

This paper has been presented at the Rete Lenford - Avvocatura per i diritti LGBTI+ National Congress, that took place in Bologna last March 25th 2022. It is the transcription of the speech including some necessary references.

1. Considerazioni introduttive e delimitazione del campo d'indagine

Non paia strano che il giurista e, in primo luogo, il civilista si misuri con il tema dell'affettività e, segnatamente, con il diritto all'affettività, perché l'affetto è - come è stato scritto - «la dimensione più radicale (nel senso di posta alla radice) dell'essere umano, esso si manifesta già a livello biologico (...) [n]el cervello (...), dove si organizzano le pulsioni fondamentali, i processi di amore e di odio, di aggressività e di lotta, di soddisfazione e di mancanza, per poi ricostruirsi a un livello più alto e complesso attraverso l'intervento della dimensione sociale e dei suoi codici culturali. Gli affetti, dal piano fisiologico, proprio attraverso l'attività cerebrale, si vengono strutturando secondo pratiche sociali, secondo modelli e regole che ne ridefiniscono i confini, ne mutano le interpretazioni, li esaltano o li censurano»¹. L'affettività, dunque, definita negli studi psicologici come «il complesso dinamico dei fatti e dei fenomeni (...) (sentimenti, emozioni, passioni, ecc.) che caratterizzano le tendenze e le reazioni psichiche di un individuo»², si rappresenta al giurista alla stregua di *elemento identitario fondamentale* della persona fisica, un aspetto direi quasi inscindibile dall'ontologia stessa dell'individuo e dalla sua necessaria proiezione relazionale, espressa nelle formazioni sociali in cui si agglutina e si dipana la sua personalità.

Ciascun uomo e ciascuna donna, dal primo all'ultimo momento della propria esistenza esperisce se stesso/a in una sintesi dialettica e dinamica di corpo e mente, che si evolve e si struttura, come si diceva, in sentimenti, emozioni, pulsioni, pensieri.

* Professoressa Ordinaria di Diritto Privato, Università di Palermo.

1 F. Cambi, *Genesi e fenomenologia degli affetti*, in *Universo del corpo*, 1999, reperibile on-line sul portale Treccani all'indirizzo https://www.treccani.it/enciclopedia/affettivita_%28Universo-del-Corpo%29/, accesso del 22 marzo 2022.

2 Voce «Affettività», in *Enciclopedia Treccani on-line*, <https://www.treccani.it/enciclopedia/affettivita>, accesso del 22 marzo 2022.

Necessario portato dell'essere è *l'altro da sé*. Il soggetto vive e intesse relazioni che assumono modalità comunicative plurime, organizzate secondo tipologie e configurazioni differenti, anche molto sofisticate e altamente formalizzate - si pensi allo stesso diritto come regolamentazione dei comportamenti umani. Rapporti, quindi, che trovano negli schemi familiari e di coppia le principali - anche in senso letterale - articolazioni fenomenologiche.

L'affettività è, pertanto, una specola da cui guardare alla persona sia dal punto di vista storico-evolutivo, sia da quello della sua consistenza individuale e relazionale, in proiezione vuoi statica vuoi dinamica. L'affettività è espressione della personalità dell'individuo, della sua identità, e il relativo diritto rientra a pieno titolo nel catalogo delle prerogative fondamentali della persona, riconosciute e tutelate a livello costituzionale, *in primis* all'art. 2 della nostra *Charta*. Nelle fonti sovranazionali il diritto all'affettività trova usbergo nelle previsioni della CEDU che sanciscono il rispetto della vita privata e familiare (art. 8) ed il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che ne regolano l'esercizio (art. 12), nella configurazione risultante dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo³. E così pure nelle statuizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'UE che contemplano fattispecie corrispondenti, il diritto al rispetto della vita privata e della vita familiare (art. 7) e il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia (art. 9), senza dimenticare quelle che riconoscono e tutelano il diritto alla dignità (art. 1), il diritto all'uguaglianza (art. 20) e alla non discriminazione, segnatamente in ragione dell'orientamento sessuale (art. 21).

Se, in via teorica, può postularsi in capo a ogni soggetto un diritto all'affettività come espressione dell'ontologia e della dinamica dell'essere umano, il passaggio alla considerazione del godimento e dell'esercizio di tale situazione giuridica soggettiva sconta le strettoie della tipizzazione delle relazioni sociali in archetipi riconosciuti e disciplinati dal diritto. Vengono qui in esponente le categorie della parentela e dell'affinità, del coniugio, dell'unione civile, della genitorialità, della filiazione. Strutture relazionali con vari gradi di complessità e di estensione, che assurgono a modelli rilevanti e meritevoli di tutela in quanto dotate di elementi identificativi chiari e (preferibilmente) sancite grazie ad atti quali il matrimonio, la celebrazione dell'unione civile, la dichiarazione di nascita, il riconoscimento del figlio, e via discorrendo.

L'antitesi fatto/diritto non significa però irrilevanza assoluta delle situazioni non formalizzate: sempre più vengono in rilievo e trovano protezione rapporti che si consolidano nel divenire dell'esistenza e che vengono allora qualificati in termini di "sociali", "intenzionali", "di fatto". Figure che richiamano per certi versi la *cognazione spirituale* del diritto romano e canonico.

Come s'è accennato, la Corte europea dei diritti dell'uomo ritiene, ad esempio, che la protezione accordata alla vita familiare si rivolga anche ai rapporti *de facto*, pure in assenza di "copertura" legale o biologica, a condizione che siano legami personali effettivi, la cui rilevanza va saggiata in funzione della qualità, configurazione, delle circostanze del rapporto concreto (tra cui può venire in rilievo anche la durata)⁴. E, come si dirà meglio tra poco, in determinate circostanze l'esistenza di relazioni affettive attestata in via di fatto è sporgenza considerata positivamente dal nostro legislatore al fine di darvi una qualche copertura giuridica.

In ordine, segnatamente, alla posizione del genitore intenzionale, prima di analizzare quali soluzioni siano state battute o possano essere percorribili per dare copertura giuridica a relazioni affettive attestata sul piano fattuale, può osservarsi che in via di principio la rilevanza della genitorialità sociale nel quadro del nostro sistema, segnato da una progressiva evoluzione «normativa ed ordinamentale del concetto di famiglia», è stata sancita dalla Consulta, che ha affermato che «il dato della provenienza

3 Sull'estensione dell'art. 8 della Convenzione e sulla sussumibilità entro il suo dettato di situazioni giuridiche soggettive riconducibili al diritto all'affettività v., ad es., Corte Edu, sez. I, 27 maggio 2021, *Jessica Marchi c. Italia*, ric. 54978/17, reperibile all'indirizzo <https://hudoc.echr.coe.int/>. La questione sottoposta all'attenzione della Corte concerneva tra l'altro, la tutelabilità del diritto alla vita privata e familiare maturato tra l'affidataria e il bambino nel quadro di un affidamento preadottivo (a rischio giuridico), interrotto dopo un anno per provvedimento dell'autorità giudiziaria. Con riguardo all'art. 8 della Convenzione i giudici di Strasburgo si diffondono sia sul concetto di «vita familiare», precisando che esso riguarda le relazioni fondate sul matrimonio, e anche altri «legami "familiari" *de facto*, in cui le parti convivono al di fuori del matrimonio o in cui altri fattori dimostrano che la relazione è sufficientemente stabile» (§ 49 e ss.); sia su quello di «vita privata». Sottolineano a tale ultimo proposito come si tratti di «una nozione ampia, che non si presta a una definizione esaustiva. Essa comprende l'integrità fisica e psicologica di una persona (...) e, entro certi limiti, il diritto, per l'individuo, di instaurare e sviluppare rapporti con altri esseri umani». La Corte soggiunge che può a volte comprendere alcuni aspetti dell'identità fisica e sociale di una persona, includendo «il diritto alla realizzazione personale o il diritto all'autodeterminazione (...), e il diritto al rispetto delle decisioni di diventare o meno genitore» (§ 60 e ss.).

4 Corte Edu, sez. I, 27 maggio 2021, *Jessica Marchi c. Italia*, cit., §§ 53-57. Cfr. anche Corte EDU, sez. II, 27 aprile 2010, *Moretti e Benedetti c. Italia*, ric. 16318/07, § 45.

genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa», potendosi, pertanto, dare una non coincidenza del dato normativo con quello biologico⁵.

Al riguardo la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto che la relazione tra una coppia di due donne ed il figlio, dato alla luce da una delle due a seguito di un condiviso progetto di procreazione medicalmente assistita biologico ed allevato da entrambe, rientri a pieno titolo nel concetto di «vita familiare» di cui all'art. 8 della Convenzione⁶. I giudici di Strasburgo hanno osservato che i legami sviluppatasi tra la coppia e il figlio nei quattro anni e mezzo in cui si è svolta la loro convivenza (dalla nascita del figlio alla rottura della relazione amorosa tra le due donne) si configurino «sans aucun doute de la vie familiale au sens de l'article 8». Insomma, conclude la Corte, «Le lien qui s'est construit entre elle et G. tient donc, de facto, du lien parent-enfant»⁷.

Il problema è, quindi, individuare criteri e confini della rilevanza per il diritto delle espressioni di relazioni affettive non riconducibili ad archetipi giuridicamente riconosciuti: ossia se, in che termini e come il *fatto affettivo* possa trovare protezione. Diventando, pertanto, *diritto* o godendo comunque di una tutela corrispondente⁸.

2. Esiste un diritto all'affettività delle persone omosessuali? Ovvero: l'affetto tra persone omosessuali è adeguatamente protetto dal legislatore?

Prima di verificare se il diritto all'affettività possa trovare espressione - e in che ampiezza - riguardo alle persone omosessuali, è opportuno fare una breve ricognizione delle ipotesi in cui l'ordinamento positivo richiama esplicitamente la dimensione dell'affetto nelle relazioni tra privati. Per quanto consta da un primo rapido vaglio, esse paiono concentrate, per un verso, nella legge 4 maggio 1983, n. 184 sul diritto del minore ad una famiglia. Qui, per l'adozione piena, si richiede che gli aspiranti genitori adottivi siano «*affettivamente idonei* e capaci di educare, istruire e mantenere i minori che intendono adottare» (art. 6); analogamente, per l'adozione in casi particolari, si ribadisce che il tribunale dei minori debba verificare «*l'idoneità affettiva* e la capacità di educare e istruire il minore, la situazione personale ed economica, la salute, l'ambiente familiare degli adottanti» (art. 57). Ancora, a proposito dell'affidamento familiare, si individuano nella famiglia o nella persona singola *in grado di assicurare* al minore temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo «il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e *le relazioni affettive*» di cui egli ha bisogno» i soggetti nei confronti dei quali può essere emesso il relativo provvedimento (art. 2). Con la legge 19 ottobre 2015, n. 173 sul *diritto alla continuità affettiva* dei bambini e delle bambine in affido familiare si è poi introdotto il riferimento ai «*legami affettivi significativi*» e al rapporto stabile e duraturo consolidatosi tra il minore e la famiglia affidataria, sancendo il diritto del minore alla «continuità delle positive *relazioni socio affettive* consolidate durante l'affidamento» (art. 4; art. 44).

Per altro verso viene in esponente la legge 20 maggio 2016, n. 76 sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto, ove, com'è noto, il perimetro delle regole applicabili a quest'ultima

5 Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *G.U.*, 20 dicembre 2017, n. 51, 1^a s.s., punto 4.1.6. del *Considerato in diritto*. Nello stesso senso, successivamente, Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, in *G.U.*, 10 marzo 2021, n. 10, 1^a s.s., punto 2.4.1.1. del *Considerato in diritto*.

6 Corte Edu, sez. V, 12 novembre 2020, *Honner c. Francia*, ric. 19511/16, §§ 50 e 51. La Corte richiama tra i propri precedenti la pronuncia della Grande Camera, 19 febbraio 2013, *X et al. c. Austria*, ric. 19010/07, § 95. Le decisioni sono reperibili all'indirizzo <https://hudoc.echr.coe.int/>.

7 Corte Edu, sez. V, 12 novembre 2020, *Honner c. Francia*, ric. 19511/16, cit., § 51.

8 In dottrina una suggestiva riflessione su questi temi è offerta da V. Scalisi, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2/2018, p. 405 ss. A margine delle considerazioni svolte nel testo pare opportuno segnalare come sia nel caso della relazione affettiva formalizzata, sia - e a maggior ragione forse - in quella di fatto è importante segnarne l'inizio, lo svolgimento, la cessazione. Ed a volte pure la sua persistenza nonostante il venir meno del rapporto e/o della persona verso cui si nutre il sentimento affettivo: verificandosi una sorta di proiezione oltre la morte del soggetto amato ovvero oltre la rottura del vincolo da cui il legame è sorto. Anche in ragione di queste considerazioni l'affettività si staglia come una situazione relazionale, fortemente connotata in senso dinamico-evolutivo.

fattispecie viene tracciato facendo leva sulla circostanza che i soggetti interessati siano uniti stabilmente da *legami affettivi di coppia* e di reciproca assistenza morale e materiale (comma 37°)⁹.

Da questi enunciati si può trarre l'indicazione di politica del diritto che, nella sfera delle relazioni familiari, qualora si tratti di costituire un vincolo giuridicamente efficiente ovvero di darvi comunque riconoscimento e tutela, l'ordinamento richiede l'esistenza di un *legame affettivo* tra i soggetti interessati. È il caso della coppia di fatto ai fini dell'applicazione delle disposizioni della l. n. 76/2016; e così pure degli affidatari e del minore in vista della salvaguardia del suo diritto alla continuità affettiva. Nelle altre ipotesi ricordate è la sussistenza dell'estremo dell'*idoneità affettiva degli aspiranti genitori* - da intendere come idoneità a *costituire il legame con il bambino* - ad essere presupposto necessario per la costituzione del vincolo di filiazione adottiva - piena o in casi particolari (art. 6, art. 57, l. n. 184/1983).

Sotto tale aspetto, pertanto, la posizione del nostro ordinamento è in linea con il diritto convenzionale che, come ricordato nel paragrafo precedente, tutela non soltanto i legami familiari *de jure* ma anche quelli *de facto*¹⁰.

Per contro, qualora si sia al cospetto di una relazione già dotata di copertura giuridica, in quanto adeguatamente formalizzata secondo i modelli contemplati dall'ordinamento — matrimonio, unione civile tra persone dello stesso sesso, legame di filiazione, parentela, affinità — il vincolo affettivo viene dato per presupposto e la sua sussistenza, modalità di svolgimento, eventuale incrinatura, dissoluzione rappresentano le sporgenze sulle quali si asside la tutela di volta in volta apprestata dal legislatore (si pensi ai doveri di assistenza, collaborazione, contribuzione, solidarietà; all'assegno di mantenimento e di divorzio; all'affidamento della prole e all'assegnazione della casa familiare nella crisi della coppia; agli obblighi alimentari in caso di dissoluzione della coppia di fatto; ai provvedimenti assunti a tutela della prole in caso di condotte pregiudizievoli dei genitori e/o in violazione od omissione dei doveri parentali; agli ordini di protezione a favore del coniuge o del partner vittima di condotte violente o abusanti).

In siffatta direzione può altresì essere letta - nel differente ambito della disciplina del contratto - la regola che contempla la revocazione della donazione in caso di ingratitudine del donatario (art. 801): segno tangibile del venir meno di quell'affetto solidale, biunivoco, disinteressato esistente tra le parti della donazione e che *sub specie* di spirito di liberalità sostanzia la causa del negozio. Sempre nella materia del contratto un ulteriore limpido indizio della rilevanza della relazione sentimentale per la condotta della parte si ha nella norma sulla violenza diretta contro terzi. L'art. 1436, infatti, dopo aver individuato *nominatim* la cerchia dei destinatari della minaccia (alla persona o ai beni) nel coniuge e nell'unito civilmente (secondo il disposto dell'art. 1, comma 16°, l. n. 76/2016¹¹), nonché nei discendenti e negli ascendenti del contraente¹² - quindi in base a vincoli giuridici precisamente delineati -, pone una regola di chiusura considerando un'ulteriore fascia di terzi non altrimenti qualificati, la cui selezione

9 Può ricordarsi inoltre il decreto Min. Salute, 16 aprile 2010, n. 116, recante il *Regolamento per lo svolgimento delle attività di trapianto di organi da donatore vivente*, che prescrive che la commissione terza, composta da esperti sulle problematiche correlate al trapianto da donatore vivente, verifichi, tra l'altro, la sussistenza nel donatore «di consanguineità con il ricevente o, in assenza di consanguineità, di *legame di legge o affettivo*».

10 Ed ancora, il fatto che si fa diritto emerge nitidamente nella regola sul possesso di stato per la prova della filiazione (art. 236 cpv., cod. civ.). Va poi rammentata la giurisprudenza che ammette il risarcimento del danno da perdita del rapporto affettivo anche a favore del familiare di fatto, ricomprendendo nella cerchia della tutela relazioni di omogenitorialità intenzionale: Tribunale di Milano, 21 febbraio 2007, in *Fam. e dir.*, 10/2007, p. 938 ss., con nota di Cosco, *Le stepfamilies ed il danno per la perdita del rapporto parentale*; Tribunale di Reggio Emilia, 2 marzo 2016, in www.articolo29.it.

11 Sulla scarsa qualità legislativa della previsione e del suo collegamento con l'art. 1436 cod. civ. v. F. Bartolini, *Annullamento del contratto per minaccia contro il partner dell'unione civile: un'occasione mancata?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 575 ss., la quale evidenzia altresì come, mentre la figura dell'unito civilmente sia tra i destinatari di "fascia alta" della minaccia diretta al terzo ai fini dell'annullabilità del contratto per violenza, la posizione del convivente di fatto vada riportata alla generica categoria di chiusura del capoverso dell'art. 1436 cod. civ.

12 E, riterrei, in adesione alla lettura suggerita da Bartolini, nello scritto citato alla nota precedente, del discendente o dell'ascendente della persona unita civilmente al contraente (sicché il consenso di quest'ultimo in presenza degli altri presupposti richiesti risulta viziato da violenza). Il dettato letterale del comma 16°, che riferisce la rilevanza del male minacciato oltre che quando diretto alla persona o ai beni «dell'altra parte dell'unione civile costituita dal contraente» anche quando rivolto a un «discendente o ascendente di lui», se accolto tale e quale, senza la correzione ermeneutica proposta, risulta poco comprensibile, se non francamente privo di senso. L'esegesi suggerita si pone, per contro, in linea di coerenza con la *ratio* di salvaguardia della persona unita civilmente espressa nella legge n. 76/2016 e in continuità con l'impianto della disciplina codicistica in tema di violenza diretta contro i terzi. Se così è, allora, la previsione in discorso finisce per attribuire un rilievo, sia pure *extra ordinem* - e cioè ai soli fini della tutela dell'integrità del consenso contrattuale - a specifici rapporti affettivi che andrebbero ascritti alla categoria dell'affinità derivante dalla celebrazione dell'unione civile. Categoria, però, disconosciuta in detta ipotesi dal legislatore, come si dirà di qui a poco.

viene rimessa al prudente apprezzamento del giudice. Essa si baserà sulla significatività che il vincolo affettivo ha per il contraente; circostanza da saggiare in relazione alle circostanze del caso concreto.

3. Segue

Tornando al diritto all'affettività come situazione giuridica fondamentale, espressione dell'identità dell'individuo e del dispiegarsi della sua personalità nelle relazioni interprivate, e dunque nelle diverse formazioni sociali di volta in volta rilevanti, può osservarsi che la valenza universale dei diritti inviolabili dell'uomo non dovrebbe far dubitare della circostanza che in via teorica *tutti* siano titolari del diritto all'affettività, e dunque pure le persone omosessuali. Ciononostante per queste la linea del compasso si restringe vistosamente quando si passa dal piano dell'astratta titolarità a quello dell'esercizio del diritto, giacché àmbiti, estensione e modalità del suo godimento si fanno ristretti o addirittura in radice esclusi. Esito che sollecita nell'interprete uno scrutinio sulla fondatezza costituzionale di simili limitazioni che si traducono in veri e propri diritti *negati*; vaglio al quale non si può qui porre mano per ovvie ragioni di tempo¹³.

Volendo anzitutto identificare le carenze di tutela, possono segnalarsi due ipotesi a gradazione crescente di intensità (negativa).

La prima concerne l'inidoneità dell'unione civile a costituire legami di affinità, e dunque a sancire giuridicamente la formazione di una rete di relazioni familiari allargate, che vada oltre il nucleo della coppia¹⁴.

La seconda e ben più grave compressione del diritto all'affettività è riconducibile all'inaccessibilità alla genitorialità diretta della coppia di uniti civilmente e dei conviventi di fatto *same-sex* in quanto tali, non potendo essi ricorrere all'adozione piena né accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita¹⁵.

Com'è noto l'interdetto contenuto nella legge n. 40 del 2004 è stato reputato non in contrasto con i dettami della nostra Carta fondamentale. La Consulta, infatti, con specifico riferimento alle coppie femminili ha ritenuto non predicabile un loro diritto, costituzionalmente garantito, alla genitorialità procreativa¹⁶. La decisione articola il proprio assunto su diversi argomenti, tra cui spicca quello dell'(asserita) emersione nella *Charta* di un paradigma eterosessuale della famiglia come struttura formata da un uomo(-marito) e da una donna (-moglie), volta alla procreazione e alla cura di prole. A questa stregua detto «nucleo familiare» rappresenterebbe per i figli la formazione sociale che assicura le «migliori condizioni di partenza» per il loro sviluppo. Il divieto di ricorrere alla procreazione medicalmente assistita si fa vieppiù incisivo per le coppie maschili, alle quali si oppone la riprovazione per la tecnica

13 Per una disamina su alcuni di questi problemi mi permetto di rinviare al mio *La genitorialità procreativa nella coppia omoaffettiva (femminile). Riflessioni a margine di Corte cost. n. 221/2019*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, p. 664 ss.

14 Salvo che per il meta-collegamento, comunque obliquo e indiretto, al discendente e all'ascendente della persona unita civilmente con il contraente ai fini dell'annullabilità del contratto per violenza diretta contro i terzi dell'art. 1, comma 16°, della legge n. 76/2016, di cui s'è detto alla nota 12.

15 È ammessa, entro certi limiti, la genitorialità della persona omosessuale singola. Essa può essere realizzata in via biologica (senza dubbio ove ipoteticamente attuata "in vivo", e) facendo ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita in paesi, diversi dall'Italia, ove l'accesso è consentito a persone non in coppia. Può altresì attuarsi attraverso l'adozione, ma non nella forma dell'adozione piena, per la quale si richiede che gli aspiranti genitori siano una coppia eterosessuale unita in matrimonio (art. 6, l. 4 maggio 1983, n. 184), bensì unicamente come *adozione in casi particolari*, aperta anche ai singoli. Infatti l'art. 44, l. n. 184/1983, al 3° comma, nei casi di cui alle lettere *a)*, *c)* e *d)* ammette l'adozione pure a favore della persona non coniugata (nel caso della lett. *b)*, invece, l'unico adottante è però necessariamente sposato con il genitore dell'adottando). Dell'utilizzabilità della lett. *d)* dell'art. 44 per l'adozione del figlio del/la compagno/a di vita delle persone *same-sex*, secondo l'interpretazione estensiva dell'estremo della «constatata impossibilità di affidamento preadottivo» come riferibile ad un'impossibilità giuridica (e non solo materiale), da qualche tempo invalsa, e dei limiti del ricorso all'adozione in casi particolari per la piena tutela degli interessi dei soggetti coinvolti e, *in primis*, di quelli del bambino, si dirà meglio in seguito.

16 Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, in *G.U.*, 30 ottobre 2019, n. 44, 1° s.s.. Sulla decisione, oltre al già richiamato nostro *La genitorialità procreativa nella coppia omoaffettiva (femminile). Riflessioni a margine di Corte cost. n. 221/2019*, si v. G. Casaburi, «*Qui 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, I, c. 3794 ss.; U. Salanitro, A strange loop. *La procreazione assistita nel canone della Corte costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I, p. 206 ss.

della gpa, presidiata, com'è noto, dalla sanzione penale che ne colpisce la condotta attuativa, e dal rilievo di regola di ordine pubblico del relativo divieto¹⁷.

L'analisi che segue si soffermerà sulla genitorialità negata della coppia *same-sex*, tematizzando alcuni profili emersi nel dibattito scientifico ed in sede giurisprudenziale.

4. Questioni emergenti nel diritto applicato

La "irricoscibilità" del legame parentale in capo al componente della coppia *same-sex* che non presenti legami genetici con il nato o, nel caso della genitorialità femminile, alla donna non abbia dato alla luce il bambino¹⁸, e sempre rammentando il divieto di adozione piena da parte delle coppie *same-sex*, comporta pregiudizi a raggio allargato.

Certamente per l'adulto, al quale viene impedita la realizzazione dell'aspirazione alla genitorialità maturata nel quadro della scelta, squisitamente identitaria e (astrattamente) attuativa della propria personalità, consistente nel dar vita a un legame di coppia omoaffettivo. L'interdizione alla realizzazione di un progetto procreativo o di un percorso adottivo nei confronti delle coppie *same-sex* si risolve in una compressione del loro diritto fondamentale all'affettività (parentale), e ciò unicamente in ragione dell'orientamento sessuale. Inoltre la mancata formalizzazione del rapporto con il nato, laddove la genitorialità si sia attuata *de facto*, costituisce un ostacolo, allo stato pressoché insormontabile, che impedisce all'adulto la continuità del legame affettivo con la prole. Ciò anche solamente in via materiale, qualora la relazione di coppia venga troncata e il genitore *de jure* estenda la cesura del proprio rapporto con il partner ai figli minori comuni. Sul punto si tornerà al § 7.

Viene pregiudicato anche il nato, che si vede limitato nel diritto alla doppia figura genitoriale e nell'acquisizione di legami di parentela con i consanguinei del genitore intenzionale (fratelli e sorelle; nonni, zii, cugini), subendo così un *vulnus* alla propria identità personale e relazionale. Senza dire dell'interruzione traumatica del rapporto affettivo nel caso sopra ricordato della frattura della coppia genitoriale¹⁹.

5. Alcune possibili soluzioni

Tra le soluzioni adottate nella prassi applicativa (o che si configurano come astrattamente percorribili) per eliminare o attutire queste situazioni pregiudizievoli e, in positivo, per dare attuazione al diritto all'affettività delle persone omosessuali spicca, com'è noto, il ricorso all'*adozione in casi particolari*, a mente della lett. d) dell'art. 44, l. adoz., del figlio biologico del *partner*: figlio biologico che nella stragrande maggioranza dei casi è sin dalla nascita "di fatto" figlio pure dell'adottante, in quanto frutto di un progetto procreativo voluto e realizzato dalla coppia *same-sex*.

Nonostante esso sia stato più volte additato sia dalla Suprema Corte, sia dai giudici delle leggi, come lo strumento idoneo a dare copertura giuridica al rapporto di filiazione nei confronti del genitore intenzionale, l'istituto ha evidenziato limiti procedurali ed effettuali che ne ridimensionano significativamente l'efficienza in direzione dell'obiettivo perseguito.

Un primo grande ordine di limiti, consistente nella circoscritta portata degli effetti del vincolo solamente alla relazione adottante-adottato, è stato adesso superato con la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 55, l. adoz., nella parte in cui esclude, attraverso il rinvio all'art. 300, 2° comma, cod. civ., l'instaurarsi di rapporti civili tra il minore adottato in casi particolari e i parenti dell'adottan-

17 Sul punto, salvo quanto si dirà *infra* in ordine a una recente ordinanza della prima sezione civile della Corte di cassazione, la giurisprudenza di legittimità ha posto una pietra tombale con la sentenza a sezioni unite 8 maggio 2019, n. 12193, ampiamente commentata in dottrina con accenti differenti.

18 Applicando i giudici, nel caso di nascita in Italia, il criterio dell'art. 269, comma 3°, cod. civ., che assume la maternità nella donna che abbia partorito, e facendo inoltre leva sull'impossibilità di discostarsi dal paradigma della indefettibile eterosessualità dei due genitori. In questo senso v., ad es., Cass. civ., sez. I, 23 agosto 2021, n. 23320, in *Fam. e dir.*, 2/2022, p. 154 ss., con nota di Di quattro, *Lo status del minore nato in Italia da una coppia di donne*.

19 Rispetto a quest'ultima ipotesi e in vista della tutela della posizione del minore sarebbe auspicabile la nomina di un curatore speciale.

te²⁰. L'Alta Corte ha reputato la previsione incriminata in contrasto con gli artt. 3, 31, 2° comma, e 117, 1° comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU. Essa, infatti, «priva (...) 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»²¹. La disciplina censurata, continua la Corte, lede al contempo «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»²².

Un ulteriore e ancora persistente ordine di limiti concerne, invece, l'esigenza che sussista l'assenso del genitore legale dell'adottando (art. 46, l. n. 184/1983): e poiché detto assenso può mancare in caso di conflitto nella coppia *same-sex*, così come verificatosi nel caso concreto da cui, ad es., è scaturita la questione di legittimità costituzionale esaminata dalla Consulta nella recente sentenza n. 32 del marzo 2021²³, la strada dell'adozione risulta preclusa.

Non potendo, per i richiamati motivi di tempo, soffermarmi adeguatamente su questi aspetti, mi limito a ricordare come, in via generale, l'adozione in casi particolari risponda all'esigenza di consentire la formalizzazione del vincolo di filiazione nei confronti di un bambino che, salvo il caso della lett. c) dell'art. 44, ossia di minore portatore di handicap e dunque in condizione tale da renderne particolarmente difficile l'adozione, non è in stato di abbandono e gode, pertanto, di un tessuto di rapporti familiari, anche legalmente attestati, che l'ordinamento intende mantenere nel suo esclusivo interesse. In altri termini non si determina una frattura nel vissuto affettivo dell'adottando, come invece avviene con l'adozione piena che, presupponendo lo stato di abbandono del minore, recide i suoi legami con la famiglia di origine. La finalità dell'adozione in casi particolari è semmai di *rafforzare* quel vissuto esistenziale mediante la giuridificazione di un rapporto affettivo che già si è sviluppato in via di fatto e va quanto più possibile armoniosamente connesso alla sfera delle relazioni familiari già sussistenti nella vita del minore²⁴.

La situazione del secondo genitore (o d'intenzione) rispetto al figlio generato nel quadro della relazione amorosa omoaffettiva e di cui si è inteso assumere in via di fatto e sin dalla nascita la responsabilità della cura, della crescita, dell'educazione, è, dunque, significativamente distante da quella dello *step-parent* in senso proprio, contemplata, per le coppie coniugate, alla lett. b) dell'art. 44, l. adoz. In quest'ultima ipotesi, infatti, il figlio è nato da una precedente relazione dell'attuale coniuge dell'adottante, e gode, dunque, nella ordinarietà dei casi, della doppia figura genitoriale. Nell'evenienza che ci occupa, invece, il bambino non ha la possibilità di un duplice legame parentale, e ciò per via dell'anonimato del/la donatore/trice di gameti ed, eventualmente, anche della donna che ha condotto a termine la gravidanza se si è fatto ricorso alla gpa.

20 Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, reperibile all'indirizzo www.cortecostituzionale.it. L'ordinanza di rimessione è del Tribunale dei minorenni di Emilia-Romagna del 26 luglio 2021, reg. ord. n. 143 del 2021, pubbl. sulla *G.U.* del 29 settembre 2021, n. 39, 1ª s.s. La pronuncia della Consulta è in realtà sopraggiunta dopo la data (25 marzo 2022) in cui si è svolto il convegno bolognese e quindi la presente relazione. In quel momento, invero, era noto solo il contenuto del Comunicato stampa del 24 febbraio 2022, reperibile sul sito della Corte costituzionale (www.cortecostituzionale.it).

21 Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, cit., punto 8.2. del *Considerato in diritto*.

22 *Ibidem*.

23 Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, cit. Nella narrativa si legge che la relazione fra le due donne era cessata e che «l'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44, comma 1, lettera d), della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori) è risultata impraticabile, in quanto l'art. 46 della medesima legge prescrive l'assenso del genitore legale dell'adottando, che, nella specie, è stato negato» (punto 1.1. del *Considerato in fatto*). La madre biologica e legale delle bambine nate nel quadro di un progetto di procreazione medicalmente assistita portato avanti con l'allora compagna di vita, una volta rotta la relazione amorosa non aveva consentito né al riconoscimento, né all'adozione, e vietava loro ogni rapporto con la madre intenzionale.

24 In questo senso v., ad es., Cass. civ., sez. I, ord. 22 novembre 2021, n. 35840, in *CED Cassazione* (rv. 662949-01), che ha sottolineato come l'adozione in casi particolari determini la permanenza di un rapporto affettivo significativo, tale da consentire la non interruzione dei rapporti giuridici e di fatto con la famiglia di origine dell'adottato, facendo sorgere un vincolo giuridico che coesiste e non elide la relazione con quest'ultima. Allo stesso modo, delinea l'adozione in casi particolari ai sensi della lett. d) dell'art. 44 Cass. civ., sez. un., 13 maggio 2020, n. 8847, in *CED Cassazione* (rv. 657658-01), come fattispecie che, facendo leva sull'interesse del minore a vedere riconosciuti i legami sviluppatasi con altri soggetti che se ne prendono cura, costituisce una clausola di chiusura del sistema, volta a consentire il ricorso a tale strumento tutte le volte in cui è necessario salvaguardare la continuità della relazione affettiva ed educativa, all'unica condizione della «constatata impossibilità di affidamento preadottivo», da intendersi non già come impossibilità di fatto, derivante da una situazione di abbandono del minore, bensì come impossibilità di diritto di procedere all'affidamento preadottivo.

Per superare quest'*impasse* si potrebbero prospettare alcune soluzioni.

Con riferimento al necessario assenso del genitore biologico si potrebbe ipotizzare una soluzione di natura negoziale attraverso la formulazione di un consenso "ora per allora" e irrevocabile, manifestato al momento del concepimento o della nascita del bambino. La proposta appare, però, scarsamente accoglibile per vari motivi, primo fra tutti la difficile giustiziabilità di una simile promessa, e per di più per la dubbia ammissibilità del carattere irrevocabile.

Una differente strategia potrebbe consistere nella disapplicazione dell'inciso contenuto nel capoverso dell'art. 46, l. adoz., che recita «salvo che l'assenso sia stato rifiutato dai genitori esercenti la responsabilità genitoriale (...) dell'adottando»²⁵. E ciò al fine di consentire al tribunale di pronunciare ugualmente l'adozione ove ritenga il rifiuto ingiustificato o contrario all'interesse del minore.

Tale proposta ermeneutica si fonda sulla circostanza che, come rimarcato, nello spettro di operatività della previsione in esame non rientra l'ipotesi dell'adozione del proprio figlio intenzionale da parte del secondo genitore *same sex*, sia perché fattispecie del tutto ignorata dal legislatore nel momento in cui ha concepito l'impianto regolamentare dell'istituto in esame, e sia perché presenta tratti d'assoluta peculiarità rispetto alle altre ipotesi sussumibili nel dettato dell'art. 44 l. n. 184/1983, e che la rendono un'evenienza a se stante. La prescrizione dell'art. 46 l. adoz., pertanto, laddove impedisce che il tribunale possa superare, se ingiustificata o se contraria all'interesse del minore, l'opposizione del/i genitore/i esercenti la responsabilità su di lui (ovvero del coniuge dell'adottando con lui convivente), non si attaglia a tutelare l'interesse di cui è portatore il figlio della coppia omoaffettiva, ossia a superare la condizione di monogenitorialità (formale) alla quale è altrimenti condannato. L'impossibilità di saldare giuridicamente la relazione instaurata in fatto con il genitore intenzionale comporta un grave *vulnus* alla persona del figlio, al suo diritto fondamentale alla identità affettiva, familiare, sociale. Caducando, invece, in via interpretativa l'inciso del 2° comma dell'art. 46, l. n. 184/1983, che impedisce al tribunale di pronunciare ugualmente l'adozione ove ritenga ingiustificato o contrario all'interesse dell'adottando il rifiuto proveniente dai genitori o dal coniuge dell'adottando, si ottiene una norma corrispondente al disposto dell'art. 250 cod. civ. che, a proposito del secondo riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio, contempla, com'è noto, il ricorso al giudice per ottenere il provvedimento che tenga luogo del consenso mancante del primo genitore, ove il rifiuto non risponda all'interesse del figlio. L'uniformità di disciplina che ne risulterebbe evidenzia l'affinità delle fattispecie regolate e la comune tensione alla realizzazione del superiore interesse del minore, in concreto apprezzato dal giudice. In entrambe, infatti, si tratta di consentire al figlio di poter conseguire la doppia figura genitoriale, e ciò in presenza di una volontà in tal senso dell'adulto che lo ha generato (nel caso della filiazione fuori del matrimonio) ovvero che ha condiviso con il primo genitore biologico il progetto procreativo e la cura del figlio dopo la sua nascita (nell'adozione da parte del secondo genitore omoaffettivo). La soluzione suggerita appare, inoltre, costituzionalmente conforme, perché impedisce una possibile duplice irragionevole difformità di trattamento dei minori nati da una coppia omoaffettiva attraverso il ricorso alla procreazione medicalmente assistita. La prima discrasia si può venire a configurare tra questi bambini e gli altri minori per i quali è stata concepita dal legislatore l'adozione in casi particolari. Per questi ultimi, infatti, l'estremo del necessario (e insuperabile) assenso del/i genitore/i dell'art. 46 è funzionale al perseguimento del loro superiore interesse. Nelle ipotesi contemplate dall'art. 44 si tratta, come accennato, di costituire o ricostituire una (bi-)genitorialità che chiamo qui brevemente "per consenso" al posto di quella biologica venuta meno, come nel caso del minore orfano di cui alla lett. a) dell'art. 44. Ovvero si tratta di aggregare una nuova genitorialità costituita *de facto* a quella preesistente e non scalfibile dal provvedimento giudiziale, come nell'adozione da parte del coniuge del genitore di cui alla lett. b) o della cosiddetta adozione mite di cui alla lett. a) o lett. d) "prima maniera". Il requisito del necessario consenso del genitore legale, la cui assenza non è superabile dal tribunale, non appare, al contrario, idoneo a perseguire l'interesse del figlio della coppia *same-sex* alla formalizzazione della relazione affettiva instaurata con il genitore sociale; interesse che, ovviamente, il tribunale dovrà apprezzare sulla base delle circostanze del caso concreto.

La seconda possibile difformità di trattamento, che pure prefigura un contrasto con il parametro della ragionevolezza, si delinea nei confronti degli stessi nati da procreazione medicalmente assistita praticata da coppie dello stesso sesso. A ben vedere, infatti, minori appartenenti alla medesima categoria possono ritrovarsi ad avere un diverso *status* di figlio - con o senza una doppia figura genitoriale giuridicamente accertata - in dipendenza di un elemento aleatorio, imponderabile, e del tutto estraneo alla loro volontà e possibilità di influenza, qual è la persistenza o no della relazione amorosa tra i com-

25 Ovviamente abbastanza incongruo e di assoluta rarità è, nella specie, il richiamo al mancato assenso del coniuge convivente dell'adottando, sempre contenuto nell'art. 46, cpv., l. n. 184/1983.

ponenti della coppia che ne ha voluto la nascita. Il che si traduce in una tanto innegabile quanto intollerabile violazione del precetto di uguaglianza²⁶.

6. Segue

Altre soluzioni offerte nel diritto applicato vanno distinte in base al sesso maschile o femminile della coppia di aspiranti genitori - la irricevibilità della gestazione per altri nel nostro ordinamento viene ripetutamente rintracciata dai giudici costituzionali e di legittimità nel suo essere pratica intollerabilmente lesiva della dignità della donna, che «mina nel profondo le relazioni umane»²⁷ - (sul punto non mi soffermerò), ed in relazione alla circostanza che la nascita del bambino sia avvenuta all'estero ovvero in Italia, aspetto su cui farò qualche breve considerazione.

Com'è noto, quando si tratta di trascrivere un provvedimento straniero che attesta la omogenitorialità viene in rilievo la questione della sua conformità all'ordine pubblico internazionale. La giurisprudenza di legittimità sembra ormai consolidata nell'orientare il proprio vaglio attraverso un setaccio a maglie più larghe di quello utilizzabile quando si misura con l'ordine pubblico interno, giacché lo scrutinio va operato «alla stregua dei principi fondamentali della Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali»²⁸. Così i giudici di legittimità hanno ritenuto di ammettere la trascrizione dell'atto di nascita nel quale sono indicate due mamme²⁹, e l'adozione piena da parte di una coppia maschile³⁰, essendo escluso in quest'ultimo caso che il bambino sia stato procreato con il ricorso alla gestazione per altri, data la profonda e insanabile riprovazione di detta pratica nel nostro ordinamento, di cui s'è detto³¹.

Nel caso in cui, invece, la nascita si avvenuta in Italia (questa ipotesi concerne elettivamente le coppie femminili), dalle recenti pronunce della S.C. si evidenzia una netta chiusura dei giudici di legittimità dopo le pronunce gemelle della Corte costituzionale nn. 32 e 33 del 2021. Chiusura che si estrinseca nel riformare le decisioni di merito che hanno ammesso la costituzione di una bigenitorialità femminile attestata nei registri dello stato civile sulla base della assunzione volontaria, responsabile, consapevole e condivisa del ruolo parentale (per lo più tramite il riconoscimento del figlio attuato dalla mamma intenzionale ai sensi dell'art. 250 cod. civ., ovvero facendo valere il consenso prestato all'atto della fecondazione eterologa della compagna di vita, a mente dell'art. 8 e dell'art. 6, l. n. 40 del 2004)³².

In sostanza, salvo il ricorso all'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44, lett. d), l. n. 184/1983, che è però procedimento che interviene necessariamente dopo un certo periodo dalla nascita del bambino e che presenta i limiti di cui s'è detto, l'omogenitorialità *tour court*, ossia realizzabile *ab origine* in coppia, stenta a trovare ingresso nel nostro ordinamento. Ciò sulla base del rilievo che la sede ideale di

26 La disarmonia è stata segnalata dalla Consulta nella richiamata decisione n. 32 del 2021 al punto 2.4.1.4. del *Considerato in diritto*.

27 Corte cost., n. 272 del 2017; n. 33 del 2021; n. 79 del 2022.

28 V., ad es., Cass. civ., sez. I, 23 agosto 2021, n. 23320, in *Fam. e dir.*, 2/2022, p. 154 ss., con nota di Diquattro, *Lo status del minore nato in Italia da una coppia di donne*, punto 8.4. della motivazione, che richiama Cass. civ., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Giur. it.*, 2020, p. 543 ss., con nota di Valongo, *La c.d. "filiazione omogenitoriale" al vaglio delle Sezioni unite della Cassazione*.

29 Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3/2017, I, p. 372 ss., con nota di Palmeri, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*; Cass. civ., sez. I, 15 giugno 2017, n. 14878, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, p. 1718 ss., con nota di Palmeri, *(Ir)rilevanza del legame genetico ai fini della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*.

30 Cass. civ., sez. un., 31 marzo 2021, n. 9006, in *Fam. e dir.*, 2021, p. 992 e ss., con note di Figone, *L'adozione straniera a favore di una coppia dello stesso sesso non contrasta con l'ordine pubblico*; Recinto, *Le "pericolose oscillazioni" della Suprema Corte e della Consulta rispetto alla maternità surrogata*; Sesta, *Adozione consensuale estera e ordine pubblico: una decisione che non persuade*.

31 La posizione di chiusura della giurisprudenza nei riguardi della condizione dei figli nati da coppie gay che hanno fatto ricorso alla gpa potrebbe subire un ripensamento a seguito della recente ordinanza del 21 gennaio 2022, n. 1842, con cui la I sezione della S.C. ha rimesso gli atti al primo Presidente sollecitando una interpretazione adeguatrice e costituzionalmente (e convenzionalmente) conforme dell'art. 12 e 9 della l. n. 40/2004, per superare l'inerzia del legislatore dopo il monito avanzato dalla Corte costituzionale n. 33 del 2021 e al fine di superare il vuoto normativo accertato in relazione alla tutela dei figli nati da gpa a seguito della pronuncia di inammissibilità della medesima Corte costituzionale.

32 Cass. civ., sez. I, 25 febbraio 2022, n. 6383, in *Diritto & Giustizia*, 28 febbraio 2022, fasc.40, pag. 7 ss., con nota di Di Lallo, *Figlia di due donne: no alla rettifica dell'atto di nascita perché la soluzione, attualmente, è l'adozione in casi particolari*; Cass. civ., sez. I, ord. 7 marzo 2022, n. 7413, in *DeJure*.

nascita e crescita del bambino sia la famiglia eterosessuale³³. In omaggio a quest'assunto la S.C. ritiene non conforme a diritto l'interpretazione, accolta dalle corti di merito³⁴, costituzionalmente orientata, dell'art. 8 e 6 della legge n. 40 del 2004, che lega l'assunzione della genitorialità al consenso manifestato dai *partner* al momento dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

7. Il difficile percorso per garantire la conservazione della relazione affettiva

Venendo, infine, allo strumentario di tutela del diritto all'affettività nel caso di venga in gioco la conservazione del rapporto con il genitore d'intenzione (e con la famiglia sociale allargata) una volta intervenuta la crisi della coppia e instauratasi una conflittualità tra gli ex uniti o partner di fatto, il panorama risulta assai rarefatto.

La positiva affermazione in via astratta della continuità della relazione affettiva del minore nei confronti del genitore di fatto trova una prima significativa sporgenza nella decisione della Corte costituzionale, che ha implicitamente ammesso la rilevanza del rapporto parentale instauratosi tra la mamma intenzionale e i figli (biologici) della compagna, nati a seguito di un comune progetto di genitorialità avviato, realizzato e poi svolto insieme per un cospicuo periodo di tempo³⁵.

Di recente una questione analoga a quella che ha dato origine alla pronuncia della Corte costituzionale del 2016 è stata sottoposta al vaglio della I sezione della S.C.³⁶. Il caso origina dalla domanda formulata, a norma degli artt. 333 e 336 cod. civ., da una mamma sociale e intenzionale di due bambine, che chiedeva di disporre la limitazione della responsabilità genitoriale della *ex* compagna, madre biologica delle gemelle nate dalla compagna a seguito di fecondazione assistita in vitro, con consenso scritto di entrambe, sulla base di un progetto di genitorialità condiviso. L'istante chiedeva di essere reintegrata nella facoltà di visita, accudimento e frequenza delle due minori, invocando il loro preminente interesse.

I giudici di legittimità hanno sottolineato la particolare rilevanza e novità delle questioni poste al proprio vaglio «in ordine alla figura del cd. "genitore sociale", nell'ambito di un rapporto di fatto tra persone dello stesso sesso (seppure non risultante inquadrato nell'ambito di un'unione come disciplinata dalla L. n. 76 del 2016)». Più precisamente, hanno reputato di «particolare rilevanza le questioni della legittimazione alla proposizione del ricorso principale e della necessità di nomina del curatore speciale», e rimesso, per tali ragioni, la causa all'udienza pubblica³⁷.

Al di là dei provvedimenti che possano essere assunti dai giudici e della loro concreta attuazione, purtroppo non evidenziabile dai repertori giurisprudenziali, resta la constatazione di una lacuna nello strumentario normativo che possa efficacemente rispondere al bisogno di tutela evidenziato.

Guardando ad altri ordinamenti per rintracciare un possibile modello di regolamentazione, viene in rilievo l'esperienza francese. Segnatamente, il disposto del 2° comma dell'art. 371-4 *code civil*, a mente del quale è possibile ottenere dal *juge aux affaires familiales* la determinazione di misure idonee a conservare il legame familiare instaurato in via di fatto da un adulto - e specificamente di un genitore d'intenzione - con un minore, ove ciò risponda all'interesse di questi³⁸. La norma richiede che l'adulto abbia

33 In questo senso Cass. civ., sez. I, 23 agosto 2021, n. 23320 e n. 23321, cit.; Cass. civ., sez. I, 25 febbraio 2022, n. 6383, cit.; Cass. civ., sez. I, ord. 7 marzo 2022, n. 7413, cit.

34 V., ad es., App. Cagliari, 28 aprile 2021, in *DeJure*; Trib. Milano, 23 settembre 2021, in *Ifamiliarista.it*, 15 febbraio 2022, con nota di Parisi, *Minore nato all'estero da gpa: il tribunale di Milano dice sì al riconoscimento della doppia paternità con trascrizione integrale dell'atto di nascita*.

35 Corte cost., 20 ottobre 2016, n. 225.

36 Cass. civ., sez. I, ord. 17 febbraio 2021, n. 4198. Nella narrativa si legge, inoltre, che la vita familiare tra la coppia e le due figlie era proseguita per cinque anni dalla nascita delle bambine. Dopo la cessazione della relazione amorosa e la coabitazione tra le due donne, la madre sociale aveva continuato a frequentare regolarmente le bambine, ad accudirle e a curarle in forza di delega della madre biologica. Tuttavia in un momento successivo la madre biologica aveva revocato l'autorizzazione e vietato alla *ex* compagna di vita di intrattenere rapporti con le figlie. Costei, di conseguenza, lamentava la grave lesione del diritto alla continuità affettiva delle minori, essendo queste a lei legate da un autentico vincolo filiale.

37 L'udienza dovrebbe tenersi nel maggio 2022 (ringrazio per l'informazione l'avv. Alexander Schuster e il Presidente di Rete Lenford, l'avv. Vincenzo Miri).

38 «Article 371-4. L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit. Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations

vissuto stabilmente con il bambino e con uno dei suoi genitori, abbia provveduto alla sua educazione e al suo mantenimento, ed abbia costruito col minore duraturi legami affettivi. In sostanza, prefigura proprio l'ipotesi della conservazione del vincolo instaurato tra il genitore sociale e il figlio nel momento in cui la convivenza cessa per rottura della vita di coppia³⁹.

Interessante sembra poi essere il progetto di legge tedesco sulla *Verantwortungsgemeinschaft*, di cui ha dato notizia la stampa, in base al quale pare si possa fondare un legame giuridicamente rilevante sulla scelta libera e responsabile dei suoi protagonisti.

entre l'enfant et un tiers, parent ou non, en particulier lorsque ce tiers a résidé de manière stable avec lui et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables».

39 Non va dimenticato, inoltre, come strumento cui ricorrere in caso di accordo tra i componenti della coppia, l'istituto della delega della responsabilità familiare, di cui agli artt. 377 e ss. *Code civil* (nel testo modificato nel 2019): reperibile su https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006150093?etatTexte=VIGUEUR&anchor=LEGISCTA000006150093#LEGISCTA000006150093 (accesso del 1° aprile 2022).

Giulia Terlizzi*

La PMA (seulement) pour toutes. L'incompiuta rivoluzione della nuova legge di bioetica francese

Sommario

1. Le nuove priorità della Legge di bioetica, “*plus societale que jamais*”. - 2. Dal *mariage pour tous* alla *PMA pour toutes* : *excursus* di una promessa politica. - 3. Le disposizioni della nuova legge di bioetica sull'AMP. - 4. Le asimmetrie di trattamento nell'accertamento della maternità a seguito di AMP. - 5. La legge di bioetica fra uguaglianza e nuove discriminazioni: alcune riflessioni critiche.

Abstract

Con la legge di bioetica n° 2021-1017, il legislatore francese ha “deconfinato” le tecniche di assistenza medica alla procreazione (AMP), riconoscendo il desiderio e la volontà quali mezzi per superare i limiti corporei e per dare al sistema di procreazione, filiazione e parentela una dimensione “sociale”. Oggi, l'accesso alle tecniche di AMP è aperto anche alle coppie di donne e alle donne single, a prescindere dall'esistenza di una patologia. Nel tentativo, necessariamente limitato, di introdurre il lettore alla nuova legge di bioetica, ed in particolare alla nuova disciplina della *Assistance medicale à la procréation* (AMP), si procederà dapprima con una breve ricostruzione della genesi e del processo di adozione della legge. Ci si dedicherà in seguito ad una sintetica analisi delle disposizioni innovative e della nuova disciplina dell'AMP, per comprenderne meglio gli effetti, ma anche i lati oscuri e i delicati problemi rimasti ancora aperti.

*With the approval of the new law on bioethics n° 2021-1017, the French legislator has radically changed the discipline of medically assisted procreation techniques, recognizing desire and will as a means of overcoming bodily limitations and giving the system of procreation, filiation and parenthood a 'social' dimension. Today, the access to these techniques is also open to female couples and single women, regardless of the existence of a pathology. In an attempt, necessarily limited, to introduce the reader to the new law on bioethics, and in particular to the new discipline of *Assistance medicale à la procréation* (AMP), the author will first proceed with a brief reconstruction of the genesis and process of adoption of the law. Afterwards, a brief analysis of the innovative provisions and of the new discipline of the MPA will be made, in order to better understand its effects, but also its dark sides and the very delicate problems still open.*

* Ricercatrice di Diritto privato comparato, Università degli Studi di Torino.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1. Le nuove priorità della Legge di bioetica, “*plus societale que jamais*”

La legge di bioetica n° 2021-1017, promulgata il 2 agosto 2021¹, rappresenta il culmine di due anni di navetta parlamentare, a loro volta preceduti da tre anni di consultazioni con gli organi competenti. Hanno preso parte al processo di revisione-elaborazione di questa nuova legge il Comitato Nazionale Consultivo di Etica (*Comité consultatif national d'éthique*, CCNE), il Consiglio di Stato, l'Ufficio Parlamentare di Valutazione delle Scelte Scientifiche e Tecnologiche (*l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques*, OPESCT) insieme ad una commissione informativa appositamente istituita presso l'Assemblea Nazionale.

La preparazione del progetto di legge ha dato vita agli Stati Generali della bioetica, il cui sito web ha raccolto migliaia di contributi, dal 2017 al 2021.

Evidentemente, il tema - da sempre oggetto dell'attenta supervisione di una pluralità di organi - ha catalizzato negli ultimi anni l'attenzione di una più ampia cerchia di soggetti.

Sin dalle fasi di preparazione del progetto di legge emerge infatti la dimensione più “*societale que jamais*”² della nuova legge di bioetica³. Il Comitato Nazionale Consultivo di Etica (CCNE) ha aperto nel 2018 i lavori con la domanda “Che tipo di mondo vogliamo per domani?”. Dopo tre anni di lavoro, che hanno provocato un acceso dibattito parlamentare che ha portato a più di cinquemila emendamenti, il progetto di legge sulla bioetica sembra aver dato una risposta a questa domanda.

La legge, adottata con 326 voti favorevoli e 115 contrari, si presenta come un complesso sistema di norme organizzato intorno alle tecniche biomediche, ma presentato sotto rubriche che danno loro “un significato sociale”, ponendo - come dichiarato da alcuni autori - le norme tecniche in secondo piano, in linea con l'approccio, appunto, “volontarista” della legge⁴. Investita della questione di conformità costituzionale, in seguito a ricorso presentato da sessanta deputati, il *Conseil constitutionnel*, con la decisione del 29 luglio 2021, ha giudicato il testo conforme alla Costituzione, senza apporvi alcun correttivo⁵, mettendo definitivamente fine al conflitto che si era sollevato in seno al Parlamento, fra il Senato (contrario alla approvazione) e l'Assemblea Nazionale (favorevole).

Tra le numerose disposizioni adottate dalla nuova legge di bioetica, ci si concentrerà in questo contributo, sulla disposizione “faro” della legge: *l'assistance médicale à la procréation* (AMP) aperta anche alle donne *single* e alle coppie di donne. Con il termine AMP - questo è il riferimento adottato nella nuova legge, sebbene alcuni autori denuncino l'improprio utilizzo del termine AMP rispetto a PMA⁶ - si intendono quelle pratiche cliniche e biologiche che permettono il concepimento *in vitro*, la conservazione di gameti, di tessuti germinali ed embrioni, il trasferimento di embrioni e l'inseminazione artificiale, e cioè tutte quelle pratiche che permettono la procreazione al di fuori del processo naturale.

È opportuno ricordare che fino alla promulgazione della legge in esame, l'accesso a tali tecniche era stato limitato alle coppie eterosessuali che soffrivano di infertilità.

-
- 1 Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043884384/>
 - 2 L'espressione è di X. Bioy, *La loi de bioéthique 2021, plus sociétale que jamais*, in *AJDA* 2021, pp. 1826 e ss.
 - 3 Cfr., il Rapporto di studio reso dal Consiglio di Stato, su richiesta del Primo Ministro, adottato il 28 giugno 2018, nel quale si dichiara che sono gli sviluppi sociali più che giuridici che stanno mettendo in discussione il concetto di assistenza medica alla procreazione destinata ad alleviare l'infertilità patologica. *Conseil d'Etat, section du rapport et des études, Étude à la demande du Premier ministre Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, *Étude adoptée en assemblée générale* le 28 juin 2018, alle pp. 47, 48 e 49.
 - 4 Cfr. In questo senso, X. Bioy, *ivi*, pp. 1826 e ss.
 - 5 Cfr. *Conseil Constitutionnel*, Décision no. 2021-821 DC du 29 juill. 2021, disponibile qui <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2021821DC.htm>, in *AJDA* 2021. 1658; *Dalloz* 2021. 1547; in *AJ famille* 2021, 448, obs. A. Dionisi-Peyrusse; cfr. anche X. Bioy, *ivi*, pp. 1826 e ss.
 - 6 Sull'esistenza di una distinzione fra AMP e PMA cfr. le opinioni di Mme Aline Cheynet de Beaupré, in *Assemblée Nationale*, XV législature, Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique, *Compte rendu* n° 31, 5 septembre 2019, p. 6: «*Il me semble — j'insiste sur le conditionnel de mon propos — qu'il y a eu un changement fondamental entre AMP et PMA. L'AMP est l'assistance médicale à la procréation, système concernant un couple, dans le cadre d'une hétérosexualité et d'une condition pathologique — ou thérapeutique. Avec la PMA pour toutes, on touche au couple puisqu'on ne réserve plus cette technique aux couples, on touche à l'hétérosexualité, puisqu'on ouvre cette technique à l'homosexualité, et on retire purement et simplement le critère pathologique ou thérapeutique. Ce n'est pas donc une extension de l'AMP, mais un changement en profondeur pour arriver à autre chose, la PMA*». Cfr. anche le osservazioni di X. Bioy, *ivi*, pp. 1826 e ss. Il testo della legge utilizza unicamente il riferimento alla “*assistance médicale à la procréation*” AMP. Cfr. Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043884384/>.

Questa apertura delle condizioni di accesso alle AMP è accompagnata da nuove disposizioni riguardanti i bambini nati da AMP, concernenti tanto la filiazione quanto la disciplina di accesso alle loro origini.

Come evocato in dottrina, si assiste ad uno “sconfinamento” della AMP⁷ oramai accessibile alle donne sole o in coppia, a prescindere dalla esistenza di una patologia. Il legislatore ha così messo fine al modello affermato nel 1994 con il primo intervento legislativo in questo campo, considerato fino ad ora lo scrigno delle norme deontologiche professionali disciplinanti l’uso delle nuove tecnologie riproduttive elaborate all’inizio degli anni ‘70⁸. Contrariamente alle leggi di bioetica adottate dal legislatore francese a partire dal 1994, improntate ad un modello in grado di conciliare il progresso scientifico entro i grandi principi della dignità, della inviolabilità e della indisponibilità del corpo, caratterizzanti la c.d. “*bioéthique à la française*”⁹, la legge di bioetica del 2021 persegue uno spirito molto diverso, giacché mira a rispondere a una “domanda sociale che la scienza avrebbe potuto soddisfare molto tempo fa, ma che la morale comune rifiutava”¹⁰. In questo senso, è significativo che i pareri resi dal *Comité consultatif national d’éthique* si siano pronunciati per la prima volta su ambiti di disciplina fino ad allora rimasti estranei alla competenza dell’organo, quali quelli riguardanti l’evoluzione della famiglia e la disciplina della filiazione¹¹.

Non solo. Con la nuova legge di bioetica, il legislatore ha fatto un passo ulteriore, riconoscendo il desiderio e la volontà quali mezzi per superare i limiti corporei e per dare al sistema di procreazione, filiazione e parentela una dimensione “sociale”¹².

Proprio con riguardo al tema della assistenza medica alla procreazione (AMP), il contrasto nell’orientamento legislativo tra il 1994 e il 2021 è radicale e segna il trionfo di un diritto soggettivo basato sulla volontà, influenzato da istanze rivendicate in chiave femminista.

Volontà, soggettivismo e femminismo paiono quindi essere le parole chiave accolte dal legislatore, nel ridisegnare la nuova fisionomia della disciplina della bioetica¹³, in particolare, per quanto riguarda l’accesso alle tecniche di “assistenza medica alla procreazione”.

Come osservato in dottrina, le priorità sono cambiate; la legge di bioetica del 2021 non si occupa più di regolamentare le tecniche biomediche sulla base dei rischi che queste potrebbero comportare, ma, al contrario, pone tali tecniche al servizio delle aspirazioni sociali, che possono essere apprezzate alla luce dei diritti e delle libertà¹⁴. Si è parlato in questo senso di una legge di “bio-libertà” e non più di “bio-etica”. Tuttavia, come si cercherà di illustrare, il cambiamento apportato dal legislatore nei tratti e nella

7 D. Mehl, *La loi de bioéthique de 2021*, *AJ famille* 2021, pp. 520-522.

8 C. Byk, *Loi relative à la bioéthique. - Révision et changement de cap de la politique publique*, in *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 39, 2021, doct., p. 1000 e ss.

9 Cfr. D. Mehl, *La PMA déconfinée*, Paris, L’Harmattan, 2021.

10 X. Bioy, *ivi*, pp. 1826 e ss. Cfr. anche la nota resa dal Difensore dei diritti del 20 dicembre 2019; *Défenseur des droits* n°19-13 sur le projet de loi n°63 relatif à la bioéthique, Avis, 19-13, 20 décembre 2019 concernant le Projet de Loi no 63 relatif à la bioéthique.

11 D. Mehl, *La PMA déconfinée*, Paris, L’Harmattan, 2021, la quale osserva che proprio constatando queste « *évolutions sociétales* », il CCNE, nel suo parere n°126 del 15 giugno 2017, si è espresso per la prima volta a favore dell’apertura dell’AMP alle coppie femminili e alle donne sole, « *sous réserve de la prise en compte de conditions d’accès et de faisabilité* ».

12 Come dichiarato dalla Ministra della Giustizia, Nicole Belloubet, l’adozione della legge « *répond en effet à une réalité sociologique qui ne peut être ignorée ; elle est liée à la pluralité des situations familiales* ». Cfr. Déclarations de Mmes Nicole Belloubet, garde des sceaux, ministre de la justice, et Frédérique Vidal, ministre de l’enseignement supérieur, de la recherche et de l’innovation, sur le projet de loi relatif à la bioéthique, au Sénat le 21 janvier 2020. Sulla dimensione sociale dell’intervento legislativo, cfr. anche X. Bioy, *ivi*, pp. 1826 e ss.

13 A testimonianza di questo nuovo paradigma e del radicale cambiamento di prospettiva, si vedano gli interventi dei deputati all’interno dell’esame del Progetto di legge. Cfr. Ass. nat., 2e esame del testo di legge no 3181, adottato dalla Commissione speciale e modificato dal Senato. In particolare, cfr. G. Chiche (partito verde ecologista), p. 202: « *au sein des nombreux sujets à traiter, notre boussole devra être celle de l’égalité et du libre arbitre, composantes fondamentales de notre démocratie* ». Cfr. anche l’intervento di B. Lachaud (sinistra radicale) p. 201: « *L’égalité doit être notre boussole; la simple application des principes républicains doit nous guider. L’égalité est une idée très simple, que tout le monde comprend ; le principe est énoncé dans la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen : la loi est la même pour tous, soit qu’elle protège, soit qu’elle punisse. Aussi n’est-il pas utile d’inventer des circonvolutions, des dérogations et des systèmes complexes — et surtout payants — qui constituent autant d’occasions de limiter l’accès à la PMA* ».

14 Cfr. X. Bioy, *ivi*, pp. 1826 e ss: « *La loi de bioéthique de 2021 se distingue incontestablement de ses devancières. A bien des égards, les priorités ont changé. On a le sentiment que, désormais, il ne s’agit plus seulement d’encadrer des techniques biomédicales, en raison des risques qu’elles véhiculent, mais de les mettre au service d’aspirations sociales qui peuvent être appréhendées au prisme des droits et libertés. Une loi de « bio-libertés » et non plus de « bio-éthique* ».

disciplina della procreazione e della filiazione nell'ordine sociale e giuridico è in realtà più complesso e per certi aspetti più ambiguo di quanto sembri.

Nel tentativo, necessariamente limitato, di introdurre il lettore alla nuova legge di bioetica, ed in particolare alla nuova disciplina della *Assistance médicale à la procréation* (AMP), si procederà dapprima con una breve ricostruzione della genesi e del processo di adozione della legge, per illustrare lo spirito che ha animato la legge. Ci si dedicherà poi ad una sintetica analisi delle disposizioni innovative e della nuova disciplina dell'AMP, per comprenderne meglio gli effetti, ma anche i lati oscuri e i delicati problemi rimasti ancora aperti.

2. Dal *mariage pour tous* alla *PMA pour toutes*: excursus di una promessa politica

La *PMA pour toutes* era stata declamata come una "promessa" fatta dall'allora candidato Emmanuel Macron alle elezioni presidenziali. I difensori dell'estensione dell'AMP vedevano in questa promessa il coronamento del percorso intrapreso nel lontano 2013, con l'allora Presidente Francois Hollande, il quale aveva a sua volta mantenuto un'altra promessa: quella del "*mariage pour tous*"¹⁵. Nello spazio intercorso fra la prima e la seconda promessa politica si è dipanato il percorso che ha portato all'adozione della nuova legge di bioetica; un percorso caratterizzato da un acceso dibattito politico e dalle rivendicazioni di istanze sociali che, benché in ultimo non recepite, avevano segnato sin dal 2013 una svolta culturale e un punto di non ritorno all'interno della società¹⁶.

Per illustrare il percorso che ha portato alla adozione della legge del 2021, pare utile ripercorrere brevemente le tappe che hanno caratterizzato la legislazione e i dibattiti sulla bioetica in Francia.

La prima legge di bioetica francese fu adottata nel 1994¹⁷. Secondo tale legge, l'accesso alla riproduzione medicalmente assistita era consentito solo alle coppie eterosessuali che soffrivano di infertilità. Se la fecondazione all'interno della coppia fosse risultata impossibile, il ricorso alla donazione di gameti sarebbe dovuto avvenire nell'anonimato assoluto: né i donatori, né i genitori riceventi, né i bambini che sarebbero nati potevano conoscere l'identità del terzo che aveva aiutato la coppia sterile a procreare. La legge fu oggetto di revisione (come stabilito dal legislatore) nel 2004 e di nuovo nel 2011. Con la legge del 7 luglio 2011¹⁸ ci fu una prima apertura delle condizioni di accesso a questa tecnica, autorizzando il ricorso alla AMP alle coppie eterosessuali senza i limiti imposti dalla prova del possesso della condizione matrimoniale dei soggetti e della convivenza di almeno due anni. Insieme a questa modifica legislativa, la volontà delle autorità pubbliche restava però ferma nel mantenere l'AMP entro i limiti del "ragionevole"¹⁹: il processo restava escluso a fini di ricerca, per le donne in post-menopausa, e subordinato alla condizione prioritaria di infertilità patologica²⁰. In questo senso, conservando queste disposizioni, il legislatore voleva affermare chiaramente che la finalità perseguita con la tecnica AMP era rimediare alla sterilità della coppia o evitare di trasmettere una malattia particolarmente grave al bambino o a un membro della coppia. In questa prospettiva, potevano beneficiare della legge esclusivamente le coppie eterosessuali vive e in età fertile²¹.

Nell'*excursus* che stiamo descrivendo, l'introduzione del matrimonio per tutti nel 2013 rappresentò un traguardo legislativo essenziale e un primo grande sconvolgimento delle rappresentazioni morali, matrimoniali e genitoriali, che avevano fino ad allora informato il diritto e la società. Da un lato, la

15 « *J'ouvrirai le droit au mariage et à l'adoption aux couples homosexuels* », con queste parole l'allora candidato presidenziale Francois Hollande formulava l'impegno politico no 31.1. La "promessa" fu adottata nella primavera del 2013, dopo 170 ore di dibattito in Parlamento.

16 L. Brunet, *Les dispositions de la nouvelle loi de bioéthique sur l'AMP et la filiation des enfants qui en sont issus*, in *AJ Famille* 2021 pp.522-530.

17 LOI no 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, in *JORF* n°175 du 30 juillet 1994.

18 LOI no 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, in *JORF* n°0157 du 8 juillet 2011.

19 Cfr. A.-B. Caire, *L'ouverture des conditions d'accès à l'AMP : vers l'avènement de l'anthropotechnie procréative?*, in *RDSS* 2018, p. 298 e ss.

20 LOI no 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, in *JORF* n°175 du 30 juillet 1994.

21 Cfr. il testo del vecchio articolo L. 2141-2 del codice della salute pubblica.

grande mobilitazione contro il matrimonio omosessuale aveva profondamente scosso la classe politica, dall'altro lato, la società civile aveva spinto in favore di un liberalismo della morale e di una maggiore tolleranza verso scelte che prima erano considerate fuori dal comune²². Lo scenario cambia: gli standard francesi contenuti nelle precedenti leggi sono via via sempre meno accettati, il modello costituito da "un padre, una madre e i loro figli concepiti da loro e che vivono con loro" non è più il più diffuso²³; le famiglie monoparentali aumentano²⁴.

In tale contesto, anche il diritto si apre al riconoscimento di una varietà di scenari che devono la loro esistenza, in parte, a incidenti nella vita matrimoniale (famiglie monoparentali dopo una separazione) e in parte, a scelte di vita volontarie.

Seguendo l'iter logico della legge del 2013 sul matrimonio *pour tous*, che aveva legalizzato l'adozione per le coppie omosessuali, l'apertura della AMP alle coppie dello stesso sesso (vedremo con quali riserve), prevista dal nuovo progetto di legge sulla bioetica, avrebbe legittimato espressamente l'omoparentalità.

La nuova proposta di legge suscitò una accesa contestazione politica. Va infatti ricordato che, benché l'adozione di una disposizione così innovativa fosse considerata da alcuni la logica e naturale conseguenza della "riforma del matrimonio", all'epoca il Presidente Hollande rinunciò ad imporla, intimorito dall'ardore manifestato dall'opposizione.

Con le elezioni presidenziali del 2017, l'argomento tornò alla ribalta e le stesse forze promotrici del matrimonio aperto a tutti, ripositionarono l'argomento all'ordine del giorno dell'agenda politica. Nel nuovo contesto elettorale i candidati scelsero ancora la via della prudenza. Lo stesso *Emmanuel Macron*, sebbene avesse incluso la previsione nella lista dei suoi impegni politici, non ne fece menzione nel suo programma ufficiale di "riforma", benché lo avesse promesso. Si trattava insomma di una promessa declamata oralmente in una riunione. Una volta eletto, il nuovo Presidente ne ritardò la realizzazione e chiese un parere al Comitato Etico Nazionale. Alle procrastinazioni del governo, i militanti reagirono con impazienza, le associazioni si mobilitarono, l'ala sinistra del partito *En marche* aumentò la pressione sul tema.

La legge del 2 agosto 2021 — a differenza delle precedenti leggi del 1994, del 2004 - non riuscì ad ottenere il consenso politico. Le differenze "profonde" o addirittura "inconciliabili" (emerse nella Commissione speciale del Senato) tra le posizioni difese dal Senato e dall'Assemblea nazionale non furono mai superate²⁵, tanto che, in ultimo, ad essere promulgato fu proprio il testo di legge presentato il 9 giugno da quest'ultima²⁶, dopo un passaggio infruttuoso attraverso una commissione mista, e con più di due anni di ritardo dalla presentazione del progetto di legge al Consiglio dei ministri²⁷, e dopo la pubblicazione del tanto atteso parere del Comitato etico nel settembre del 2018. Tre anni dopo, la legge di bioetica fu adottata²⁸. Una legge quindi che, come si può notare, è stata promulgata in assenza di un consenso politico ed in risposta alle richieste provenienti da una parte della società civile; una legge "*plus societale que jamais*".

22 Cfr. D. Mehl, *La loi de bioéthique de 2021*, in *AJ famille* 2021, 520-522.

23 *Ibid.*

24 La nuova prospettiva della legge di Bioetica ed il contributo apportato dalla legge del 2013 sono ben illustrati nel Rapporto di studio reso dal Consiglio di Stato, su richiesta del Primo Ministro, adottato il 28 giugno 2018. Cfr., Conseil d'Etat, section du rapport et des études, *Étude à la demande du Premier ministre Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain?*, Étude adoptée en assemblée générale le 28 juin 2018, a p. 46: « Cette approche présente l'ouverture de l'AMP comme le prolongement naturel de la métamorphose du modèle familial observée en France, comme dans la plupart des sociétés occidentales, au cours de la deuxième moitié du XXe siècle. L'émancipation féminine et la personnalisation progressive du lien avec l'enfant ont conduit à des modifications profondes et irréversibles du droit de la famille faisant perdre au modèle du mariage traditionnel patriarcal, tel qu'institué en 1804 par le premier code civil, son rôle de norme sociale de référence. Comme le relèvent Irène Théry et Anne Marie Leroyer : « désormais se marier n'est plus perçu comme une obligation sociale impérative ou comme l'horizon indépassable de l'ensemble des rapports sexuels. Se marier ou non, se démarier ou non, devient une question de conscience personnelle ». Le vote de la loi du 17 mai 2013 permettant le mariage de couples de même sexe constitue une importante évolution en faveur de cette diversification des modèles familiaux, dont les conséquences n'ont pas toujours été tirées du point de vue du droit de la filiation. Le droit devrait, dans cette optique, accompagner des transformations sociales irrésistibles, qui le précèdent et le dépassent ».

25 Cfr., M. Borgetto, *La révision des lois de bioéthique*, in *RDSS* 2021, 767.

26 Projet de loi n° 623, adopté par l'Assemblée nationale, en nouvelle lecture, relatif à la bioéthique, 9 juin 2021, https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115t0623_texte-adopte-seance.

27 Cfr., Michel Borgetto, *ivi*, p. 767; X. Bioy, *ivi*, pp. 1826 e ss.

28 Per una ricostruzione del percorso politico della legge, cfr. D. Mehl, *ivi*, pp.520-522; ma anche S. Abrial - S. Persico, *Les couts cachés d'une promesse incontournable. L'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de même sexe*, in *Revue française de science politique*, 2, 2018, pp. 343-364.

Fra le tante istanze sociali accolte nel testo legislativo, l'accesso alla AMP a tutte le donne — e cioè alle coppie di donne e alle donne single non sposate - rappresenta senza dubbio la disposizione più conflittuale e più temuta²⁹. Il dibattito politico si è ulteriormente inasprito e diviso in due fazioni; coloro che si opponevano ad una tale estensione, denunciando la gravità della “cancellazione” della figura paterna, considerata un elemento essenziale per il corretto sviluppo dei bambini, da un lato, e coloro che sostenevano l'apertura dell'AMP anche alle donne single, sottolineandone la necessità in applicazione del principio di uguaglianza tra tutti, qualunque fosse la configurazione familiare che ne derivava, dall'altro. In tale contesto, sembra che la scelta del legislatore sia stata ispirata non tanto dalla volontà di riconoscere un nuovo scenario genitoriale all'interno del quadro giuridico, ma piuttosto dall'esigenza di tutelare l'uguaglianza, garantendo lo stesso trattamento a tutte le donne, indipendentemente dal loro stato civile³⁰.

In questo senso, se, da un lato, la legge del 2021 rappresenta un'apertura “quasi” illimitata a nuovi modi di fare famiglia, in nome di un reale liberalismo³¹, dall'altro lato, essa porta con sé restrizioni, divieti ed incoerenze che destano perplessità ed interrogativi sulla effettiva volontà del legislatore.

3. Le disposizioni della nuova legge di bioetica sull'AMP

Allontanandosi radicalmente dallo spirito che animava le precedenti leggi sulla regolamentazione delle tecniche di AMP, il nuovo articolo L. 2141-2 del Codice della Salute Pubblica (CSP) stabilisce che l'AMP è destinata a rispondere ad un “*projet parental*” e che “qualsiasi coppia, composta da un uomo e una donna o due donne o qualsiasi donna non sposata ha accesso alla AMP(...)”³².

Il mutamento operato dalla Legge 2021-1017 segna un cambio di paradigma notevole³³. Con la sua approvazione, la legge opera una svolta nella storia del modello francese di procreazione medicalmente assistita: l'accesso alla donazione di gameti o di embrioni è ora aperto senza condizioni mediche alle coppie femminili e alle donne single non sposate; le persone concepite per donazione ottengono il diritto di identificare l'uomo e/o la donna che ha permesso il loro concepimento; l'autoconservazione degli ovociti è estesa e la doppia donazione autorizzata. Inoltre, al raggiungimento della maggiore età, il bambino nato da questa tecnica potrà, se lo desidera, accedere ai dati non identificativi e all'identità del terzo donatore che ha precedentemente acconsentito alla loro trasmissione.

In primo luogo, è interessante evidenziare che, mentre prima dell'entrata in vigore della legge, entrambi i partner potevano chiedere al giudice l'adozione congiunta di un bambino o uno di loro poteva chiedere l'adozione del figlio dell'altro, anche se questo bambino era nato tramite PMA con donazione di gameti effettuata all'estero, oggi con la nuova disposizione, non vi è più bisogno di superare i confini nazionali per la donazione dei gameti maschili. La nuova disposizione prevede altresì che il costo del

29 Con riguardo al processo con cui si è arrivati all'apertura della AMP alle coppie formate da due donne, è interessante riportare quanto osservato da D. Mehl, *La loi de bioéthique de 2021*, *AJ famille* 2021, pp. 520-522: nonostante la campagna della *Manif pour tous*, nonostante l'ostilità delle istituzioni cattoliche, nonostante la reticenza di un certo numero di psicologi, era “come se la questione fosse già stata decisa”. In termini del tutto diversi si poneva invece la questione per quanto riguarda le donne *single*, la loro causa era lungi dall'essere sostenuta all'unanimità. L'ipotesi di “un bambino senza padre” è una situazione pregiudizievole. Se, come nel caso di una coppia femminile, la compagna può in parte svolgere il ruolo “paterno”, la stessa cosa non può darsi per una madre *single*, che non può offrire una figura sostitutiva al suo fianco. I timori legati all'equilibrio psicologico del bambino, al fatto che quest'ultimo potrebbe essere compromesso fin dall'inizio, insieme all'argomento per cui la situazione della donna *single* con il bambino non sarebbe in questa ipotesi il frutto di un accadimento nella vita, ma bensì quello di una scelta volontaria della madre, alimentarono a lungo i dubbi sulla ammissibilità della AMP anche alle donne *single*.

30 In questo senso, cfr. D. Mehl, *ivi*, 521.

31 *Ibid.*

32 Art. L. 2141-2 CSP: « *L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à un projet parental. Tout couple formé d'un homme et d'une femme ou de deux femmes ou toute femme non mariée ont accès à l'assistance médicale à la procréation après les entretiens particuliers des demandeurs avec les membres de l'équipe médicale clinico biologique pluridisciplinaire effectués selon les modalités prévues à l'article L. 2141-10* ».

33 L'estensione dell'AMP prevista dalla legge di bioetica deriva, secondo il *Conseil d'Etat*, da una scelta politica. Cfr., *Conseil d'Etat, Avis sur un projet de Loi relatif à la bioéthique* NOR : SSAX1917211L Séance du 18 juillet 2019, par. 11, p. 4: « *Comme il l'a relevé dans son étude préalable à la révision de la loi de bioéthique du 28 juin 2018 (Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?), le Conseil d'Etat rappelle que l'extension de l'accès à l'AMP, telle qu'elle est prévue par le projet de loi, relève d'un choix politique* ».

trattamento sia coperto dalla previdenza sociale, come era peraltro già previsto per le coppie eterosessuali con problemi di infertilità.

In secondo luogo, l'estensione dell'AMP alle coppie eterosessuali, alle donne single e alle coppie di donne muta radicalmente la finalità del ricorso all'AMP. Come stabilito dall'art. L. 2141-2 del *Code de la santé publique* (CSP), la finalità non è più il rimedio alla infertilità o alla esistenza di una causa patologica, ma l'esistenza di un "projet parental", che sia quello di "una coppia formata da un uomo e una donna o due donne o qualsiasi donna non sposata"³⁴.

Va osservato che nei dibattiti parlamentari di discussione della legge era emerso che nel 10-15% dei casi la AMP realizzata da coppie eterosessuali avveniva senza che fosse stata accertata alcuna causa patologica. Si era constatato inoltre che il ricorso a un donatore terzo era oramai considerato, più che un trattamento medico, un palliativo accettato dalla società³⁵. A partire da questi elementi, si avvertiva l'esigenza di collocare le condizioni di accesso all'AMP su un piano di parità³⁶. In questo senso, è significativo che i deputati abbiano voluto aggiungere al testo della norma che l'accesso all'AMP "non può essere soggetto ad alcuna differenza di trattamento, in particolare per quanto riguarda lo stato civile o l'orientamento sessuale dei richiedenti"³⁷. Non v'è dubbio che una tale disposizione provocherà un conflitto con l'esercizio della *clause de conscience* da parte dei medici facenti parte del servizio sanitario nazionale in caso di richiesta di AMP³⁸, ma, per ora, non vi sono ancora indicazioni chiare sull'argomento.

In ogni caso, l'accesso alla assistenza medica alla procreazione è in ogni caso sottoposto ad alcune condizioni.

Per le coppie eterosessuali e per le donne sposate, i soggetti devono acconsentire entrambi preventivamente alla AMP e ribadire il consenso entro un mese dai colloqui con l'equipe medica³⁹. L'equipe medica deve assicurarsi in ogni fase del processo che il progetto genitoriale comune sia mantenuto. Da ciò deriva che la revoca del consenso durante il trattamento o la separazione coniugale costituiscono un ostacolo alla continuazione del trattamento, così come la morte di uno dei membri della coppia. L'inseminazione o il trasferimento *post mortem* rimangono proibiti (nonostante i ripetuti tentativi dei parlamentari di ribaltare definitivamente un principio fortemente indebolito dall'apertura dell'AMP alle donne sole). A ben vedere, il divieto del trasferimento *post-mortem* solleva una contraddizione non irrilevante dal momento che il legislatore nega ad una donna vedova l'uso dei gameti del suo partner deceduto o il trasferimento dei suoi embrioni crioconservati, concedendo però la possibilità di richiedere una donazione di sperma ad una donna single non sposata⁴⁰. L'arbitrarietà che ne deriverebbe è stata oggetto di una denuncia da parte del Consiglio di Stato, che ha ritenuto che, a certe condizioni, "sarebbe preferibile che il bambino nascesse da un'AMP *post mortem*, il che gli permetterebbe di avere una filiazione bilineare e di far parte di una doppia stirpe [...] piuttosto che da una donazione anonima di gameti"⁴¹. In senso contrario, una parte della dottrina ha sostenuto che la soluzione prevista dalla legge non lascerebbe del tutto irrisolta questa esigenza nei confronti del bambino. Se la vedova ha un figlio da sola e successivamente incontra un nuovo partner, quest'ultimo potrebbe colmare la posizione vacante di secondo genitore, il che sarebbe certamente a vantaggio del bambino⁴². Aldilà delle posizioni emerse nel dibattito, il governo francese si è fermamente opposto al trasferimento *post mortem*, argomentando che le donne vedove non sono da considerare donne single "come le altre", in quanto persone più

34 Cfr. CSP, nuovo art. L. 2141-2, primo comma: *l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à un projet parental. Tout couple formé d'un homme et d'une femme ou de deux femmes ou toute femme non mariée ont accès à l'assistance médicale à la procréation après les entretiens particuliers des demandeurs avec les membres de l'équipe médicale clinico-biologique pluridisciplinaire effectués selon les modalités prévues à l'article L. 2141-10I.*

35 Cfr. *Étude d'impact, projet de loi relatif à la bioéthique*, www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b2187_etude-impact.pdf, p. 39.

36 Cfr. Assemblée Nationale, *Rapport de la Mission d'information relative à la révision de la loi relative à la bioéthique*, J.-L. Touraine rapp., n°1572, 15 janvier 2019, p. 86.

37 CSP, nuovo art. L. 2141-2, comma 2.

38 Cfr. Ordre National des médecins, Conseil National de l'ordre, *Réflexions sur quelques points particuliers de Bioéthique et sur la fin de vie*, Session du Conseil national de l'Ordre des médecins de juin 2018, p. 7.

39 CSP, art. L. 2141-10.

40 L. Brunet, *Les dispositions de la nouvelle loi de bioéthique sur l'AMP et la filiation des enfants qui en sont issus*, in *AJ Famille* 2021, p.522 e ss.

41 Conseil d'État, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, juin 2018, p. 76.

42 L. Brunet, *ivi*, p.522.

vulnerabili, che potrebbero essere soggette alle pressioni della famiglia del defunto allo scopo di avere un discendente.

Alla luce di queste considerazioni, il divieto di AMP *post-mortem* è stato mantenuto⁴³.

L'altra condizione richiesta ex lege per l'accesso all'AMP riguarda l'età dei candidati. La legge del 2 agosto 2021 ha messo fine alle difficoltà causate dal criterio impreciso della formulazione "in età fertile" contenuto nelle precedenti leggi di bioetica. Poiché nessun testo normativo aveva mai precisato una tale nozione — nonostante i rischi medici e sociali della paternità e della maternità tardiva fossero conosciuti e ampiamente documentati — la valutazione dell'età fertile era lasciata alla valutazione delle équipes mediche, le cui pratiche variavano da un centro all'altro. Di conseguenza, l'*Agence de la biomédecine*, che era addetta al rilascio delle autorizzazioni di esportazione dei gameti, si era trovata spesso di fronte a numerose contestazioni da parte di coppie cui era stata negata l'autorizzazione a causa dell'età dell'uomo⁴⁴. Per rimediare a questi problemi, la nuova legge ha attribuito al Consiglio di Stato il compito di precisare le condizioni di età richieste per beneficiare di una AMP⁴⁵. Secondo quanto disposto dal decreto n. 2021-1243, per la donna destinata a portare la gravidanza l'AMP (inseminazione artificiale o trasferimento embrionale) può essere effettuata fino a 45 anni, mentre l'altro membro della coppia deve avere meno di 60 anni. In ogni caso, il prelievo dei gameti deve avvenire prima dei 43 anni per la donna e prima dei 60 anni per l'uomo⁴⁶.

Un'ulteriore innovazione della legge è quella che autorizza l'autoconservazione "sociale" dei gameti quale nuova opzione procreativa, in particolare per le donne, autorizzandole a conservare i loro ovociti per prevenire la sterilità dovuta all'età (e non più solo nel caso in cui la fertilità è minacciata da un trattamento medico o da una patologia). È un dato ormai stabile e constatabile che l'età della prima gravidanza in Francia, come in tutta Europa, vada progressivamente aumentando. Questo ritardo nel momento della procreazione, in conflitto con il declino esponenziale della fertilità femminile nel tempo, non poteva non destare la preoccupazione delle autorità pubbliche, tanto più che la AMP risulta inefficace se intrapresa tardivamente, quando la riserva ovarica della donna è ad un livello non ottimale. La legge ha quindi ammesso la conservazione in via precauzionale degli ovociti delle donne in un'età in cui sono ancora funzionali per migliorare il successo dell'eventuale AMP futura, senza dover ricorrere alla donazione di ovociti, nel caso in cui il progetto di gravidanza dovesse verificarsi tardivamente. Ai sensi del nuovo articolo 2141-12 del CSP l'autoconservazione è ammessa sia per le donne che per gli uomini. La legge stabilisce l'età entro cui i soggetti possono beneficiarne (quella fissata dal decreto n° 2021-1243 del 28 settembre 2021)⁴⁷ e le modalità di mantenimento della conservazione⁴⁸. La legge prevede inoltre la copertura delle spese per le procedure mediche necessarie per la raccolta dei gameti da parte del sistema sanitario nazionale inserendole sotto la rubrica "medicina preventiva"; resta in ogni caso escluso il costo annuale della conservazione dei gameti (che ammonta a circa 40 euro), che come specificato, non può essere coperto, né in via diretta, né in via indiretta dal datore di lavoro, al fine di evitare qualsiasi pressione professionale sulle donne volta a rinviare i loro piani per avere dei figli. Dalla disciplina sin qui delineata, pare che l'intenzione del legislatore sia quella di autorizzare la pratica della conservazione dei gameti, senza tuttavia incoraggiarla.

Infine, la legge prescrive il divieto delle tecniche di *Réception de l'ovocyte par le partenaire* (ROPA).

Occorre segnalare che nel dibattito sul progetto di legge, fra le richieste provenienti da alcune associazioni LGBT vi era quella di ammettere per la donna destinata a portare la gravidanza la ricezione di ovociti da parte della compagna (*Réception de l'ovocyte par le partenaire*). Tale tecnica permetterebbe a ciascuna delle due donne di una coppia lesbica di contribuire "corporalmente" alla nascita del loro bambino. Tuttavia, il governo ha sostenuto che tale opzione si porrebbe in contrasto con il divieto di donazione diretta; il rispetto dell'anonimato tra il donatore di gameti e il ricevente è un principio fondamentale nel diritto francese. Una ulteriore critica all'accoglimento di tale tecnica riguardava il fenome-

43 www.senat.fr/amendements/2020-2021/281/Amdt_45.html.

44 Conseil d'Etat, 17 avril 2019, n° 420468 e n° 420468; in *AJ famille* 2019, p. 309, obs. A. Dionisi-Peyrusse; in *AJDA* 2019, p. 901; in *Dalloz* 2019, p. 944; *ibid.* 2020, p. 843; in *RTD civ.* 2019, 557, obs. A.-M. Leroyer.

45 CSP, art. L. 2141-2, penultimo comma.

46 Décret n° 2021-1243 du 28 septembre 2021 fixant les conditions d'organisation et de prise en charge des parcours d'assistance médicale à la procréation, *JORF* n°0227 du 29 septembre 2021.

47 Id, "Le condizioni di età richieste dall'articolo L. 2141-12 per beneficiare dell'autoconservazione dei gameti in vista della successiva procreazione medicalmente assistita sono stabilite come segue: 1° La raccolta di ovociti può essere effettuata su donne a partire dal loro ventinovesimo compleanno fino al trentasettesimo; 2° La raccolta di spermatozoi può essere effettuata negli uomini dal loro ventinovesimo compleanno fino al quarantacinquesimo".

48 www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/amendements/2243/AN/2329.

no dello sdoppiamento della maternità che una tale combinazione avrebbe provocato, favorendo uno slittamento verso la maternità surrogata, la cui proibizione era ed è tuttora sostenuta dal governo come un principio di garanzia etica invalicabile⁴⁹. Infine, il ricorso alla ROPA, proposto in seconda lettura dalla Commissione speciale dell'Assemblea nazionale⁵⁰, è stato definitivamente bocciato dal governo perché contrario al principio fondamentale del diritto che vieta le procedure mediche non necessarie⁵¹. L'ammissione di tale tecnica porterebbe infatti alla pratica di atti medici pesanti e ingiustificati come, ad esempio, la stimolazione ovarica seguita da FIV e il trasferimento di embrioni. Tali tecniche sono considerate eccessivamente invasive e non giustificate se si tiene conto del fatto che si potrebbe più facilmente ricorrere all'inseminazione dello sperma.

Da quanto finora illustrato, la nuova legge di bioetica si pone indiscutibilmente a favore dell'autonomia procreativa della donna.

Come stabilito, le donne potranno preservare la loro fertilità se decidono di posticipare la maternità; potranno beneficiare di una AMP, che siano da sole o in coppia - con un uomo o un'altra donna -; potranno ricorrere a una doppia donazione di gameti piuttosto che al ricevimento di embrioni in caso di infertilità di entrambi i membri della coppia. Naturalmente, questi diversi progetti genitoriali necessiteranno della disponibilità di stock sufficienti di gameti, così come di risorse e di centri AMP per ottenere il successo sperato.

L'applicazione del principio di non discriminazione (al femminile) va di pari passo con la volontà di riconoscere un pluralismo familiare. D'altra parte, non si può nascondere che si tratta di un pluralismo esteso, ma non del tutto inclusivo, dal momento che anche nel nuovo modello permangono — come vedremo — alcune discriminazioni nei confronti di soggetti tuttora esclusi dalla legge, come le persone transessuali e le coppie omosessuali maschili⁵².

4. Le asimmetrie di trattamento nell'accertamento della maternità a seguito di AMP

Oltre a legittimare l'autonomia procreativa delle donne ed estendere l'accesso all'AMP, la legge di bioetica incide in modo rilevante anche sugli effetti derivanti dalla AMP con donazione di terzo. Ne discende che il quadro delle norme previste dal Codice civile muta inevitabilmente prevedendo nuove classificazioni, come quella di famiglia omoparentale e stabilendo, accanto alla disciplina già esistente, un regime speciale per i figli nati da AMP effettuata da una coppia di donne.

Sul punto è senz'altro interessante notare che se, da un lato, la nuova legge ha innegabilmente esteso, in forza della non discriminazione, la cerchia dei beneficiari dell'AMP e la gamma di procedure disponibili, dall'altro lato, nuove e diverse discriminazioni emergono nella disciplina prevista dal codice civile per regolare la filiazione. In quest'ambito, non si può negare la persistenza di alcune asimmetrie di trattamento nella disciplina riguardante i figli nati da AMP all'interno di una coppia femminile.

4.1. L'attribuzione della maternità da AMP per la donna single

Come già illustrato, l'apertura dell'AMP attraverso la donazione di gameti è destinata alle donne single non sposate e alle coppie di donne. Tuttavia, è importante notare che la discussione sulla conciliazione di queste nuove disposizioni con quelle sul riconoscimento di maternità presenti nel codice civile fran-

49 Cfr. N. Belloubet, *Déclarations de Mmes Nicole Belloubet, garde des sceaux, ministre de la justice, et Frédérique Vidal, ministre de l'enseignement supérieur, de la recherche et de l'innovation, sur le projet de loi relatif à la bioéthique, au Sénat le 21 janvier 2020*, <https://www.vie-publique.fr/discours/273065-nicole-belloubet-21012020-bioethique>.

50 www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/amendements/2658/CSBIOETH/784 e www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/amendements/2658/CSBIOETH/1497.

51 www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/amendements/3181/AN/2166.

52 Non potendo qui affrontare adeguatamente il problema, si rimanda sul punto ai contributi di M. Mesnil, *Ce que les femmes mariées nous apprennent du projet de loi bioéthique*, *JDSAM*, 26, 2, 2020, pp. 66-69; *Id. Les angles morts de la loi de bioéthique en matière d'AMP*, *RDSS* 2021, pp. 790 e ss.; L. Carayon, *Personnes trans et loi de bioéthique : histoire d'un silence*, in *AJ famille* 2021, p. 543 e ss.

cese si è concentrata esclusivamente sulla seconda delle due ipotesi⁵³. In effetti, dopo qualche esitazione sulla necessità di operare una riforma più radicale e completa, il governo ha optato per la soluzione più economica, quella cioè che non comportava alcun cambiamento nella regola disposta dalla legge sulla filiazione attualmente in vigore: la donna che ha partorito il bambino e lo ha messo al mondo è menzionata come madre, indipendentemente dal modo in cui il bambino sia stato concepito.

In questa ipotesi, secondo il nuovo articolo 342-10 c.c.f.⁵⁴ è necessario solamente che, prima dell'AMP, la donna acconsenta alla donazione davanti ad un notaio (come peraltro già previsto per le coppie eterosessuali che fanno ricorso alla AMP). In tal modo, uno dei due rami della filiazione è lasciato libero, così da poter permettere in futuro ad un uomo o a un'altra donna che entri in relazione con la donna single, di riconoscere il bambino, se sposa la madre, e di avviare una procedura di adozione del figlio del suo coniuge⁵⁵.

4.2. La doppia maternità a seguito di AMP attraverso il riconoscimento congiunto anticipato

Nel caso di AMP effettuata da una coppia di donne, sorge il problema di come stabilire la maternità della madre d'intenzione, e cioè di colei che si è impegnata in un progetto genitoriale con la partner (che è colei che partorirà il bambino).

È evidente che l'esistenza della "madre di intenzione" scardina radicalmente l'impianto di norme costruito sul legame biologico, per cui la madre del bambino è colei che partorisce. Più precisamente, bisognerebbe dire che la madre del bambino rimane colei che partorisce, ma vi è anche un'altra madre da contemplare, colei che diviene madre senza partorire. Proprio per rispondere a questo nuovo scenario, il Codice civile ha introdotto un nuovo Capo V intitolato "Dell'assistenza medica per la procreazione con un terzo donatore" in aggiunta al titolo VII del Codice civile sulla filiazione, e ha stabilito al suo interno un doppio regime: l'uno dedicato alle coppie di sesso diverso e alle donne non sposate, disciplinato dal nuovo art. 342-10 c.c.⁵⁶; l'altro dedicato alle coppie femminili e disciplinato dal nuovo art. 342-11 c.c.⁵⁷. In quest'ultima ipotesi il sistema per stabilire la filiazione in caso di coppia costituita da due donne è quello del "riconoscimento congiunto anticipato". Ai sensi dell'articolo 342-11 c.c.f.: "al momento del consenso previsto dall'articolo 342-10, la coppia di donne riconosce congiuntamente il bambino. La filiazione è stabilita, nei confronti della donna che partorisce, secondo l'articolo 311-25. Nei confronti dell'altra donna, invece, è stabilito dal riconoscimento congiunto previsto nel primo comma di questo articolo". Si comprende quindi, che per le coppie femminili, oltre alla dichiarazione fatta davanti al

53 Cfr. articolo 6 della Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORF-TEXT000043884384/>.

54 *Les couples ou la femme non mariée qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur doivent donner préalablement leur consentement à un notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation ainsi que des conditions dans lesquelles l'enfant pourra, s'il le souhaite, accéder à sa majorité aux données non identifiantes et à l'identité de ce tiers donneur.*

55 Sul punto è importante segnalare il progetto di legge volto a riformare l'adozione, in particolare abolendo la condizione del matrimonio, il quale è stato adottato dall'Assemblea nazionale in prima lettura, n. 188 del 7 dicembre 2020.

56 Article 342-10 c.c., creato dalla LOI n°2021-1017 du 2 août 2021 - art. 6 (V): "Le coppie o le donne non sposate che, per procreare, ricorrono all'assistenza medica che richiede l'intervento di un terzo donatore, devono dare il loro consenso in anticipo a un notaio, che li informerà delle conseguenze del loro atto per quanto riguarda la filiazione, nonché delle condizioni in cui il bambino potrà, se lo desidera, avere accesso ai dati non identificativi e all'identità di questo terzo donatore al momento della sua maggiore età. Il consenso alla procreazione medicalmente assistita preclude qualsiasi azione per stabilire o contestare la filiazione, a meno che non si sostenga che il bambino non sia nato dalla procreazione medicalmente assistita o che il consenso sia stato privato del suo effetto. Il consenso è reso inefficace in caso di morte, di presentazione di una domanda di divorzio o di separazione legale, di firma di un accordo di divorzio o di separazione legale consensuale secondo le modalità previste dall'articolo 229-1 o di cessazione della convivenza, avvenuta prima della realizzazione dell'inseminazione o del trasferimento embrionale. È anche privato di effetto quando uno dei membri della coppia lo revoca, per iscritto e prima dell'esecuzione della procreazione medicalmente assistita, al medico responsabile dell'esecuzione di questa inseminazione o trasferimento o al notaio che l'ha ricevuto".

57 Article 342-11, creato dalla LOI n°2021-1017 du 2 août 2021 - art. 6 (V): « Lors du recueil du consentement prévu à l'article 342-10, le couple de femmes reconnaît conjointement l'enfant. La filiation est établie, à l'égard de la femme qui accouche, conformément à l'article 311-25. Elle est établie, à l'égard de l'autre femme, par la reconnaissance conjointe prévue au premier alinéa du présent article. Celle-ci est remise par l'une des deux femmes ou, le cas échéant, par la personne chargée de déclarer la naissance à l'officier de l'état civil, qui l'indique dans l'acte de naissance. Tant que la filiation ainsi établie n'a pas été contestée en justice dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 342-10, elle fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation dans les conditions prévues au présent titre ».

notaio, occorre il “riconoscimento congiunto anticipato”. Come ampiamente denunciato⁵⁸, la scelta di usare il termine “riconoscimento” al posto di “dichiarazione” può causare non poche ambiguità, con particolare riferimento al fatto che tale termine è già usato nel Codice civile per la disciplina del riconoscimento del figlio, ma si basa su presupposti diversi. Tuttavia, questa formulazione, dopo essere stata oggetto d’esame da parte della Commissione speciale dell’Assemblea Nazionale, è stata preferita all’espressione “dichiarazione congiunta anticipata”. Le ragioni della scelta possono rinvenirsi proprio nella volontà di “allineare” la situazione delle donne a quella delle coppie eterosessuali avvicinando questo nuovo metodo di accertamento della filiazione “a quello che esiste oggi per le coppie eterosessuali non sposate: il riconoscimento anticipato della paternità o della maternità”⁵⁹.

4.3. Il parto stabilisce sempre la maternità

Un’altra importante e dibattuta questione durante l’esame del progetto di legge da parte dell’Assemblea Nazionale ruotava intorno alla possibilità di stabilire la regola per cui il riconoscimento congiunto anticipato del figlio avrebbe determinato la filiazione di entrambe le donne allo stesso tempo, senza la necessità di indicare quale delle due donne avesse portato la gravidanza. La destra parlamentare si era fortemente opposta ad un indebolimento della regola, conforme al principio cardine che informa da secoli il sistema di filiazione della tradizione occidentale, secondo cui la donna che ha partorito è la madre del bambino (*mater semper certa est*). Inoltre, secondo queste voci critiche, accettare una costruzione della maternità basata esclusivamente sulla volontà o sull’impegno, significherebbe un’apertura alla legalizzazione della maternità surrogata, vietata dal diritto vigente. In questa stessa direzione si era pronunciato il Consiglio di Stato nel 2018: “*s’agissant de la femme qui accouche, il conviendrait de maintenir la règle selon laquelle la mère est toujours certaine (mater certa est) en n’imposant pas à cette dernière de présenter cette déclaration à l’officier de l’état civil pour obtenir l’établissement de son lien de filiation à l’égard de l’enfant, le simple fait qu’elle ait donné naissance à l’enfant devant demeurer suffisant pour l’établir*”⁶⁰.

Tutto ciò premesso, ai sensi del primo comma del nuovo articolo 342-11 del Codice civile: “la filiazione è stabilita, nei confronti della donna che partorisce, secondo l’articolo 311-25”, mentre “è stabilita, nei confronti dell’altra donna, dal riconoscimento congiunto previsto nel primo comma di questo articolo”.

Una disposizione transitoria è infine prevista per le donne che si sono sottoposte all’AMP all’estero prima dell’entrata in vigore della legge.

A completamento del quadro, va infine segnalato che il legislatore ha escluso dal riconoscimento congiunto anticipato tutte le situazioni in cui le donazioni del terzo siano donazioni “amichevoli”, escludendo altresì tutte le ipotesi di inseminazioni “casalinghe” con lo sperma di un donatore conosciuto o importato dall’estero, non contemplate dalle norme sull’AMP come regolata dall’articolo. L. 2142-1 del Codice della salute pubblica CSP (60) (CSP, art. L. 2141-2 f.).

5. La legge di bioetica fra uguaglianza e nuove discriminazioni: alcune riflessioni critiche

La legge n° 2021-1017 del 2 agosto 2021 relativa alla bioetica segna una radicale e innegabile apertura in nome della non discriminazione e dell’autodeterminazione della donna quale criterio guida delle tecniche e del quadro giuridico in materia di procreazione. Tuttavia, si riscontrano ancora alcune ombre, che sotto forma di silenzi o di omissioni⁶¹, rivelano alcune intrinseche debolezze ed incoerenze che potrebbero minare il principio di uguaglianza verso altri soggetti.

Il primo punto di debolezza riguarda il campo di applicazione dell’AMP con donazione di un terzo, l’articolo 1 della legge del 2 agosto 2021 sulla bioetica opera un’estensione significativa, consentendo l’accesso a “qualsiasi coppia formata da un uomo e una donna o due donne o qualsiasi donna non spo-

58 L. Brunet, *ivi*, p. 527.

59 Assemblée Nationale, *Rapport au nom de la Commission spéciale*, 1re lecture, I, p. 22.

60 Conseil d’Etat, section du rapport et des études, « *Etude à la demande du Premier ministre, Révision de la loi de bioéthique: quelles options pour demain?* », p. 61.

61 Cfr. in dottrina, M. Mesnil, *Les angles morts de la loi de bioéthique en matière d’AMP*, RDSS 2021, p. 790 e ss; A. Cheynet de Beau-pré, *Révision bioéthique: la loi des silences*, *Revue juridique personnes et famille*, 11, 2021, pp. 1-19.

sata”, ma esclude alcuni beneficiari in modo implicito, le persone transessuali single o in coppia con un uomo⁶².

In modo esplicito, è evidente che la legge sulla bioetica, sotto il particolare profilo della autodeterminazione della donna, non apre “veramente” l’AMP a tutte le donne⁶³; le donne sole possono avere accesso all’AMP di terzi donatori ad una condizione: che queste ultime non siano sposate.

Sul punto, in fase di revisione del Progetto di legge, il parere del Consiglio di Stato, ha giustificato opportuna l’inserzione della limitazione nel testo di legge in questi termini: “ il Consiglio di Stato osserva che se il sistema adottato è aperto a tutte le donne, indipendentemente dalla loro situazione, è necessario precisare che una donna che realizza da sola un progetto di procreazione medicalmente assistita *non può essere sposata*, al fine di evitare qualsiasi effetto di un simile progetto sul suo coniuge, in particolare in materia di filiazione attraverso la presunzione di paternità del marito, non avendo il coniuge partecipato al progetto della donna»⁶⁴. Tale scelta ci porta a pensare che per il legislatore francese è tuttora importante tenere insieme matrimonio e filiazione, benché con le nuove norme la scissione potrebbe in astratto realizzarsi, sebbene ciò comporti inevitabilmente un cambiamento ancora più profondo delle discipline sul matrimonio e sulla filiazione vigenti nel *code civil*.

Un’altra serie di considerazioni critiche emerge intorno al già menzionato sistema del “riconoscimento congiunto anticipato” del figlio da parte della coppia di donne e delle coppie eterosessuali in seguito ad AMP con donazione di terzo. Come opportunamente osservato, nella disciplina classica prevista dal codice civile in materia di filiazione, il riconoscimento è per sua natura un atto strettamente personale, che attiene al singolo soggetto coinvolto. Ci si chiede dunque come sia possibile prevedere un riconoscimento congiunto della genitorialità condizionato all’accordo dell’altro genitore, quando tale atto è da considerarsi per sua natura strettamente personale e discrezionale⁶⁵.

Un’altra incoerenza in tema di “riconoscimento congiunto anticipato” è rilevabile in merito agli effetti della disposizione. Se infatti, l’atto del riconoscimento in oggetto è “congiunto” per quanto riguarda la forma, non lo è per quanto attiene agli effetti, poiché produce conseguenze solo nei confronti della donna che non ha partorito. In effetti, come è stato sostenuto⁶⁶, il governo ha scelto di istituire due modi diversi per stabilire la maternità all’interno delle coppie di donne. Ai sensi del nuovo articolo 342-11 del codice civile: la donna che ha partorito il bambino è la madre in virtù del parto, (come previsto dall’articolo 311-25 c.c.), l’altra donna sarà la madre in virtù del riconoscimento comune anticipato. In questo senso, ci si chiede come possa considerarsi “congiunto” un riconoscimento della filiazione tra due donne quando in realtà esso stabilisce la filiazione per una sola di esse⁶⁷. In tal modo le parole passion svuotate del loro significato⁶⁸.

Inoltre, secondo il sistema adottato dal Codice civile, la legge francese non riconosce il riconoscimento precedente al concepimento (*antéconceptionnelle*)⁶⁹, dal momento che “un bambino può essere riconosciuto a qualsiasi età, anche dopo la sua maggiore età, [...] dopo la sua morte o prima della sua nascita, purché sia già stato concepito”. Essendo il riconoscimento valido solo se il bambino che ne è oggetto è chiaramente identificato, lo stesso deve essere nato o, per lo meno, concepito. In senso difforme, il riconoscimento congiunto anticipato, previsto dal nuovo articolo 342-11 del Codice Civile, è per l’appunto “anticipato” e contemporaneo al consenso prestato alla donazione di gameti. In tale fase, non è certamente possibile constatare il concepimento poiché l’assegnazione dei gameti o degli embrioni,

62 Cfr. M. Mesnil, *Ce que les femmes mariées nous apprennent du projet de loi bioéthique*, JDSAM, 26, 2, 2020, pp. 66-69; Id. *Les angles morts de la loi de bioéthique en matière d’AMP*, RDSS 2021, pp. 790 e ss.; L. Carayon, *Personnes trans et loi de bioéthique : histoire d’un silence*, in *AJ famille* 2021, p. 543 e ss.

63 In questo senso, M. Mesnil, *Les angles morts*, p. 790 e ss. ; Id., *Ce que les femmes mariées nous apprennent du projet de loi bioéthique*, JDSAM, 26, 2, 2020, pp. 66-69.

64 Conseil d’État, *Avis sur un projet de loi relatif à la bioéthique*, 18 juill. 2019, cit., § 13 : *le projet autorise l’accès des couples de femmes, mariées ou non, et des femmes non mariées à l’assistance médicale à la procréation. Le Conseil d’Etat constate que si le dispositif retenu est ouvert à toute femme, quelle que soit sa situation, il est nécessaire de préciser que la femme menant seule un projet d’assistance médicale à la procréation ne peut être mariée, afin d’éviter tout effet de ce projet sur son conjoint qui n’y aurait pas pris part, notamment en matière de filiation par le jeu de la présomption de paternité du mari. Le Conseil d’Etat estime qu’en l’absence d’obstacle juridique, le choix opéré relève de l’appréciation souveraine du législateur.*

65 L. Brunet, *ivi*, p. 522.

66 D. Mehl, *ivi*, p. 520.

67 D. Mehl, *ivi*, p. 520.

68 L. Brunet, *ivi*, p. 530.

69 Id., *ivi*, p. 529.

che è peraltro subordinata all'autorizzazione della donazione da parte dell'équipe medica, non è ancora avvenuta. In merito, ci si chiede cosa accade se la coppia si separa dopo che un riconoscimento congiunto è stato firmato davanti a un notaio ed una delle due donne decidesse di continuare, come donna sola, il processo di AMP. In questa ipotesi, sarebbe possibile considerare la ex moglie come seconda madre se il bambino nasce qualche anno dopo?⁷⁰

Sotto un diverso profilo, occorre notare poi, che, come noto, il sistema classico di riconoscimento del figlio per il soggetto che non partorisce è basato sulla presunzione di paternità, rispondente al principio di "verosomiglianza". In senso opposto, si è sostenuto che il criterio guida per l'attribuzione della genitorialità da parte di una coppia di donne non può in alcun modo giustificarsi sul criterio della "vraisemblance", ossia di una presunzione che origina da una verità biologica.

Come affermato da Nicole Belloubet, ministra della giustizia "in una AMP con donazione di terzo all'interno di una coppia di donne, non è possibile fare riferimento alla verità biologica. È molto importante in questo caso non fingere e stabilire la filiazione in modo specifico". A tal fine il governo ha "scelto delle procedure che sono semplici, sicure e il più possibile vicine al diritto comune". Vero è che, come peraltro proposto in sede di dibattito parlamentare, si sarebbe potuto ricorrere al procedimento dell'adozione, che in Francia è legittimo e aperto anche alle coppie omosessuali. Tuttavia, tale via non è stata ritenuta opportuna sulla base del fatto che "l'adozione allungherebbe i termini e richiederebbe l'intervento di un giudice, mentre il riconoscimento congiunto risponde perfettamente agli obiettivi desiderati. Attraverso di esso si suggella il progetto genitoriale, che non può essere basato su una plausibilità biologica, dal momento che non esiste"⁷¹. Infine, il sistema basato sulla *vraisemblance* appare inadeguato perché, come sottolineato, "quando due donne procedono a un riconoscimento congiunto anticipato davanti al notaio, non sanno ancora necessariamente quale delle due porterà il bambino che nascerà"⁷².

Tuttavia, un tale sistema è stato da molti criticato proprio sulla base del principio di non discriminazione. Infatti, con il sistema del "riconoscimento congiunto anticipato" il registro dello stato civile conserverà sempre traccia della modalità di concepimento dei figli nati da una coppia di donne, proprio attraverso la menzione del riconoscimento congiunto, che rivelerà l'esistenza della donazione di un terzo, mentre i figli nati da coppie eterosessuali con lo stesso metodo potrebbero non sapere di essere nati attraverso donazione, se non nel caso in cui siano gli stessi genitori a comunicarlo. Ora, aldilà degli opportuni rilievi che il tema richiederebbe, ci si limita qui a sottolineare come, per una parte della dottrina, un tale metodo appare discriminatorio, in quanto non riserverebbe a tutti i figli lo stesso trattamento; i progetti genitoriali attraverso AMP con donazione di terzo dovrebbero invece essere considerati tutti allo stesso modo. Il sistema giuridico di riconoscimento congiunto stabilito dalla legge del 2 agosto 2021 sembrerebbe invece comportare una discriminazione ingiustificata basata sull'orientamento sessuale⁷³.

Un'ultima considerazione riguarda una questione rimasta velata nel dibattito: l'esclusione delle coppie omosessuali di uomini dal "progetto genitoriale". In effetti, se la finalità della legge che regola l'accesso alle tecniche di aiuto alla procreazione assistita non è più quella di eliminare le cause di infertilità, ma bensì quella di rispondere ad un progetto "genitoriale", congiunto o individuale, slegato dal requisito della eterosessualità della coppia in caso di progetto congiunto, sembra difficile giustificare l'esclusione dell'accesso alle tecniche di AMP finalizzato ad un *projet parental* per le coppie di uomini. In tal senso la legge sembra introdurre un "*droit genre*"⁷⁴. Le nuove disposizioni infatti "abbandonando" le altre due condizioni — l'obbligo di formare una coppia e la condizione di eterosessualità — stabiliscono un'apertura, ma di genere, in quanto essa è limitata alle coppie femminili e alle donne non sposate⁷⁵.

70 Cfr. Ministère de la Justice, Direction des affaires civiles et du sceau, Circulaire du 21 septembre 2021. Come previsto dalla Circolare del 21 settembre 2021, che considera gli effetti molto speciali e del tutto estranei al *biotope* del diritto di filiazione francese del «riconoscimento congiunto anticipato»: «l'officier d'état civil n'a pas à s'interroger sur la date d'établissement de la reconnaissance conjointe anticipée, en l'absence de disposition textuelle en ce sens » (Fiche 1, III, b, note 5) et que, comme on l'a déjà mentionné, une même reconnaissance peut bénéficier à plusieurs enfants en cas de grossesse multiple.

71 Compte rendu Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique, Mme Nicole Belloubet, garde des sceaux, ministre de la Justice, p. 6, https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/comptes-rendus/csbioeth/l15csbioeth1920006_compte-rendu.

72 Cfr. Compte rendu Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique, Mme Nicole Belloubet, garde des sceaux, ministre de la Justice, p. 6, https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/comptes-rendus/csbioeth/l15csbioeth1920006_compte-rendu

73 L. Brunet, *ivi*, p. 530.

74 Cfr. in dottrina, C. Byk, *ivi*, p.1000 e ss.

75 Cfr. Id., *ivi*, 1000 e ss.

In dottrina ci si è interrogati sulla liceità, sotto il profilo dei diritti umani, dell'esclusione del diritto al "projet parental" a beneficio dell'altro genere.

Proprio su questo tema, è importante segnalare che il 16 maggio 2022 è stata sollevata *question prioritaire de constitutionnalité* davanti al *Conseil Constitutionnel* da parte dell'Associazione *Groupe d'information et d'action sur les questions procréatives et sexuelles*⁷⁶ in merito alla conformità ai diritti e alle libertà garantiti dalla Costituzione dell'articolo L. 2141-2 del *Code de la santé publique*, risultante dalla Loi n° 2021-1017 del 2021 nella parte in cui stabilisce che "qualsiasi coppia formata da un uomo e una donna o da due donne o qualsiasi donna non sposata ha accesso alla procreazione medicalmente assistita".

L'Associazione ha sollevato la questione di costituzionalità di queste disposizioni, nella parte in cui negano l'accesso alla procreazione medicalmente assistita agli uomini single o in coppia ed anche a coloro che, nati di sesso femminile nello stato civile, hanno poi cambiato la loro designazione sessuale, mantenendo la capacità biologica di portare avanti una gravidanza. In tale ipotesi, le disposizioni della legge istituiscono una differenza di trattamento ingiustificata tra le persone che hanno una capacità gestazionale in base alla menzione del loro sesso nello stato civile. Tali disposizioni sarebbero contrarie ai principi di uguaglianza davanti alla legge e di parità tra uomini e donne.

Inoltre, secondo l'Associazione, le disposizioni citate violano anche la libertà personale e il diritto di condurre una normale vita familiare, poiché costringono gli uomini transgender a rinunciare a cambiare il proprio sesso nello stato civile per mantenere la possibilità di accedere alla procreazione medicalmente assistita.

Il Consiglio costituzionale francese ha risposto alla QPC l'8 luglio 2022 con la decisione n° 2022-1003⁷⁷.

Secondo il Consiglio Costituzionale, riprendendo il ragionamento fatto dal legislatore, "la differenza di situazione tra uomini e donne, per quanto riguarda le regole dello stato civile, potrebbe giustificare una differenza di trattamento, in relazione allo scopo della legge per quanto riguarda le condizioni di accesso all'AMP". Partendo dalla premessa che "il legislatore, nell'ambito delle sue competenze, può sempre adottare nuove disposizioni di cui deve valutare l'opportunità e modificare i testi precedenti o abrogarli sostituendoli, se necessario, con altre disposizioni, a condizione che, nell'esercizio di questo potere, non violi la Costituzione", non spetta al Consiglio "sostituire la propria valutazione a quella del legislatore in merito ad una tale differenza di situazione". In conclusione, l'esclusione di tali soggetti dall'AMP non comporta alcuna violazione del diritto a condurre una normale vita familiare, del diritto alla libertà personale o a qualsiasi altro diritto o libertà garantito dalla Costituzione.

Non è difficile comprendere che la decisione del Consiglio costituzionale oltre a porre l'accento sulla competenza del legislatore sul tema, mantiene volutamente un approccio *self constraint* di fronte alle questioni etiche.

Come si è cercato di illustrare, la legge del 2021 legittima un'apertura indiscutibile, sebbene non del tutto inclusiva, dovuta ad un cambiamento di paradigma. Se il diritto francese in tema di *bioéthique* è stato per lungo tempo elaborato in nome di grandi principi, l'adozione della legge di bioetica ha segnato un profondo mutato di direzione, adottando un approccio pragmatico, prendendo atto dei cambiamenti della società e delle istanze da essa provenienti.

Tuttavia, come opportunamente osservato da una dottrina, se da un lato si può certamente parlare di liberalismo, si tratta di un liberalismo estremo, ma limitato e foriero di incertezze⁷⁸. Ciò è dimostrato dal mantenimento di un certo numero di divieti che limitano la sua portata riformatrice. Si pensi al divieto delle tecniche ROPA, per cui entrambe le madri partecipano al concepimento del loro bambino, una fornendo il suo ovocita, l'altra portando avanti la gravidanza. Si pensi ancora al divieto dell'inseminazione *post mortem*; alla conservazione dell'anonimato dei donatori in caso di donazione diretta di gameti. Si pensi ancora alla disparità di trattamento nel doppio regime di filiazione instaurato tra contesto omoparentale e eterosessuale. Nel primo, le due madri diventano co-madri solo se prima firmano un riconoscimento congiunto; questo sarà registrato sul certificato di nascita del bambino, realizzando di conseguenza un trattamento differenziato tra le coppie sulla base della sessualità⁷⁹. Si pensi, infine, alla maternità surrogata, che per ora, rimane vietata senza se e senza ma. Di fronte ad una legge di bioetica la cui finalità non è più il rimedio alla infertilità, bensì l'esistenza di un progetto genitoriale non

76 *Conseil constitutionnel*, Décision n°2022-1003 QPC 8 juillet 2022, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2022/20221003QPC.htm>.

77 *Ibid.*

78 In questo senso, D. Mehl, *ivi*, p. 521.

79 Fin dalla riforma del 1972, la filiazione è stata unificata, indipendentemente dalle modalità procreative.

più condizionato alla differenza di sesso, sorprende che, sotto il profilo della non discriminazione delle coppie di uomini, il tema sia rimasto tabù⁸⁰.

Come acutamente osservato “il liberalismo del 2021 tiene le donne senza utero e le coppie maschili fuori dal campo delle tecniche di assistenza alla riproduzione”⁸¹, per ora. Non possiamo per ora sapere se tali chiaroscuri all’interno di una legge così rivoluzionaria e liberale siano il frutto di una scelta consapevole, ma implicita, ovvero il frutto di un compromesso politico che fissa un primo confine con l’obiettivo di giungere prossimamente ad un ambito ulteriormente “*deconfiné*”. Se, da un lato, la decisione del *Conseil Constitutionnel* sembra aver chiuso la questione sulla presunta violazione del principio di uguaglianza e di non discriminazione; dall’altro lato, non si può escludere che proprio le omissioni e i silenzi presenti nella legge potrebbero rivelarsi in futuro elementi “strategicamente” diretti ad una nuova “rivoluzione” del diritto di famiglia⁸².

80 Cfr., sul punto, D. Mehl, *ivi*, p. 522. In questo senso, è interessante la considerazione di C. Byk, *ivi*, p. 1000 e ss.: «*S’agissant de la PMA, deux interdits ont été réaffirmés au cours des débats: Celui de la GPA, dont l’avenir nous dira si ce maintien n’est qu’une question de temps, et celui de la PMA « post mortem », dont on ne comprend pas bien la raison profonde dès lors que la PMA est autorisée sans condition médicale, ouverte à la femme seule et que la loi nouvelle fait de la volonté un élément essentiel du projet parental*».

81 D. Mehl, *ivi*, pp. 520-522.

82 Cfr. A. Cheynet de Beaupré, *ivi*, pp. 1-19.

Giuseppina Panebianco*

La diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti: tra carenze della fattispecie incriminatrice e coadiuvanti extrapenali

Sommario

1. Il “parto precipitoso” di una fattispecie inefficiente. – 2. L’opportunità di una disposizione incriminatrice dedicata alla diffusione illecita di contenuti intimi. – 3. Questioni di lessico. – 4. La destinazione privata delle immagini o video a contenuto sessualmente esplicito e il risvolto probatorio della mancanza di consenso alla loro diffusione. – 5. Le condotte rilevanti: tra potenzialità espansive e vuoti di tutela. – 6. Il discutibile “pasticcio” delle aggravanti. – 6.1. *Segue*: l’irrelevanza della minore età della vittima e la problematica coesistenza con i delitti di pornografia minorile. – 7. La discutibile ragionevolezza della sanzione. – 8. Il recente rafforzamento della tutela della persona offesa con misure extrapenali. – 9. L’auspicio della prevenzione mediante l’educazione.

Abstract

A tre anni dalla sua introduzione il delitto di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti, vulgato come *revenge porn*, non sembra aver dato buona prova. I dati non particolarmente incoraggianti sull’efficienza dell’art. 612-ter c.p. sollecitano una riflessione sui suoi limiti strutturali, sia pure senza il conforto del confronto con la prassi, non disponendosi ancora di significativa giurisprudenza su questo reato. Peraltro il recente intervento legislativo sul codice della *privacy*, inteso a rafforzare la tutela della persona offesa con misure extrapenali, pur segnando un passo avanti sul piano del “contenimento dell’offesa”, non giova a soddisfare le aspirazioni di contrasto del fenomeno empirico-criminoso, che richiederebbero ben altri strumenti volti a colmare il *deficit* culturale che lo alimenta.

Three years after its introduction, the offence related to the so-called “revenge porn” does not seem to have proven effective. It seems appropriate to analyse Article 612-ter of the Criminal Code to assess its limitations, even if there is no significant case-law on this offence at the moment. Furthermore, the recent introduction of measures in order to reinforce the victim protection fails to satisfy the requirement to prevent revenge porn. Actually, educational tools would be needed to bridge the cultural deficit that powers this criminal phenomenon.

* Professoressa ordinaria di diritto penale, Università di Messina.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1. Il “parto precipitoso” di una fattispecie inefficiente

Sono trascorsi tre anni dall’entrata in vigore della L. n. 69/2019, nota come “codice rosso” e recante «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere»¹. Il complesso normativo, che, come risalta dall’intitolazione, è inteso al rafforzamento della tutela delle vittime vulnerabili attraverso un approccio interdisciplinare, insiste in particolar modo sul codice di rito al fine di accelerare la fase investigativa per talune ipotesi di reato², alcune delle quali hanno fatto ingresso nel nostro ordinamento proprio in occasione del citato intervento legislativo: tra queste, il delitto di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti, vulgato come *revenge porn*³.

I dati non particolarmente confortanti sull’efficienza della nuova fattispecie⁴, per vero già presagiti dai primi commentatori, sollecitano una riflessione sui limiti strutturali dell’art. 612-ter c.p., che ne accoglie la disciplina; con l’avvertenza che non è possibile contare sul confronto con la prassi, non disponendosi ancora di significativa giurisprudenza nella materia che ci occupa.

È inutile negare che i *deficit* del delitto di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti siano in gran parte riconducibili alla fretolosità dell’*iter* legislativo che ha condotto alla sua introduzione. Com’è noto, la nuova fattispecie era già in gestazione in Parlamento, dove pendevano diversi progetti di legge ordinaria⁵, quasi tutti volti all’introduzione di una norma incriminatrice destinata a

- 1 La Legge 19 luglio 2019, n. 69, pubblicata nella *Gazzetta ufficiale* n. 173 del 25 luglio 2019, è entrata in vigore il 9 agosto 2019. In argomento, tra gli altri, L. Algeri, *Il c.d. Codice rosso: tempi rapidi per la tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, in *Diritto penale e processo*, 2019, 10, pp. 1363 ss.; E. Basile, *La tutela delle donne dalla violenza dell’uomo: dal Codice Rocco ... al codice Rosso*, in *Diritto penale e uomo*, <https://dirittopenaleuomo.org/>, 2019; A. De Santis, “Codice Rosso”. *Le modifiche al codice penale (Prima parte)*, in *Studium iuris*, 2020, 1, pp. 1 ss.; S. Mattio, *Codice Rosso. Le modifiche al codice penale (Seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2020, 2, pp. 141 ss.; M. Pierdonati, *La tutela delle persone vulnerabili con particolare riferimento all’analisi della legge 19 luglio 2019, n. 69 (c.d. ‘codice rosso’)*, in *La Giustizia Penale*, 2020, 3, cc. 176 ss.; P. Pittaro, *Il c.d. “Codice rosso” sulla tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, in *Famiglia e diritto*, 2020, 7, pp. 735 ss.; B. Romano, A. Marandola (a cura di), *Codice Rosso. Commento alla L. 19 luglio 2019, n. 69, in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, Pisa, Pacini Giuridica, 2020; N. Triggiani, *L’ultimo tassello nel percorso legislativo di contrasto alla violenza domestica e di genere: la legge “Codice Rosso”, tra effettive innovazioni e novità solo apparenti*, in *Processo penale e Giustizia*, 2020, 2, pp. 451 ss.; A. Valsecchi, “Codice rosso” e diritto penale sostanziale: le principali novità, in *Diritto penale e processo*, 2020, pp. 165 ss.
- 2 Com’è noto, la denominazione “codice rosso” deriva dalla pratica medico-sanitaria per la quale, in fase di *triage*, viene assegnato al paziente un codice colore che indica il grado di priorità della sua presa in carico in base alle condizioni in cui versa.
- 3 Ci si limita in questa sede alla citazione di alcuni contributi monografici, rinviando alle note successive per gli ulteriori riferimenti bibliografici: E. Lo Monte, *L’art. 612-ter C.P. Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti. Tra buoni propositi, denegato diritto all’oblio e “morti social”*, Torino, Giappichelli, 2021; A. Sorgato, *Revenge porn. Aspetti giuridici, informatici, psicologici*, Milano, Giuffrè Francis Levevre, 2019.
- 4 Dal *report* della Direzione centrale della Polizia criminale, pubblicato dal Dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell’Interno il 25 novembre 2021 in occasione della Giornata Internazionale per l’eliminazione della violenza contro le donne, emerge, per questo delitto, un incremento pari al 45 % rispetto all’anno precedente. Il monitoraggio ha riguardato, per entrambi gli anni, l’arco temporale gennaio-ottobre. È interessante notare che la diffusione del fenomeno prescinde dall’area geografica, difatti il maggior numero di violazioni, in valori assoluti, è stato registrato in Lombardia, Campania e Sicilia, mentre le regioni meno interessate sono state la Valle d’Aosta, il Molise e la Basilicata; il dato tuttavia cambia ove il numero dei reati venga rapportato alla popolazione residente, poiché in base a tale parametro le regioni in cui risulta più diffuso sono il Molise, la Sicilia e la Sardegna: Ministero dell’Interno, Dipartimento della pubblica sicurezza, *Il punto. La violenza contro le donne, 25 novembre 2021, Giornata Internazionale per l’eliminazione della violenza contro le donne*, pp. 24 ss.; il *report* è consultabile in www.interno.gov.it/sites/default/files/2021-11/2021-sac_brochure_violenza_sulle_donne.pdf. La Polizia postale segnala l’incremento dei fenomeni di *sextortion* e *revenge porn*, aumentati in confronto al 2020, rispettivamente, del 54% e del 78% (dati riportati in www.poliziadistato.it). Interessante anche il Rapporto sull’applicazione della L. n. 69/2019 pubblicato dal Ministero della Giustizia, che raccoglie i dati rilevati presso gli uffici giudiziari tra il 1° agosto 2019 e il 31 luglio 2020. Nel periodo considerato, per il delitto di diffusione di immagini o video sessualmente espliciti risultavano iscritti 1083 procedimenti penali; l’azione penale era stata esercitata in 121 casi mentre le richieste di archiviazione riguardavano 226 procedimenti; per i procedimenti definiti in fase di udienza preliminare si registravano due condanne, tre patteggiamenti e un proscioglimento, mentre per quelli conclusi in fase dibattimentale risultavano una condanna e un proscioglimento: v. Ministero della giustizia, *Il Rapporto: un anno di “Codice Rosso”*, pp. 25 ss., consultabile in *Giurisprudenza penale*, www.giurisprudenzapenale.com, 2020. Si aggiunga che i dati appena richiamati non rendono l’effettiva consistenza del fenomeno empirico-criminoso, sfuggendo la cifra oscura dei fatti non denunciati: v., con più generale riferimento alla violenza di genere, C. Pecorella, *Violenza di genere e sistema penale*, in *Diritto penale e processo*, 2019, p. 1182, che rileva come le indagini di vittimizzazione condotte attraverso interviste a un campione rappresentativo di potenziali vittime contribuiscano alla stima della diffusione e dimensione del fenomeno. Merita di essere segnalata la recente L. 5 maggio 2022, n. 53, che si propone di «garantire un flusso informativo adeguato per cadenza e contenuti sulla violenza di genere contro le donne al fine di progettare adeguate politiche di prevenzione e contrasto e di assicurare un effettivo monitoraggio del fenomeno» (art. 1).
- 5 Una prima proposta di legge era stata presentata alla Camera nel corso della XVII Legislatura, il 27 settembre 2016 (Atto Camera 4055), sulla spinta di una nota vicenda di *revenge porn* conclusasi con il suicidio della vittima; il testo del progetto — poco dopo seguito da un disegno di legge presentato al Senato il 5 dicembre 2017 (Atto Senato n. 2994) — fu riproposto

trovare collocazione nel codice penale, immediatamente dopo il delitto di atti persecutori⁶. Sennonché, nel corso dei lavori parlamentari relativi al Disegno di legge di iniziativa governativa destinato a trovare compimento nella legge n. 69/2019⁷, furono presentati, dapprima in sede referente in Commissione Giustizia⁸ e poi in Assemblea⁹, alcuni emendamenti che miravano allo stesso risultato. In effetti l'art. 612-ter c.p. è frutto della proposta emendativa presentata dalla Commissione¹⁰ e approvata dall'Assemblea della Camera con il voto unanime dei presenti nella seduta del 2 aprile 2019¹¹.

L'iter legislativo appena descritto mette in evidenza il vizio genetico della fattispecie, vale a dire la decontestualizzazione da una riflessione di più ampio respiro - che avrebbe potuto sfociare in un intervento organico e multidisciplinare precipuamente mirato al contrasto della diffusione non consensuale di materiale sessualmente esplicito - e il suo innesto in un corpo normativo di tutt'altra ispirazione¹². Non si vuole con ciò negare che la diffusione non consensuale di immagini o video sessualmente espliciti possa essere considerata "reato di genere"¹³. Sebbene il dato empirico conosca casi di *revenge porn* che vedono coinvolti uomini nella veste di persone offese, questo tipo di illecito colpisce prevalentemente le donne¹⁴, sicché queste ne rappresentano vittime tutt'altro che occasionali; del resto la definizione di "violenza di genere" formulata dal Legislatore europeo nel diciassettesimo *considerando* della Direttiva 2012/29/UE (in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato) si basa anche sul crite-

alla Camera nella successiva Legislatura il 2 luglio 2018 (Atto Camera n. 839). Nel corso della XVIII Legislatura si contano numerosi progetti di legge tutti intesi all'introduzione di una fattispecie *ad hoc* destinata a trovare collocazione nell'art. 612-ter del codice penale; v., in ordine cronologico: la proposta di legge presentata alla Camera il 9 gennaio 2019 (Atto Camera n. 1488); i disegni di legge comunicati alla Presidenza del Senato, rispettivamente, il 19 febbraio 2019 (Atto Senato n. 1076) e il 12 marzo 2019 (Atto Senato n. 1134); la proposta di legge presentata alla Camera il 7 maggio 2019 (Atto Camera 1828). I progetti S 1076 e C 1828 si caratterizzano per un corredo di norme relative agli obblighi in capo ai titolari del trattamento e ai gestori di siti *internet* e alla promozione delle attività di sensibilizzazione ai fini del contrasto del "nuovo" reato. V., altresì, il disegno di legge citato nella nota seguente.

- 6 Si distingue il disegno di legge presentato al Senato il 25 marzo 2019 (Atto Senato 1166), inteso ad intervenire sul codice in materia di protezione dei dati personali (D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196) con l'introduzione dell'art. 167.1, rubricato «Comunicazione plurima e diffusione di dati personali idonei a rivelare la vita sessuale»; nel medesimo progetto, che teneva altresì conto del necessario raccordo con la L. 29 maggio 2017, n. 71 in materia di prevenzione e contrasto del fenomeno del cyberbullismo, era prevista una significativa blindatura delle circostanze aggravanti di cui all'art. 61, comma 1, numeri 1) e 4), laddove queste accedessero a delitti contro la persona o ai delitti di cui all'art. 167.1 D.lgs. n. 196/2003.
- 7 Disegno di legge "Modifiche al codice di procedura penale: disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere" (1455).
- 8 V. le proposte emendative n. 01.017, 01.018, 3.018 e 3.019, presentate in II Commissione nella seduta del 19 marzo 2019.
- 9 V. gli emendamenti 1.17 e 1.107, presentati nella seduta del 28 marzo 2019, e 5.0103 e 5.0104 (di identico contenuto) proposti nella seduta del 2 aprile 2019.
- 10 Emendamento 1.500 presentato dalla Commissione all'Assemblea della Camera.
- 11 Il disegno di legge, nella versione licenziata dalla Camera, è stato definitivamente approvato dal Senato nella seduta del 17 luglio 2019. Per quanto riguarda l'introduzione dell'art. 612-ter c.p., prevista dall'art. 10 della l. n. 69/2019, la votazione al Senato ha registrato un solo voto contrario e un'astensione. Non si è mancato di rilevare che l'iter alternativo scelto dal Legislatore per accelerare l'introduzione dell'art. 612-ter nel codice penale sia stato incentivato da una vicenda di diffusione in rete di fotografie e video sconvenienti che ritraevano una deputata della coalizione di maggioranza: cfr. G.M. Caletti, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di Internet. L'art. 612-ter c.p. e l'incriminazione della pornografia non consensuale*, in *Rivista italiana di diritto procedurale penale*, 2019, pp. 2061 s.; M. Bianchi, *L'incriminazione del "revenge porn": il nuovo delitto di "diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti"*, in *Diritto penale*, Tomo III, *I delitti contro la libertà morale*, A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (a cura di), Torino, UTET, 2022, p. 6564.
- 12 Non si dimentichi che il disegno di legge che poi ha trovato conclusione nella l. n. 69/2019 originariamente era intitolato «Modifiche al codice di procedura penale: disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere».
- 13 Critico sull'inquadramento del *revenge porn* nella "violenza di genere", E. Lo Monte, *L'art. 612-ter C.P., cit.*, pp. 9 ss. Mentre per la "violenza domestica" è rinvenibile una definizione legislativa sia in virtù della ratifica ed esecuzione della Convenzione di Istanbul (v. art. 3, lett. b della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, fatta a Istanbul l'11 maggio 2011, ratificata e resa esecutiva con la Legge 27 giugno 2013, n. 77), sia per alcuni puntuali interventi del legislatore che la replicano (v. artt. 3, comma 1, e 4, comma 1 del D.L. 14 agosto 2013, n. 93, convertito dalla L. 15 ottobre 2013, n. 119), non altrettanto può dirsi per la violenza di genere, che nella Convenzione di Istanbul trova esplicitazione nell'espressione "violenza contro le donne basata sul genere", definita come «qualsiasi violenza diretta contro una donna in quanto tale, o che colpisce le donne in modo sproporzionato». Ben più significativa l'opzione scelta dal Legislatore europeo (per la quale v. *infra*, in nota 15). Sul sito del nostro Governo la violenza di genere è identificata con «tutte quelle forme di violenza da quella psicologica e fisica a quella sessuale, dagli atti persecutori del cosiddetto *stalking* allo stupro, fino al femminicidio, che riguardano un vasto numero di persone discriminate in base al sesso»: www.interno.gov.it/it.
- 14 In base al *report* della Direzione centrale della Polizia criminale, *cit. supra*, in nota 4, le vittime sono prevalentemente donne, con un'incidenza del 73%; tra queste, l'82% risulta maggiorenne e l'87% è di nazionalità italiana: Ministero dell'Interno, Dipartimento della pubblica sicurezza, *Il punto*, *cit.*, p. 27.

rio della frequenza statistica, nella misura in cui vi include le ipotesi di violenza che «colpisce in modo sproporzionato le persone di un particolare genere»¹⁵. Né ad una tale considerazione osta la lettera dell'art. 612-ter c.p., nel quale la condizione femminile viene in considerazione solo in sede aggravante e in quanto legata allo stato di gravidanza. L'enunciazione "neutra" della fattispecie-base descritta nell'art. 612-ter c.p. è imposta dal principio di non discriminazione, che verrebbe altrimenti violato ove la tutela venisse riservata al campione di vittime maggiormente rappresentativo ma non esclusivo del reato¹⁶. Semmai, la diffusione illecita di materiale sessualmente esplicito si distingue dalle altre ipotesi ritenute meritevoli di un più spedito percorso procedurale e compendiate nell'intitolazione della legge n. 69/2019 con la locuzione "violenza domestica e di genere" per le modalità non violente della condotta, dal momento che il reato descritto nell'art. 612-ter c.p. non presuppone forme di coercizione o di minaccia¹⁷, che, di contro, potrebbero comportare la configurazione di altri tipi delittuosi.

Come vedremo, questa caratteristica morfologica della fattispecie non ne depotenzia la dimensione lesiva, che si caratterizza per l'elevata pervasività, ma avrebbe dovuto sollecitare una più attenta riflessione sulla sua collocazione nell'edificio codicistico¹⁸ oltre che sull'opportunità di predisporre "coadiuvanti" dell'intervento penale per contenere gli effetti nocivi della diffusione non consensuale di immagini intime¹⁹. Non può poi essere sottaciuto, come rilevato dai più in dottrina, che l'art. 612-ter c.p. soffre di un *deficit* di corrispondenza con il contesto empirico-criminoso che ne ha sollecitato l'introduzione, solo in parte ritratto dalla disposizione incriminatrice, che risulta pertanto inadeguata ad apprestare la tutela necessaria.

2. L'opportunità di una disposizione incriminatrice dedicata alla diffusione illecita di contenuti intimi

Prima di soffermarci sulle criticità manifestate dal delitto di diffusione illecita di immagini o video sessualmente esplicite, sembra opportuno riflettere, sia pure brevemente, sui margini di intervento della nuova fattispecie alla luce della disciplina già vigente al momento della sua introduzione. In breve, si tratta di capire se fosse davvero necessario provvedere con l'inserimento di un ulteriore reato.

In assenza di una disposizione *ad hoc*, la giurisprudenza aveva più volte fatto ricorso, talvolta non senza forzature, a varie figure delittuose, quali la diffamazione aggravata²⁰, la violenza privata²¹, gli atti

15 In base al diciassettesimo *considerando* 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 e che sostituisce la Decisione quadro 2001/220/GAI, «Per violenza di genere s'intende la violenza diretta contro una persona a causa del suo genere, della sua identità di genere o della sua espressione di genere o che colpisce in modo sproporzionato le persone di un particolare genere. Può provocare un danno fisico, sessuale, emotivo o psicologico, o una perdita economica alla vittima». Per alcuni rilievi critici sull'impiego del criterio della frequenza statistica per identificare le violenze basate sul genere, v. F. Poggi, *Violenza di genere e Convenzione di Istanbul: un'analisi concettuale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, 1, pp. 68 ss.

16 Come ipotesi di reato nelle quali la donna rappresenta in via esclusiva la persona offesa si pensi ai delitti contro la maternità.

17 Pur non dubitando che dal punto di vista della vittima il *revenge porn* possa implicare una forma di violenza psicologica, difettano nel caso di specie la coercizione e la minaccia che dovrebbero caratterizzare questa forma di violenza. Sia la Convenzione di Istanbul sia la Direttiva 2012/29/UE distinguono quattro diverse forme di violenza: fisica, sessuale, psicologica ed economica. L'obbligo di penalizzazione della violenza psicologica previsto all'art. 33 della Convenzione di Istanbul impone alle Parti di adottare «le misure legislative o di altro tipo necessarie per penalizzare un comportamento intenzionale mirante a compromettere seriamente l'integrità psicologica di una persona con la coercizione o le minacce».

18 Critico sulla collocazione del delitto di diffusione di immagini o video sessualmente espliciti nel capo dedicato ai delitti contro la libertà morale, S. Seminara, *Codice penale, riserbo di codice e riforma dei delitti contro la persona*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2020, pp. 456 s. *Contra*, E. Lo Monte, *L'art. 612-ter C.P., cit.*, p. 70, che, ragionando sul profilo offensivo della diffusione di immagini o video intimi, ritiene corretta l'opzione privilegiata dal legislatore; T. Padovani, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, in *Guida al Diritto*, 2019, 37, p. 54.

19 Cfr. E. Lo Monte, *L'art. 612-ter C.P., cit.*, p. 24.

20 Cfr. Corte di cassazione, quinta sezione penale, sentenza del 19 marzo 2015, n. 41276: nel caso di specie si trattava della condivisione di filmati, riproducenti scene di atti sessuali, mediante programma informatico di condivisione "peer to peer".

21 Cfr. Tribunale Nocera Inferiore, sentenza del 8 ottobre 2020, n. 1052, che ha ricondotto alla violenza privata la minaccia di pubblicare foto intime della persona offesa; v., altresì, Tribunale Ascoli Piceno, sentenza del 12 ottobre 2019, n. 633.

persecutori²², le interferenze illecite nella vita privata²³, il trattamento illecito di dati personali²⁴. Tuttavia la struttura di queste fattispecie non riusciva a comprendere le molteplici manifestazioni del fenomeno empirico-criminoso: la diffamazione, presupponendo la comunicazione con più persone, risultava inapplicabile in caso di viralità sviluppatasi successivamente al primo invio, riservato ad un solo destinatario²⁵; la violenza privata poteva trovare applicazione nei casi in cui la diffusione delle immagini fosse minacciata per costringere la vittima ad accondiscendere alle richieste dell'agente; la configurazione del delitto di atti persecutori non consentiva di includere nella sua sfera operativa le ipotesi in cui difettava il contesto minaccioso o molesto tale da ingenerare uno degli effetti decritti nell'art. 612-*bis* c.p.; il delitto di interferenze illecite nella vita privata non avrebbe potuto operare in difetto del carattere indebito della captazione delle immagini o nei casi in cui i frammenti di vita privata carpiri fossero estranei ai luoghi indicati nell'art. 614 c.p.; il reato di trattamento illecito dei dati personali, infine, è subordinato alla sussistenza di un dolo specifico non sempre ravvisabile nella casistica che qui interessa²⁶, mentre meno problematico sembra l'elemento del «nocumento all'interessato», che concorre a definire l'illecito previsto nell'art. 167 del D.lgs. n. 196/2003 e che di recente è stato promosso dalla qualificazione (per vero non pacifica) di condizione obiettiva di punibilità a quella di evento del reato.

La questione dell'inidoneità delle fattispecie sopra enumerate ad assicurare l'incriminazione delle condotte di *revenge porn* (*lato sensu* inteso) si intreccia inevitabilmente con quella del bene giuridico che il legislatore ha inteso con esse tutelare, poiché è questo che ne condiziona la struttura. Così, rispetto alla diffamazione, l'invio delle immagini intime ad un solo destinatario, sebbene prodromico di una successiva diffusione virale, non è tale da ledere la reputazione della persona rappresentata. Invero, ritenere che la diffusione di tali immagini sia per ciò solo lesiva della dignità sociale della vittima, implica che la conduzione di una vita sessuale costituisce di per sé contegno disdicevole²⁷; semmai è il complesso di comportamenti scatenati dalla divulgazione delle immagini sessualmente esplicite a compromettere la reputazione altrui. Di contro, la «riservatezza» può essere lesa dalla comunicazione del «dato personale» anche ad una sola persona; eppure il delitto previsto dall'art. 167 del D.lgs. n. 196/2003 non sembra idoneo a rappresentare il disvalore della diffusione non consensuale di immagini di stretta intimità, la cui pregnanza viene qui a stemperarsi nella più ampia nozione di «dato personale» illecitamente trattato²⁸. Il contesto spaziale e il carattere fraudolento della captazione circoscrivono la tutela apprestata

- 22 Cfr. Corte di cassazione, sesta sezione penale, sentenza del 16 luglio 2010, n. 32404; Corte di cassazione, quinta sezione penale, sentenza del 13 gennaio 2015, n. 12203; Corte di cassazione, terza sezione penale, sentenza del 16 marzo 2016, n. 12208; Corte di cassazione, quinta sezione penale, sentenza del 1° marzo 2019, n. 26049; Tribunale di Milano, quinta sezione penale, sentenza del 2 novembre 2016, n. 11748. V. altresì Corte di cassazione, quinta sezione penale, sentenza del 2 maggio 2019, n. 30455 e Tribunale di Milano, sezione ufficio indagini preliminari, sentenza del 24 gennaio 2017, n. 167, nelle quali gli addebiti riguardavano i delitti di diffamazione aggravata, di atti persecutori e di trattamento illecito di dati personali.
- 23 Corte di cassazione, terza sezione penale, sentenza del 12 gennaio 2012, n. 7361: nella specie, la persona offesa aveva raccontato allo scatto di alcune fotografie, ma non era stata informata delle riprese video-audio effettuate dall'imputato.
- 24 Corte di cassazione, terza sezione penale, sentenza del 26 marzo 2004, n. 28680, che è pervenuta all'applicazione della fattispecie sul presupposto della continuità normativa tra il reato di trattamento illecito di dati personali previsto dall'art. 35, comma 2, Legge 31 dicembre 1996, n. 675 (c.d. legge sulla *privacy*) e l'analogo reato di cui all'art. 167, comma 2 del D.lgs. 30.6.2003 n. 196 (codice in materia di protezione dei dati personali) nel testo vigente al momento della decisione. Corte di cassazione, terza sezione penale, sentenza del 10 settembre 2015, n. 40356; Corte di cassazione, terza sezione penale, sentenza del 7 febbraio 2017, n. 29549. V. anche Corte di cassazione, quinta sezione penale, sentenza del 17 dicembre 2020, n. 3050, che ha escluso la continuità normativa tra previgente ed attuale formulazione dell'art. 167 d.lgs. n. 196/2003 con riferimento alla condotta di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti.
- 25 Cfr. N. Amore, *La tutela penale della riservatezza sessuale nella società digitale. Contesto e contenuto del nuovo cybercrime disciplinato dall'art. 612-ter c.p.*, in *La legislazione penale*, www.lalegisazionepenale.eu, 2020, p. 15; G.M. Caletti, «*Revenge porn*» e tutela penale. Prime riflessioni sulla criminalizzazione specifica della pornografia non consensuale alla luce delle esperienze angloamericane, in *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, 2018, n. 3, p. 83; E. Lo Monte, *L'art. 612-ter C.P., cit.*, p. 92.
- 26 Cfr. M. Bianchi, *L'incriminazione del «revenge porn», cit.*, pp. 6565 s., che individua, quali ulteriori profili di inadeguatezza del delitto di trattamento illecito di dati personali rispetto alla diffusione non consensuale di immagini sessualmente esplicite, «l'assente distinzione in ordine alla natura del dato personale che viene diffuso», la non applicabilità del reato in caso di trattamento di dati effettuato da persona fisica nell'ambito di attività a carattere esclusivamente personale o domestico, nonché il regime della procedibilità d'ufficio, di solito escluso in favore della procedibilità a querela nelle ipotesi in cui viene in considerazione l'autodeterminazione del soggetto passivo.
- 27 Cfr. A. Verza, *Aggredire attraverso l'immagine. Crystallizzazioni tecnologiche, genere e diniego di tutela nella logica disciplinante neo-liberale*, in *Ragion pratica*, 2, p. 479. Per T. Padovani, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema, cit.*, p. 54, i gesti e gli atteggiamenti sessualmente espliciti, al di fuori dell'intimità di un rapporto esclusivo, «assumono un'obiettiva valenza pornografica», sicché la diffusione delle relative immagini lede (anche) il decoro della persona rappresentata.
- 28 La considerazione investe sia la fattispecie di cui al previgente art. 35, comma 3, L. n. 675 del 31 dicembre 1996, sia l'ipotesi prevista nell'art. 167 del D.lgs. n. 196 del 30 giugno 2003 anche nella sua odierna formulazione.

dall'art. 615-*bis* c.p. alla riservatezza personale intesa nella sua dimensione domiciliare²⁹. I reati di violenza privata e atti persecutori, invece, estranei alla tutela della riservatezza, sono entrambi volti a preservare la libertà psichica (o morale) nei suoi profili, rispettivamente, di libertà di autodeterminazione e tranquillità individuale³⁰.

Effettivamente, la diffusione di immagini sessualmente esplicite manifesta un profilo offensivo primario che non può trovare adeguata rappresentazione in nessuna delle figure passate in rassegna, ciascuna in grado di esprimere uno o più aspetti della dimensione lesiva, ma non il suo complesso. Vengono infatti attinte la reputazione, la dignità, la riservatezza della vittima nonché la sua libertà di autodeterminazione e la sua tranquillità individuale³¹: tutti aspetti che concorrono a delineare la dimensione sociale della persona offesa, che dalla diffusione delle immagini intime subisce una consistente compromissione della sua vita di relazione³². Non può poi essere trascurato che il contesto criminoso sottende un'aspettazione di *privacy* che partecipa del complessivo disvalore del fatto³³, tanto è vero che il legislatore considera maggiormente riprovevole la diffusione di immagini intime da parte del coniuge o del *partner*.

Se così è, l'interrogativo circa l'opportunità della nuova incriminazione trova risposta affermativa, tuttavia la sua collocazione sistematica nella terza sezione (del capo III del titolo XII del libro II del codice penale), dedicata ai delitti contro la libertà morale, non sembra appropriata, reclamando semmai la coniazione di un'inedita ripartizione intitolata alla tutela della riservatezza della sfera personale e privata³⁴.

3. Questioni di lessico

Ad una prima lettura il testo licenziato dal Parlamento evoca con un buon grado di immediatezza il fenomeno empirico-criminoso tenuto a mente dal Legislatore, vale a dire la diffusione da parte di uno dei *partner* di foto e/o video di contenuto intimo, realizzati consensualmente nel contesto della relazione di coppia e a questa riservati, per vendicarsi della conclusione del rapporto sentimentale; ed effettivamente è questa la situazione che trova sintesi nell'espressione *revenge porn*³⁵, corrente nel lessico comune e ripresa nel corso dei lavori parlamentari. Tuttavia la casistica manifesta ipotesi che si pongono oltre gli stretti limiti così delineati, poiché non è detto che il propalatore delle immagini sia uno dei membri

29 In argomento v. F.C. Palazzo, *Considerazioni in tema di tutela della riservatezza (a proposito del «nuovo» art. 615-bis c.p.)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1975, pp. 126 ss.

30 Cfr. A. Valsecchi, *Delitti contro la libertà fisica e psichica dell'individuo*, in *Reati contro la persona*, F. Viganò (a cura di), Estratto dal XVI volume del *Trattato Teorico-Pratico di Diritto Penale, Nuova serie*, diretto da F. Palazzo, C. E. Paliero, M. Pelissero, Torino, Giappichelli, 2021, pp. 216 s. e 232.

31 Cfr. A. Valsecchi, *«Codice rosso» e diritto penale sostanziale: le principali novità*, cit., p. 169. La natura plurioffensiva del delitto descritto nell'art. 612-*ter* c.p. trova diffuso riconoscimento in dottrina: tra i tanti, E. Musco, *I delitti contro la libertà personale e la libertà morale*, in G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, Volume II, tomo primo, V edizione, Bologna, Zanichelli, 2020, p. 300.

32 Cfr. A. Verza, *Aggredire attraverso l'immagine*, cit., p. 477. V., altresì, Lo Monte, *L'art. 612-ter C.P.*, cit., pp. 69 s., per il quale dalla collocazione sistematica della disposizione si deduce la sua destinazione alla salvaguardia del «complesso delle condizioni che si riassumono nello stato di tranquillità individuale, in quanto presupposto per il normale esercizio dei diritti di libertà». L'A., pur individuando l'oggetto della tutela apprestata dall'art. 612-*ter* c.p. nella libertà morale, ne ammette la natura plurioffensiva, potendo venire in rilievo altri interessi come l'onore, la reputazione, l'immagine, la *privacy*.

33 Cfr. M. Bianchi, *L'incriminazione del «revenge porn»*, cit., p. 6568.

34 Lo spunto viene dal sistema tedesco, nel quale le condotte riconducibili al *revenge porn* latamente inteso trovano ricetta nel § 201a *Strafgesetzbuch*, rubricato *Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs und von Persönlichkeitsrechten durch Bildaufnahmen* e collocato nella sezione intitolata *Verletzung des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs*. Per vero l'Unione delle Camere penali aveva suggerito l'inserimento di una sezione intitolata «tutela della riservatezza sessuale», che avrebbe dovuto trovare sistemazione immediatamente dopo i delitti contro la libertà personale e prima della sezione III del capo III del titolo XII (v. Unione Camere Penali, *Audizione Commissione Giustizia del Senato 11.6.2019. Integrazione alle osservazioni dell'Unione delle Camere Penali Italiane DISEGNO DI LEGGE 1200*, p. 2 – in www.senato.it); suggerimento condiviso dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione: v. la Relazione 62/19 del 27 ottobre 2019, sulla l. 19 luglio 2019, n. 69, pp. 18-19: v. altresì S. Seminara, *Codice penale*, cit., p. 456, nel contesto di una più ampia riflessione in vista di una riforma della sistematica codicistica dei delitti contro la persona. *Contra*, E. Lo Monte, *op. cit.*, p. 70, che, ragionando sul profilo offensivo della diffusione di immagini o video intimi, ritiene corretta l'opzione privilegiata dal legislatore; T. Padovani, *L'assenza di coerenza*, cit., p. 54.

35 Al riguardo, il sostituto italiano suggerito dall'Accademia della Crusca è «pornovendetta».

della relazione, né che sia mosso da intenti vendicativi³⁶. Invero, nonostante le imperfezioni, l'articolazione della fattispecie incriminatrice è tale da assicurare un ambito di applicazione più ampio di quello riferibile al *revenge porn stricto sensu* inteso, tanto è vero che la "relazione affettiva" tra reo e vittima rappresenta solo un'aggravante; del resto lo sforzo del legislatore di astrarre dal lessico comune è reso palese già dalla rubrica dell'art. 612-ter c.p., per quanto anche questa, come vedremo, susciti qualche perplessità.

A ben vedere, l'opportuno distacco dal linguaggio corrente non riguarda solo il profilo soggettivo-motivazionale della diffusione delle immagini o video intimi ma anche quello oggettivo della loro consistenza, opportunamente espressa dalla locuzione "sessualmente espliciti". La qualificazione del materiale diffuso come pornografico, infatti, per un verso avrebbe accentuato la dissonanza della fattispecie delittuosa rispetto alla realtà empirica, dal momento che la pornografia implica lo "scopo sessuale" della rappresentazione, laddove l'autore dell'illecita divulgazione ai sensi dell'art. 612-ter c.p. non si propone di suscitare l'eccitazione erotica della platea dei fruitori delle immagini³⁷; per altro verso avrebbe spostato l'attenzione sul ruolo della vittima nella realizzazione e diffusione del materiale³⁸, offuscando il messaggio di orientamento culturale di cui dovrebbe farsi carico il legislatore nella predisposizione della norma incriminatrice.

Senonché sulla locuzione «immagini o video a contenuto sessualmente esplicito, destinati a rimanere privati»³⁹, si appuntano molte delle censure di indeterminatezza avanzate dai primi commentatori della novella del 2019⁴⁰; in proposito non si è mancato di auspicare un intervento chiarificatore del legislatore⁴¹, prendendo ad esempio la definizione di pornografia minorile introdotta nel 2012 nel corpo dell'art. 600-ter c.p.⁴². Non v'è dubbio che una puntuale descrizione del materiale "sessualmente esplicito" avrebbe conferito maggiore precisione alla fattispecie, tuttavia l'elasticità della formula impiegata vanta il pregio di una duttilità in sede interpretativa che dovrebbe consentirne un più agevole adeguamento al mutare dei costumi⁴³. Un ausilio all'interpretazione del controverso elemento di fattispecie potrebbe venire proprio dal confronto con la citata definizione di pornografia minorile, ove si distingue

36 Emblematica, in proposito, la vicenda sottoposta all'attenzione del Tribunale di Reggio Emilia, sezione GIP/GUP, sentenza del 9 novembre 2021, n. 528: il video diffuso in rete riguardava un rapporto sessuale consumato nei locali dei servizi igienici di una discoteca la cui porta era stata chiusa a chiave dalla coppia. La ripresa era stata realizzata da alcuni avventori che si erano affacciati dall'alto della *toilette*. Per il giudice, l'estraneità degli imputati al contesto relazionale della coppia vittima della diffusione del video determina un difetto di tipicità ai sensi dell'art. 612-ter c.p., con la conseguente assoluzione «perché il fatto non sussiste». La decisione muove dall'assunto che il vincolo della destinazione privata del materiale sessualmente esplicito previsto dall'art. 612-ter c.p. sia volto a conferire rilevanza penale alle condotte ivi descritte esclusivamente nell'eventualità che le immagini o i video siano stati precedentemente condivisi o realizzati dalla coppia all'interno del contesto relazionale connotato da reciproca fiducia. Per un commento alla pronuncia v. P. Beccari, *Le prime difficoltà applicative della nuova fattispecie di "revenge porn" in caso di diffusione del materiale da parte di soggetti estranei al rapporto sessuale*, in *Sistema penale*, www.sistemapenale.it, 2022; D. Micheletti, *L'interversione publicationis quale elemento costitutivo della fattispecie di revenge porn*, in *Dicrimen*, www.dicrimen.it, 2022. Per una rassegna delle terminologie proposte dalla dottrina angloamericana v. G.M. Caletti, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di Internet*, cit., p. 2054 s. Per alcune riflessioni sul profilo sociologico del *sexing* e del *revenge porn*, v. A. Verza, *Aggredire attraverso l'immagine*, cit., pp. 467 ss. e soprattutto 474 ss.

37 Cfr. E. Lo Monte, *L'art. 612-ter C.P.*, pp. 63 s., che opportunamente richiama la definizione di pornografia minorile di cui all'art. 600-ter, comma 7 c.p.

38 Cfr. G.M. Caletti, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di Internet*, cit., p. 2053.

39 La scelta legislativa di limitare la rilevanza penale alle ipotesi di diffusione di immagini o video intimi, con esclusione delle registrazioni soltanto sonore, non sembra biasimevole: fermo restando il disvalore oggettivo d'azione, la diffusione dell'immagine è indubbiamente tributaria di una maggiore consistenza lesiva. Cfr. M. Bianchi, *L'incriminazione del "revenge porn"*, cit., p. 6574; G.M. Caletti, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di Internet*, cit., p. 2068, in nota 69. *Contra*, E. Lo Monte, *L'art. 612-ter C.P.*, cit., p. 73.; l'A. suggerisce di estendere l'oggetto della condotta a scritti, foto e discorsi: Id., *ivi*, p. 166. V. altresì *infra*, sub § 8, per la più ampia nozione di materiale sessualmente esplicito adottata dal legislatore ai fini dell'attivazione della procedura volta ad ostacolarne la circolazione sulle piattaforme digitali.

40 V. B. Romano, *L'introduzione dell'articolo 612-ter del codice penale in materia di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (art. 10, l. 19 luglio 2019, n. 69)*, in *Codice Rosso. Commento alla L. 19 luglio 2019, n. 69, in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, B. Romano, A. Marandola (a cura di), Pisa, Pacini Giuridica, 2020, p. 107; E. Lo Monte, *L'art. 612-ter C.P.*, cit., pp. 99 ss. Il difetto di precisione, già segnalato dall'Unione delle Camere penali nell'audizione in Commissione Giustizia (v. Unione Camere Penali, *Audizione Commissione Giustizia del Senato 11.6.2019, cit.*, p. 2), è stato successivamente rimarcato dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione: v. la Relazione 62/19, cit., p. 19.

41 E. Lo Monte, *L'art. 612-ter C.P.*, cit., p. 103.

42 In questo senso anche alcuni dei disegni di legge che erano stati proposti in vista dell'introduzione dell'art. 612-ter c.p.: v., in particolare, il disegno di legge presentato al Senato il 5 dicembre 2017 (Atto Senato n. 2994); meno puntuale la definizione proposta con il disegno di legge comunicato alla Presidenza del Senato il 19 febbraio 2019 (Atto Senato n. 1076).

43 *Contra*, E. Lo Monte, *L'art. 612-ter C.P.*, cit., p. 166, che propone una clausola definitoria che include finanche l'elencazione delle parti anatomiche da considerare come "contenuto sessualmente esplicito" del materiale diffuso.

tra rappresentazione della vittima coinvolta in attività sessuali esplicite e qualunque rappresentazione dei suoi organi sessuali «per scopi sessuali». Sennonché il richiamo all'art. 600-ter, comma 7 c.p. può prestarsi ad oscillazioni nell'interpretazione dell'art. 612-ter c.p.: per un verso il riferimento alla definizione di pornografia minorile potrebbe essere valorizzato per includere nella nozione di materiale sessualmente esplicito anche la mera rappresentazione degli organi sessuali non assistita dallo «scopo sessuale»⁴⁴; per altro verso la comparazione con la disposizione a tutela dei minori potrebbe giovare ad un'interpretazione restrittiva della locuzione «immagini o video sessualmente espliciti», sì da escludere dal suo ambito semantico le rappresentazioni di nudi «privi di un evidente significato sessuale»⁴⁵.

A ben vedere, riprendendo quanto sopra osservato circa il lessico legislativo, la mancata connotazione in termini pornografici del materiale diffuso, che nella definizione della pornografia minorile trova riscontro nel coinvolgimento del minore in attività sessuali esplicite o nello scopo sessuale della rappresentazione dei suoi organi sessuali⁴⁶, dovrebbe orientare verso l'interpretazione più ampia, che include la mera rappresentazione di corpi nudi⁴⁷ oltre che tutte quelle immagini nelle quali la vittima, non necessariamente svestita, è ritratta in un contesto dall'esplicito significato sessuale⁴⁸.

Certo è che, pur con l'ampia nozione accolta, il delitto previsto dall'art. 612-ter c.p. non consente di perseguire le ipotesi di *deepfake*, vale a dire di video o foto frutto di una sofisticata manipolazione digitale che rappresentano una persona in un contesto diverso da quello originario⁴⁹.

4. La destinazione privata delle immagini o video a contenuto sessualmente esplicito e il risvolto probatorio della mancanza di consenso alla loro diffusione

L'intero disvalore della fattispecie si appunta sull'assenza di consenso alla diffusione dei video e delle immagini intimi⁵⁰. Si tratta di capire in che termini questo elemento possa trovare verifica in sede giudiziale, vale a dire se debba essere provato dall'accusa alla stregua di un qualsiasi elemento costitutivo di fattispecie o se possa ritenersi presunto⁵¹, gravando l'imputato di un onere di allegazione di segno contrario⁵², analogamente a quanto sovente accade con riguardo alle cause di giustificazione. A ben vedere, la descrizione della fattispecie sembra scandire due distinti momenti: il primo riguarda il profilo "statico" dell'individuazione dell'oggetto dell'illecita diffusione, che si caratterizza non solo per essere «a contenuto sessualmente esplicito» ma anche per la destinazione privata delle immagini o video intimi; il secondo momento riguarda la fase "dinamica" dell'attuazione della condotta, che per dirsi penal-

44 Con riguardo all'interpretazione di pornografia minorile consolidata nella giurisprudenza, v. Corte di cassazione, terza sezione penale, sentenza del 8 gennaio 2020, n. 9354, che, avvalendosi altresì dell'orientamento affermatosi in materia di violenza sessuale sulla nozione di "atti sessuali", ha incluso nella definizione di pornografia minorile anche le rappresentazioni di organi sessuali "secondari".

45 Così, A. Valsecchi, "Codice rosso" e diritto penale sostanziale, *cit.*, p. 169 s.; Id., *Delitti contro la libertà fisica e psichica dell'individuo*, *cit.*, p. 238.

46 Cfr. A. Mangione, *La tutela penale del minore da violenze, abusi e sfruttamento a sfondo sessuale*, in *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, Terza edizione, A. Mangione, A. Pulvirenti (a cura di), Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 365.

47 Contra, S. Seminara, *Delitti contro la libertà personale e morale*, in R. Bartoli, M. Pelissero, S. Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 156.

48 G.M. Caletti, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di Internet*, *cit.*, p. 2069.

49 Cfr. L. Tamborini, M. Simicich, *Il revenge porn ad un anno dall'entrata in vigore: prime considerazioni*, in *Penale. Diritto e procedura*, 2020, n. 4, p. 783. Questa ipotesi era invece contemplata nelle proposte di legge presentate alla Camera il 7 maggio 2019 (Atto Camera 1828) e il 9 gennaio 2019 (Atto Camera n. 1488).

50 V. B. Romano, *L'introduzione dell'articolo 612-ter*, *cit.*, p. 108, che aveva suggerito analoga soluzione per il delitto di violenza sessuale, che secondo l'A. dovrebbe essere incentrato sulla mancanza di consenso o sul dissenso della vittima, e non più sulla violenza o minaccia: Id., *Proposte di riforma nei delitti contro la sfera sessuale della persona*, in *Diritto penale contemporaneo*, archiviopcd.dirittoopenaleuomo.org, 2018, p. 5.

51 In questo senso, tra gli altri, A. De Santis, "Codice Rosso", *cit.*, p. 5, che giunge a questa conclusione attingendo alla giurisprudenza di legittimità in materia di violenza sessuale.

52 In questo senso, E. Lo Monte, *L'art. 612-ter C.P.*, *cit.*, p. 106, valorizzando la *ratio* della norma e l'interesse tutelato. L'A. propone una rinnovata formulazione dell'art. 612-ter c.p., priva di un espresso riferimento al consenso, sicché il dissenso possa ritenersi presunto e l'eventuale assenso possa essere fatto valere come causa di giustificazione: Id., *op. cit.*, pp. 166 s.

mente rilevante deve violare l'originaria intesa di riservatezza implicata dalla destinazione privata delle immagini. Ne consegue che un eventuale consenso alla (successiva) divulgazione di siffatte immagini (o video) al di fuori della sfera relazionale dei protagonisti della vicenda supera l'originaria destinazione riservata nella quale era implicito il dissenso alla loro divulgazione⁵³, sicché dovrà essere l'imputato a farsi carico della prova dell'assenso della persona ritratta alla diffusione del materiale che la rappresenta. Questa lettura trova conforto nella narrazione legislativa, che si appunta sull'assenza di consenso piuttosto che sul più esplicito dissenso alla divulgazione delle immagini, che avrebbe richiesto altra locuzione, maggiormente espressiva della contraria volontà della vittima⁵⁴. Del resto è lo stesso regime ordinario di procedibilità del reato a favorire questo sviluppo processuale⁵⁵, poiché la proposizione della querela rispecchia l'avversa volontà della vittima alla divulgazione del materiale intimo che la ritrae.

5. Le condotte rilevanti: tra potenzialità espansive e vuoti di tutela

La rubrica dell'art. 612-ter c.p., nella misura in cui si appunta sulla condotta di «diffusione», conferisce immediato risalto alla vocazione lesiva del *revenge porn*, che si nutre della dimensione virale della circolazione delle immagini intime. Eppure non è questa l'unica condotta a trovare rilievo nell'ambito della nuova fattispecie: da un lato la pervasività dell'offesa è rimarcata dalla giustapposizione della «pubblicazione» del materiale a contenuto sessualmente esplicito; dall'altro, la preoccupazione di prevenirne la divulgazione incontrollata ha consigliato al legislatore di incriminare anche le condotte di invio, consegna e cessione, che presuppongono un novero determinato di destinatari⁵⁶, con ciò dando rilievo finanche alle ipotesi in cui le immagini o video vengano trasmessi ad una sola persona⁵⁷. Sennonché, l'elevata cornice edittale prevista dall'art. 612-ter c.p. sembra fuori misura rispetto ai casi di invio, consegna o cessione ad un solo destinatario, che potrebbe anche non adoperarsi per l'ulteriore diffusione; né è immaginabile un intervento correttivo postumo ex art. 131-bis c.p., considerata l'esclusione del delitto in parola dall'ambito operativo della non punibilità per particolare tenuità del fatto, ribadita in tempi recenti dal legislatore⁵⁸. In definitiva, il contenimento della forza espansiva della fattispecie è rimesso all'eventuale rinuncia della parte offesa all'esercizio della querela⁵⁹, sempre che non ci si trovi in una delle ipotesi procedibili d'ufficio⁶⁰.

Nondimeno, l'ampio ventaglio di condotte descritte nell'art. 612-ter c.p. non sembra in grado di catturare tutte le ipotesi potenzialmente lesive per la vittima⁶¹. Si pensi, per un verso, al caso in cui l'immagine venga mostrata ad altri e, per altro verso, all'ipotesi in cui il proponente dell'immagine ne sia entrato in possesso avendone estratto una copia. Per quanto riguarda la proiezione, la compara-

53 Ne consegue che il consenso alla diffusione deve essere esplicito: cfr. N. Amore, *La tutela penale della riservatezza sessuale nella società digitale*, cit., p. 25; M. Bianchi, *L'incriminazione del "revenge porn"*, cit., p. 6572; G.M. Caletti, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di Internet*, cit., p. 2076, che valorizza il dato letterale anche nel raffronto con la fattispecie di violazione di domicilio.

54 Si pensi alle fattispecie in cui è impiegata la locuzione "contro la volontà": v. la violazione di domicilio (art. 614 c.p.), l'accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico (art. 615-ter c.p.), la sottrazione consensuale di minorenni (art. 573 c.p.), la sottrazione e trattenimento di minore all'estero (art. 574-bis c.p.) e la sottrazione di persone incapaci (art. 574 c.p.).

55 Si ricordi che soggiacciono alla procedibilità d'ufficio le ipotesi in cui la vittima è persona in condizioni di inferiorità fisica o psichica, o donna in stato di gravidanza nonché quelle in cui «il fatto è connesso con altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio» (art. 612-ter, comma 5, c.p.).

56 Cfr. M. Dova, *sub* Art. 612-ter, in *Codice penale commentato*, E. Dolcini- G.L. Gatta (diretto da), Tomo III, Artt. 452bis-649bis, V ed., Milano, Wolters Kluwer, 2021, p. 1941; A. Valsecchi, *"Codice rosso" e diritto penale sostanziale*, cit., p. 170.

57 Cfr. E. Lo Monte, *L'art. 612-ter C.P.*, cit., p. 76; T. Padovani, *L'assenza di coerenza*, cit., p. 55.

58 Ad oggi l'impossibilità di ricorrere alla non punibilità per particolare tenuità del fatto è stata determinata dall'elevato massimo edittale previsto dall'art. 612-ter c.p.; lo Schema di decreto legislativo di attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134 recante la delega al governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari, approvato in esame definitivo dal Consiglio dei Ministri lo scorso 28 settembre, collega l'operatività dell'art. 131-bis c.p. al minimo edittale, che non deve superare i due anni; tuttavia l'art. 612-ter c.p. rientra adesso nel novero dei reati comunque esclusi dalla sfera operativa della non punibilità per particolare tenuità del fatto.

59 Cfr. T. Padovani, *L'assenza di coerenza*, cit., p. 55.

60 V. *supra*, in nota 55.

61 P. Pittaro, *Il c.d. "Codice rosso" sulla tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, cit., p. 738, ritiene che le condotte descritte nell'art. 612-ter c.p. rappresentino una elencazione esemplificativa e non tassativa. E. Lo Monte, *L'art. 612-ter C.P.*, cit., p. 166 s., propone di snellire la fattispecie prevedendo le sole condotte di rivelazione e diffusione.

zione con il delitto di interferenze illecite nella vita privata, ove alla condotta di diffusione è accostata quella di “rivelazione” delle notizie o delle immagini illecitamente carpite (art. 615-bis, comma 2, c.p.), sembrerebbe consigliare di escludere questa ipotesi dalla sfera operativa della fattispecie⁶²; eppure il materiale proiettato potrebbe essere ripreso e ulteriormente diffuso. In questa evenienza, per lo più riconducibile ai casi in cui l’esibizione dell’immagine o del video sia rivolta ad un ampio numero di persone, la condotta dell’autore della riproduzione potrebbe rilevare solo in quanto riconducibile alla “pubblicazione”⁶³; mentre non sembra possa dubitarsi dell’incriminazione del successivo proplatore delle immagini carpite, purché animato dal dolo specifico richiesto dal secondo comma dell’art. 612-ter c.p.⁶⁴. Per converso, è difficilmente sostenibile che la condotta di chi mostri l’immagine o il video ad una sola persona possa trovare collocazione nell’ambito del delitto che ci occupa: d’altra parte in questi casi l’autore della condotta è in grado di governare il pericolo di apprensione e successiva diffusione del materiale intimo. Non sembra invece destare particolari preoccupazioni l’ipotesi in cui l’immagine o il video divulgati siano stati in precedenza copiati dal materiale in possesso della persona ivi rappresentata. È ben vero che l’estrazione di copia non può essere immediatamente ricondotta alla sottrazione⁶⁵, posto che il materiale rimane nella disponibilità del soggetto passivo⁶⁵; tuttavia, se si tiene a mente la *ratio* dell’art. 612-ter c.p. e si riprende l’accezione di sottrazione riscontrabile in materia di furto, ove viene intesa come la privazione della signoria di fatto sul bene sottratto⁶⁶, non vi è dubbio che anche l’estrazione della copia di un’immagine o di un video intimi può ritenersi un’ipotesi di sottrazione (nello spirito dell’incriminazione della diffusione illecita di immagini o video a contenuto sessualmente esplicito), proprio perché la persona ritratta, non essendo più in grado di controllarne la circolazione, non ne è più *domina*⁶⁷.

Com’è noto, il complesso di condotte descritte nell’art. 612-ter c.p. regge due distinte ipotesi criminose, che si differenziano per soggetto attivo e profilo soggettivo, ma non per risposta sanzionatoria: mentre nella descrizione del primo comma il proplatore è chi forma o sottrae le immagini o video, nel secondo comma l’autore del reato è identificato in colui che invia, consegna cede, pubblica o diffonde il materiale sessualmente esplicito dopo averlo «ricevuto o comunque acquisito». Non v’è dubbio che il fenomeno empirico-criminoso che ha ispirato questa seconda manifestazione del delitto è costituito dal c.d. *sexting*, condotta questa, largamente diffusa e penalmente irrilevante nella misura in cui chi provvede all’inoltro delle immagini o video non sia animato dal fine di «recare nocumento» alla persona rappresentata. Sennonché emerge in questo caso un ulteriore *gap* tra realtà criminosa e fattispecie incriminatrice, immediatamente segnalato dagli studiosi all’indomani della novella legislativa: non è detto che l’inoltro del materiale sessualmente esplicito sia animato da vendetta, potendo invece essere sorretto dalle ragioni più disparate e perfino determinato da leggerezza⁶⁸. Il dolo specifico del fine di recare nocumento contribuisce ad accentuare i sospetti di irragionevolezza della disciplina di cui discute: la circolazione delle immagini intime nonostante la contraria volontà della persona rappresentata non può considerarsi meno grave e neanche indifferente sul piano penale, sol perché animata, ad esempio, da vanteria o da scopo ludico⁶⁹. A parità di disvalore oggettivo la rilevanza penale è così fatta gravare

62 In questo senso, G.M. Caletti, *Libertà e riservatezza sessuale all’epoca di Internet*, cit., p. 2065.

63 Così G.M. Caletti, *Libertà e riservatezza sessuale all’epoca di Internet*, cit., p. 2066.

64 La condotta incriminata nell’art. 612-ter, comma 2, c.p. presuppone la ricezione o l’acquisizione delle immagini o video: mentre la ricezione è rapportabile alle condotte di invio, consegna o cessione, l’acquisizione sembra speculare alla pubblicazione e alla diffusione del materiale sessualmente esplicito. Sembra invece doversi escludere che nel caso ipotizzato ricorra un’ipotesi di “sottrazione”.

65 Effettivamente la giurisprudenza tende ad escludere la configurabilità del delitto di furto in caso di copiatura non autorizzata di *files* contenuti in un supporto informatico altrui, non comportando tale attività la perdita del possesso della *res* da parte del legittimo detentore: v. Corte di cassazione, quarta sezione penale, sentenza del 13 novembre 2003, n. 3449.

66 È questa la definizione di sottrazione riscontrabile nella letteratura sul delitto di furto: cfr. R. Bartoli, *I delitti contro il patrimonio*, in R. Bartoli, M. Pelissero, S. Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Seconda edizione, Torino, Giappichelli, 2022, p. 271.

67 Nella prospettiva di una revisione legislativa dell’art. 612-ter c.p., N. Amore, *La tutela penale della riservatezza sessuale nella società digitale*, cit., p. 36 s., propone di sostituire la condotta di sottrazione con quella di appropriazione; inoltre, secondo l’A., tanto l’arbitraria formazione quanto l’appropriazione del materiale sessualmente esplicito dovrebbero essere punite di per sé, vale a dire indipendentemente dalla successiva diffusione.

68 Cfr. G.M. Caletti, *Libertà e riservatezza sessuale all’epoca di Internet*, cit., p. 2084; B. Romano, *L’introduzione dell’articolo 612-ter*, cit., p. 109.

69 Come giustamente osservato da S. Seminara, *Delitti contro la libertà personale e morale*, in R. Bartoli, M. Pelissero, S. Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Seconda edizione, cit., p. 165, il “nocumento” «possiede in sé una modestissima capacità selettiva, giacché non solo comprende ogni forma di pregiudizio anche morale, ma può quasi ritenersi implicito in una così incisiva violazione dell’altrui intimità».

esclusivamente sul profilo soggettivo, che innestandosi su una condotta “non neutra” quanto a lesività dovrebbe semmai implicare una maggiore rimproverabilità⁷⁰; a meno che non si voglia dare risalto ai presupposti della condotta, individuando una minore gravità del fatto (descritto nel secondo comma dell’art. 612-ter c.p.) sol perché l’immagine diffusa non è stata “realizzata o sottratta” dal pro-palatore⁷¹, valendo così il dolo specifico a compensare il deficit di disvalore che altrimenti non consentirebbe di attingere la soglia della rilevanza penale. Tuttavia non può farsi a meno di notare come il messaggio di orientamento culturale che la fattispecie incriminatrice dovrebbe raffigurare risulta inevitabilmente svilito dal ruolo del dolo specifico nell’ipotesi tipizzata nel secondo comma dell’art. 612-ter c.p.⁷².

A ben vedere, l’irragionevolezza della disciplina della diffusione di immagini o video sessualmente espliciti risalta anche nel confronto con il primo comma, poiché pur in assenza del fine di recare nocumento non è possibile sottrarre dall’incriminazione il soggetto che ha realizzato l’immagine con il consenso della persona rappresentata e ne ha dato successiva diffusione contro la sua volontà, mentre chi l’ha ricevuta dalla stessa persona ritratta e ha poi provveduto alla divulgazione per ragioni scerve di intenti lesivi non è penalmente responsabile⁷³. Eppure questa seconda ipotesi, maggiormente ricorrente sul piano empirico, non sembra diversa dalla prima quanto a disvalore oggettivo: l’aspettativa di privacy riposta dalla vittima nel destinatario delle immagini o video intimi risulta egualmente tradita e la moltitudine di interessi sottesi all’incriminazione egualmente lesi.

Si aggiunga che il dolo specifico non è di agevole prova in sede processuale⁷⁴ e che il fine di recare nocumento si innesta su un dolo generico anch’esso di arduo riscontro probatorio, dal momento che anche la fattispecie del secondo comma si basa sulla contraria volontà della persona rappresentata alla circolazione delle immagini che la riguardano; volontà non sempre immediatamente percepibile, in particolare quando l’ulteriore pro-palatore è persona estranea alla relazione intima nell’ambito della quale chi ha ricevuto o acquisito l’immagine ne ha dato successiva diffusione.

Sembra dunque trovare conforto l’osservazione per la quale sarebbe stato preferibile affidare la segnalazione del diverso disvalore tra prima diffusione e successive ad una distinta e più mite cornice sanzionatoria invece che al dolo specifico del fine di recare nocumento alla vittima⁷⁵; questa soluzione avrebbe dato rilievo alla condotta di chi agisce anche solo per leggerezza, disinteressandosi della portata lesiva del proprio comportamento, conferendo effettività alla fattispecie e adeguatezza alla relativa risposta sanzionatoria.

6. Il discutibile “pasticcio” delle aggravanti

La seconda parte dell’art. 612-ter c.p. ricalca in gran parte la disposizione del delitto di atti persecutori, che immediatamente la precede nella sistematica del codice penale, trascurando il diverso contesto empirico-criminoso sotteso ai due reati.

70 Similmente, N. Amore, *La tutela penale della riservatezza sessuale nella società digitale*, cit., p. 27. V. altresì *infra*, in nota 72.

71 Cfr. E. Musco, *I delitti contro la libertà personale e la libertà morale*, cit., p. 301.

72 Il disegno di legge comunicato alla Presidenza del Senato il 12 marzo 2019 (Atto Senato n. 1134), aveva invece previsto come aggravante il fine di cagionare alla vittima «un danno di qualsivoglia natura, ivi compresa la sola umiliazione o la vessazione morale».

73 M. Bianchi, *L’incriminazione del “revenge porn”*, cit., pp. 6571 e 6576 s.; G.M. Caletti, *Libertà e riservatezza sessuale all’epoca di Internet*, cit., p. 2084.

74 Cfr. B. Romano, *L’introduzione dell’articolo 612-ter*, cit., p. 109. V. anche E. Lo Monte, *L’art. 612-ter C.P.*, cit., p. 83; l’A., a pp. 166 e 168, suggerisce di emendare la fattispecie dal riferimento al dolo specifico e di sostituirlo con una formula che riprende l’art. 59, comma 2, c.p.: «qualora il dissenso delle persone rappresentate era da lui conosciuto ovvero ignorato per colpa o ritenuto inesistente per errore determinato da colpa». Tale formulazione è ancorata al presupposto che la vittima abbia avvisato il provider o manifestato la volontà contraria alla diffusione del materiale intimo. Non convince la posizione di M. Dova, *Art. 612-ter*, cit., p. 1942, che, ravvisando nella fattispecie una lesione della riservatezza della vittima, ritiene che l’effettività della norma incriminatrice non risentirebbe dell’accertamento del dolo specifico, poiché l’art. 612-ter, comma 2, c.p. rappresenterebbe «un singolare reato di danno la cui realizzazione è sorretta dalla finalità di nocumento» e l’analisi sulle finalità della condotta non può che avviarsi dagli elementi di fatto «e in particolare da quelli che restituiscono al dolo specifico una dimensione oggettiva, in termini di idoneità della condotta al fine, che altrimenti si muoverebbe in un’incerta dimensione puramente psicologica». Invero, l’indubbia lesività della condotta di diffusione di materiale sessualmente esplicito contro la volontà della persona rappresentata non implica di per sé il preciso scopo di arrecarle pregiudizio.

75 In questo senso, M. Mattia, *“Revenge porn” e suicidio della vittima: il problema della divergenza tra ‘voluto’ e ‘realizzato’ rispetto all’imputazione oggettiva degli eventi psichici*, in *La legislazione penale*, www.lalegislazionepenale.eu, 2019, p. 12.

L'osservazione investe in primo luogo l'aggravante ad effetto comune dei «fatti commessi attraverso strumenti informatici o telematici». A differenza degli atti persecutori, dove l'uso dello strumento informatico o telematico costituisce un accidente già sul piano empirico, nella diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti questi mezzi di trasmissione rappresentano una costante, sicché difficilmente troveranno applicazione le ipotesi-base descritte nei primi due commi dell'art. 612-ter c.p.⁷⁶.

Analoga considerazione non sembra possa investire l'aggravante, anch'essa ad effetto comune, dei fatti commessi «dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa»⁷⁷. Non si dimentichi, infatti, che soprattutto l'ipotesi descritta nel secondo comma dell'art. 612-ter c.p. può vedere quale attore della condotta incriminata soggetti estranei alla relazione sentimentale. A destare perplessità è invece l'indeterminatezza della locuzione «relazione affettiva»⁷⁸, che potrebbe prestarsi ad interpretazioni eccessivamente ampie⁷⁹. Pare poi il caso di osservare che non merita attenzione la preoccupazione avanzata dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione, che segnalava la mancata inclusione della parte di un'unione civile nel novero dei soggetti attivi di questa circostanza: il disposto dell'art. 574-ter, comma 2, c.p. non sembra lasciare spazio a dubbi circa il riferimento dell'aggravante fondata sul rapporto sentimentale anche alle condotte che vedono coinvolte le parti di un'unione civile tra persone dello stesso sesso.

Quanto alle vittime vulnerabili, la cui qualità determina l'aggravante ad effetto speciale descritta nel quarto comma dell'art. 612-ter c.p., le scelte del legislatore per un verso destano perplessità quanto ad opportunità, per altro verso manifestano una non trascurabile disattenzione⁸⁰.

La fattispecie aggravata di cui si discute indica, come prima classe di vittime vulnerabili, le persone in condizione di inferiorità fisica o psichica, nondimeno con una locuzione meno puntuale di quella che caratterizza l'omologa aggravante degli atti persecutori, ove il riferimento è alla «persona con disabilità di cui all'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104». Si tratta di vedere se il confronto tra le due disposizioni indirizzerà la giurisprudenza verso i contenuti del richiamo legislativo presente nell'aggravante degli atti persecutori o se, come appare probabile oltre che plausibile, i giudici riprenderanno l'orientamento sviluppato in seno al delitto di violenza sessuale (art. 609-bis, comma 2, n. 1, c.p.)⁸¹, includendo tra le «condizioni di inferiorità psichica» tutte quelle che siano tali da determinare una posizione vulnerabile della persona offesa indipendentemente dall'esistenza di patologie mentali⁸².

Ripercorrendo la trama delle aggravanti del delitto di atti persecutori, il legislatore ha poi incluso tra le vittime vulnerabili anche la donna in stato di gravidanza⁸³. Al riguardo non possono non condividersi le perplessità manifestate in dottrina, ancora una volta sollecitate dal diverso contesto empirico-criminoso riferibile al delitto di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti⁸⁴. L'unico modo per far sì che questa circostanza sviluppi un profilo di ulteriore disvalore rispetto alle fattispecie-

76 Cfr., tra gli altri, G.M. Caletti, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di Internet*, cit., p. 2086; E. Musco, *I delitti contro la libertà personale e la libertà morale*, cit., p. 302; S. Seminara, *Delitti contro la libertà personale e morale*, in R. Bartoli, M. Pelissero, S. Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Seconda edizione, cit., p. 165. In dottrina è stato suggerito di eliminare questa aggravante e di innalzare contestualmente la cornice edittale della pena-base: in tal senso, v. E. Lo Monte, *L'art. 612-ter c.p.*, cit., pp. 166 ss. *Contra*, G.M. Caletti, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di Internet*, cit., p. 2067, che apprezza la scelta di non prevedere l'uso di strumenti informatici o telematici quale espressa modalità delle condotte tipizzate nelle fattispecie-base.

77 *Contra*, E. Musco, *I delitti contro la libertà personale e la libertà morale*, cit., p. 302, per il quale il legame sentimentale, al pari dell'uso dei mezzi informatici o telematici, non costituisce un ulteriore tratto distintivo della condotta-base.

78 Per E. Lo Monte, *L'art. 612-ter c.p.*, cit., p. 114, 166 e 168 s., la locuzione avrebbe dovuto essere arricchita da un qualche connotato utile alla prova, quale, ad esempio, il suo carattere "comprovato".

79 Pare poi il caso di osservare che non merita attenzione la preoccupazione avanzata dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione, che segnalava la mancata inclusione della parte di un'unione civile nel novero dei soggetti attivi di questa circostanza (v. Relazione 62/19, cit., p. 19): il disposto dell'art. 574-ter, comma 2, c.p. non sembra lasciare spazio a dubbi circa il riferimento dell'aggravante alle condotte che vedono coinvolte le parti di un'unione civile tra persone dello stesso sesso.

80 Il riferimento è alla mancata considerazione della minore età della vittima: sul punto v. *infra*, § 6.1.

81 Cfr. E. Lo Monte, *L'art. 612-ter c.p.*, cit., pp. 114 s., che propone l'eliminazione di questa circostanza, il cui disvalore potrebbe trovare soddisfazione nell'applicazione dell'aggravante dell'art. 61, n. 5 c.p., che dovrebbe però innestarsi su una rinnovata e più severa cornice edittale della fattispecie-base: *Id.*, *ivi*, p. 166 e 168. L'A. propone analoga soluzione per l'aggravante relativa allo stato di gravidanza della vittima.

82 Fra le altre, Corte di cassazione, terza sezione penale, sentenza del 14 settembre 2020, n. 31512; Corte di cassazione, terza sezione penale, sentenza del 5 marzo 2020, n. 17188.

83 Questa aggravante non aveva trovato considerazione in nessuna delle proposte di introduzione del delitto di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti.

84 V. *supra*, nota 81.

base è pretendere che la condizione di gravidanza sussista al momento della condivisione del materiale, in modo da imputare la maggiore gravità allo *stress* provocato nella vittima dalla circolazione delle immagini intime⁸⁵. Del resto la stessa struttura delle fattispecie descritte nell'art. 612-ter c.p. indirizza verso questa conclusione, poiché esse si consumano con la realizzazione delle condotte di trasferimento ivi elencate, laddove la realizzazione, sottrazione, ricezione o acquisizione delle immagini o video sessualmente espliciti ne costituiscono presupposti. Tuttavia non è detto che la condizione di gravidanza sia nota all'agente al momento della diffusione del materiale, con le inevitabili ricadute in termini di imputazione soggettiva della relativa aggravante.

6.1. Segue: l'irrelevanza della minore età della vittima e la problematica coesistenza con i delitti di pornografia minorile

Come anticipato, nella stesura dell'art. 612-ter c.p. il legislatore non ha ripreso tutte le circostanze aggravanti che nel delitto di atti persecutori si incentrano sulla qualità della persona offesa, poiché nessun riferimento è fatto al soggetto in età minore⁸⁶. Di primo acchito si potrebbe pensare che non si tratti di una disattenzione, ma della precisa volontà di affidare la divulgazione di materiale pornografico contro la volontà del minore rappresentato all'intervento di altre fattispecie e precisamente dei delitti in materia di pornografia minorile. Ed in questo senso sembra essersi espressa anche la Corte di Cassazione, per la quale «la disciplina della pornografia minorile è affidata esclusivamente al sistema chiuso degli art. 600-ter e seguenti»⁸⁷. Sennonché da una più attenta lettura della trama degli artt. 600-ter e 612-ter c.p. risulta non solo che l'interpretazione proposta dai giudici di legittimità non è del tutto scontata ma che in siffatte ipotesi la tutela del minorenne potrebbe addirittura ricevere un supplemento o, di converso, risultare compromessa.

Occorre preliminarmente osservare che il confronto tra le disposizioni in materia di pornografia minorile, ed in specie i commi terzo e quarto dell'art. 600-ter c.p., e quelle relative alla diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti suggerisce di escludere che tra queste fattispecie possa intercorrere un rapporto di specialità unilaterale, unico criterio che (ai sensi dell'art. 15 c.p.) dovrebbe guidare l'interprete nella soluzione di un concorso di norme nel senso dell'apparenza⁸⁸. A ben vedere i connotati dell'art. 612-ter c.p. sono tali da caratterizzarlo come disposizione non “generale” ma “altra” rispetto a quella in materia minorile⁸⁹.

Posta questa necessaria premessa, ripercorrendo la sequenza delle ipotesi tipizzate nell'art. 612-ter c.p., vengono in considerazione quattro distinte situazioni, tutte innestate sulle condotte di invio, consegna, cessione, pubblicazione e diffusione delle immagini intime, che possiamo schematizzare a seconda che l'autore della condotta (1) abbia prodotto il materiale pornografico “utilizzando” il minore nei termini dell'art. 600-ter, comma 1, c.p., (2) lo abbia realizzato nell'ambito della c.d. “pornografia domestica”, (3) lo abbia sottratto o (4) lo abbia in precedenza ricevuto o comunque acquisito.

Nella prima evenienza, indubbia l'applicazione del delitto di produzione di materiale pedopornografico⁹⁰, sempre che si ravvisi l'utilizzazione del minore nella relativa realizzazione⁹¹, non possono trovare applicazione le fattispecie previste nei commi terzo e quarto dell'art. 600-ter c.p., per le quali il legislatore richiede che l'autore della condotta sia estraneo (tra le altre) all'ipotesi descritta nell'art.

85 Cfr. G.M. Caletti, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di Internet*, cit., p. 2087.

86 Non riteniamo di poter concordare con chi propone di attrarre la condizione minorile nella locuzione «persona in condizione di inferiorità fisica o psichica», in modo da applicare l'art. 612-ter e la relativa aggravante: in questo senso M.N. Campagnoli, *Social media e information disorder: questioni di ecologia comunicativa in Rete (Parte Terza – Il revenge porn)*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, III, p. 323; M. Pierdonati, *La tutela delle persone vulnerabili con particolare riferimento all'analisi della legge 19 luglio 2019, n. 69 (c.d. 'codice rosso')*, in *La Giustizia Penale*, 2020, n. 3, c. 189.

87 V. Corte di cassazione, terza sezione penale, sentenza del 21 novembre 2019, n. 5522, punto 10 del *Considerato in diritto*.

88 In dottrina v. G. de Vero, *Corso di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 348.

89 Né sembra qui potersi prospettare un'ipotesi di specialità reciproca per specificazione, unica ipotesi estranea alla specialità unilaterale nella quale la Giurisprudenza di legittimità parimenti ravvisa l'identità di materia ai sensi dell'art. 15 c.p.: v. Corte di cassazione, Sezioni unite penali, sentenza del 22 giugno 2017, n. 41588, punto 4 del *Considerato in diritto*.

90 Le Sezioni unite hanno negato l'autonomia concettuale della nozione di “produzione” rispetto a quella di “realizzazione” di materiale pornografico minorile, ritenendo entrambe riferibili alla creazione di detto materiale: Corte di cassazione, Sezioni unite penali, sentenza del 31 maggio 2018, n. 51815, punti 3.3. e 3.4. del *Considerato in diritto*.

91 V., da ultimo, Corte di cassazione, Sezioni unite penali, sentenza del 28 ottobre 2021, n. 4616, al punto 8 del *Considerato in diritto*, per la quale: «Si ha “utilizzazione” del minore allorché, all'esito di un accertamento complessivo che tenga conto del contesto di riferimento, dell'età, maturità, esperienza, stato di dipendenza del minore, si appalesino forme di coercizione o di condizionamento della volontà del minore stesso, restando escluse dalla rilevanza penale solo condotte realmente prive di offensività rispetto all'integrità psico-fisica dello stesso».

600-ter, comma 1, n. 1), c.p.⁹². Ne consegue che dovrebbe prospettarsi l'intervento del delitto di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (art. 612-ter, comma 1, c.p.), che, ricorrendone tutti i requisiti, ivi inclusa l'assenza di consenso del minore alla circolazione delle immagini intime⁹³, dovrebbe trovare applicazione in concorso con il delitto di produzione di materiale pornografico. Qualora, invece, quest'ultimo reato dovesse risultare escluso per difetto di "utilizzazione" del minore nella produzione del materiale (vale a dire nei casi di c.d. pornografia domestica), la successiva divulgazione delle immagini o video pedopornografici ad opera del produttore dovrebbe determinare il concorso tra l'art. 600-ter, comma 3 o 4⁹⁴ e il primo comma dell'art. 612-ter, comma 1, c.p., a meno che la circolazione del materiale non sia stata acconsentita dal minore. Laddove infatti la divulgazione delle immagini intime sia assistita dal consenso (validamente espresso) del minore in esse rappresentato, ferma restando l'operatività delle fattispecie in materia di pedopornografia⁹⁵, non sembra possa trovare applicazione il delitto di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti, indubbiamente imperniato sulla contraria volontà della persona ritratta alla circolazione del materiale che la riguarda.

Il concorso tra le fattispecie in materia di pedopornografia e il reato descritto nel primo comma dell'art. 612-ter c.p. si prospetta anche nell'eventualità in cui il materiale pedopornografico inviato, consegnato, ceduto o altrimenti diffuso sia stato sottratto al minore.

Né un esito così rigoroso può essere aggirato in forza della clausola di riserva posta in apertura dell'art. 612-ter c.p.: quest'ultima giova ad escludere il delitto di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti in caso di concorso di più gravi reati, non a garantirne l'applicazione nell'ipotesi, che qui ci occupa, di convergenza di fattispecie punite meno gravemente⁹⁶. Diverso sarebbe stato se la riserva in favore di un più grave reato avesse assistito i commi terzo e quarto dell'art. 600-ter c.p., così convogliando le condotte di divulgazione del materiale pornografico minorile non acconsentita dal minore nell'alveo dell'art. 612-ter, comma 1, c.p.⁹⁷, al ricorrere dei relativi presupposti.

Venendo al caso in cui il propalatore del materiale pedopornografico lo abbia a propria volta ricevuto o comunque acquisito, ferma restando l'applicazione del delitto di pornografia minorile, l'ulteriore addebito del delitto di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti nei termini descritti dall'art. 612-ter, comma 2, c.p. sarà subordinato, oltre che alla contraria volontà del minore alla circolazione delle immagini, al fine di recargli nocumento⁹⁸. Tuttavia, in questa evenienza non ci si può esimere dal misurarsi con la copiosa giurisprudenza sviluppatasi sulla casistica relativa al *sexting* praticato dai minori, che solo di recente è approdata ad un orientamento per il quale si ritiene indifferente, ai fini dell'integrazione dei delitti di pedopornografia tipizzati nei commi terzo e quarto dell'art. 600-ter c.p., che il materiale sia auto o etero prodotto⁹⁹.

92 Cfr. A. Mangione, *La tutela penale del minore da violenze*, cit., pp. 374 e 376. È bene tuttavia ricordare la recente pronuncia delle Sezioni unite, per le quali la messa in circolazione del materiale abusivamente prodotto, se frutto di determinazione successiva alla produzione, rientra nell'ambito applicativo dell'art. 600-ter, commi 3 e 4 c.p.: Corte di cassazione, Sezioni unite penali, sentenza del 28 ottobre 2021, n. 4616, punto 9.3 del *Considerato in diritto*.

93 Trattandosi di materiale "prodotto utilizzando il minore", a maggior ragione deve ritenersi implicito il dissenso alla sua diffusione: v. *supra*, § 4.

94 Come precisato dalle Sezioni unite, la "pornografia domestica" presuppone «che il materiale realizzato sia destinato a rimanere nella disponibilità esclusiva delle parti coinvolte nel rapporto»; se posto in circolazione «il minore, ancorché non "utilizzato" nella fase iniziale, deve essere ritenuto strumentalizzato [...] successivamente, e, cioè, nella fase di cessione o diffusione delle immagini»: Corte di cassazione, Sezioni unite penali, sentenza del 28 ottobre 2021, n. 4616, al punto 9.3 del *Considerato in diritto*.

95 In questo senso, da ultimo, Corte di cassazione, Sezioni unite penali, sentenza del 28 ottobre 2021, n. 4616, ai punti 9.4 e 10 del *Considerato in diritto*. Giova qui ricordare che i giudici di legittimità hanno rimarcato come l'interesse tutelato nelle fattispecie in materia di pornografia minorile trascenda la dimensione individuale del minore "concretamente utilizzato", rilevando altresì «quello collettivo e, cioè, di tutti i minori, anche non direttamente coinvolti». In sostanza l'intento del legislatore è di scongiurare «che i minori siano ridotti a mero strumento di soddisfazione sessuale subendo un processo trainante di avvicinamento ad un fenomeno degradante anche per effetto della desensibilizzazione prodotta dalla visione delle immagini poste in circolazione».

96 Sempre che si aderisca all'orientamento che a questi fini misura la gravità del reato in base al massimo edittale della relativa pena detentiva; non può infatti trascurarsi che per il delitto previsto al terzo comma dell'art. 600-ter c.p. alla reclusione da uno a cinque anni è affiancata una pena pecuniaria di gran lunga più elevata nel massimo rispetto a quella stabilita per la diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti.

97 V. nota precedente.

98 Per quanto sembra improbabile che il soggetto dedito alla divulgazione di materiale pedopornografico possa essere animato dal fine di recare nocumento alla persona ritratta.

99 V. Corte di cassazione, terza sezione penale, sentenza del 20 maggio 2021, n. 29579; Corte di cassazione, terza sezione penale, sentenza del 21 novembre 2019, n. 5522. *Contra*, tra le altre, Corte di cassazione, terza sezione penale, sentenza del 11 aprile 2017, n. 34357; Corte di cassazione, terza sezione penale, sentenza del 18 febbraio 2016, n. 11675.

Nondimeno, le considerazioni fin qui svolte potrebbero mutare in ragione del modo di intendere la nozione di «immagini o video sessualmente espliciti»: laddove si dovesse accedere all'interpretazione più ampia, che vi include la mera rappresentazione di corpi nudi oltre che tutte quelle immagini nelle quali la vittima, non necessariamente svestita, è ritratta in un contesto dall'esplicito significato sessuale¹⁰⁰, la diffusione di materiale intimo riguardante minorenni ma non classificabile come pornografico dovrebbe trovare ricetto esclusivamente nel delitto tipizzato nell'art. 612-ter c.p.¹⁰¹. Si tratta tuttavia di un esito non soddisfacente, poiché la condizione minorile non è annoverata tra le ipotesi di vulnerabilità della persona offesa considerate dalle aggravanti speciali dell'art. 612-ter c.p.¹⁰², sicché la risposta sanzionatoria, se raffrontata alle ipotesi in cui la vittima è un soggetto in età adulta, si prospetta sproporzionata per difetto; inoltre, l'attivazione del procedimento penale verrebbe qui affidata unicamente alla querela di parte, non potendosi recuperare la procedibilità d'ufficio (ai sensi dell'art. 612-ter, comma 5, c.p.) che sarebbe invece scattata per effetto della connessione con i delitti di pornografia minorile.

7. La discutibile ragionevolezza della sanzione

Nel predisporre il regime sanzionatorio per il delitto che ci occupa il legislatore non ha ritenuto di dovere modulare la pena edittale in ragione delle diverse situazioni tipizzate. A prima lettura colpisce che l'ampio catalogo di condotte che sorregge le ipotesi descritte nel primo e nel secondo comma non abbia consigliato di diversificare la risposta sanzionatoria a seconda che le immagini o video intimi siano indirizzati ad un novero determinato di destinatari (come lasciano presupporre le condotte di invio, consegna e cessione) o piuttosto ad un'ampia platea di persone (come invece implicato dalle condotte di pubblicazione e diffusione). Per vero l'opzione prescelta non sembra del tutto irragionevole¹⁰³, poiché, una volta che l'immagine è stata inoltrata, la relativa circolazione risulta difficilmente governabile. Nondimeno, come abbiamo già prospettato in precedenza¹⁰⁴, potrebbe darsi il caso che il materiale intimo, persino in formato analogico, venga consegnato ad un solo destinatario che tuttavia se ne disfa ostacolandone l'ulteriore diffusione; ipotesi, questa, per la quale non sarebbe stato peregrino consentire un intervento correttivo postumo *ex art. 131-bis c.p.*, tuttavia escluso dal legislatore¹⁰⁵.

Approfondendo l'analisi della fattispecie, poi, risaltano alcune incongruenze in parte insite nel primo comma dell'art. 612-ter c.p. e in parte manifestate dal confronto tra quest'ultimo e il comma successivo. Sotto il primo profilo, sembra doversi condividere il rilievo, da più parti espresso, circa l'irragionevole indifferenza della reazione sanzionatoria ai presupposti della disponibilità delle immagini inoltrate: la realizzazione (acconsentita dalla persona rappresentata) e la sottrazione implicano un diverso disvalore¹⁰⁶; eppure la successiva diffusione (*lato sensu* intesa) delle immagini intime è punita allo stesso modo, siano state esse in precedenza "realizzate" o "sottratte" dal reo¹⁰⁷. Venendo al raffronto tra il primo e il secondo comma dell'art. 612-ter c.p., è difficile negare che la propalazione del materiale sessualmente esplicito ricevuto dalla persona ritratta (riconducibile all'art. 612-ter, comma 2, c.p.) presenti il medesimo disvalore della diffusione delle immagini prodotte con il suo consenso (art. 612-ter, comma 1, c.p.)¹⁰⁸, nondimeno solo per la prima ipotesi il legislatore ritiene di dovere richiedere

100 V. *supra*, § 3 e relativa nota 48.

101 Si pensi alla vicenda che ha dato origine alla sentenza della Corte di cassazione, terza sezione penale, del 11 aprile 2017, n. 34357: in quel caso si trattava di foto autoprodotte che ritraevano una minorenne in posa anteriore e posteriore con *body* nero trasparente davanti ad uno specchio; i giudici di legittimità hanno ritenuto di poter escludere il carattere pornografico delle foto sulla base della definizione ed ai fini dell'applicazione dell'art. 600-ter c.p., per difetto della rappresentazione degli organi sessuali per scopi sessuali, trattandosi piuttosto di foto intime o "osé": Corte di cassazione, terza sezione penale, sentenza del 11 aprile 2017, n. 34357, punto 3.2 del *Considerato in diritto*.

102 Né può trovare applicazione l'aggravante comune di cui all'art. 61, n. 11-*quinquies*) c.p., trattandosi di delitto contro la libertà morale.

103 *Contra*, E. Lo Monte, *L'art. 612-ter C.P., cit.*, p. 122.

104 V. *supra*, § 5.

105 V. *supra*, § 5, in nota 58.

106 E. Lo Monte, *L'art. 612-ter C.P., cit.*, p. 122.

107 L'acquisizione delle immagini diffuse realizzata all'insaputa della vittima era invece configurata come aggravante nel disegno di legge comunicato alla Presidenza del Senato il 12 marzo 2019 (Atto Senato n. 1134).

108 Cfr. A. Valsecchi, *"Codice rosso" e diritto penale sostanziale, cit.*, p. 170.; Id., *Delitti contro la libertà fisica e psichica dell'individuo, cit.*, p. 239.

l'ulteriore requisito del fine di recare nocimento, così sottintendendo un minore disvalore oggettivo la cui compensazione sembra affidata al dolo specifico, con un saldo complessivo che motiverebbe l'equiparazione della pena. In questi termini, sembra in qualche modo intravedersi una sorta di addebito in capo alla vittima per avere incautamente trasmesso le immagini al soggetto che le ha successivamente divulgate, con il conseguente offuscamento del messaggio di orientamento culturale che la fattispecie incriminatrice dovrebbe raffigurare.

8. Il recente rafforzamento della tutela della persona offesa con misure extrapenali

Il bilancio sul delitto di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti, inevitabilmente tratto in essenza di un confronto con la prassi a causa dell'indisponibilità di giurisprudenza in materia, non sembra confortante; a maggior ragione ove si rammenti il dato relativo all'incremento dei casi rapportabili a questa fattispecie¹⁰⁹. Probabilmente l'attrazione del tema nell'ambito della più generale trattazione della violenza domestica e di genere non ha giovato alla riflessione del legislatore, che avrebbe dovuto meditare un intervento articolato in più direzioni¹¹⁰.

In senso preventivo sarebbe stato opportuno predisporre misure di sensibilizzazione, soprattutto tra i più giovani, e in particolare programmi educativi volti a favorire l'uso consapevole e responsabile della propria e dell'altrui immagine oltre che della rete¹¹¹.

La necessità di salvaguardare la persona offesa dall'incontrollata circolazione delle immagini sessualmente esplicite avrebbe poi dovuto consigliare di prevedere misure "di contenimento dell'offesa" analoghe a quelle predisposte a tutela dei minori vittime di cyberbullismo: vale a dire la possibilità di ottenere l'ammonimento dell'autore della diffusione delle immagini (similmente a quanto disposto dall'art. 7 della L. 29 maggio 2017 n. 71, che al riguardo rinvia alla disciplina dell'ammonimento previsto per il delitto di atti persecutori) nonché di attivare procedure intese all'oscuramento, alla rimozione o al blocco di qualsiasi dato diffuso nella rete internet (analogamente a quanto previsto dall'art. 2 della L. 29 maggio 2017 n. 71)¹¹². Quantomeno sotto quest'ultimo profilo il legislatore ha in parte rimediato introducendo l'art. 144-bis nel codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (d'ora innanzi codice della *privacy*)¹¹³. La procedura ivi descritta prevede la possibilità, anche per i minori ultraquattordicenni, di segnalare al Garante il pericolo di diffusione, senza il proprio consenso, di materiale sessualmente esplicito attraverso piattaforme digitali¹¹⁴. Viene così attivata una procedura che, entro quarantotto ore dal ricevimento della segnalazione, può sfociare in un provvedimento del Garante ai sensi dell'art. 58 del regolamento generale sulla protezione dei dati¹¹⁵. Inoltre, laddove la segnalazione riguardi una delle ipotesi (anche in forma tentata) che ai sensi dell'art. 612-ter c.p. sono procedibili d'ufficio, il Garante è tenuto a trasmettere al pubblico ministero la segnalazione ricevuta e la documentazione acquisita (art. 144-bis, comma 7, codice della *privacy*).

109 V. *supra*, in nota 4.

110 Cfr. M. Bianchi, *L'incriminazione del "revenge porn"*, cit., p. 6564; G.M. Caletti, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di Internet*, cit., p. 2089, che lamenta il mancato coordinamento con la disciplina di contrasto al cyberbullismo; analogamente, M. Fabozzo, *Analisi normativa e profili problematici del reato di "diffusione illecita di immagini o video a contenuto sessualmente esplicito" (c.d. "revenge porn") ex art. 612-ter c.p.*, in *Rivista penale*, 2020, 2, p. 152.

111 In questi termini era stato proposto nel progetto di legge presentato alla Camera il 7 maggio 2019 (Atto Camera 1828).

112 N. Amore, *La tutela penale della riservatezza sessuale nella società digitale*, cit., p. 34 s. Per vero nei progetti di legge esclusivamente dedicati all'introduzione dell'art. 612-ter nel codice penale si teneva conto di queste forme di intervento: v. la proposta di legge presentata alla Camera il 7 maggio 2019 (Atto Camera 1828) e il disegno di legge comunicato alla Presidenza del Senato il 19 febbraio 2019 (Atto Senato n. 1076), poi superati dalla Legge 19 luglio 2019, n. 69: v. *supra*, sub § 1.

113 L'innesto nel c.d. codice della *privacy* è dovuto al Decreto-legge 8 ottobre 2021, n. 139, convertito con modificazioni dalla legge 3 dicembre 2021, n. 205, recante «Disposizioni urgenti per l'accesso alle attività culturali, sportive e ricreative, nonché per l'organizzazione di pubbliche amministrazioni e in materia di protezione dei dati personali» (c.d. decreto capienze).

114 Ai sensi del comma 2 dell'art. 144-bis del codice della *privacy*, per i minori «la segnalazione al Garante può essere effettuata anche dai genitori o dagli esercenti la responsabilità genitoriale o la tutela».

115 Regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la Direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

Pur apprezzando lo sforzo del legislatore di colmare alcune delle lacune della l. n. 69 del 2019, destano perplessità per un verso la rubrica dell'art. 144-bis del codice della *privacy* e per altro verso alcuni deficit di coordinamento con la disciplina penale, che ancora una volta rimarcano la necessità di prestare maggiore attenzione alla tutela dei soggetti in età minore.

Colpisce innanzitutto come l'intitolazione della disposizione del codice della *privacy* si esaurisca nella locuzione *revenge porn*, tornando al lessico dal quale il legislatore aveva preso le distanze nel formulare l'art. 612-ter c.p.¹¹⁶. Sebbene la disciplina descritta nell'art. 144-bis del codice della *privacy* non sembri risentire della relativa rubrica, appuntandosi piuttosto sull'assenza di consenso della vittima alla circolazione del materiale che la riguarda e sul «contenuto sessualmente esplicito» dell'oggetto dell'illecita diffusione, il richiamo al *revenge porn* nell'intitolazione della disposizione potrebbe riverberarsi sulla sua interpretazione, orientando verso un'accezione ristretta di materiale sessualmente esplicito, sì da identificarlo con la pornografia. Questa preoccupazione potrebbe tuttavia trovare un temperamento nella più articolata fisionomia dell'oggetto dell'illecita diffusione di cui può essere inibita la circolazione attraverso la procedura stabilita nel codice della *privacy*, poiché il citato art. 144-bis fa riferimento, oltre alle immagini e ai video, anche alle «registrazioni audio» e agli «altri documenti informatici» a contenuto sessualmente esplicito, che sembrano evocare una rappresentazione non necessariamente pornografica.

Soffermandoci ancora sull'ampia descrizione dell'oggetto dell'illecita diffusione, ove si ponga mente all'obiettivo delle nuove misure previste nel codice della *privacy*, intese al contenimento delle conseguenze lesive per la persona offesa, non scandalizza che il legislatore abbia voluto ostacolare la circolazione di ogni materiale intimo suscettibile di diffusione attraverso piattaforme digitali; tuttavia occorrerà riflettere sull'opportunità di addivenire ad un'analogia soluzione sul diverso terreno della fattispecie incriminatrice prevista nell'art. 612-ter c.p., estendendo l'oggetto della illecita divulgazione anche alle registrazioni audio e ad altri documenti sulla falsariga dell'art. 144-bis del codice della *privacy*¹¹⁷.

Come anticipato, la procedura volta all'inibizione della circolazione del materiale sessualmente esplicito prevede l'obbligo per il Garante di trasmettere al pubblico ministero la segnalazione ricevuta e la documentazione acquisita nel caso in cui abbia avuto notizia della consumazione del reato di cui all'art. 612-ter c.p., anche in forma tentata, sempre che si tratti di ipotesi procedibile d'ufficio. Sennonché, tornano a manifestarsi anche su questo versante le preoccupazioni relative alla tutela dei soggetti in età minore, poiché il coinvolgimento dell'autorità giudiziaria da parte del Garante dipenderà dal diverso modo di risolvere i rapporti tra il delitto di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti e le fattispecie in materia di pedopornografia, dall'opzione prescelta in merito alla questione del materiale auto-prodotto dal minore e dal modo di intendere la nozione di «immagini o video sessualmente espliciti» ai sensi dell'art. 612-ter c.p. Ed infatti, ogni qualvolta la soluzione prescelta comporti l'applicazione esclusiva della fattispecie di cui all'art. 612-ter c.p.¹¹⁸, non prospettandosi la connessione con taluno dei delitti di pedopornografia, la procedibilità del reato rimarrà affidata alla querela di parte, nonostante l'avvenuta segnalazione al Garante ai fini dell'attivazione della procedura volta ad ostacolare la circolazione delle immagini intime.

9. L'auspicio della prevenzione mediante educazione

Il recente intervento legislativo, inteso a rafforzare con strumenti extrapenali la tutela delle persone offese dalla illecita diffusione di materiale sessualmente esplicito, ha già trovato seguito in cinque provvedimenti con i quali il Garante della *privacy* ha ingiunto ai gestori di alcune note piattaforme digitali l'immediata adozione di misure volte ad impedire la circolazione del materiale oggetto di segnalazione¹¹⁹. Trova dunque conferma l'esigenza da subito manifestata in dottrina di corroborare la fattispecie incriminatrice con forme di coinvolgimento dei fornitori dei servizi *internet*. Si tratta tuttavia di un rime-

116 V. *supra*, § 3.

117 Per la proposta di legge presentata alla Camera il 7 maggio 2019 (Atto Camera 1828), l'art. 612-ter c.p. avrebbe dovuto riguardare la diffusione di «immagini, video, audio o qualsiasi altro contenuto attinente all'intimità personale altrui». V., tuttavia, quanto osservato *supra*, in nota 39.

118 In base al ragionamento seguito *supra*, sub § 6, questa eventualità potrebbe prospettarsi sia nel caso in cui dovesse tornare ad affermarsi l'orientamento che esclude l'integrazione dei delitti di pedopornografia nel caso di *sexting* praticato dai minori; sia laddove si dovesse accedere all'interpretazione più ampia di «immagini o video sessualmente espliciti», sì da ricondurre nell'art. 612-ter c.p. la diffusione di materiale intimo riguardante minorenni non classificabile come pornografico.

119 V. la *newsletter* del *Notiziario del Garante per la protezione dei dati personali* n. 490 del 30 maggio 2022, in www.garanteprivacy.it.

dio destinato a divenire operativo quando i contenuti intimi sono già sfuggiti al controllo della persona rappresentata. La prevenzione del fenomeno empirico-criminoso abbisogna piuttosto della promozione di campagne di sensibilizzazione e di forme di intervento pedagogico in vista dell'uso consapevole e responsabile dell'immagine e dei nuovi mezzi di comunicazione, in modo da colmare il *deficit* culturale che lo alimenta; obiettivo, questo, che presuppone una complessa organizzazione di personale specializzato e di dotazione di strumenti difficilmente realizzabili all'ombra della clausola di invarianza finanziaria, che sovente accompagna gli interventi riformatori, oscurando le migliori intenzioni del legislatore. Certo è che lo scopo educativo non può essere affidato in via esclusiva al legislatore penale, contando sulla funzione (generale positiva) di orientamento culturale della sanzione criminale che, stando ai dati di cui si dispone, non sembra avere dato buona prova in questi tre anni di vigenza dell'art. 612-ter c.p.

Commenti

Caterina Murgo*

Status personali e libertà di circolazione delle persone minori d'età: la Corte di giustizia amplia la tutela del diritto alla vita familiare

Sommario

1. Rapporti familiari e circolazione nell'Unione europea. - 2. Esercizio dei diritti nell'Unione e relazioni familiari. - 3. Intervento statale, discrezionalità e principio di proporzionalità. - 4. L'interesse del minore, tra limiti e controlimiti per un tentativo di armonizzazione.

Abstract

Il lavoro si sofferma su una vicenda caratterizzata dalla omogenitorialità al femminile, sulla quale, successivamente alle conclusioni rese dall'avvocato generale, si è pronunciata la Corte di giustizia.

The paper is about a rule of the European court of justice, due to a homosexual female couple and the birth card of the daughter born in Spain. The court admits the right to moving on of the child through the European countries within her parents as a fundamental right of the European citizens.

1. Rapporti familiari e circolazione nell'Unione europea

Il diritto a circolare liberamente nel territorio dell'Unione è garantito a tutti i cittadini degli Stati membri dall'art. 3, par. 2, TUE e dagli artt. 20, par. 2, a), e 21 par. 1 TFUE; tale situazione giuridica è inoltre prevista dall'art. 45, par. 1, CDFUE e precisata dall'art. 4, par. 1, direttiva n. 2004/38/CE¹, che definisce il c.d. diritto di uscita in favore dei cittadini europei e dei familiari privi della cittadinanza di uno Stato membro. Riconosciuto in favore delle persone fisiche, il diritto alla libera circolazione procede in stretto connubio con lo *status* giuridico dei soggetti dell'ordinamento e appare attraversato da profonde contraddizioni interne a causa della difficoltà di conciliare relazioni trans-frontaliere, interessi dei cittadini e autonomia degli Stati nel definire la propria identità nazionale².

* Professoressa Associata di Diritto privato, Università di Pisa.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

- 1 Direttiva (CE) n. 2004/38 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE in GUUE L 58 del 30 aprile 2004, p. 77.
- 2 Sulle tematiche suscitate dal "birth tourism", G.F. Aiello-S. Lamonaca, *Diritto di soggiorno dei familiari del cittadino europeo: erosione del limite delle situazioni puramente interne e delimitazione del nucleo essenziale del diritto di cittadinanza*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2012, specie pp. 326 ss. e pp. 345 ss., sull'evoluzione della Corte di giustizia nel tracciamento dei rapporti tra diritto di circolazione e soggiorno e diritto all'unità familiare.

La facoltà di creare *status* familiari mediante il ricorso a tecniche ammesse in alcuni tra i Paesi dell'Unione, ma escluse da altri, impone sempre più di frequente un necessario chiarimento sui rapporti tra la libertà di spostamento dei cittadini europei e dei loro familiari e l'identità stessa dei soggetti che esercitano il diritto alla circolazione: sul crinale di tale relazione si collocano la condizione giuridica degli individui, in quanto componenti di una comunità unitaria, e la vita familiare che i cittadini esercitano e rispetto alla quale vantano il diritto a non esserne privati al momento della concreta sperimentazione della libertà di movimento³.

In questo senso, l'area del diritto della famiglia, pur risultando esclusa dalla sfera d'intervento del diritto dell'Unione, appare in grado di sollevare profili che presentano inevitabili ricadute anche sugli ambiti più propriamente destinati allo spazio di operatività delle fonti sovranazionali.

Un eventuale diniego alla libera circolazione dei cittadini in Europa comporterebbe, infatti, non soltanto una lesione in concreto della loro vita privata e familiare⁴, ma, prima ancora, un "assalto" all'identità personale⁵ e al diritto alla configurazione di un quadro delle relazioni parentali che risponda, se non necessariamente all'ascendenza/discendenza genetico-biologica, quanto meno alla consuetudine e alla stabilità dei rapporti affettivi⁶.

La questione si pone in particolare per i nuclei familiari generati in conseguenza del ricorso alle tecniche di procreazione assistita, con una specificità di profili che coinvolge le famiglie omoparentali, ambito peculiarmente connotato dalla disomogeneità delle soluzioni accolte dai Paesi dell'Unione: ne discendono, in vista della realizzazione del progetto genitoriale, la frequente migrazione verso Stati regolati da ordinamenti maggiormente permissivi e la successiva istanza di riconoscimento degli atti di nascita formati all'estero ovvero la richiesta di formazione dell'atto di nascita, con l'indicazione anche del genitore c.d. d'intenzione, presso gli organi competenti del Paese del quale uno dei genitori vanta la cittadinanza o presso cui intenda stabilirsi.

Nell'ambito di tali vicende, il profilo più rilevante sembrerebbe quello determinato dall'esigenza di garantire la continuità degli *status* familiari ovunque costituiti nel rispetto della legge: la materia, oggetto di specifica attenzione da parte dell'Unione⁷, si presta a intercettare le discipline statali e induce una necessaria verifica di compatibilità delle neocostituite situazioni parentali con la normativa di riferimento applicabile⁸.

Una recente decisione della Corte di giustizia è intervenuta sul tema a dettare le regole di raccordo tra il rispetto della legislazione nazionale e le disposizioni di derivazione comunitaria⁹: il provvedimento è stato preceduto dalle conclusioni presentate in data 15 aprile 2021 dall'Avvocato generale presso la Corte di giustizia, Juliane Kokott, in seguito alla domanda di pronuncia pregiudiziale avanzata dall'*Administrativen sad Sofia-grad* (Tribunale amministrativo di Sofia), con riguardo alla causa C-490/20.

-
- 3 Sulla "frammentazione" delle relazioni familiari, E. Bergamini-F. Deana, *Le nuove frontiere della genitorialità nella dimensione europea del diritto della famiglia*, in questa *Rivista* 2020/1, p. 42 ss.
 - 4 Corte Edu, sentenza del 19 dicembre 2019, ric. 68957/16, *Torresi v. Italia*, in www.giustizia.it: le limitazioni temporanee alla libertà di circolazione di un cittadino europeo sono da considerarsi giustificate e proporzionali in quanto strettamente connesse con i rischi da inadempimento degli obblighi familiari verso la prole minore d'età.
 - 5 Corte Edu, sentenza del 13 luglio 2021, ric. 40792/10, *Fedotova e altri v. Russia*, in www.echr.coe.int, 2021: per la terza sezione della corte, pronunciatasi sulla richiesta di riconoscimento giuridico delle unioni tra persone dello stesso sesso, la violazione, oltre che del diritto alla vita privata, dell'identità personale costituisce un fattore idoneo a limitare fortemente il margine di apprezzamento degli Stati aderenti.
 - 6 Sui presupposti del rapporto di filiazione e sulla sua conseguente duplice modulazione, in quanto fondato sul legame genetico/biologico ovvero sulla volontà, A. Nicolussi, *Paradigmi della filiazione*, in U. Salanitro (a cura di), *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?*, Pisa, 2020, pp. 282 ss.
 - 7 V. Risoluzione del Parlamento europeo sui diritti delle persone LGBTIQ nell'UE del 14 settembre 2021, in GUUE del 17 marzo 2022, C117/2, specie cons. lett. p) e num. 9, sul supporto alla proposta del riconoscimento reciproco della genitorialità. Sulle ulteriori risoluzioni, che si inseriscono nella Strategia per l'uguaglianza delle persone LGBTIQI 2020-2025, A. Schillaci, *Genitori in ogni Paese: la Corte di giustizia si pronuncia sulla tutela transnazionale delle famiglie arcobaleno nell'Unione europea*, in *Diritti comparati*, 2022, www.diritticomparati.it.
 - 8 Sul tema, C. Ragni, *Il riconoscimento degli status acquisiti all'estero: diritto internazionale privato, diritto dell'Unione europea e giurisprudenziale delle corti europee*, in *Il riconoscimento degli status familiari acquisiti all'estero*, in A. Cagnazzo, F. Preite (a cura di), Milano, 2017, pp. 8 ss., che parla di "downgrade recognition".
 - 9 Corte di giustizia UE, GS, sentenza del 14 dicembre 2021, n. C-490/20, con nota di M. Bassetti de Angelis, *Il minore registrato come figlio di due donne coniugate in uno Stato membro ospitante ha diritto di ottenere il documento d'identità o il passaporto dallo Stato dell'Unione di cui sia cittadino senza previa emissione di un nuovo atto di nascita*, in *Rivista famiglia*, 2022, rivistafamiglia.it: per l'A., la decisione ha realizzato un significativo avanzamento nella tutela della filiazione nel contesto delle relazioni omoparentali, adeguandosi alle più recenti istanze europee.

Come è stato ben espresso, la misura della distribuzione di competenze tra l'Unione e gli Stati membri, che si informa ai principi di attribuzione, sussidiarietà e proporzionalità, non soltanto non esaurisce del tutto lo spazio d'intervento della corte, ma richiede un necessario coordinamento con i profili che in via più immediata e diretta incidono sulla vita dei soggetti dell'ordinamento, in quanto titolari della cittadinanza europea¹⁰.

La corte di Lussemburgo, nella sua composizione piena, ha dal canto suo individuato l'obbligo per gli Stati membri di rilasciare ai cittadini dell'Unione ed ai loro familiari, il cui legame sia stato legalmente accertato (anche) per effetto dell'intervento dello Stato ospitante, la documentazione necessaria all'esercizio dei diritti di circolazione e di soggiorno, in attuazione di quanto previsto dalle norme dei Trattati (art. 4, par. 2 TUE; artt. 20, 21 TFUE) e dalla Carta dei diritti fondamentali dei cittadini europei (art. 7, 24, 45, CDFUE).

La vicenda oggetto di domanda pregiudiziale, che interviene su un caso di cogenitorialità al femminile¹¹, può riassumersi in breve come segue: due donne, una cittadina bulgara e l'altra inglese, coniugate, risiedono in Spagna dal 2018. L'anno successivo nasce una figlia, iscritta nei registri dello stato civile di Barcellona con l'indicazione di entrambe le mamme nell'atto di nascita. Ai fini della libera circolazione nel territorio dello Stato di provenienza con tutti i componenti del nucleo familiare, la ricorrente bulgara richiede al proprio Paese il rilascio di un atto di nascita, utile alla successiva formazione di un documento d'identità in favore della minore, derivando quell'atto dalla documentazione formata in Spagna.

Il comune di Sofia respinge la domanda e il tribunale amministrativo, pur non disconoscendo la titolarità della cittadinanza bulgara in capo alla figlia minore della coppia, sospende il giudizio e solleva dinanzi alla Corte di giustizia le questioni pregiudiziali volte all'emersione dei profili di maggiore criticità sollevati dalla parte interessata: *i*) la libertà d'esercizio dei diritti propri di un cittadino europeo e le limitazioni opponibili dagli Stati membri in conseguenza delle scelte personali, private e familiari; *ii*) la mutevole estensione del potere dello Stato di rifiutare un documento che attesti la nascita di un minore, in quanto il rilascio comporterebbe il riconoscimento di un istituto, la filiazione da coppie dello stesso sesso, non accolto dall'ordinamento interno, ma anzi contrastante con la nozione statale di famiglia e di matrimonio propria, nel caso di specie, della Repubblica di Bulgaria; *iii*) la concreta esperibilità della responsabilità genitoriale da quanti risultano fautori ed artefici del progetto parentale evolutosi in direzione e concluso con la nascita del minore e la sua compatibilità con l'interesse del nato.

2. Esercizio dei diritti nell'Unione e relazioni familiari

Il diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri è disciplinato dalla dir. n. 2004/38/CE che, nei considerando introduttivi, auspica sia il superamento della frammentarietà della normativa esistente in materia e una sua maggiore omogeneizzazione, sia l'introduzione di agevolazioni finalizzate all'incremento della libera circolazione di lavoratori, studenti e altre categorie di soggetti non attivi¹².

L'inquadramento di quanti corrispondono alla nozione di "familiare" è riportato all'art. 2, par. 2 dir. n. 2004/38/CE, mentre una previsione in senso lato più ampia del termine si rinviene all'art. 3, par. 2, *a*), con riguardo all'obbligo per gli Stati ospitanti di non ostacolare l'ingresso e il soggiorno sul territorio dei familiari del cittadino dell'Unione, categoria ove sono ricompresi anche soggetti diversi da quelli individuati all'art. 2, purché conviventi oppure a carico, e il *partner* nel contesto di un'unione caratterizzata dalla stabilità¹³.

-
- 10 Sulla "scissione" tra i diritti conferiti dalla cittadinanza europea e il presupposto della circolazione, I. Ottaviano, *La Corte di giustizia riconosce all'art. 20 un'autonoma portata attributiva di diritti al cittadino europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 797 ss.
- 11 Sulla recente riforma legislativa francese, in tema di "Assistenza medica alla procreazione", A.M. Lecis Cocco Ortu, *La "PMA pour toutes" in Francia: tante risposte e qualche interrogativo aperto*, in questa *Rivista*, 2021-2, pp. 9 ss., specie pp. 13 ss. sulle modifiche all'art. 47 *code civil*, ove è stato accolto un orientamento restrittivo per i minori nati da gestazione per altri all'estero.
- 12 Sul diritto della famiglia quale settore particolarmente esposto ai "conflitti normoculturali", C. Campiglio, *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 2011, pp. 1029 ss., specie par. 5.
- 13 Sull'applicabilità dell'art. 3, par. 2, *a*), dir. n. 2004/38/UE a un minore affidato in *kafala*, Corte di giustizia UE, GS, sentenza del 26 marzo 2019, causa C-129/18, SM c. Entry Clearance Officer, emessa su domanda di pronuncia pregiudiziale della *Supreme court of United Kingdom*, in www.europeanrights.eu. La nozione di "familiare" si rinviene anche nella dir. n. 2014/54/UE, del 16 aprile 2014, sulle misure volte ad agevolare l'esercizio dei diritti conferiti ai lavoratori; nell'art. 10, reg. 492/2011 del Parlamento europeo, del 5 aprile 2011, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione, in *GIUE L*

L'ampiezza del diritto di circolazione e di soggiorno tra gli Stati europei risponde alla funzione di tutela dei diritti fondamentali, come garantita e riconosciuta in capo alla Corte di giustizia già in frangenti temporali caratterizzati dall'assenza di un vero e proprio "catalogo" di diritti e ancor più a partire dall'approvazione della Carta dei diritti dei cittadini dell'Unione¹⁴.

E, tuttavia, la stessa nozione di familiare reca in sé il germe di conflitti difficilmente sanabili, in quanto essa è strettamente collegata alla visione di famiglia che ciascuno degli Stati membri intende accogliere e che a sua volta rappresenta l'immagine che il Paese conferisce di sé: è quanto si rinviene nelle conclusioni in precedenza citate, ove da parte del giudice del rinvio si afferma che "le disposizioni di legge che disciplinano la filiazione di un minore assumono un'importanza fondamentale nella tradizione costituzionale bulgara, nonché nella dottrina bulgara in materia di diritto di famiglia e delle successioni, sia sotto il profilo puramente giuridico sia sotto il profilo dei valori, tenuto conto dello stadio attuale di evoluzione della società in Bulgaria".

Il *focus* si concentra sulla filiazione prodottasi nel contesto di una famiglia omoparentale e sulla disarticolazione della disciplina giuridica che affligge quel profilo nello spazio europeo.

E' in questa occasione che trova il più ampio riscontro la giurisprudenza della corte di Strasburgo in tema di tutela delle persone e dei diritti fondamentali, poiché i giudici hanno in più occasioni ribadito che la salvaguardia dei diritti degli individui, guidata dal principio di non discriminazione, scandisce necessariamente l'attuazione delle tradizioni giuridiche degli Stati¹⁵.

Pur essendo fatta salva l'autonomia di ciascun Paese nell'accogliere ovvero nel respingere una specifica nozione di famiglia, non può negarsi l'esigenza di protezione e garanzia dei diritti inviolabili in favore dei componenti delle formazioni familiari, qualunque siano la provenienza e le modalità della costituzione¹⁶, in vista dell'attivazione degli obblighi positivi degli Stati.

Al riguardo, come è stato rilevato, il procedimento pregiudiziale, esercitato nel caso di specie, costituisce uno strumento in grado di rafforzare un sistema volto a una più ampia uniformità nell'interpretazione delle norme convenzionali e comunitarie, determinando il sorgere di responsabilità a carico dello Stato nei casi di inerzia o di violazione rispetto a quanto statuito dalla Corte di giustizia¹⁷, e proprio la declinazione del coordinamento tra le corti sovranazionali rappresenta un aspetto di non secondaria rilevanza nella precisazione dei profili in esame.

Se, da un lato, la partecipazione degli Stati membri al consesso comunitario è subordinata al rispetto dei diritti di cui all'art. 2 TUE, le conclusioni dell'avvocato generale della Corte di giustizia si affrettano a precisare che il parametro di valutazione dei diritti a cui la disposizione rinvia non coincide con quello individuato nell'elenco delle situazioni giuridiche illustrate dalla Carta europea e che ricorre, piuttosto, una nozione di diritti dal contenuto essenziale, per cui deve verificarsi il *minimum* della garanzia di tutela da parte dei singoli Paesi aderenti.

In materia, trattandosi di un profilo non rientrante nelle competenze dell'Unione e operando la previsione di cui all'art. 51 par. 2 della Carta, che esclude l'introduzione di nuove competenze o la modifica di quelle previste dai Trattati, risulta determinante, come riconosciuto dalla corte di Lussemburgo, la giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo, che da tempo opera una specifica ricostruzione della nozione di famiglia e di diritto alla vita familiare, ove uno spazio di manovra di scarsa incidenza

141/1, del 27 maggio 2011, è invece presente il richiamo ai "figli", ai fini della frequenza dei corsi d'insegnamento generale, apprendistato e formazione professionale. Il reg. 492/2011 è stato in seguito modificato dal reg. 2016/589 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 aprile 2016, relativo a una rete europea di servizi per l'impiego (EURES), all'accesso dei lavoratori ai servizi di mobilità e a una maggiore integrazione dei mercati del lavoro, in *GUUE* L 107/1 del 22 aprile 2016.

14 L'espressione è di Nascimbene, in B. Nascimbene, I. Anrò, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia: nuove sfide, nuove prospettive*, in *Riv. it. dir. pubb. comun.*, 2017, pp. 324 ss.

15 Corte Edu, sentenza del 7 gennaio 2014, ric. 77/07, *Cusan Fazzo v. Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 515 ss., con nota di S. Winkler, *ivi*, pp. 520 ss.; sul tema, C. Favilli, *Il cognome tra parità dei genitori e identità dei figli*, nota a Corte costituzionale, 21.12.2016, n. 286, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, pp. 823 ss. V. pure Corte Edu, GC, sentenza del 7 novembre 2013, ricc. 29381/09 e 32684/09, in *Articolo29*, 2013, www.articolo29.it, con nota di L. Conte.

16 Corte Edu, Parere consultivo del 10 aprile 2019, *Advisory opinion* sul caso *Menesson*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, pp. 764 ss., con il commento di A.G. Grasso, *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale*, *ivi*, I, pp. 757 ss.

17 A. Di Blase, *Sull'interpretazione delle convenzioni e delle norme dell'Unione europea in materia di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2020, pp. 6 ss., specie pp. 9 ss.: per l'A., il ruolo del giudice nazionale e sovranazionale è fondamentale nel processo di ridimensionamento "del ruolo della tradizione giuridica propria di ciascun ordinamento statale".

deve riconoscersi agli Stati aderenti alla Cedu in occasione della differenziazione di trattamento fondata sul sesso o sull'orientamento sessuale¹⁸.

Il divieto di discriminazioni legate alle scelte personali e identitarie, sebbene non espressamente ravvisato, potrebbe confermarsi alla base anche della soluzione accolta dall'avvocato generale, nella parte in cui prevale, sia pure con qualche perplessità, una proposta di soluzione che non pregiudica la visione statale della famiglia, ma esclude che la negazione del diritto alla libera circolazione possa essere ammessa a carico di formazioni plurisoggettive non coincidenti con il quadro delineato dal diritto della famiglia interno.

Peculiare è il panorama giuridico che accompagna la relazione tra genitori e figli, spazio caratterizzato dalla ricerca delle misure legali più efficaci nel tutelare il legame di filiazione venuto a esistenza in contesti non sempre rispettosi delle regole vigenti nel Paese di nascita¹⁹.

I giudici di Strasburgo in diverse occasioni hanno riconosciuto la violazione del diritto alla vita familiare dei minori, in quanto a rischio di privazione dei legami parentali anche in conseguenza dell'esercizio della libertà di movimento da parte degli ascendenti, confermando tuttavia la corte la discrezionalità degli Stati nel garantire una base sufficiente e rapida al riconoscimento del rapporto²⁰.

Le maggiori criticità sono state segnalate in presenza del ricorso alle pratiche di maternità surrogata, sia in contesti eterosessuali sia nell'ambito dell'esperienza genitoriale tra coppie dello stesso sesso, ove peraltro, con riguardo all'acquisizione dello *status* parentale modellato sul genere maschile, ed escludendosi il ricorso all'istituto dell'adozione, la maternità per sostituzione costituisce un percorso obbligato ai fini della sperimentazione della genitorialità e del nuovo "dogma" a quella collegata²¹.

La Corte di giustizia opera in un contesto ove i diritti patrimoniali, sociali e civili devono essere garantiti: nelle conclusioni dell'avvocato generale resta escluso il tentativo di ricostruire una nozione di famiglia, anche soltanto nei limiti tratteggiati dalla ricerca di elementi comuni alle tradizioni dei singoli Paesi aderenti²²; allo stesso modo, esse si limitano a prendere atto, in assenza di un'analisi approfondita, degli effetti del mancato riconoscimento dei legami parentali connotati da elementi di estraneità e dei possibili pregiudizi sui richiedenti derivanti dalla negazione del riconoscimento delle condizioni personali e familiari²³.

La soluzione posta all'attenzione dei giudici della corte è in linea con il suo tradizionale orientamento: alla protezione degli interessi vantati dalla richiedente non si perverrà mediante l'astratta affermazione del diritto alla vita familiare, ma passando attraverso il substrato costituito dall'interesse di natura economica alla libera circolazione nel territorio dell'Unione, un interesse personale, in quanto riferito alla cittadina bulgara, ma anche tale da estendersi ai componenti del nucleo familiare.

Quale risposta da parte della grande sezione della Corte di giustizia?

Nella decisione in oggetto, deve riconoscersi che i giudici compiono un passo in avanti rispetto al quadro delineato dalle conclusioni: si affronta, infatti, espressamente il tema del rapporto di filiazione e dell'obbligo per gli Stati membri di riconoscere il legame sancito dall'atto di nascita formato legalmente

18 Sul tema M.C. Venuti, *La genitorialità procreativa nella coppia omoaffettiva (femminile). Riflessioni a margine di Corte cost. n. 221/2019*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, specie pp. 671 ss.

19 Corte Edu, sentenza del 23 febbraio 2016, ric. 68453/13, *Pajic v. Croatia*; nella causa Corte Edu, sentenza del 22 aprile 1997, *X., Y e Z, v. Regno Unito*, i giudici si sono pronunciati sulla nozione di vita familiare in un contesto caratterizzato dall'esistenza di un genitore transessuale, che richiedeva di essere riconosciuto in qualità di padre della minore nata dalla compagna per effetto dell'accesso alla PMA con donazione dei gameti: per la corte, che ha rigettato il ricorso, l'assenza di una disciplina in materia non impedisce l'espletazione di una regolare vita familiare tra il richiedente e la figlia. Le decisioni si possono leggere su www.hudoc.echr.coe.int. Sul tema, C. Ragni, *Il riconoscimento degli status acquisiti all'estero: diritto internazionale privato, diritto dell'Unione europea e giurisprudenza delle corti europee*, cit., pp. 2 ss.; in materia, v. pure Corte di cassazione, sentenza 11 gennaio 2014, n. 24001, in *Corr. giur.* 2015, pp. 471 ss., con nota di A. Renda.

20 Corte Edu, sentenza del 26 giugno 2014, ric. 65192711, *Mennesson v. Francia*, e l'*Advis* della Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 aprile 2019, in attuazione del Protocollo n. 16 alla Convenzione, richiesta P16-2018-001, cit.

21 Sul tema, A. Mendola, *Le mobili frontiere della filiazione*, Pisa, 2020, pp. 187 ss.; v. Corte cost., sentenza del 9 marzo 2021, n. 33, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, pp. 623 ss., con il commento di B. Checchini, *L'"omogenitorialità" ancora al vaglio della Corte costituzionale*, *ivi*, pp. 609 ss. Del "diritto alla genitorialità" in termini di nuovo dogma parla F.D. Busnelli, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione tra le fonti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 1467 ss. Sulle soluzioni che si prospettano riflette A. Astone, *Omosessualità e filiazione, tra tentativi di sovranismo e oscillanti aperture*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, pp. 1169 ss.

22 A. Gambaro, *Categorie del diritto privato e linguaggio delle carte dei diritti fondamentali*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 1238 ss.

23 La contraddizione è emersa da tempo ed è stata segnalata dalla dottrina: sul tema, D. Strazzari, *L'adesione alla convenzione europea come alternativa alla carta: una rilettura del parere 2/94 della Corte di giustizia*, in R. Toniatti (a cura di), *Diritto, diritti, giurisdizione, La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2002, pp. 90 ss.

e rilasciato da un Paese dell'Unione (par. 56); tale obbligazione non violerebbe i tasselli che compongono l'identità nazionale e i principi generali di ordine pubblico, di cui viene proposta una lettura fortemente restrittiva.

Il diritto alla vita privata e familiare, di cui all'art. 7 della Carta, è inquadrato in termini di diritto fondamentale, a cui deve essere garantita la medesima tutela prevista per la situazione giuridica analoga ex art. 8 della Cedu, in attuazione della clausola di equiparazione di cui all'art. 52 par. 3 della CDFUE (par. 60)²⁴.

L'approfondimento di tale passaggio da parte della corte è confermato anche dall'attenzione riservata all'inclusione dell'esercizio della vita privata e familiare nel diritto alla libera circolazione dei cittadini dell'Unione, di cui all'art. 21, par. 1 TFUE (par. 47).

La decisione appare più incisiva anche nella ricostruzione della concatenazione che parte dalle situazioni di diritto sancite dalla Carta europea, in particolare agli artt. 7 e 24, ingloba in sé i diritti dei minori riconosciuti dalla Convenzione internazionale di New York e ne opera la traslazione sul piano europeo mediante la previsione, sopra richiamata, di cui all'art. 52 par. 3 della Carta, assicurandone la continuità pur nel libero esercizio del diritto di movimento²⁵.

La sentenza conferma un parziale legame con il solco tracciato dalle conclusioni: l'obbligo per gli Stati membri di riconoscere il rapporto di filiazione legalmente accertato dal Paese ospitante è ricondotto alla libera circolazione della persona minore sul territorio dell'Unione (par. 49).

Da qui, la questione dei diritti fondamentali rischierebbe di essere strettamente incardinata all'interno dell'esercizio delle situazioni giuridiche riconosciute in favore dei cittadini europei, traendo da quelle le misure della sua stessa tutela.

I giudici, tuttavia, si rendono artefici di una lettura più aperta del sistema: essi individuano, infatti, nella "possibilità per un genitore e il figlio di essere insieme" un passaggio fondamentale della vita familiare (par. 61) e al tempo stesso la privazione del rapporto tra il minore e i genitori è letta come contraria ai diritti riconosciuti agli artt. 7 e 24 della Carta nel perimetro rappresentato dal diritto di circolare e soggiornare liberamente nello spazio europeo (parr. 65 e 69).

La posizione dei minori è ulteriormente rafforzata dall'obbligo generalizzato di astenersi da condotte discriminatorie: la Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo del 1989, ratificata dai Paesi membri, esige, infatti, quale parametro di riferimento e ai fini dell'attuazione delle situazioni giuridiche di cui sono riconosciuti titolari i minori, il divieto di dare luogo a discriminazioni fondate sulle determinazioni sessuali degli ascendenti (par. 64 e 65).

3. Intervento statale, discrezionalità e principio di proporzionalità

La vicenda della circolazione degli *status* familiari si delinea essenzialmente in negativo, poiché le disposizioni richiamate a disciplinare la materia escludono obblighi di contenuto positivo per i Paesi membri, confermando l'esclusione del profilo considerato dall'ambito di competenze riservate in via esclusiva o concorrente all'Unione²⁶.

Anche il reg. 2016/1191, del 6 luglio 2016, del Parlamento europeo e del Consiglio, che promuove la libera circolazione dei cittadini semplificando i requisiti per la presentazione di alcuni documenti pubblici nell'Unione europea e che modifica il regolamento (UE) n. 1024/2012, pur agevolando le procedure inerenti alla presentazione di taluni documenti pubblici rilasciati da uno Stato membro e destinati a essere presentati in un altro Paese dell'Unione, tra i quali rientra anche l'atto di nascita, artt. 1 e 2 par. 1, a), nega l'estensione del suo ambito applicativo al riconoscimento degli effetti della documentazione emessa da uno degli Stati aderenti (art. 2, par. 4)²⁷.

24 S. Marino, *Il diritto all'identità personale e la libera circolazione delle persone nell'Unione europea*, in *Riv. dir. int.* 2016, pp. 802 ss.

25 S. Marino, *Il diritto all'identità personale e la libera circolazione delle persone nell'Unione europea*, cit., pp. 799 ss.

26 Artt. 2, 3, 4, 6 TFUE; in materia, S. Marino, *L'identità personale alla prova della libertà di circolazione*, in *Rivistaeurojus*, n. 4/2020, www.rivistaeurojus.it, pp. 176 ss., che fa salve le sentenze di separazione o divorzio, in attuazione del reg. 2201/2003 e del reg. 2019/1111, che abroga il provvedimento precedente a partire dal 1° agosto 2022. V. C. Berneri, *Family reunification in The EU, The movement and residence rights of third country national family members of EU citizens*, Oxford and Portland, Oregon, 2017, pp. 42 ss., che ricostruisce il percorso normativo del diritto alla circolazione, specificando che in origine la stessa situazione giuridica era avvertita in termini di risorsa e non di minaccia.

27 Sulle resistenze del reg. 2016/1191 a recepire il contenuto del *Green paper* del 14 dicembre 2010 della commissione europea, E. De Gotzen, *Child's civil status, birth certificates' effects and the free movement of public documents: grasp all, lose all?*, in questa *Rivista*

Nella vicenda all'esame della Corte di giustizia due aspetti vengono all'attenzione in quanto strettamente connessi: i legami parentali tra le parti coinvolte e l'attribuzione della cittadinanza del Paese di origine della richiedente, la Repubblica di Bulgaria, in favore della figlia minore, trattandosi, in entrambi i casi, di aree riservate alla disciplina dei singoli Stati, per le quali, tuttavia, gli aspetti legati alla persona risultano essere determinanti.

Il profilo della cittadinanza, in particolare, se letto alla luce della disciplina nazionale, involve scelte personalissime e familiari: tra queste, la decisione di rivelare l'identità della madre biologica della minore nata in Spagna oppure, in alternativa, l'assunzione da parte della ricorrente del ruolo di madre intenzionale, compartecipe del progetto genitoriale. Per ciascuna delle ipotesi illustrate, sia pure con effetti diversi, ricostruiti già nelle conclusioni, alla minore sarebbe riconosciuta la cittadinanza bulgara, da cui discenderebbe in via immediata l'esercizio dei diritti connessi allo *status* di cittadina europea, tra i quali il diritto al rispetto alla vita familiare, *ex art. 7* della Carta, e quello a intrattenere rapporti stabili con i genitori, salvo che ciò non sia contrario all'interesse della prole (art. 24, par. 3 CDFUE).

E tuttavia l'obiettivo della richiedente è quello a vedere riconosciuti, nel proprio Stato di origine, gli effetti prodotti dall'atto di nascita della figlia formato in Spagna, in quanto attributivo del ruolo genitoriale in favore di entrambe le *partner*. Il tribunale amministrativo di Sofia, si interroga pertanto, e interroga la corte, sull'ammissibilità dei limiti opponibili dagli Stati membri alla richiesta avanzata, riconducendoli alla previsione del rispetto da parte dell'Unione dell'identità nazionale dei singoli Paesi, di cui all'art. 4, par. 2 TUE.

La nozione di identità nazionale, già considerata in alcuni precedenti interventi della corte europea²⁸, è stata affiancata in un'altra, recente decisione a quella di ordine pubblico²⁹: essa da un lato racchiude il nucleo essenziale delle determinazioni giuridiche che lo Stato intende garantire e preservare e il livello minimo di posizioni a cui il Paese non intende rinunciare; d'altra parte, la Corte di giustizia, nella sovrapposizione tra i due istituti, ne offre una declinazione ristretta, non riservata in via esclusiva alla sfera di operatività dei singoli Paesi, ma suscettibile di controllo da parte degli organi dell'Unione e che "può essere invocata soltanto in caso di minaccia reale e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della società"³⁰.

Si tratta di una sorta di "partita" tra la corte e gli Stati, finalizzata a consentire l'esplicazione del libero mercato interno e la tutela di interessi specifici³¹.

Nelle conclusioni dell'avvocato generale, la nozione di famiglia accolta dalla Repubblica bulgara legittima l'intervento della limitazione fondata sulla salvaguardia dell'identità nazionale che, in quanto tale, non è suscettibile di un controllo di proporzionalità: lo Stato, pertanto, non è obbligato ad accogliere una nozione di famiglia che non lo rappresenta e che ritiene insanabilmente contraria al diritto della famiglia di costituzione interna.

L'applicabilità del criterio di proporzionalità ricorre, invece, al momento della verifica del rispetto dei diritti che devono essere assicurati ai cittadini europei e che discendono da fonti ulteriori, quali le direttive: in questo caso, e soltanto nella parte in cui deve procedersi ad accertare che le limitazioni opposte dallo Stato ospitante non eccedano i limiti consentiti, per l'Unione sarà esperibile una forma di controllo sulle misure adottate.

Negare il riconoscimento dello *status filiationis* che intercorre tra la richiedente, la sua *partner* e la figlia minore determinerebbe una restrizione irragionevole del diritto alla libera circolazione, oltre che un possibile aggravio nella prova dello *status* e sul versante dei vantaggi riservati alla minore in qualità di discendente diretta di una lavoratrice migrante cittadina dell'Unione, ai sensi del reg. 2011/492, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dello spazio europeo³².

2016/1, pp. 59 ss.

28 S. Marino, *L'identità personale alla prova della libertà di circolazione*, cit., pp. 177 ss.

29 Anche nella ricostruzione della vicenda elaborata dal parere in esame, la richiesta di rilascio di un certificato di nascita è respinta dal Comune di Sofia in quanto contraria all'ordine pubblico (Conclusioni dell'avvocato generale della Corte di Giustizia UE, 15 aprile 2021, par. 20).

30 Corte di giustizia UE, GS, sentenza del 5 giugno 2018, causa C-673/16, sul caso *Coman*, richiamato in più occasioni dalla Corte, specie par. 43 ss., su www.europeanrights.eu; in materia, A. Davì, *Il riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all'estero nella prospettiva di una riforma del sistema di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 2019, pp. 319 ss., specie par. 6.

31 L'espressione è di R. Caponi, *La tutela dell'identità nazionale degli Stati membri dell'UE nella cooperazione tra le corti: addio ai controlli?*, in *Dir. un. eur.*, 2011, pp. 915 ss. specie par. VI.

32 Sul diritto alla libera circolazione in termini di diritto fondamentale, P. Morozzo della Rocca, *Diritti del minore e circolazione all'estero del suo status familiare: nuove frontiere*, in *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento*

L'analisi delle questioni, esercitata nelle conclusioni, non si sposta quasi mai sul versante dei diritti fondamentali, ma si sofferma in più occasioni sul rilascio, da parte della Bulgaria, di un atto che sia esclusivamente utile a consentire l'esercizio del diritto alla circolazione nello spazio comunitario e in particolare sul suolo bulgaro, non includendo nel profilo considerato alcuna incidenza sulla nozione tradizionale di famiglia accolta dall'ordinamento giuridico nazionale e sulle intersezioni tra formazioni familiari e diritti dei soggetti che le compongono³³.

L'interesse alla libera circolazione sul territorio europeo è stato ripreso dal testo della risoluzione del Parlamento, 11 marzo 2021, sulla proclamazione dell'Unione come zona di libertà per le persone LGBTIQ (2021/2557(RSP)), P9_TA(2021)0089, ove il caso in esame è richiamato alla lett. x) e l'art. 1 dichiara l'Unione una "zona di libertà per le persone LGBTIQ"; ancora prima, le esigenze di libera circolazione sono state delineate dalla *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni* del 12 novembre 2020, *Unione dell'uguaglianza: strategia per l'uguaglianza LGBTIQ 2020-2025*, COM(2020) 698 final³⁴: il par. 3 della comunicazione, nell'affermare il diritto all'inclusione per le persone LGBTIQ e la necessità di riesaminare gli orientamenti del 2009 nel medesimo campo al fine di rispecchiare i modelli familiari allo stato presenti in Europa, si focalizza sul diritto alla libera circolazione (par. 3.1, 3.2).

Un ritorno ai diritti personali si coglie nella parte delle conclusioni riservata alla posizione della figlia minore, il cui diritto alla vita familiare verrebbe pregiudicato qualora a una delle madri non fosse consentito di accompagnarla e di esercitare le funzioni connesse alla qualità di genitore (specie par. 153).

L'attuazione del miglior interesse dei figli nel caso concreto costituisce, come è stato rilevato, l'oggetto di un'obbligazione che, per effetto del Trattato di Lisbona, non dispiega più i propri effetti esclusivamente sugli Stati membri, ma assurge a livello comunitario ed è fonte di obblighi in positivo³⁵.

E tuttavia, da parte dell'avvocato generale, neppure l'inquadramento dello *status* giuridico della persona minore d'età appare in grado di orientare la decisione verso una soluzione che vada al di là del semplice esercizio del diritto alla libertà di circolazione, disegnando un percorso che pare inverso rispetto a quello prospettato in numerose occasioni dalla corte di Strasburgo: se, per quest'ultima, l'esercizio effettivo della *de facto family life* rappresenta il presupposto ai fini del riconoscimento della relazione giuridica tra le parti interessate, ciò che rileva nelle conclusioni è che alla vita del nucleo familiare composto dalle due donne e dalla figlia minore sia consentito di modellarsi sulle tipologie familiari esistenti, tradizionali e non.

Ma tale modulazione della vita familiare non consente di approdare in concreto al riconoscimento giuridico del legame legittimamente instaurato all'estero, sebbene contrario alla legge nazionale e, pertanto, il contenuto delle conclusioni appare fine a se stesso: si ritiene, infatti, legittimo il rifiuto da parte della Bulgaria di rilasciare un certificato di nascita in favore della neonata, poiché il documento attesterebbe un legame inesistente per l'ordinamento interno, irrilevante sul piano dei rapporti personali *inter vivos e mortis causa*.

A esiti differenti si perviene per effetto della lettura della sentenza resa dalla Corte di giustizia: già in altre occasioni i giudici hanno fondato il diritto alla libera circolazione mediante un aggancio al diritto all'identità personale o, comunque, come è stato riconosciuto, la situazione giuridica connessa alla libertà di movimento, garantita in favore dei cittadini europei, ha consentito di affermare il diritto personalissimo all'identità dell'individuo³⁶.

Anche nella vicenda in oggetto parrebbe sia stata adottata una strategia analoga: colpisce, a questi fini, il rinvio al diritto al cognome attribuito a un cittadino dell'Unione in conformità della legislazione di uno degli Stati membri, quale situazione giuridica che tutti gli altri Paesi sono tenuti a riconoscere (parr. 43, 44)³⁷.

in Italia, tra ordine pubblico e interesse del minore, in G.O. Cesaro, P. Lovato, G. Mastrangelo (a cura di), Milano, Franco Angeli, 2014, specie pp. 43 ss.

33 L. Tomasi, *La famiglia nella convenzione europea dei diritti umani: gli artt. 8 e 14 Cedu*, in *Questione giustizia*, 2/ 2019, www.questionegiustizia.it, pp. 39 ss.

34 Il testo dei documenti si legge in questa *Rivista*, 2021, pp. 217 ss.

35 C.E. Tuo, *Superiore interesse del minore e regolamenti UE di diritto internazionale privato della famiglia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, pp. 676 ss.; sulle difficoltà ricostruttive della nozione, M. Acierno, *Il mantra del preminente interesse del minore*, in *Questione Giustizia*, 2/2019, www.questionegiustizia.it, pp. 93 ss.

36 S. Marino, *L'identità personale alla prova della libertà di circolazione*, cit., pp. 178 ss.

37 V. Corte di giustizia UE, sentenza del 14 ottobre 2008, C-353/06, causa *Grunkin-Paul*, e Corte di giustizia UE, sentenza del 22 dicembre 2010, C-208/09, causa *Sayn-Wittgenstein*, sul sito della Corte, al link <https://european-union.europa.eu/institutions->

Ancora più profonda è la connessione stabilita tra il diritto a circolare liberamente e l'esercizio effettivo della vita familiare (par. 47 e ss.): da tale affermazione scaturisce l'obbligo imposto agli Stati di confermare i legami familiari legalmente accertati che offrono sostanza e integrano di contenuti la *family life*, anche se non previsti dal diritto nazionale, rispetto al quale quell'accertamento non interferisce nella misura in cui i diritti personalissimi alla filiazione e alla vita in famiglia sono strettamente legati alle situazioni contemplate dal diritto comunitario e come tali tutelati (parr. 57 ss.)³⁸.

4. L'interesse del minore, tra limiti e controlimiti per un tentativo di armonizzazione

Anche la sentenza della grande sezione della Corte di giustizia si sofferma sulla posizione della minore coinvolta e recupera tale situazione soggettiva al fine di salvaguardarne, mediante l'esercizio del diritto al libero spostamento tra i Paesi membri, la vita familiare.

È proprio la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal tribunale amministrativo di Sofia ad avere sollevato questioni comuni ai Paesi membri, riaccendendo l'attenzione sui rapporti tra l'interesse del minore e il contesto familiare, in particolare quello connotato dalla omogenitorialità al femminile.

La protezione dei bambini, mediante la regola dell'equivalenza tra le garanzie accordate dalla Carta dei diritti e quelle proprie della Convenzione (art. 52, par. 3, CDFUE), costituisce oggetto di un intervento specifico dell'Unione, malgrado le ambiguità proprie della clausola generale rappresentata dal *best interest of the child* e la limitazione delle competenze a cui si è in precedenza accennato³⁹.

Invocato a garanzia dell'unità familiare e del formale riconoscimento di relazioni parentali atipiche, il perseguimento dell'interesse delle persone minori d'età appare in qualche caso anche in grado di opporsi a ragioni di ordine pubblico⁴⁰, confermandosi sia il divieto di discriminazione dei soggetti in questione in ragione di scelte compiute dagli adulti, come ribadito dalla corte (par. 65), sia la prevalenza della posizione d'interesse dei figli a non interrompere legami familiari consolidati⁴¹.

Al conseguimento dell'interesse del minore sembra legata anche quella concezione di famiglia detta "funzionale", in quanto destinata a modellarsi in ragione di una situazione soggettiva unitaria che ruota intorno al bambino, ma la cui valutazione è rimessa a un complesso di parametri: dalla stabilità delle relazioni familiari all'età della prole, dal rispetto della legislazione del luogo ove si sono prodotti il concepimento e/o la nascita dei figli fino alla presenza di soggetti disposti ad assolvere i doveri connessi alla responsabilità genitoriale⁴².

A ciò si aggiunga che l'interesse del minore segna la linea di confine tra il moltiplicarsi delle figure genitoriali o paragenitoriali di riferimento e l'orientamento in prevalenza restrittivo degli ordinamenti

law-budget/law/find-case-law_it: su entrambe le decisioni, S. Carbone, *I diritti della persona tra Cedu, diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali*, in *Dir. Un. eur.*, 2013, 1 ss., specie par. X.

38 Sui rapporti tra stato familiare e libertà di circolazione, v. Trib. Reggio Emilia, decr. 13 febbraio 2012, in *Dir. fam. per.*, 2012, pp. 1650 ss., con nota di R. de Felice, *ivi*, pp. 1660 ss., intervenuto sulla qualificazione della nozione interna di "coniuge".

39 Sul tema, M. Magli, G. Spadaro, *Diritti dei minori e rapporti tra le fonti del diritto internazionale*, in *Rivista il diritto vivente*, 2020, www.rivistaildirittovivente.it, specie par. 3: tra le disposizioni richiamate ai fini di un'interpretazione omogenea e garantista, l'art. 6, par. 3 TUE, che include i diritti fondamentali nello spazio del diritto dell'Unione quali principi generali.

40 Sulla matrice sovranazionale del concetto di ordine pubblico e sugli effetti riduttivi "dei margini di libertà dello Stato", V. Calderai, *Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, pp. 989 ss.; sul tema, V. Barba, *Note minime sull'ordine pubblico internazionale*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2018, p. 2 ss., specie p. 4 ss., sui rapporti tra diritto europeo e diritto interno.

41 R. Zamperini, *Il doppio sogno della Corte costituzionale, tra figli non riconoscibili e genitorialità disconosciute*, in *Famiglia*, 2021, www.rivistafamiglia.it, pp. 382 ss., nota a Corte cost., sentenza del 9 marzo 2021, n. 32. Sull'attuazione del *best interest of the children* nel reg. CE 2201/2003, C.E. Tuo, *Superiore interesse del minore e regolamenti UE di diritto internazionale privato della famiglia*, cit., pp. 678 ss. La presenza di figli, in relazione ai quali deve predicarsi il perseguimento del *best interest*, è qualificata dalla dottrina come il "motore della disciplina delle relazioni familiari": così, M.R. Marella, *Fra status e identità. L'interesse del minore e la costruzione della genitorialità*, in *Liber amicorum P. Rescigno*, in occasione del novantesimo compleanno, Napoli, Esi, 2018, vol. I, pp. 1221 ss., specie p. 1225.

42 Di famiglia funzionale parla A. Mendola, *Le mobili frontiere della filiazione*, cit., p. 198 ss.

nazionali nella selezione dei soggetti ammessi a sperimentare in via diretta il rapporto di filiazione, profilo, quest'ultimo, sollevato anche presso la Corte costituzionale⁴³.

Il *best interest of the child* rappresenterebbe uno spartiacque tra l'obbligo per i Paesi membri di garantire la tutela dei diritti e il potere degli Stati di preservare aree di competenza esclusiva, a cui ricondurre le modalità di formazione degli *status* familiari.

Tale profilo d'interesse si evolve seguendo direttive che nell'ordinamento interno appaiono omogenee: se, infatti, non si nega, in passato e di recente, che le funzioni propriamente genitoriali possano essere ricoperte da soggetti omoaffettivi e che un minore possa condurre la propria esistenza all'interno di un nucleo familiare composto da persone dello stesso sesso, che costituiscono una formazione sociale idonea all'esercizio dei ruoli parentali⁴⁴, d'altra parte è stata esclusa una soluzione unitaria nella gestione del rapporto di filiazione all'interno delle coppie omosessuali, delineandosi opzioni che vanno dall'insistenza sull'ordine pubblico, quale baluardo alla pratica della sostituzione di maternità⁴⁵, fino all'istituto dell'adozione in casi particolari, utile a preservare il rapporto con il *partner* del genitore biologico, salvo poi affermarne l'insufficienza e la conseguente richiesta d'intervento del legislatore⁴⁶.

Nel sistema giuridico interno la vicenda sottoposta all'esame della Corte di giustizia è stata affrontata dai giudici di legittimità in un passato recente: la richiesta di trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero, con l'indicazione delle due madri, è stata ritenuta non contraria all'ordine pubblico, alla luce di un principio di apertura ai valori comuni all'ordinamento sovranazionale e in attuazione del divieto di discriminazione tra gli individui⁴⁷.

Nella motivazione della sentenza da ultimo richiamata un passaggio appare particolarmente significativo, nella parte in cui i giudici, affermando il diritto alla continuità dello *status* familiare in considerazione del *favor* per la condizione di figlio, come delineato dall'ordinamento interno, ne individuano il fondamento nell'interesse del minore alla propria identità e a preservare le relazioni familiari, di cui all'art. 8, par. 1, Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989, ratificata dall'Italia con la l. n. 176/1991, che ha ricevuto una quasi totale adesione da parte degli Stati⁴⁸.

- 43 Corte cost., sentenza del 23 ottobre 2019, n. 221, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, pp. 548 ss., con nota di I. Barone, *ivi*, pp. 555 ss.; sulla decisione, v. il saggio critico di U. Salanitro, *A strange loop. La procreazione assistita nel canone della Corte costituzionale*, in *Nuove leggi civ. comm.* 2020, II, pp. 206 ss. Si legga sul tema M.C. Venuti, *La genitorialità nella coppia omoaffettiva*, in *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?*, in U. Salanitro (a cura di), *cit.*, p. 302, che contesta il fondamento costituzionale della regola dell'eterosessualità genitoriale. L'ordinamento sovranazionale non esclude la mancata coincidenza tra le figure predisposte alla cura dei minori e le posizioni genitoriali: v. art. 24 della Carta dei diritti, par. 1 e 3, che distingue tra il diritto alla protezione e alla cura e l'interesse alla prosecuzione dei rapporti personali e familiari; sul tema, E. Quadri, *Una riflessione sull'interesse del minore e la dimensione familiare della sua tutela*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2020, II, pp. 1331 ss.
- 44 Cass., sentenza del 11 gennaio 2013, n. 601, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2013, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, pp. 432 ss.; sull'assenza di una "preclusione ontologica" alla genitorialità esercitata da coppie dello stesso sesso, Cass., sentenza del 21 giugno-30 settembre 2016, n. 19599, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2016, con nota di A. Schillaci; in senso critico avverso Cass., 19599/16, A. Nicolussi, *Paradigmi della filiazione, op. loc. ult. cit.* Sul tema, I. Rivera, *La trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero tra tutela dell'ordine pubblico internazionale e superiore interesse del minore*, in questa *Rivista*, 2017/1, pp. 70 ss.
- 45 Cass., sentenza del 8 maggio 2019, n. 12193, con il commento di M.C. Venuti, *Le sezioni unite e l'omopaternalità: lo strabico bilanciamento tra il best interest of the child e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri*, in questa *Rivista* 2019/2, p. 7 ss.; v. pure la decisione in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, pp. 741 ss., con il commento di U. Salanitro, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità, ivi*, pp. 37 ss.
- 46 Corte cost., sentenze del 9 marzo 2021, nn. 32 e 33, *cit.*; sul tema, A. Schillaci, *Non imposta, né vietata: l'omogenitorialità a metà del guado, tra Corti e processo politico*, in questa *Rivista*, 2021/2, pp. 1 ss. Sull'abrogazione tacita dell'art. 55 l. ad., nella parte in cui rinvia all'art. 300 co. 2 c.c., e sul riconoscimento dei rapporti di parentela, *ex art. 74 c.c.*, tra la minore adottata ai sensi dell'art. 44, co. 1, lett. d) l. ad., e i figli dell'adottante, sentenza del Trib. min. di Bologna, 25 giugno-3 luglio 2020, in *Fam. dir.*, 2021, pp. 318 ss., con nota non adesiva di A. Scalera, *ivi*, pp. 323 ss. Sul tema, Corte cost., sentenza del 23 febbraio-28 marzo 2022, n. 79, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 55, l. 184/1983 "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". La decisione può leggersi su <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>.
- 47 Cass., 19599/16, *cit.*, cons. n. 7 e 8.3, in relazione alla posizione del minore. Sulla richiesta d'iscrivere la duplice maternità nell'atto di nascita di un bambino nato in Italia mediante PMA realizzata all'estero, Corte cost., sentenza del 4 novembre 2020, n. 230, su cui l'opinione di G. Ferrando, *Di chi è figlio un bambino con due mamme? Note a prima lettura di Corte cost. n. 230/2020*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, pp. 417 ss.
- 48 Sul "ripensamento" del diritto minorile interno in ossequio al dettato costituzionale per effetto dell'adesione del nostro Paese alla Convenzione sui diritti del fanciullo, A. Thiene, *Famiglie vulnerabili e allontanamento dei bambini. Note a margine della l. 29 luglio 2020, n. 107, in attesa di una riforma necessaria*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, pp. 34 ss.

La formazione dell'identità personale e familiare passa attraverso l'attuazione del diritto al nome⁴⁹ e l'identificazione della persona negli atti che ne attestano la nascita⁵⁰: l'indicazione del rapporto parentale, che qualifica i soggetti del caso di specie rispettivamente ascendenti e discendente diretta, non vale esclusivamente a consentire la circolazione degli individui, ma li colloca giuridicamente all'interno di una formazione sociale, ne tesse le relazioni sul piano dei rapporti personali rilevanti⁵¹.

Il legame filiale, in definitiva, consente al soggetto di ricostruire se stesso in via indipendente dalle modalità d'instaurazione del rapporto, se *instar naturae* ovvero determinato per effetto di una manifestazione di volontà, le due direttive alla luce delle quali sembrano muoversi allo stato attuale i legami parentali⁵²: come si legge in una recente decisione della consulta, la trama che percorre l'identità dell'individuo non passa necessariamente attraverso la corrispondenza tra verità biologica e dato giuridico⁵³.

Per tali ragioni, le conclusioni dell'avvocato generale presso la Corte di giustizia, pur formalmente corrette, non apparivano convincenti: se i diritti fondamentali assurgono a principi generali del diritto dell'Unione, *ex art. 6, par. 3 TUE*, non se ne può non tenere conto, relegandoli entro il perimetro di una misura che, pur consentendo l'attuazione di un diritto civile e sociale qual è quello alla libera circolazione, offre lo spunto per uno svilimento del rapporto genitoriale in mero affiancamento dei soggetti minori d'età, in contrasto con la sempre maggiore attenzione verso una posizione, quella dei figli, che trascorre dal diritto al sostegno morale e materiale alla ricostruzione della propria storia, personale e familiare, comprensivi del diritto all'identità e all'identificazione con coloro che ne hanno determinato la nascita⁵⁴.

Resterebbero pertanto confermati i dubbi avanzati su una soluzione, quella suggerita dalle conclusioni, che, pur imponendo agli Stati di riconoscere la situazione giuridica vantata dai discendenti, confina alla relazione singola tra il figlio e ciascuno dei genitori l'esercizio dei diritti sanciti dall'ordinamento sovranazionale, omettendo ancora una volta d'intervenire sulla nozione di famiglia.

Maggiori tutele sono delineate nell'ambito della decisione della Corte di giustizia sulla vicenda: nella parte in cui nel diritto alla libera circolazione si include anche quello ad una normale vita familiare, che si sostanzia nella garanzia dell'affiancamento della persona minore da parte dei propri familiari (par. 47); nella previsione dell'obbligo per gli Stati membri di riconoscere l'atto di nascita rilasciato legittimamente dal Paese ospitante (par. 50), con l'indicazione di entrambi i genitori, indipendentemente dalla natura della filiazione, se biologica ovvero giuridica (par. 48); infine, nel riconoscimento, fondamentale, dell'attrazione della materia al diritto dell'Unione, mediante gli art. 7 e 24 della Carta.

I giudici conseguono tale risultato mediante alcuni passaggi: *i)* posto l'obbligo per gli Stati membri di consentire ai cittadini dell'Unione il godimento dei diritti ad essi riconosciuti dai Trattati, la corte propone un contenuto ampio del diritto al soggiorno e alla circolazione, includendovi anche l'interesse allo svolgimento ordinario della vita familiare e, per tale via, dettando la predisposizione di tutte le misure utili all'esercizio delle situazioni giuridiche così individuate.

In questa traiettoria si muove la commissione europea, nel favorire il superamento delle barriere che si frappongono a una migliore tutela delle situazioni transfrontaliere e in direzione dell'operatività di tipo orizzontale del suo operato in funzione di promozione normativa⁵⁵.

49 S. Marino, *Il diritto all'identità personale e la libera circolazione delle persone nell'Unione Europea*, cit., pp. 797 ss.

50 C. Honorati, *Il diritto al nome e all'identità personale*, in *La Convenzione delle Nazioni unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza: conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione*, Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, Roma, 2019, 181 ss., consultabile on line al link https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/agia_30_anni_convenzione.pdf.

51 Sul diritto di ogni persona alla costruzione di una propria identità, S. Piccinini, *Osservazioni sull'"identità" e sul diritto di acquisire una "personalità individuata" cioè una identità che favorisca condizioni per una vita realizzata*, in *Dir. fam. per.*, 2020, pp. 1215 ss.

52 In senso critico, F.D. Busnelli, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione tra le fonti*, *op. loc. ult. cit.*

53 Sul tema V. Sciarrino, *Mater semper certa o mater semper incerta? La maternità è fluida ma l'art. 263 c.c. non si tocca*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, pp. 516 ss.; A. Gorgoni, *Art. 263 cod. civ., tra verità e conservazione dello status filiationis*, commento a Corte costituzionale, sentenza del 18 dicembre 2017, n. 272, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, pp. 540 ss.

54 Sul tema, A.G. Grasso, *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale*, cit., pp. 759 ss. In dubbio su una necessaria ricostruzione *gender neutral* del rapporto di filiazione, C. Campiglio, *La genitorialità nelle coppie same-sex: un banco di prova per il diritto internazionale privato e l'ordinamento di stato civile*, in *Fam. dir.*, 2018, pp. 927 ss.: si ammette, tuttavia, l'attenuarsi dell'operatività del limite costituito dall'ordine pubblico nel caso di situazione giuridiche costituite all'estero. Sui profili interni, F. Cristiani, *A proposito di unicità di status filiationis, legge applicabile e cittadinanza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, pp. 207 ss.

55 Comunicazione della commissione al parlamento europeo, al consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni, *Unione dell'uguaglianza: strategia per l'uguaglianza LGBTIQ 2020-2025*, del 12 novembre 2020, cit.

Ancora, *ii*) la Corte di giustizia riserva all'Unione il controllo sulla nozione di ordine pubblico, circoscrivendone la portata, individuandone lucidamente i confini, nella misura in cui tale concetto risulta sempre e strettamente modellato sul riconoscimento e sull'esercizio dei diritti fondamentali garantiti dall'ordinamento europeo, ma anche segnando controlimiti efficaci a tutela delle persone⁵⁶.

56 G. Ferrando, *I bambini, le loro mamme e gli strumenti del diritto*, in questa *Rivista*, 2019/1, pp. 9 ss.: per l'A. l'interesse del minore integra la nozione di ordine pubblico anche con riferimento alle modalità di costituzione dello *status filiationis*.

*Elena Falletti**

Genitorialità e principio di uguaglianza: la via israeliana alla gestazione per altri

Sommario

1. Introduzione. – 2. Israele e la *surrogacy*: approccio religioso ovvero laico? – 3. La “Commissione Aloni”. – 4. L’approvazione dell’*Embryo Carrying Agreement Law* 1996. – 5. Il comitato per l’approvazione dei singoli agreement. – 6. L’approvazione dell’*Egg Donation Act* 2010. – 7. La *surrogacy* transfrontaliera e il riconoscimento interno della filiazione. – 8. La svolta giurisprudenziale della Corte Suprema di Israele. – 9. Sommarie conclusioni.

Abstract

Scopo del presente articolo è di analizzare la *surrogacy law* israeliana dalla genesi all’approvazione dell’*Embryo Carrying Agreement Act* 1996, e successive modifiche, fino ad oggi. Se in origine lo scopo della disciplina era di agevolare la trasmissione dell’identità ebraica, nel corso del tempo, dopo il duplice intervento della Corte Suprema israeliana, la *surrogacy* è stata resa accessibile anche alle coppie dello stesso sesso e ai singoli LGBTIQ+. Ciò ha rappresentato una svolta perché la Corte suprema israeliana pone sullo stesso piano, sotto il profilo della responsabilità verso il nuovo nato, chiunque decida di effettuare la scelta di diventare genitore, indipendentemente dal sesso, genere ovvero orientamento sessuale.

The aim of this article is to analyse Israeli surrogacy law from the genesis of the Embryo Carrying Agreement Act 1996 to the present day. While originally the purpose of this discipline focused on the transmission of the Jewish identity to descendants, over time, following the Israeli Supreme Court’s double intervention, surrogacy had also been made accessible to same-sex couples, and single LGBTIQ+. This represented a breakthrough because the Israeli Supreme Court placed on an equal level, from the point of view of responsibility towards the newborn, of anyone who decided to make the choice to become a parent, regardless of sex, gender or sexual orientation.

* Ricercatrice di Diritto privato comparato, Università Carlo Cattaneo - LIUC.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1. Introduzione

In Israele¹ le questioni di diritto di famiglia, in particolare riguardo al rapporto di filiazione, sono strettamente connesse con la legge rabbinica, la *Halakah*, perché focalizzate sulla trasmissione in via materna dell'identità ebraica². Si tratta di una questione che secondo la letteratura femminista è orientata dal patriarcato, in quanto lo scopo del matrimonio, che si riflette sul ruolo della donna sposata, è quello di obbedire al dettato biblico³ "Fruttate e moltiplicate, e riempite la terra"⁴.

Tuttavia, in tempi più recenti, la genitorialità riguarda non più soltanto una questione di trasmissione della fede e della identità religiosa ovvero di pianificazione familiare e delle relative politiche pubbliche, tema di grande importanza in questo Paese⁵, ma un aspetto rilevante della realizzazione di sé, quindi personale e individualistico. Questa nuova sensibilità ha significativamente modificato l'approccio israeliano alla gestazione per altri.

Un indizio aggiuntivo che la questione sia stata socialmente sdoganata anche nei confronti della parte più conservatrice della società israeliana è dimostrato dal fatto che in *Shtisel*, cioè una serie televisiva trasmessa da Netflix su una comunità chassidica⁶, abbia esplicitamente affrontato il tema attraverso alcuni suoi personaggi di stretta osservanza *haredi*.

Ciò nonostante, il dibattito israeliano sulla *surrogacy* si sta caratterizzando per le posizioni estreme da parte di esponenti del femminismo più radicale, secondo cui tale pratica realizza nient'altro che una forma di compravendita di bambini, sia da parte della portatrice (la quale sarebbe da considerare la "vera" madre del minore) sia da parte del padre genetico, identificato come "acquirente".

In altri termini, si tratterebbe di una fattispecie tra le più discutibili, se non addirittura odiose, dello sfruttamento patriarcale del corpo femminile, dato che in queste circostanze non avrebbe senso parlare di "dono" o di "gestazione per altri altruistica". Il legame con il neonato sarebbe esclusivamente quello che si forma durante la gravidanza tra la madre e il bambino, mentre il contributo genetico non dovrebbe aver alcun rilievo in quanto "motherhood is defined by the physical and emotional connection established during pregnancy and not by the mere biological donation"⁷. Ne conseguirebbe che il legame formato attraverso l'utero materno non può essere reciso e la relazione tra figlio e colei che l'ha partorito è la più potente tra tutte le relazioni, superiore a quella contrattuale, economica e anche genetica⁸.

Nondimeno, questa posizione così radicale non sembra prendere in considerazione un elemento che capovolge il senso e lo scopo del femminismo stesso. Ci si riferisce alla circostanza di considerare la donna solo nella prospettiva di madre, la quale diventa identitaria e pertanto (*quasi*) obbligata. A questo punto ci si potrebbe chiedere se una donna possa vedersi riconoscere una dignità esistenziale anche al di fuori dal ruolo materno. Ulteriormente, un'interpretazione di tal genere sembrerebbe indebolire l'autodeterminazione della donna stessa, nel caso in cui non voglia, ovvero non possa, avere figli, tacendo poi

-
- 1 In questo contributo la gestazione per altri in Israele è analizzata come specifico caso di studio. Per gli utili rimandi al dibattito italiano si rinvia a *Verità della nascita e GPA (gravidanza per altri)*, a cura di B. Pezzini, in *questa Rivista*, 2017/2, p. 6 ss.; A. Schillaci, *Le gestazioni per altri: una sfida per il diritto*, in *Biolaw Journal – Rivista di biodiritto*, 2022, p. 49 ss.
 - 2 R. Alpert, *What Is a Jew? The Meaning of Genetic Disease for Jewish Identity*, in *The Reconstructionist*, 2007, p. 68 ss.; F. Winddance Twine, *Outsourcing the Womb. Race, Class, and Gestational Surrogacy in a Global Market*, Routledge, New York, 2nd ed., 2015, p. 48 ss.; S. Cohen, *The Origins of the Matrilineal Principle in Rabbinic Law*, in *AJS Review*, 10(1), 1985, p. 19 ss.
 - 3 R. Irshai, *Fertility and Jewish Law: Feminist Perspectives on Orthodox Responsa Literature*, Brandeis University Press Waltham, Massachusetts, 2011, p. 25 ss.
 - 4 Sacra Bibbia (Diodati 1607)/Vecchio Testamento/Genesi/capitolo 9.
 - 5 G. Ben-Porat, D. Filc, A. Erdi Ozturk, L. Ozzano, *Populism, religion and family values policies in Israel, Italy and Turkey in Mediterranean Politics*, 2021, p. 1 ss.
 - 6 Si tratta di una serie televisiva sulla comunità chassidica di Gerusalemme Ovest, tra i personaggi si annovera una coppia di giovani ebrei *haredi* che, data l'impossibilità della moglie di avere figli senza mettere in pericolo sé stessa, decidono, seppur riluttanti, di procedere con una gestazione per altri. Ciò nonostante, nella serie la vicenda non giunge a compimento perché la moglie prende in autonomia la decisione di sospendere i contraccettivi e rimane di conseguenza incinta. Le vicissitudini dei personaggi si concludono sulle felici immagini di gruppo raccolto attorno al neonato e della puerpera sopravvissuta ad un parto difficile. (P. Fabbri, *Sul genere serial. "Shtisel" forma di vita ebraica ortodossa e traduzione culturale*, in *Mediascapes journal* 16/2020, p. 93 ss.; B. Weinbaum, *The Women of Shtisel and Where They Live: Round Three (review of Shtisel. Season 3. Directed by Alon Zingman. Written by Ori Elon and Yehonathan Indursky. NMC United Entertainment, [2013-]. Hebrew with English subtitles)*, in *Women in Judaism: A Multidisciplinary E-Journal*, 17(2). <https://doi.org/10.33137/wij.v17i2.36855>).
 - 7 B. Katz-Rothman, *Recreating Motherhood*. New Brunswick, NJ, and London: Rutgers University Press, 2000, p. 161 ss.; R. Irshai, *cit.*, p. 217.
 - 8 B. Katz-Rotman, *cit.*; R. Irshai, *cit.*

sull'ipotesi in cui decidesse addirittura di abortire. Siffatto contesto sembra voler ricondurre la figura femminile esclusivamente verso la tradizionale dimensione riproduttiva⁹.

Tale dibattito presenta spunti di interesse, però in questa sede esso deve rimanere sullo sfondo rispetto a ciò su cui si vuole discutere: cioè se la presenza della figura materna per la crescita e l'educazione dei figli sia davvero necessaria. L'educazione e la crescita di un bambino possono essere seguite da persone adulte e responsabili, indipendentemente dal loro sesso ovvero genere?

Nel tentare di rispondere a questa domanda si prende quale riferimento la realtà israeliana data la sua complessità per la coesistenza di una forte matrice culturale e religiosa e dove la giurisprudenza ha indotto il legislatore a rendere accessibile la genitorialità attraverso la gestazione per altri anche alle coppie dello stesso sesso ovvero alle persone LGBTI+.

Detta evoluzione ha posto in dubbio una serie di importanti postulati legati alla legge rabbinica, quali l'obbedienza al comando divino e la preclusione, non solo concettuale, contro l'idea stessa della genitorialità considerata quale scelta espressiva della personalità individuale. Nello specifico, il punto di svolta apportato dalla Corte Suprema israeliana è l'apertura alla genitorialità per le coppie omosessuali maschili, la quale non deve più essere considerata "contro natura".

2. Israele e la *surrogacy*: approccio religioso ovvero laico?

Israele è stato uno dei primi Paesi al mondo¹⁰ ad approvare una disciplina in materia di *surrogacy* ai sensi della quale questa è realizzata sotto la supervisione dello Stato¹¹. L'ammissibilità di tale pratica nell'ordinamento israeliano è connessa alla forte permeabilità del diritto civile da parte del diritto religioso¹², soprattutto nell'ambito del diritto di famiglia, a partire dal summenzionato dettato biblico relativo all'ordine di ripopolare la Terra emersa affidato da Dio a Noè e ai suoi discendenti dopo la fine del Diluvio Universale¹³.

-
- 9 Sul tema la letteratura è ampia, per brevità si segnalano le letture che, a parere di chi scrive, sono sembrate più interessanti in lingua italiana: S. De Beauvoir, *Le deuxième sexe*, 1949, trad. it. R. Cantini, M. Andreose, *Il secondo Sesso*, Il Saggiatore, Milano, 2016, p. 480 ss.; A. Rich, *Of Woman Born*, 1976, trad. it. *Nato di donna*, Garzanti, Milano, 1986; R. Cusk, *A Life's Work: On Becoming a Mother*, 2001, trad. it. A. Nadotti, *Il lavoro di una vita*, Torino, Einaudi, 2021.
- 10 A. Westreich, *Surrogacy and Egg Donation in Israel: Legal Arrangements, Difficulties, and Challenges*, in P. Mostowik, (ed.), *Fundamental Legal Problems of Surrogate Motherhood - Global Perspective*, Varsavia, 2019, p. 276; M. Raucher, *Whose Womb and Whose Ethics, Surrogacy in Israel and in Jewish Ethics*, *Journal of Jewish Ethics*, 2017, p. 69 ss.
- 11 D. Birenbaum-Carmeli, *Thirty-five years of assisted reproductive technologies in Israel*, in *Reproductive BioMedicine and Society Online*, 2016, p. 20.
- 12 S. Lustenberger, *Between Civil and Religious Law. The Formation of Same-Sex Parenthood in Israel*, in *Ethnologie française* .2017/3 (Vol. 47), p. 447 ss.
- 13 A. Westreich, *Surrogacy and Egg Donation*, cit.; M. Raucher, *Whose Womb and Whose Ethics*, cit. Date le ripercussioni sotto il profilo religioso, relative a possibili ipotesi di "adulterio", in Israele la portatrice deve essere single, divorziata o vedova. Ciò al fine di evitare che il figlio nato venga qualificato come "mamzer" (cioè adulterino), con significative conseguenze per il futuro del bambino, quali l'impossibilità di sposare una donna ebrea ovvero vedersi deprivato dell'eredità. Sono proibite le *surrogacy* intrafamiliari, tra membri di fedi religiose diverse e gli stranieri e i non ebrei non possono stipulare contratti di *surrogacy* in Israele. Comunque questa proibizione non ha impedito il ricorso alla *surrogacy* all'estero, specie da parte di coppie dello stesso sesso o di coppie eterosessuali dove uno dei due coniugi non fosse stato di fede ebraica. Nel caso in cui il neonato fosse nato all'estero da donna non ebrea e i genitori desiderassero che il bambino fosse riconosciuto come ebreo, il piccolo doveva essere convertito alla religione ebrea (A. Westreich, op. cit.).

Nelle società più moderne della fine del XX Secolo l'attenzione dell'opinione pubblica occidentale si è focalizzata sulla *surrogacy* quando le vicende di Baby Cotton¹⁴ e di Baby M¹⁵, le quali fecero emergere

- 14 La prima disputa giurisprudenziale nota di *surrogacy* commerciale riguardò un caso transfrontaliero conosciuto come “*Baby Cotton case*” (Re “C” (A minor), 1985 Farn. 846. I ricorrenti erano una coppia di coniugi svedesi di circa trent’anni, sposati da tempo e con un forte desiderio di avere un bambino, ma la moglie non era in grado di partorirlo. Nel 1983 il marito stipulò un contratto con un’agenzia americana nel quale, dietro pagamento di un compenso, l’agenzia si impegnava a reperire una madre surrogata che partorisse suo figlio. La donna è stata trovata in Inghilterra e venne inseminata artificialmente con il seme del padre biologico, cioè il genitore di intenzione. La signora in questione, Kim Cotton, fu sempre chiara in merito alle ragioni del suo gesto, cioè “*to help an infertile couple achieve their dream and, in doing so, I could help my own little family financially.*” (K Cotton, *The UK’s Antiquated Laws on Surrogacy: A Personal and Professional Perspective*, 2016, 4J ML E 229). L’inseminazione ebbe successo e la futura partoriente concepì. I ricorrenti vennero in Inghilterra quando la nascita era imminente per portare il bambino a casa con loro. Il bambino nacque il 4 gennaio 1985 in un ospedale. Poche ore dopo la nascita Kim Cotton lasciò il bambino alle cure dell’ospedale fino a quando il bambino potesse essere preso in cura dai ricorrenti. L’autorità locale aveva ottenuto un ordine di custodia, mentre il marito, padre biologico, avviò un procedimento di tutela e chiese che la cura e il controllo del bambino fossero riconosciuti a lui e a sua moglie. La questione venne sottoposta alla *Family Division* e il *Justice Latey* tenne udienza l’8 e l’11 gennaio 1985, mentre il 14 deliberò sul caso, dopo aver espletato le indagini sull’idoneità dei genitori, sulla circostanza che le autorità locali appoggiassero l’istanza dei ricorrenti, accertando che la surrogata non si fosse costituita, avendo costei rinunciato volontariamente ai suoi diritti genitoriali. La domanda di custodia dei ricorrenti venne accolta sulla base della tutela del best interest del minore facendo prevalere sugli aspetti commerciali e le implicazioni etiche, morali e sociali relative alla venuta al mondo del bimbo, il fatto che i ricorrenti erano persone calorose, premurose e sensibili che erano ottimamente attrezzate per soddisfare i bisogni fisici ed emotivi del bambino, visto che la donna che lo ha partorito non lo voleva al contrario del padre biologico e della moglie. Questa vicenda fece enorme scalpore nel Regno Unito, portando alla proibizione della *surrogacy* commerciale nel successivo *Surrogacy Arrangements Act 1985* (D. Morgan, *Who to Be or Not To Be: The Surrogacy Story*, in *Modern Law Review*, 1986, p. 358. Sul punto si vedano altresì: D. Brahamas, *The future of surrogacy in Great Britain*, in *Med Leg J.*, 1985; 53(1), p. 3 ss.; M. A. Baggish, *Surrogate Parenting: What We Can Learn from Our British Counterparts*, in *Case W Res L Rev*, 1988, p. 217; C. Purshouse, K. Bracegirdle, *The Problem of Unenforceable Surrogacy Contracts: Can Unjust Enrichment Provide a Solution*, in *Med L Rev*, (2018) 26, p. 557. Più recentemente la stessa Kim Cotton è tornata ad esporsi pubblicamente per promuovere la riforma della disciplina in vigore a favore dell’ammissibilità della stipula di accordi commerciali in tema (K. Cotton, *Baby Cotton onwards: UK surrogacy law needs to keep pace*, in *BioNews*, 26.8.2019, https://www.bionews.org.uk/page_144549).
- 15 Il primo caso che ha coinvolto l’opinione pubblica al di fuori dei confini statunitensi è *In re Baby M*. (Supreme Court of New Jersey, *In re Baby M*, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 02/03/1988). Esso riguardava un contratto di *surrogacy* a titolo oneroso avente ad oggetto la conclusione di una gravidanza e la consegna del figlio nato dalla surrogata e concepito artificialmente con il seme dell’altro contraente, cioè il padre di intenzione. Il caso, di risonanza mondiale, vide due coniugi, William ed Elizabeth Stern desiderosi di procreare, nonostante la sterilità di lei e i limiti di età di entrambi, ormai superati, per richiedere un’adozione. I due coniugi contattarono un centro specializzato di New York nel tentativo di trovare una surrogata corrispondente ai loro desideri che accettasse di portare a termine la gravidanza facendosi prima inseminare e successivamente consegnare loro il figlio dopo il parto. Appena dopo la nascita, Mrs Whitehead, cioè la portatrice, si rifiutò di portare a termine la propria obbligazione contrattuale di consegnare la neonata, costringendo il padre biologico, il solo sottoscrittore del contratto, ad adire l’autorità giudiziaria affinché gli concedesse la consegna e l’affidamento della neonata. Onde evitare il provvedimento, la donna fuggì, rifugiandosi in Florida, dove venne individuata dalle autorità locali, che provvidero a consegnare la bambina alla coppia formata dal padre biologico e dalla sua coniuge. Onde far cessare i diritti materni della madre surrogata sulla piccola da lei partorita, i coniugi adirono i giudici al fine di ottenere una esecuzione in forma specifica del contratto e in modo tale da assicurarsi l’esclusivo e definitivo affidamento della bambina per permettere alla moglie del padre biologico (estranea al contratto di *surrogacy*) di inoltrare istanza di adozione (A.B. Faraoni, *La maternità surrogata*, Giuffrè, Milano 2002, *passim*). La vicenda è stata risolta dalla Corte Suprema del New Jersey la quale si è focalizzata sul contratto di *surrogacy*, invalidandolo perché contrario all’ordine pubblico e alle leggi statali, in particolare per quel che concerne la rinuncia ai diritti genitoriali da parte della partoriente in cambio di un corrispettivo di denaro. Tuttavia, la Corte ha affidato la bambina al padre biologico, considerando che tale custodia perseguisse l’interesse della minore ((Supreme Court of New Jersey, *In re Baby M*, 537 A.2d 1227, cit.), riconoscendo il diritto di visita alla partoriente e autorizzando la moglie del padre biologico a presentare istanza di adozione giustificando questa possibilità ma nell’interesse della figlia a far parte della famiglia che le poteva garantire una migliore qualità della vita e di benessere. La pubblicistica su questo caso è sterminata, tra i contributi più interessanti si veda: J.H. DiFonzo, R.C. Stern, *The Children of Baby M*, in *Capital University Law Review*, 2011, p. 345; M. Yehezkel, *From Baby M to Baby M(anji): Regulating International Surrogacy Agreements*, in *JL & Pol’y*, 2015, 24, p. 41; J. M. Gift, *Breach Baby: An Argument for Equal Enforcement of Traditional and Gestational Surrogacy Contracts*, in *UALR L Rev*, 2020, 43, p. 127). Dopo tutti questi anni ci si può chiedere cosa sia successo a Baby M., ora Melissa Stern, e di come abbia vissuto le conseguenze della saga giudiziaria che l’ha direttamente coinvolta. Secondo notizie di cronaca, “*As for Baby M herself, you may be wondering where she is today. Reared as Melissa Stern, she turns 28 on Thursday. She is married, and lives and works in London. Back in 1987, after the lower court ruled against her, Mary Beth Whitehead said bitterly in an interview with The New York Times that once the daughter “finds out what happened, once she finds out what the Sterns have done and allowed their attorneys to do, I feel she will be angry, and that anger will be directed at the Sterns.” That seems not to be the case. Melissa Stern has generally avoided the limelight. But in 2007 she spoke to the magazine New Jersey Monthly and said of the Sterns: “I love my family very much and am very happy to be with them. I’m very happy I ended up with them. I love them, they’re my best friends in the whole world, and that’s all I have to say about it.*” (C. Haberman, *Baby M and the Question of Surrogate Motherhood*, in *The New York Times*, 23.3.2014).

le significative criticità sull'esecuzione in forma specifica del contratto tra genitori di intenzione e la portatrice. Queste due vicende sono accomunate dalla stigmatizzazione della patrimonialità dell'accordo di *surrogacy*, tuttavia tanto il giudice britannico, quanto quello statunitense affidarono i neonati ai genitori di intenzione, affermando che la miglior disponibilità economica di questi ultimi avrebbe meglio garantito l'interesse dei piccoli a godere di maggiori possibilità educative e di benessere, riabilitando, seppur implicitamente, il fattore economico appena biasimato. Sembrerebbe trattarsi, almeno a quei tempi, della condanna della gestazione per altri a titolo oneroso, ma non dell'obbligazione di surrogazione di maternità in sé.

Quasi contestualmente, nel 1988, in Israele si è verificato il caso Nahmani¹⁶ relativo a una controversia giudiziaria che ha coinvolto una coppia separata sull'utilizzo di embrioni congelati, inizialmente fertilizzati con l'intenzione di perfezionare un accordo per portare a termine la gravidanza con una donna esterna alla coppia, conosciuta negli Stati Uniti, in considerazione che sia la procreazione assistita era ancora illegale in Israele¹⁷ e sia della sopravvenuta sterilità della moglie per motivi di salute¹⁸. L'ordinamento israeliano taceva sulla legalità delle procedure di fecondazione artificiale, le quali non erano consentite dall'*Halakah*, pertanto la coppia dovette ottenere l'autorizzazione giudiziaria al fine di creare alcuni embrioni con materiali biologici omologhi e poi conservati presso un ospedale israeliano¹⁹.

Ciò nonostante, successivamente, il marito si separò dalla moglie andando a vivere con un'altra donna, dalla cui unione nacque un figlio. A seguito di ciò, l'ex moglie chiese giudizialmente il riconoscimento della titolarità esclusiva (*nonché del possesso*) degli embrioni già concepiti ai fini di completare la procedura di maternità surrogata negli Stati Uniti, ma l'ex marito si oppose attraverso un *promissory estoppel*²⁰ al fine di tutelare il suo affidamento sul suo consenso all'utilizzo degli embrioni²¹. Dopo una combattuta causa di fronte ai giudici di merito, la Corte Suprema israeliana accolse la richiesta dell'ex moglie autorizzando l'impianto degli embrioni nell'utero della portatrice statunitense. La Corte ritenne che il marito non avesse avuto alcun titolo per opporsi all'impianto degli embrioni in una *surrogate*²². Sul punto il *Justice* Tal evidenziò la doverosa tutela dell'affidamento dell'ex moglie rispetto al comportamento del marito sulla fertilizzazione degli ovuli²³.

Dopo la vicenda Nahmani, la Knesset, il Parlamento israeliano si apprestò a regolamentare la *surrogacy*, in considerazione della significativa influenza religiosa in materia. La summenzionata decisione riconosceva una apertura verso la *surrogacy*, citando esplicitamente la Bibbia:

If you take parenthood away from someone, it is as if you have taken away his life. In the Bible we find the desperate cry of our ancestress Rachel, "Give me children, else I die" (Genesis 30, 1[65]). Similarly, from the teachings of the Rabbis we learn that "whoever has no children is considered a dead person" (Bereishit Rabba 79,9 on Genesis [66]). Similarly, they interpreted the verse in Jeremiah 22,10 [68]: "Do not weep for the dead, nor bemoan him; wee indeed for him who goes" —Rabb Yehuda said: "for him who goes without childrens" (Babylonian Talmud, Tractate Moed Katan 27b [69])²⁴

-
- 16 (CA 5587/93 Nahmani v. Nahmani 49 P.D. (1) 485). Il testo completo della decisione è consultabile al seguente link: <https://versa.cardozo.yu.edu/opinions/nahmani-v-nahmani>.
 - 17 HC 1237/91, Nahmani v. Minister of Health, non pubblicata (C. Shalev, *Halakha and Patriarchal Motherhood. An Anatomy of the New Israeli Surrogacy Law*, in *Social Security. Journal of Welfare and Social Security Studies*, 1998, 5, p. 77 ss.; S. Lustenberger, *Between Civil and Religious Law*, cit).
 - 18 A. Chrysanthou, *Reliance and representations/ promises in frozen embryo disputes: UK and Israeli approaches to estoppel*, in *Medical Law International* 2019, Vol. 19(1) p. 32 ss., p. 34.
 - 19 C. Shalev, op. cit.; A. Chrysanthou, op. cit.
 - 20 C. M. Carena, voce <<Estoppel>> *Digesto delle discipline civilistiche*, Torino, UTET, 1992.
 - 21 Si tratta di un caso analogo, ma di risultato opposto alla causa Evans contro Regno Unito deciso dalla Corte europea dei diritti umani del 7 marzo 2006, ric. n. 6339/05. In dottrina, M. Ford, *Evans v United Kingdom: what implications for the jurisprudence of pregnancy?* in *Human Rights Law Review*, 2008, 8.1: p. 171 ss.
 - 22 C. M. Carena, voce <<Estoppel>>, cit.
 - 23 *"The woman underwent a difficult and painful invasive procedure in her body so as to produce the eggs, in reliance upon the consent of the man to their fertilization. Upon their fertilization, the woman was denied any other alternative, such as fertilization with "donor" sperm. She altered her situation irreversibly in reliance upon his conduct. Hence, even if he has correct arguments as to the unenforceability of the agreement and as to the need for ongoing consent at each and every stage of the path to parenthood, and any other argument... one does not heed them and one does not him to make them heard"* (Nahmani v. Nahmani, cit.). Sul punto, C. Shalev, *Halakha and Patriarchal Motherhood*, cit., p. 76 ss.; S. Lustenberger, cit.
 - 24 S. Lustenberger, cit.; I. Rosenblum, *Being Fruitful and Multiplying: Legal, Philosophical, Religious, and Medical Perspectives on Assisted Reproductive Technologies in Israel and Internationally*, in *Suffolk Transnat'l L Rev*, 2013, p. 627.

In un contesto in cui l'influenza della religione iniziava a rivendicare il suo spazio, come dimostrato dalle parole del Justice Tal, sembra quindi prendere corpo il dialogo tra potere giudiziario, attivato dalle richieste delle coppie desiderose di discendenza, e potere legislativo. In questo senso diventa rilevante il riconoscimento anche alle coppie sterili e infertili della possibilità di avere discendenza con la conseguente trasmissione dell'elemento identitario ebraico a tale discendenza, indipendentemente dal principio *mater semper certa est*, anzi prevalendo su di esso.

Ci si può chiedere se la supplenza delle iniziative giudiziarie contro l'inerzia legislativa possa essere considerato conforme al principio di separazione dei poteri di montesquieuiana memoria, ma non è possibile accantonare le peculiarità dell'ordinamento israeliano, il quale appartiene al novero delle c.d. "mixed jurisdictions", nelle quali coesistono diverse fonti giuridiche²⁵.

Alla luce di tali peculiarità, per disciplinare questo ambito, i Ministeri israeliani della Giustizia e della Salute promossero una commissione pubblica guidata da un giudice, ormai ritirato, della Corte Suprema: Shaul Aloni, affinché analizzasse e valutasse tutti gli aspetti della riproduzione umana artificiale, compresa la *surrogacy* (d'ora in poi Commissione Aloni)²⁶.

3. La "Commissione Aloni"

L'obiettivo dei lavori della Commissione Aloni era di esaminare gli aspetti sociali, etici, legali e religiosi della riproduzione artificiale, inclusa la surrogazione di maternità legati all'*Halakah*. Tale analisi necessitava del bilanciamento tra le questioni allora emergenti relative al rispetto della privacy e alla manifestazione del consenso informato in merito alla somministrazione di terapie contro la sterilità (allora) innovative, alla donazione di gameti, alla formazione di embrioni.

Altresì il Report Aloni si occupava delle questioni religiose che potevano emergere in tali ambiti, in particolare rispetto allo status dei bambini nati da siffatti procedimenti, con la consapevolezza che gli accordi relativi alla *surrogacy* avrebbero attratto l'attenzione dell'opinione pubblica israeliana, in virtù della stretta connessione tra filiazione e identità religiosa.

Il punto di maggiore interesse affrontato dalla Commissione Aloni riguardava (*e, a parere di chi scrive, tutt'ora riguarda*) la raccomandazione formulata relativamente al riconoscimento della primazia dei principi costituzionali della protezione della privacy nella vita familiare e del principio di autodeterminazione riproduttiva. Si tratta di una posizione forte, ma al contempo cauta, in un ambito dove la *surrogacy* e le questioni ad essa inerenti erano (*e rimangono*) strettamente coinvolte con l'espressione del credo religioso.

Infatti, a suo tempo, la Commissione Aloni aveva evitato di prendere una posizione netta tanto in senso (*cioè a favore*) quanto nell'altro (*ovvero contro*) la gestazione per altri²⁷. *Illo tempore*, infatti, in ambito comparatistico ancora non vi erano legislazioni che espressamente disciplinavano la *surrogacy* autorizzandola, ovvero proibendola. Pertanto, secondo la Commissione Aloni, in assenza di esperienze regolatrici comparabili, sarebbe stato rispettoso della complessità sia del tema, sia della natura umana focalizzarsi in via principale sulle scelte individuali.

L'impressione che si ha nella lettura odierna del Report della Commissione Aloni è di trattare di argomenti diversi dalla *surrogacy*. Infatti, quando la Commissione redigeva il suo rapporto, era presente una maggiore sensibilità verso l'autodeterminazione individuale, rispetto alla contemporanea (*e maggiormente diffusa*) certezza su cosa sia un bene (*o un male*) per le persone coinvolte nei procedimenti relativi alla *gestazione per altri*.

Il Report della Commissione Aloni è contraddistinto dall'invito ad evitare interferenze nella gestione contrattuale della *surrogacy*, eccetto che per "*weighty reasons*"²⁸, dato che il diritto alla riservatezza in ambito riproduttivo avrebbe dovuto essere rispettato in via di principio, anche in tema di gestazione per altri. Sul punto, anzi, la Commissione raccomandava che i *surrogacy agreement* non venissero sanzionati con imputazioni di natura penale, ma neppure dovessero essere incoraggiati o consentiti senza restrizioni data la loro caratterizzante complessità umana e legale.

25 Y. Roznai, L. Volach, *Law reform in Israel. The Theory and Practice of Legislation*, 2018, 6(2), p. 291 ss.; C.O.H.N. Margit, *Comparative Public Law Research in Israel: A Gaze Westwards*, in *Asian Journal of Comparative Law*, 2019, 14(S1), p. S11 ss.

26 C. Shalev, *Halaka and Patriarchal Motherhood*, cit. p. 79 ss.

27 C. Shalev, op. cit. M. Corinaldi, *Towards the Practice of Surrogacy in Israel*, in *Med. & L.*, 1995, 14, p. 425 ss.

28 C. Shalev, op. cit.; CA 413/80 A. v. B, 35 P.D. (3) 57, anche se questo riferimento è relativo all'autodeterminazione abortiva. Si tratta pur sempre di una questione inerente alla riproduzione umana.

In questo ambito, quindi, la Commissione Aloni sottolineava la necessità di un intervento regolatorio statale promuovendo uno schema legislativo approvato dalla maggioranza dei suoi componenti e con cui gli accordi di surrogazione di maternità potessero essere introdotti nell'ordinamento a condizione che i medesimi ricevessero una preventiva approvazione da un ente all'uopo incaricato.

A tale ente veniva consentito di esercitare discrezionalmente un potere di revisione di ogni singolo accordo di *surrogacy* tanto nel merito quanto nella forma, affinché le parti fossero messe in condizione di comprendere appieno il significato delle obbligazioni sottoscritte. Al fine di evitare il turismo procreativo, la Commissione richiedeva che tale *prospective regulation* riguardasse e fosse applicata solo alle parti contraenti residenti in Israele, luogo esclusivo di esecuzione dell'accordo di *surrogacy*²⁹.

La Commissione Aloni redigeva una ulteriore serie di raccomandazioni relative ai requisiti preliminari e circostanziali necessari affinché le parti potessero accedere alla procedura, come la sottoposizione ad uno specifico screening psicologico sui genitori di intenzione, comprensivi di colloqui con professionisti per valutare con gli interessati ogni possibile alternativa, compresa l'opzione di non avere figli.

Al contrario, la Commissione Aloni non prevedeva particolari requisiti sui criteri di eleggibilità della possibile candidata surrogata (*oggi verrebbe definita "portatrice"*), eccetto che la medesima fosse maggiorenne (*in considerazione della raggiunta capacità di agire*), né limitazioni in merito alla scelta della tecnica procreativa.

Ciò nonostante, va sottolineato che la Commissione Aloni raccomandava all'unanimità il pagamento della surrogata per il servizio da lei effettuato relativamente al suo tempo, sofferenza, costi e perdita di opportunità lavorative e di guadagno³⁰.

A distanza di trent'anni è possibile osservare come su questo punto l'opinione pubblica abbia completamente cambiato orientamento, considerando invece lesivo della dignità della donna e del nascituro stesso il fatto che la *surrogacy* possa venire retribuita, tanto in via diretta e autonoma, quanto in via indiretta, per esempio attraverso il riconoscimento di un rimborso spese (*elemento considerato da alcuni come un vero e proprio pagamento surrettizio*)³¹.

Dall'altro lato, la Commissione suggeriva che alla portatrice non fosse permesso di offrirsi più di una volta, a meno che non si fosse prestata a una seconda gravidanza per la coppia genitoriale per la quale avesse già partorito il primo figlio.

La Commissione Aloni fondava le sue raccomandazioni sul principio di autonomia privata e di riservatezza in particolare per ciò che concerne la portatrice, ciò con l'intento di salvaguardare i rapporti di parentela ovvero affinità, comunque collegati con le disposizioni della *Halakha* ebraica³², non ignorate dalla Commissione stessa. In ogni caso, la Commissione sceglieva di privilegiare la prospettiva della prevalenza della libertà individuale. Siffatto approccio permetteva di lasciare alle parti la libertà di decidere se procedere all'esecuzione contrattuale della *surrogacy*.

Secondo le critiche allora sollevate, una legislazione che avesse attuato tali principi della *surrogacy* "statale" avrebbe perpetuato le strutture patriarcali delle relazioni riproduttive, le quali sottomettevano la capacità generativa femminile alla continuità genetica maschile, sfruttando il corpo della donna come strumento per soddisfare tali "bisogni", negando l'indipendenza economica femminile e celebrando il valore della maternità all'interno del matrimonio come un mezzo giustificativo di qualsiasi fine³³.

29 C. Shalev, op. cit. p. 80.

30 C. Shalev, ult. op. cit.

31 Questa circostanza si è già manifestata nel dibattito britannico in occasione del caso di baby Cotton: *supra*, nota 14.

32 C. Shalev, op. cit.

33 C. Shalev, op. cit.

4. L'approvazione dell'*Embryo Carrying Agreement Law* 1996

La legge che disciplina gli accordi di surrogazione di maternità³⁴ (denominata *Embryo Carrying Agreement Law*, d'ora in poi *ECAL*) è stata approvata nel 1996³⁵ e stabiliva una normativa molto rigorosa in difesa dei valori tradizionali della famiglia eterosessuale, costringendo le coppie omosessuali intenzionate a progetti di genitorialità a rivolgersi all'estero³⁶.

Ab origine la disciplina era divisa in due parti:

a) la prima riguardava gli accordi tra le coppie eterosessuali coniugate che avessero avuto l'intenzione di accedere alla pratica e le possibili portatrici (che dovevano essere donne singole ovvero divorziate, di religione ebraica), oltre alla procedura di approvazione di tali accordi, sottoposti al vaglio di una apposita commissione;

b) la seconda parte riguardava lo status del neonato e i rapporti con i genitori di intenzione.

Tale normativa, molto controversa nel momento della sua entrata in vigore³⁷, era permeata da un approccio tradizionalista, in favore della natalità delle coppie eterosessuali coniugate, dove si percepiva la forte influenza religiosa data la centralità del ruolo della maternità nella trasmissione dell'identità ebraica³⁸.

La caratteristica distintiva dell'approccio israeliano concerneva il fatto che il Comitato che doveva valutare l'aderenza del contratto di *surrogacy* non era (*e tuttora non è*) coinvolta nel processo di surrogazione di maternità tra la gestante e i genitori di intenzione, ma stabiliva (*e anche ora stabilisce*) le linee guida³⁹ per la stesura dell'accordo e verifica che i contenuti⁴⁰ siano conformi alla legge.

L'art. 1 dell'*ECAL*⁴¹ stabiliva esplicitamente che l'accordo per la surrogazione di maternità fosse consentito alle sole coppie eterosessuali dato che "i genitori designati" erano "un uomo e una donna che formano una coppia"⁴², escludendo così gli omosessuali, sia come singoli sia in coppia. Questo divieto è stato modificato solo dopo un duplice intervento della Corte Suprema Israeliana nel 2018 e 2021⁴³. Successivamente a tali decisioni anche le coppie omosessuali (*prima quelle femminili, poi anche quelle maschili*) hanno potuto essere genitori di intenzione stipulando l'accordo con una portatrice, la quale accetta di rimanere incinta attraverso l'impianto nel suo corpo di un ovulo fecondato e di portare avanti una gravidanza per i genitori designati.

Ai sensi dell'articolo 2 dell'*ECAL* tale impianto è subordinato all'esistenza di alcune condizioni cumulative, tra cui la redazione di un accordo scritto tra i genitori designati e la portatrice, nonché la mancanza di relazioni familiari tra la coppia e la portatrice medesima⁴⁴, nonché l'approvazione dell'accordo da parte della commissione, di fronte alla quale le parti coinvolte nella *surrogacy* devono apporre personalmente la loro sottoscrizione⁴⁵.

Il compenso a favore della gestante, concordato tra le parti, è a carico dei genitori intenzionali, i quali devono far fronte alle relative spese mediche e assicurative non coperte dall'assicurazione medica statale.

34 E. Teman, *Surrogacy in Israel. State-Controlled Surrogacy as a Mechanism of Symbolic Control*, in E. Scott Sills. (ed.), *Hand Book of Gestational Surrogacy*, Cambridge, 2016, p. 167 ss.

35 Y. Ilany, N. Ilany, *The LGBT community in Israel: access to the surrogacy procedure and legal right for equality, family life and parenthood*, in *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 83(1), p. 85 ss.

36 D. Birembaum-Carmeli, op. cit.

37 M. Raucher, *Whose Womb*, op. cit.

38 R. Alpert, *What Is a Jew? The Meaning of Genetic Disease for Jewish Identity*, cit.

39 Disponibili su www.health.gov.il/DocLib/pon_tofes13.pdf

40 C. Shalev, op. cit.

41 Dato che il termine "surrogacy" non è traducibile in ebraico, il concetto è stato tradotto in lingua inglese come "Embryo Carrying Agreements" (C. Shalev, op. cit.). Per un approfondimento sul dibattito dottrinario e parlamentare su questa disciplina: S. I. Rosenblum, *Being Fruitful and Multiplying*, cit.

42 Tale disposizione è stata emendata dopo la decisione della Corte Suprema israeliana *Moshe v. The Board for Approval of Embryo Carrying Agreements under the Embryo Carrying Agreements Law*, HCJ 5771/12, 18.9.2014, <https://versa.cardozo.yu.edu/topics/egg-donation>

43 Z. Triger, *The Reluctant Acceptance of Same-Sex Unions and Parents in Israel*, in *NTU L. Rev.*, 2021, 16, 1; G.

44 *Jane Doe v. The Board for Approval of Embryo Carrying Agreements under the Agreements Act*, paras. 12-16 (26 luglio 2011).

45 Sezione 5 (b) della legge *Embryo Carrying Agreement Law*.

Le condizioni del *surrogacy agreement* sono previste dall'art. 5 dell'*ECAL*, il quale stabilisce che il Comitato può, dopo aver valutato la totalità delle informazioni provenienti dai documenti e dalle dichiarazioni delle parti di fronte ad esso, approvare immediatamente l'accordo di *surrogacy* o riservarsi di approvarlo solo dopo la modifica di alcune condizioni se i requisiti di legge non sono stati pienamente soddisfatti. In particolare, che la candidata portatrice e i genitori di intenzione devono essere residenti in Israele. Ulteriormente, la candidata portatrice deve aderire a specifici e rigorosi requisiti, cioè: essere nubile⁴⁶; la candidata portatrice non deve avere vincoli di parentela ad uno dei genitori di intenzione, mentre deve avere già concepito e partorito figli propri, però in numero non superiore a 4. Inoltre, al momento dell'approvazione dell'accordo per il trasporto di embrioni la candidata portatrice deve avere un'età tra i 22 anni e i 39 anni non ancora compiuti. Ulteriormente, la candidata non deve avere avuto più di due gravidanze per altri, né svolto il ruolo di portatrice più di una volta.

L'art. 5 dell'*ECAL* prevede specifiche condizioni anche per i genitori di intenzione: essi devono essere maggiorenni al momento dell'approvazione dell'accordo da parte del Comitato di approvazione ed almeno uno di essi deve essere di età inferiore ai 54 anni, mentre in quest'ultimo caso il Comitato di approvazione può approvare specifiche eccezioni. L'art. 5 stabilisce anche dei limiti all'accesso alla *surrogacy* in caso a chi genitore già e si ritrova in condizioni di sopravvenuta sterilità, infatti una coppia di genitori designati non deve avere più di due figli propri in comune, mentre per un genitore singolo tale limite è di due figli genetici.

I futuri genitori non devono essere stati condannati, né in Israele, né in altre giurisdizioni, per reati che per natura, gravità o circostanze comportino un danno significativo per gli interessi del nascituro. Nel caso in cui esista un procedimento penale pendente contro uno dei futuri genitori d'intenzione in relazione ai suddetti possibili reati, il Comitato di approvazione può rinviare la sua decisione fino al termine del procedimento giudiziario che li vede coinvolti.

In via generale, la portatrice e la madre di intenzione devono essere ebrei, ma nel caso in cui la portatrice ovvero la madre di intenzione, o entrambe non siano di religione ebraica, il Comitato di approvazione può decidere se autorizzare il *surrogacy agreement* sentito il parere del membro religioso del Comitato stesso. Questa disposizione esplicita l'importanza dell'elemento religioso della *surrogacy* israeliana, che si rivela essere determinante nella scelta di escludere o meno chi non appartiene a tale religione dall'accesso alla pratica, in modo da non consentire gli aspetti deleteri legati al c.d. "turismo riproduttivo", dato che tutte le fasi (*dalla fecondazione in vitro dell'ovulo, al trapianto dell'ovulo medesimo nell'utero della portatrice e la nascita stessa*) devono avvenire in Israele⁴⁷.

Tutte le parti che hanno accettato di prendere parte alla procedura della *surrogacy* devono dichiarare di espletare tale procedura liberamente e volontariamente comprendendone significato e conseguenze, né nell'accordo è consentito inserire clausole violative ovvero limitative dei diritti del nascituro o di una delle parti, mentre per prevenire danni alla salute della portatrice negli accordi di *surrogacy* è stabilito che non possono essere espletati più di sei tentativi di trapiantare gli embrioni nell'utero della medesima⁴⁸.

In merito alla possibilità della surrogata a recedere dal *surrogacy agreement*, l'art. 13 dell'*ECAL* par. a) stabilisce che la volontà di recedere da parte della portatrice deve essere sottoposta al vaglio di un assistente sociale, altresì tale recesso deve essere giustificato da un mutamento di circostanze e che questo non danneggi l'interesse superiore del nascituro. Attraverso questa disposizione, il legislatore israeliano non considera in modo automatico che l'interesse del bambino sia necessariamente quello di venire affidato alla sua gestante. Altresì, il par. b) stabilisce che dopo l'emissione di un ordine parentale, il tribunale non può più riconoscere alla portatrice il recesso dall'*agreement* e pertanto il bambino rimane con i genitori di intenzione.

Analizzando la disciplina in commento con la lente interpretativa contraria all'asserito sfruttamento patriarcale del corpo femminile, tali norme non sembrerebbero valorizzare adeguatamente né la libertà della portatrice di cambiare idea sulla scelta di tenere con sé il bambino da lei partorito, né la protezione sovradescritto legame sorto durante la gravidanza che unirebbe neonato e gestante, poiché

46 Anche se il Comitato di approvazione può autorizzare un impegno con una portatrice coniugata, nel caso in cui sia stato dimostrato in modo soddisfacente che i genitori di intenzione non sono riusciti a stipulare un accordo con una gestante non sposata. In tal caso, al marito devono essere spiegate, in una lingua a lui comprensibile, le conseguenze della procedura *surrogacy* e i rischi comportati dall'esecuzione di tale accordo. Il coniuge della portatrice può esprimere la sua posizione davanti alla Commissione d'approvazione e questa sarà portata davanti ai genitori di intenzione prima dell'approvazione dell'accordo di *surrogacy*.

47 Tuttavia, il Comitato di approvazione può acconsentire che una parte della gravidanza venga effettuata al di fuori da Israele se sussistono ragioni gravi e secondo le condizioni determinate dal Comitato medesimo.

48 Sect. 5.

la volontà della portatrice di (*eventualmente*) cambiare idea e recedere dall'*agreement* è legata alla valutazione di terzi, cioè degli assistenti sociali e della Corte.

Ciò nonostante il par. c) afferma che se il tribunale stabilisce la validità del recesso della portatrice da un *agreement*, costei diventa legalmente genitore e tutrice del minore a tutti gli effetti. In tali casi la corte può anche prescrivere in un'ordinanza disposizioni riguardanti lo status del bambino e il suo rapporto con i suoi genitori di intenzione o con uno di loro, nel caso in cui vi sia un legame biologico tra questi e il minore nato da *surrogacy*.

Si tratta di una situazione molto peculiare che rispecchia la logica sottesa alla legge israeliana nel momento della sua approvazione, cioè la primaria importanza della trasmissione della identità ebraica al nuovo nato, garantita dal parto da una portatrice di fede ebraica a una coppia di genitori di intenzione di religione ebraica. Ci si trova, dunque, di fronte alla difficoltà di bilanciare un elemento che manifesta un retaggio patriarcale, come la trasmissione dell'identità religiosa, e un elemento maggiormente legato alla sensibilità moderna, come la tutela del miglior interesse del minore.

La soluzione adottata dall'*ECAL* è che in via generale la partoriente sia tenuta a consegnare il bambino ai genitori designati dopo la nascita, ma solo con il *parental order* giudiziario i genitori di intenzione diventano legalmente genitori del bambino e questi sarà figlio loro a tutti gli effetti.

Infine, l'art. 7 dell'*ECAL* il quale esplicitamente vieta la realizzazione di una gestazione per altri al di fuori delle condizioni e delle clausole previste dalla legge, in particolare, il trattamento di inseminazione artificiale non può essere effettuato al di fuori di una struttura autorizzata e sulla base di un accordo approvato ai sensi della medesima legge, sanzionando penalmente (ai sensi dell'art. 19 *ECAL*) con la reclusione di un anno, chi procede all'impianto di un ovulo fecondato nella portatrice con scopi e modalità differenti dalla legge in questione.

5. Il Comitato per l'approvazione dei singoli agreement

Il ruolo assunto dal Comitato per l'approvazione degli *embryo carrying agreements* è essenziale: esso esamina i documenti depositati dalle parti ai sensi di legge, le ascolta e può, a sua discrezione, richiedere alle medesime qualsiasi materiale aggiuntivo che ritenga utile e audire qualsiasi altra persona che reputi di interesse. Esso approva l'accordo dopo aver considerato tutti i dati che emergono dal parere degli esperti eventualmente convocati e i documenti e le circostanze conosciute secondo le precisazioni dell'art. 5, par. a).

Il Comitato può riconsiderare l'approvazione già concessa in caso di un cambiamento sostanziale nei fatti, nelle circostanze o nelle condizioni che sono servite come base per la sua decisione e fino a quando l'ovulo fecondato non è stato trapiantato nella portatrice.

Relativamente alla composizione del Comitato è possibile osservare che esso intende rappresentare le parti sociali che sono coinvolte nella procedura. I membri sono nominati dal Ministro della salute e operano ai sensi della *ECAL* e concernono due medici con laurea specialistica in neonatologia e ginecologia, un laureato in medicina interna, uno psicologo clinico, un assistente sociale, un giurista in rappresentanza dell'interesse pubblico, un ministro del culto di appartenenza delle parti coinvolte nell'accordo. Siffatta partecipazione manifesta la profonda influenza religiosa in materia.

Il Comitato predispose altresì linee guida per portatrici e genitori di intenzione che precisano nel dettaglio gli standard delle spese che questi ultimi devono affrontare e le relazioni, anche da un punto di vista giuridico, che intercorreranno tra le parti, nonché nell'uso del seme del partner⁴⁹.

In precedenza alla valutazione della domanda, occorre effettuare una verifica preliminare della sussistenza dei requisiti previsti dalla legge e delle procedure previste dal Comitato, superata la quale il Comitato procede all'analisi della documentazione prodotta⁵⁰ e, dopo di ciò, all'ascolto delle parti coin-

49 Le coppie omosessuali femminili possono accedere alla donazione dei gameti maschili senza limitazioni (The Public Commission for the Evaluation of Fertility & Childbirth 33, <http://www.health.gov.il/publicationsfiles/bap2012.pdf>). In dottrina, A. Westreich, op. cit., p. 277; A. Von Hagel, D. Mansbach, *The Regulation of Exploitation*, in *International Feminist Journal of Politics*, 2016, 18:2, p. 190 ss.

50 Secondo la documentazione disponibile sul sito del Ministero della salute israeliano per ricevere il servizio occorre presentare la domanda di approvazione di un contratto relativo all'*Embryo Carrying Agreement*; l'*affidavit* dei genitori designati e della portatrice, requisiti medici dei futuri genitori, parere ginecologico/pediatrico sia dei genitori di intenzione sia della persona candidata portatrice, dichiarazione dello specialista, dichiarazione degli avvocati delle parti, contratto assicurazione sulla vita della portatrice, dichiarazioni delle parti sulle reciproche aspettative, rinuncia alla riservatezza delle parti; Raccomandazioni e linee guida dall'aspetto giuridico, in particolare sui principi del processo di maternità surrogata dagli aspetti

volte nel accordo medesimo al fine di chiedere ulteriori approfondimenti, ma soprattutto interloquire personalmente tanto con la portatrice quanto con i genitori designati per verificare il loro consenso e la piena comprensione del processo che stanno per intraprendere. Durante tale processo possono venire richiesti gli interventi di familiari, parenti ovvero amici che abbiano una buona conoscenza delle parti e possano contribuire alla ricostruzione del quadro in cui il procedimento di gestazione per altri sta per concretizzare.

Effettuata siffatta analisi il Comitato procede alla decisione sulla base delle risultanze documentali e dei colloqui. In questo contesto può emendare ovvero commentare l'accordo, inviando tali emendamenti o commenti agli avvocati delle parti, e solo dopo l'accettazione delle parti di tali modifiche, si procede all'approvazione. Dopo di ciò viene fissata una data per la stipula formale dell'accordo attraverso l'apposizione della firma delle parti alla presenza dei membri del Comitato. Tale passaggio riguarda l'inizio della procedura di gestazione per altri. Alla fine del quinto mese di gravidanza gli aspiranti genitori e la portatrice devono informare le autorità del luogo della prevista nascita al fine di trasferire il neonato e il suo affidamento ai genitori d'intenzione.

L'intervento così dettagliato del Comitato nelle procedure di gestazione per altri consente l'emersione di una questione di fondo e cioè che la materia non sia più sottomessa alla tradizione patriarcale, quanto invece venga sottoposta a una valutazione paternalistica, realizzata attraverso una specificazione dettagliata dei vari passaggi. Come si può enucleare a questo punto una possibile distinzione tra patriarcato e paternalismo? Come è stato autorevolmente sostenuto: il patriarcato rafforza i suoi codici e i suoi valori in una combinazione di sessismo, misoginia e paternalismo⁵¹. Pertanto il paternalismo è un elemento dell'ideologia sulla quale il patriarcato giustifica e razionalizza il suo ordine sociale essendo strettamente correlato con esso e perpetuandolo⁵².

In questo contesto, esso agisce in modo più sottile rappresentando un'interferenza sullo stato o sull'individualità di un'altra persona per proteggerla da possibili pericoli o minacce⁵³. Ed era questo lo scopo della Commissione Aloni: proteggere le parti da rischi o pericoli, in particolare dallo sfruttamento del ruolo della portatrice. Nell'attuazione legislativa delle conclusioni della Commissione Aloni, il principio autodeterminativo individualistico conosce un importante limite proprio attraverso il ruolo del Comitato, legittimato dallo Stato, che concretizza il suo intervento in un approccio paternalistico alla questione. In questo specifico passaggio emerge la contraddizione tra il paternalismo legato agli scopi della disciplina prevista dalla ECAL e l'espressione dell'autodeterminazione e della privacy dei singoli che invece caratterizzava il Report della Commissione Aloni.

6. L'approvazione dell'Egg Donation Act 2010

La prima significativa modifica dell'ECAL è avvenuta attraverso l'approvazione dell'Egg Donation Act 2010 (d'ora in poi EDA) è avvenuta attraverso l'intervento della Knesset con una normativa *ad hoc* in materia di donazione di gameti femminili. Tale disciplina si prefigge lo scopo di "regolare i diversi aspetti coinvolti nell'estrazione, nella donazione e l'uso di ovuli" a fini procreativi in Israele, quando la madre di intenzione "non è in grado di produrli, neanche con l'aiuto medico, o soffre di altre patologie che giustificano l'utilizzo della donazione eterologa di ovuli per la formazione di embrioni, da impiantare nel caso di *surrogacy* ai sensi dell'ECAL⁵⁴.

legali, medici, finanziari e assicurativi; un modulo che costituisce un accordo di mutuo rilascio tra gli aspiranti genitori e la surrogata nel caso in cui entrambe le parti desiderino disporre la cessazione dell'accordo intercorso tra di loro nel processo di maternità surrogata; Conferma del fiduciario dell'apertura di un conto fiduciario per un contratto di *surrogacy*. Fonte: https://www.health.gov.il/Services/Committee/Embryo_Carrying_Agreements/Pages/documents.aspx

51 J.D. Cremer, *Patriarchy, Religion, and Society*, in *Exploring Gender at Work*, 2021, Palgrave Macmillan, Cham, p. 26 ss.

52 K. Manne, *Down girl: The logic of misogyny*. New York: Oxford University Press., 2018, p. 20.

53 J.D. Cremer, *Patriarchy, Religion, and Society*, cit.

54 Art. 11 EDA. Questa legge ha lo scopo di "regolare i vari passaggi della donazione di ovuli in Israele e del loro uso. Essa è stata emanata nel 2010 quando la stesura degli accordi in essa menzionati era ancora nella sua versione originale precedente all'entrata in vigore della riforma del 2018. La disposizione della sezione 13 (e) (2) della presente legge aggiunge che il trapianto di ovociti nel corpo di una surrogata verrà effettuato solo se un medico rileva che la madre d'intenzione non è in grado di portare a termine la gravidanza per problemi di salute, sterilità o altra giustificazione medica che le impedisca di avere un figlio (Moshe v. The Board for Approval of Embryo Carrying Agreements under the Embryo Carrying Agreements Law). A.

In precedenza all'EDA per un donna sterile o infertile l'accesso alla procreazione medicalmente assistita era assai difficoltoso: o l'aspirante madre produceva propri ovuli (estraibili a rigide condizioni, principalmente legate all'infertilità) o era costretta a rivolgersi all'estero⁵⁵.

Detto intervento legislativo rispondeva alla strategia di policy secondo cui la gestione di un fenomeno, per quanto sensibile e controverso, è comunque preferibile alla sua proibizione poiché lo si rende trasparente e controllabile⁵⁶. Uno degli scopi della legge, oltre ad ampliare la cerchia delle donne donatrici, era quello di rispondere alla preoccupazione per il commercio di ovuli e per lo sfruttamento e la mancanza di rispetto per il corpo delle donne⁵⁷. A questo proposito, la legge ha stabilito varie restrizioni sul numero massimo di donazioni che possono essere ricevute dalla stessa donna e sulla frequenza di estrazione degli ovuli dal corpo della donatrice, i doveri riguardanti le informazioni che devono essere date alla donna donatrice e l'ottenimento del suo consenso per eseguire procedure sugli ovuli estratti dal suo corpo; e il divieto di commercio degli ovuli.

Tale disciplina è intervenuta direttamente sulla gestazione per altri in quanto stabilisce che è possibile estrarre gameti e ovuli dalla madre intenzionale per ottenere embrioni da impiantare nell'utero della portatrice ai fini dell'esecuzione di un accordo per il trasporto di embrioni secondo l'ECAL, ai sensi dell'art. 4 dell'EDA medesimo.

La disposizione della sezione 13 (e) (2) della medesima legge aggiunge che il trapianto di ovociti nel corpo di un donatore o di una surrogata verrà effettuato solo se un medico rileva che la madre d'intenzione non è in grado di portare a termine la gravidanza per problemi di salute, sterilità o altra giustificazione medica che le impedisca di avere un figlio.

Tra le disposizioni che incidono sulla disciplina relativa all'ECAL si ricorda che il comitato incaricato accerta che il consenso della donatrice è stato dato da una persona capace, per libera volontà, e non per pressione familiare, sociale, economica o altro. Per quel che concerne la volontà della donatrice di destinare i propri ovuli a una specifica portatrice, deve essere accertato che il consenso non è collegato ad un compenso in denaro o altre utilità, direttamente o indirettamente, dalla destinataria o da un suo rappresentante e può convocare a tali fini il destinatario, se gli ovuli sono destinati a un destinatario particolare, o qualsiasi altra persona come ritiene opportuno⁵⁸.

Per completare il quadro, per quanto riguarda le donne single, quindi anche le coppie lesbiche, queste possono concepire usando una donazione anonima di sperma senza limitazioni⁵⁹. Entrambe sarebbero considerate madri: una dando alla luce il bambino; l'altra, a seguito di un decreto giudiziario che la dichiara seconda madre del bambino⁶⁰.

7. La surrogacy transfrontaliera sulla regolamentazione nazionale e il riconoscimento della filiazione interna

A questo punto, occorre tirare le fila sulla ricostruzione del panorama israeliano sulla *surrogacy*. Il summenzionato contenzioso Nahmani aveva anticipato il problema dell'accesso alle tecniche di fecondazione assistita e alla *surrogacy*; a questo proposito, la Commissione Aloni e il seguente ECAL avevano risolto la questione per le sole coppie eterosessuali, mentre quelle dello stesso esso ovvero le persone non coniugate dovevano comunque rivolgersi all'estero e poi richiedere il riconoscimento in Israele del

Westreich, *Surrogacy and egg donation in Israel: legal arrangements, difficulties, and challenges*, in P. Mostowik (ed), *Fundamental Legal Problems of Surrogate Motherhood-Global Perspective*, Warsaw, 2019.

55 Inoltre, potevano accadere incidenti quali procedimenti disciplinari per un alto dosaggio di ormoni al fine di produrre un numero elevato di ovuli e usarli per trattare l'infertilità di altre donne senza previa richiesta di consenso informato (Moshe v. The Board for Approval of Embryo Carrying Agreements under the Embryo Carrying Agreements Law).

56 G.F. Gruenbaum, Z.S. Pinchover, E. Lunenfeld, A. Jotkowitz, *Ovum donation: examining the new Israeli law*, in *Eur J Obstet Gynecol Reprod Biol.*, 2011 Nov, 159(1), p. 40 ss.; C. Shalev, *From woe to woe: Egg donation in Israel*, in *International Women's and Gender Studies in Lower Saxony*, 6, 2010, p. 71 ss.

57 Moshe v. The Board for Approval of Embryo Carrying Agreements under the Embryo Carrying Agreements Law, cit.

58 In senso critico, S. Bassan, *Donations for Sale-Rhetorical Methods in the Service of Compensated Egg Recruitment in Israel*, in *Geo. J. Gender & L.*, 2018, 20, p. 1.

59 A. Westreich, *Surrogacy and Egg Donation in Israel: Legal Arrangements, Difficulties, and Challenges*, cit, p. 277 ss.

60 Tuttavia, se la coppia si separasse, il tribunale sarebbe favorevole alla madre genetica, ma anche qui, ci sono i primi segni di cambiamento (A. Westreich, op. cit.; Family Court, G.D. and D.P. v. Attorney General, 22.5. 2017).

certificato di nascita dei bambini venuti al mondo attraverso la gestazione per altri. Fino a questo punto, quindi, la *surrogacy* regolata dallo Stato diventava uno strumento di perpetuazione della tradizione religiosa più che di autodeterminazione genitoriale.

Nel panorama giuridico israeliano la questione invece era più concreta cioè riguardava il riconoscimento interno della filiazione nata da *surrogacy* straniera da parte delle coppie dello stesso sesso: si trattava di un passaggio ulteriore rispetto a quanto già affrontato nella controversia Nahmani: siffatta evoluzione minava nel profondo la visione tradizionale della famiglia legata ai valori religiosi per la presenza di un elemento distintivo, cioè la possibile composizione omosessuale maschile della coppia.

La prima iscrizione nei registri di stato civile israeliani dei provvedimenti stranieri di riconoscimento dei minori quali figli di una coppia dello stesso sesso ai sensi del *Population Registry Act*⁶¹ è stata autorizzata dalla giurisprudenza nel 2014 con il caso Mamet Meged⁶². In questa occasione la Corte Suprema israeliana aveva affermato che la registrazione dell'atto di stato civile straniero o della sentenza straniera relativi al riconoscimento dello status di figlio di una coppia dello stesso sesso non poteva essere rifiutata in virtù della tutela del miglior interesse del minore. Infatti, l'interesse del minore e la tutela della fede pubblica del certificato di nascita giustificano la registrazione di entrambi i genitori allo stato civile, senza che sia necessaria alcuna procedura di adozione⁶³.

È in questa procedura che si osserva emergere il cambiamento di orientamento in materia di riproduzione artificiale e di *surrogacy*, considerate parti integranti della medicalizzazione della riproduzione umana⁶⁴: fino a che essa riguardava le coppie eterosessuali, la gestazione per altri è stata considerata alla stregua di un miglioramento offerto dalla *techne* a favore dell'autodeterminazione personale e della partecipazione attiva alla procedura medica.

Al contrario, nel caso dell'implementazione di tali concetti nei confronti di una coppia omosessuale, specie se maschile, le voci contrarie alla *surrogacy*, provenienti soprattutto da specifiche correnti del femminismo, mutano radicalmente prospettiva. Esse interpretano la medicalizzazione della riproduzione umana come una forma di alienazione, oggettivizzazione, isolamento delle donne, se non addirittura una patologizzazione della riproduzione che comporta uno scollamento e una alienazione della connessione tra il feto e la gravidanza⁶⁵.

Nondimeno, il doversi rivolgere all'estero, in particolare negli Stati Uniti, ha reso evidente che la rigorosa definizione di chi poteva accedere alla *surrogacy* nazionale ai sensi della ECAL era troppo rigida, dando spazio ad applicazioni irragionevoli e sproporzionate violative del principio di uguaglianza⁶⁶.

8. La svolta giurisprudenziale della Corte Suprema di Israele

In conseguenza di quanto sopra menzionato, le coppie dello stesso sesso rivendicarono il diritto di uguaglianza all'accesso alle tecnologie di riproduzione artificiale, gestazione per altri compresa, attraverso la strategia giudiziaria. Nel 2015 venne presentata un'istanza per accedere alla *surrogacy* alle coppie dello stesso sesso e alle persone singole, indipendentemente dalla sussistenza del legame genetico con il nascituro. La Corte Suprema israeliana stabilì invece un primo risultato, cioè che l'esistenza di un legame genetico tra almeno uno dei due genitori e il nascituro da *surrogacy* fosse una condizione necessaria ai sensi di legge⁶⁷.

A questo punto, in Israele, accadde che la questione sull'accesso delle coppie dello stesso sesso alla *surrogacy* come disciplinata dalla ECAL subì una scissione: da un lato le istanze delle coppie omosessuali femminili trovarono ascolto, mentre le istanze delle coppie omosessuali maschili dovettero ancora attendere rimanendo in sospeso. Per le prime si aprì il dibattito nel Parlamento israeliano, la Knesset, e

61 Population Registry Act 1965, Books of Law, 466 (1.8.1965), p. 270.

62 High Court of Justice 566/11 Doron Mamet-Meged v. Ministry of the Interior, 28.2014

63 Y. Ilany, N. Ilany, op. cit.; A. Margaria, *Parenthood and Cross-Border Surrogacy: What Is 'New'? The ECtHR's First Advisory Opinion*, in *Medical Law Review*, Volume 28, Issue 2, Spring 2020, p. 412 ss.

64 T. Maya, A. Ben-Ari, *Experience and Meanings of Surrogate Pregnancy among Gay Israeli Men Who Become Parents through Overseas Surrogacy*, in *Journal of Homosexuality*, 2021.

65 T. Maya, A. Ben-Ari, *Experience and Meanings*, cit.

66 H. Abraham, *A family is what you make it: Legal recognition and regulation of multiple parents*, in *Am. UJ Gender Soc. Pol'y & L.*, 2017, 25, p. 405.

67 Y. Ilany, N. Ilany, op. cit.

la Corte Suprema riconobbe che seppure la sospensione della trattazione delle istanze delle parti attrici fosse per loro pregiudizievole, dall'altro lato occorre lasciare il tempo alla Knesset di svolgere il ruolo legislativo. Di conseguenza, la Corte sospese il procedimento per sei mesi al fine di dare sufficiente tempo al Legislatore di portare a compimento l'emendamento dell'ECAL⁶⁸. Trascorso tale lasso temporale, la Corte pubblicò la sua decisione il 3 agosto 2017⁶⁹, riconoscendo una discriminazione per le donne singole sterili o infertili che non potevano accedere alla *surrogacy*, nonostante le loro condizioni.

A questo punto occorre specificare che il Legislatore israeliano emendò l'ECAL il 18 luglio 2018, estendendo il diritto alla maternità surrogata alle sole donne single (quindi implicitamente, alle coppie lesbiche, nel caso in cui nessuna delle due componenti fosse stata in grado di portare avanti una gravidanza).

In questo momento la concezione della genitorialità sembra mutare: da progetto meramente procreativo legato alla concezione religiosa della riproduzione, e alla eterosessualità della coppia genitoriale, entra in scena la diversa considerazione del progetto di genitorialità quale realizzazione personale. La cartina di tornasole che consente di registrare siffatto mutamento è il principio di non discriminazione, che pone sullo stesso piano dell'accesso alla genitorialità, indipendentemente da impedimenti fisiologici ovvero dell'orientamento sessuale, tanto le donne (*che possono partorire*), quanto gli uomini (*che non possono partorire*).

Alla luce di tale ricostruzione, la nuova disciplina apriva proprio una questione di natura discriminatoria, nel senso che concedeva un diritto costituzionale, cioè il diritto a diventare genitore solo ad un gruppo, (*cioè alle donne, anche omosessuali*), ma lo negava ad un altro gruppo (*cioè agli uomini, ma solo se omosessuali*), a causa dell'identità, delle preferenze, del modo di vivere.

Ciò nonostante, nel 2018, la Knesset ha approvato la modifica dell'ECAL⁷⁰ che ha cambiato la definizione di "genitori designati", come indicato dalla Corte Suprema, ma solo a favore delle donne singole (*e quindi anche alle coppie di lesbiche*) che, a causa di problemi medici, non fossero in grado di concepire o portare a termine una gravidanza senza mettere a rischio la loro vita⁷¹.

La richiesta delle coppie omosessuali maschili o delle persone di orientamento omosessuale di essere considerati eligibili per la *surrogacy* non venne presa in considerazione per via dell'opposizione presente nella Knesset dove alcuni membri del Parlamento affermavano che Israele non doveva farsi capofila delle "world deviations"⁷². Sul punto, da parte parlamentare, veniva riproposta la già nota asserzione basata su una visione culturalmente tradizionalista e conservatrice del concetto di natura⁷³ e cioè che non vi fosse uguaglianza tra i generi, che la famiglia normativa, morale, tradizionale, naturale ed ebraica prevedeva ruoli distinti tra uomini e donne e che le donne sono meglio degli uomini (*nella genitorialità*). Inoltre, veniva ribadito che la *surrogacy* è innaturale per gli uomini che non sono naturalmente portati a concepire, pertanto è immorale, disumana e non ebraica⁷⁴.

Sintetizzando, si tratta di considerazioni abituali per chi rifiuta che la genitorialità possa essere la realizzazione di una scelta individuale. Si fa riferimento a tali asserzioni perché è interessante verificare come la giurisprudenza sia stata un motore di cambiamento dell'approccio alla *surrogacy*, anche in una realtà dove la visione conservatrice del dettato religioso è ancora presente nelle istituzioni e nella società.

Pertanto la questione ritorna di fronte alla Corte suprema per la parte che è rimasta irrisolta e sospesa, cioè l'accesso delle persone di sesso e genere maschile e di orientamento omosessuale alla genitorialità attraverso la *surrogacy*.

Le argomentazioni utilizzate dalla Corte superano i limiti fisiologici e si pongono nella prospettiva di protezione della dignità, tutelata dalla *Basic Law*⁷⁵ di Israele contro la violazione dell'uguaglianza che

68 A. Westreich, *Surrogacy and egg donation in Israel: legal arrangements, difficulties, and challenges*, op. cit.

69 HCJ 781/15 Itay Arad-Pinkas, Yoav Arad-Pinkas et al. v. The Surrogacy Agreements Approval Committee and the Knesset (August 3, 2017) (Heb.) (Isr.), Justice Jubran's opinion, section 46 (Y. Ilany, N. Ilany, *The LGBT community in Israel*, cit.).

70 Embryo Carrying Agreements Law (Approval of Agreement and Status of Newborn Amendment no. 2) 2018, Book of Laws 2748, 941 (Y. Ilany, N. Ilany, cit. p. 91).

71 Y. Ilany, N. Ilany, cit.

72 Labor, Welfare and Health Committee meeting, 29.5.2018 (Y. Ilany, N. Ilany, cit.).

73 Sui diversi cambiamenti culturali del concetto di natura, si veda: R. Bondi, A. La Vergata, *Natura Il Mulino*, Bologna, 2015, *passim*.

74 Labor, Welfare and Health Committee meeting, 29.5.2018 (Y. Ilany, N. Ilany, cit.).

75 *Basic Law: Human Dignity and Liberty* (1992), consultabile su <https://m.knesset.gov.il/en/activity/pages/basiclaws.aspx>. In dottrina, P. Kollontai, *On Human Dignity and Rights: The Dialectics of Religious and Secular Law in Israel*, in: Z. Xie, P. Kollontai,

da essa discende. La dignità così enucleata verrebbe violata dando rilievo alla discriminazione fondata sia sulla corporeità (cioè l'incapacità di portare a termine una gravidanza e di partorire) sia sull'orientamento sessuale.

Ciò posto, vi sarebbe altresì la violazione del diritto alla genitorialità, infatti il presupposto contenuto nella decisione della Corte Suprema riguarda il fatto che il diritto alla vita familiare deriva da quello alla dignità e si estende al pieno diritto di accesso alle tecniche di riproduzione artificiale e tra queste viene annoverata anche la gestazione per altri. Tale diritto attiene a chiunque, indipendentemente dal suo orientamento sessuale.

La Corte Suprema israeliana ha stabilito che il divieto di accesso alla *surrogacy* da parte di coppie dello stesso sesso o di uomini singoli costituisce una discriminazione. Nuovamente, la Corte Suprema ha rinviato di un anno la pubblicazione della sua decisione affinché la Knesset adeguasse la normativa israeliana ai dettami costituzionali enucleati dai giudici di massimo grado.

Successivamente, l'11 luglio 2021, la Corte Suprema israeliana ha ripreso la parola e ha ammesso le suddette coppie alla gestazione per altri abolendo i riferimenti ai "*designated parents*" e alla "*designated single mother*" contenuti nell'art. 1 della *ECAL* stabilendo che tutte le disposizioni di siffatta legge e dell'*EDA* devono essere interpretate alla luce del principio di uguaglianza e di due criteri specifici che impediscano la discriminazione basata sull'orientamento sessuale⁷⁶, e cioè:

a) qualsiasi interpretazione che violi il diritto all'uguaglianza e il diritto alla paternità e che escluda l'accesso delle coppie dello stesso sesso e degli uomini singoli dalla realizzazione di un accordo di maternità surrogata deve essere impedita;

b) le disposizioni dell'*ECAL* devono essere applicate allo stesso modo per quanto possibile⁷⁷.

Pertanto, ogni disparità di accesso alla maternità surrogata in Israele tra coppie eterosessuali e coppie omosessuali e tra persone LGBTI+ non coniugate è lesivo della dignità della persona⁷⁸.

Siffatto passaggio sulla lesione della dignità delle persone escluse appartenenti a specifiche categorie, in particolare gli uomini singoli e omosessuali è sorprendente, perché la Corte Suprema israeliana capovolge il dibattito sul quale in Europa si accalorano i difensori della dignità della gestante. Infatti, la prospettiva è opposta, dato che è il Comitato per l'approvazione che si occupa della tutela delle donne portatrici garantendo loro un equo trattamento. Alla luce di ciò, afferma la Corte, l'ampliamento del numero di coloro che sono messi in grado accedere alla *surrogacy* non cambierebbe la posizione giuridica, né inficerebbe le tutele delle donne gestanti⁷⁹. Pertanto, le garanzie a favore delle gestanti contenute nella procedura in questione consentirebbe di stipulare accordi chiari, formalizzati in un contratto sottoposto al Comitato per l'approvazione statale al fine di garantire che la gestante sia effettivamente pronta ad affrontare la gravidanza sotto i profili fisici e psicologici e i suoi diritti garantiti. Ne consegue che gli attuali meccanismi di controllo nella sua forma attuale sono rigorosi ed efficaci e possono essere mantenuti anche se i committenti della gestazione per altri sono uomini single o coppie dello stesso sesso.

Per quanto concerne la parte più controversa della gestazione per altri, ovvero il versamento di denaro alla gestante nella *surrogacy* commerciale, la Corte Suprema israeliana stabilisce che è possibile prevenire gli aumenti dei costi attraverso la definizione in via legislativa della retribuzione massima per i servizi di maternità surrogata al fine di vincolare tanto le parti quanto il Comitato per l'approvazione.

Alla luce di ciò si può affermare che l'approccio della Corte Suprema israeliana considera la genitorialità come un diritto da attuarsi attraverso il contributo del corpo di terze persone sotto il controllo di un comitato all'uopo predisposto dallo Stato.

S. Kim (eds.), *Human Dignity, Human Rights, and Social Justice*. Springer, Singapore, 2020. p. 203 ss.

76 Inoltre, la Corte Suprema specifica che la modifica e l'abolizione di queste definizioni lasciano intatto l'insieme degli accordi legali della Legge sugli accordi di maternità surrogata e della Legge sulla donazione di ovuli, e l'espansione dell'accesso agli accordi di maternità surrogata in Israele non nega lo scopo degli accordi delle procedure di maternità surrogata in Israele o il loro scopo medico nei confronti delle donne. 1.4. La guida del Comitato per l'approvazione degli accordi per la maternità surrogata e la formulazione dei moduli utilizzati per la presentazione delle richieste al Comitato sono stati emendati e modificati in conformità con la sentenza della Corte Suprema e le modifiche da questa apportate (Supreme Court of Justice, I. Arad-Pinkas et al. v. The Committee for the Approval of Agreements for Carrying Embryos According to the Agreements for Carrying Embryos Law (Approval of the Agreement and the Status of the Newborn), 5756-1996, 8.7.2021).

77 Supreme Court of Justice, I. Arad-Pinkas et al. v. The Committee for the Approval of Agreements for Carrying Embryos According to the Agreements for Carrying Embryos Law, cit.

78 Y. Zeira, B. Medina, *Not equal alone: sexual orientation, gender identity and the right to equality*, in E.H. Morgenstern, Y. Lushinsky, A. Harel (eds.), *Gender Identity, Sexual Orientation and the Law*, 2016, Hebrew University of Jerusalem, p. 159 ss.,188; RA 8821/09 Prozansky v. Good Night Company Productions Ltd., punto 25 della sentenza del giudice J. Danziger (16 novembre 2011).

79 Supreme Court of Israel, 27.02.2020, cit.

In ogni caso, il Ministro della Salute ha emanato apposite linee guida affinché il testo della ECAL possa essere interpretato in modo egualitario e aprendo la possibilità di accedere alla fecondazione artificiale e alla *surrogacy* anche alle persone transessuali⁸⁰.

L'apertura senza discriminazione alcuna all'accesso agli accordi di *surrogacy* pone questioni relative all'eventuale rigetto dell'istanza da parte del Comitato preposto all'approvazione degli accordi medesimi. Innanzitutto, il Comitato è tenuto a motivare per iscritto il rigetto della richiesta di approvazione dell'accordo. Se tale rifiuto è motivato dalle condizioni riguardanti i futuri genitori, questi potranno presentare una nuova istanza soltanto quando siano trascorsi due anni dal rigetto, salvo una modifica sostanziale del medesimo. Ma in cosa consiste tale sostanza? Le linee guida non lo specificano e quindi si può ipotizzare che la modifica riguardi soprattutto la portatrice e le condizioni personali che la caratterizzano. Ulteriormente, come va conteggiato il decorso dei due anni rispetto al rifiuto? Esso ha valenza nei confronti della coppia nella sua stessa composizione, oppure solo nei confronti di ciascun singolo membro della coppia medesima? Si potrebbe ipotizzare questa seconda soluzione dato che soggetti alla normativa sono i singoli richiedenti, indipendentemente dal fatto che siano membri di una coppia, dato che con la nuova disciplina la *surrogacy* è accessibile anche ai singoli⁸¹.

Nel caso in cui, successivamente all'approvazione dell'accordo da parte della commissione, le parti adottino una modifica al medesimo, e l'embrione non è ancora stato trapiantato nell'utero della portatrice, tale modifica deve essere notificata al Comitato di approvazione il prima possibile. Il Comitato può riconsiderare l'approvazione, nel caso in cui il cambiamento sia sostanziale nei fatti, nelle condizioni e nelle circostanze che siano state fondamentali per la decisione, prima che l'impianto venga effettuato. Tale circostanza rivela il fatto che in caso contrario, l'accordo, seppure modificato, mantiene la sua valenza e ciò dovrebbe comportare una grande attenzione al rispetto dell'accordo approvato dalla Commissione da parte dei sanitari nell'effettuare l'impianto ed astenersi dal procedere in caso di cambiamenti sostanziali come, appunto, l'identità della portatrice.

9. Sommarie conclusioni

Alla fine di questo percorso ricostruttivo e interpretativo è possibile affermare che l'apertura della gestazione per altri anche alle coppie dello stesso sesso e alle singole persone omosessuali è giunto solo dopo una lunga controversia giurisprudenziale che ha visto la Corte Suprema di Israele intervenire due volte indicando al Legislatore i termini in cui disciplinare la materia.

La parte di siffatto percorso che suscita interesse e stimola riflessioni riguarda la circostanza che la Corte Suprema israeliana fonda entrambe le proprie decisioni sul principio della dignità, al di là di ogni visione ideologica, perché pone sullo stesso piano, sotto il profilo della responsabilità verso il nuovo nato, non solo la figura materna (*declinandola sia dalla prospettiva della madre di intenzione ovvero della portatrice*), ma chiunque decida di effettuare la scelta di diventare genitore, prendendosi cura di chi non esisteva, ma diviene ad esistenza attraverso una decisione specifica e responsabile. Tale responsabilità prescinde dal genere ovvero dal sesso di chi la prende, perché la Corte Suprema israeliana sottolinea che tale decisione non deve cadere esclusivamente sulle spalle delle donne. Da un lato, ciascuno diventa genitore nel momento in cui lo decide e dall'altro lato ciascuno deve essere legalmente responsabile delle proprie scelte e queste ultime prescindono dalla circostanza di appartenere o meno ad un gruppo LGBTIQ+.

80 Ministero della Salute, Accordi per il trasporto di embrioni (approvazione dell'accordo e stato del neonato), 1996 - Linee guida per l'attuazione, consultabili su <https://www.gov.it/he/Departments/policies/mk07-2021>

81 Ministero della Salute, Accordi per il trasporto di embrioni (approvazione dell'accordo e stato del neonato), 1996 - Linee guida per l'attuazione, cit.

Diritti e dintorni

Serena Vantin*

Un “Classico” al femminile. Mary Wollstonecraft in Francia

Sommario

1. Una premessa critica. - 2. Il soggiorno francese. - 3. Osservazioni su rivoluzione e diritto. - 4. Conclusioni.

Abstract

Chi è Mary Wollstonecraft? Nell’arco di oltre due secoli, la più nota delle madri simboliche del femminismo è stata raffigurata attraverso una serie di immagini variegata e spesso contrastanti. Se, da un lato, ciò getta un velo di ambiguità sulla sua opera e sulla sua figura, dall’altro lato, la ricchezza e la pluralità delle letture interpretative proposte paiono suggerirci che ella sia ormai diventata un “Classico”. Scopo del presente contributo è quello di prendere sul serio la statura di “Classico” attribuibile a Wollstonecraft, al fine di rivendicarne in chiave critica una piena inclusione nell’ambito della storia del pensiero giuridico e della filosofia del diritto. Del resto, accogliere nella cultura ufficiale punti di vista differenti significa riarticolare il discorso canonico, insieme alle sue domande fondamentali. Per questa via, particolare attenzione sarà dedicata a uno scritto rimasto troppo a lungo estraneo alla riflessione accademica, il saggio *An Historical and Moral View on the Progress and the Origin of the French Revolution* che, pubblicato nel 1794, è in grado di offrire uno spaccato significativo sull’evoluzione dell’elaborazione della pensatrice durante e all’indomani del soggiorno in Francia.

*Who is Mary Wollstonecraft? Over the span of more than two centuries, the best known of the symbolic mothers of feminism has been depicted through a series of varied and often contrasting images. On the one hand, this casts a veil of ambiguity on her work and on her figure, while, on the other hand, the richness and plurality of the interpretations proposed may suggest that she has now become a “Classic”. The purpose of this essay is to take seriously the stature of “Classic” which is attributable to Wollstonecraft, in order to critically claim her full inclusion in the history of legal thought and in the history of the philosophy of law. After all, welcoming different points of view into the official culture means rearticulating the canonical discourse, together with its fundamental questions. Along these lines, particular attention will be paid to a text that has remained alien to the academic reflection for too long, the essay *An Historical and Moral View on the Progress and the Origin of the French Revolution*, published in 1794, which is able to offer a meaningful insight on the evolution of the thinker’s elaboration during and after her stay in France.*

* Ricercatrice a tempo determinato di tipo B in Filosofia del diritto, Università di Bologn. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1. Una premessa critica

«La teoria critica deve fare i conti con il passato in una misura finora sconosciuta, proprio perché quello che le importa è il futuro»¹. In questa frase lapidaria, formulata da Herbert Marcuse nel 1937, è già contenuto il senso di un programma d'indagine filosofica destinato a lasciare un'«eredità»² preziosa per la teoria contemporanea in generale e per una certa teoria del diritto in particolare³.

In effetti, proprio partendo dall'indagine delle leggi storiche, ovvero dei «fattori determinanti [...] di natura economica, psichica, sociale»⁴, gli studiosi di Francoforte furono in grado di produrre rappresentazioni acute e innovative del loro tempo. Si pensi, a titolo di esempio, alla *Dialettica dell'Illuminismo*, il volume che Max Horkheimer scrisse a quattro mani con Theodore W. Adorno nel 1947, e a come la riflessione sulla ragione illuminista lì contenuta, le cui radici sono ricondotte addirittura a Odisseo e al suo passaggio davanti alle Sirene, si riveli funzionale alla critica della società di massa contemporanea.

Complessivamente, l'opera francofortese, forse ormai datata su alcuni versanti⁵, ha consegnato alla stagione delle teorie critiche del diritto⁶, emerse negli Stati Uniti tra gli anni Ottanta e Novanta del secolo scorso, alcune premesse teoriche basilari, come la «relativizzazione» della «separazione di individuo e società»⁷; l'arbitrarietà ideologica del concetto di individuo razionale autosufficiente e indipendente, capace di pensarsi come «Io astratto, ragione astratta, libertà astratta»⁸; e persino l'«ostinatezza» dello sguardo rivolto verso l'«utopia», «contrapposto all'acquiescenza alla realtà, al positivismo soddisfatto»⁹.

Del resto, proprio riprendendo la Scuola di Francoforte¹⁰ e ragionando ancora di Illuminismo e della sua eredità, persino Michel Foucault avrebbe espresso la necessità di fare critica attraverso «un'ontologia storica di noi stessi»¹¹. In tal senso, «la critica [deve essere] esercitata non più nella ricerca delle strutture formali che hanno valore universale, ma come indagine storica attraverso gli eventi che ci hanno condotto a costituirci e a riconoscerci come soggetti di ciò che facciamo, pensiamo e diciamo. [...] Tale critica non è trascendentale e non si propone di rendere possibile una metafisica: è genealogica nella sua finalità e archeologica nel suo metodo»¹².

In estrema sintesi, dunque, l'interrogazione della storia può divenire una risorsa preziosa e funzionale a una osservazione critica del tempo presente. Non è certo un caso che proprio attraverso questa leva sia stato possibile sviluppare, in anni recenti, considerazioni talvolta affilate nei riguardi del diritto positivo vigente, ma anche dei suoi concetti fondamentali stratificati nel tempo, delle sue aporie od omissioni di lungo corso. È a questo tipo di sforzi che si devono, in larga misura, approdi reattivi quali

-
- 1 H. Marcuse, *Philosophie und kritische Theorie*, trad. it. *Filosofia e teoria critica* (1937), in E. Donaggio (a cura di), *La Scuola di Francoforte. La storia e i testi*, Einaudi, Torino, 2005, pp. 64-87, in part. p. 86.
 - 2 Cfr. *Ibidem*.
 - 3 Del resto, già Max Horkheimer, nel presentare in un breve scritto del 1932 gli intenti e le ambizioni del neonato Istituto per la ricerca sociale e della sua rivista, dichiarava di aspirare «a una conoscenza dell'intero corso della società», la quale «presuppone [...] una struttura di potenze attive afferrabile per via concettuale». In questa prospettiva, «la storia non è la manifestazione del semplice arbitrio, bensì una dinamica retta da leggi»: M. Horkheimer, *Vorwort*, trad. it. *L'Istituto per la ricerca sociale e la sua rivista* (1932), *ivi*, pp. 5-8, in part. p. 5.
 - 4 *Ibidem*.
 - 5 Cfr., ad esempio, H. Marcuse, *Filosofia e teoria critica*, cit., p. 75.
 - 6 Sulle teorie critiche del diritto, il riferimento ancora imprescindibile è G. Minda, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at the Century's End*, trad. it. *Teorie postmoderne del diritto* (1995), Il Mulino, Bologna, 2001. Per un aggiornamento, cfr. O. Giolo, M.G. Bernardini (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pacini, Pisa, 2017, nonché il focus dal titolo *Le teorie critiche del diritto: saperi, politica, società*, a cura di O. Giolo e M.G. Bernardini, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 2019, pp. 315-470, con contributi di Maria Giulia Bernardini, Orsetta Giolo, Laura Bazzicalupo, Iain Chambers, Letizia Mancini, Silvia Niccolai, Anna Lorenzetti, Stefano Rossi, Marina Lalatta Costerbosa.
 - 7 M. Horkheimer, *Traditionelle und kritische Theorie*, trad. it. *Teoria tradizionale e teoria critica* (1937), *ivi*, pp. 9-63, in part. p. 28. A questa fondamentale premessa Horkheimer aggiungeva l'attenzione per la «struttura» fondamentale della società, indipendente dai suoi mutamenti esteriori e la dipendenza dell'«apparato giuridico e politico» dalla struttura (*ivi*, pp. 54, 56). Da ciò la «riflessività critica» postmoderna si discosta, come sostiene Gary Minda in *Teorie postmoderne del diritto*, cit., pp. 11-12.
 - 8 H. Marcuse, *Filosofia e teoria critica*, cit., pp. 68, 70.
 - 9 *Ivi*, p. 73.
 - 10 M. Foucault, *Qu'est-ce que la critique ?*, trad. it. *Illuminismo e critica*, Donzelli, Roma, 1996, p. 46.
 - 11 M. Foucault, *Qu'est-ce que les Lumières?*, trad. it. *Che cos'è l'Illuminismo?*, Mimesis, Milano, 2012, p. 34.
 - 12 *Ivi*, p. 35.

la «frammentazione» del soggetto-di-diritti¹³ e l'emersione di strade teoriche alternative a quelle consolidate, come ad esempio il dibattito sulla nozione di vulnerabilità, le proposte queer e post-queer, o le ibridazioni con narrative postumane e post-antropocentriche¹⁴.

Peraltro, è forse utile ricordare che una tale prospettiva d'indagine è ascrivibile a un preciso progetto di carattere culturale, per nulla «neutrale»¹⁵, il quale intende nutrirsi programmaticamente del confronto con esperienze oblique o impreviste, contro-storie, punti di vista marginalizzati, che, presi sul serio e riarticolati all'interno dei saperi tradizionali, contribuiscono ad aggiornare i parametri delle discipline¹⁶, i loro confini¹⁷, gli oggetti delle loro indagini.

Nel solco di questi posizionamenti, le prossime pagine intendono immergersi nella storia per offrire un piccolo contributo alla ridefinizione dei canoni della filosofia del diritto, del pensiero giuridico e dei suoi "Classici". A questo proposito, la figura sulla quale si è scelto di concentrare l'attenzione è la scrittrice e pensatrice inglese Mary Wollstonecraft (1759-1797), autrice ancor oggi per lo più estranea alle trattazioni e alla manualistica anche più aggiornata.

Più nel dettaglio, la convinzione che muove questo lavoro è che Wollstonecraft abbia qualcosa da insegnare al lettore contemporaneo che abbia la pazienza di leggere i suoi testi, non soltanto il più iconico e noto¹⁸, seguendo il filo più ampio di un'elaborazione in grado non solo di intuire la profondità di una svolta epocale, come quella verificatesi nel corso della Rivoluzione francese di cui fu testimone, ma anche di sostenere, a proposito dell'analisi di quegli eventi, come si dirà nella conclusione di questo contributo, un dialogo diretto con filosofi del calibro di Jean-Jacques Rousseau o di Immanuel Kant.

-
- 13 M.G. Bernardini, *Le teorie critiche del diritto: soggettività in mutamento*, Introduzione a M.G. Bernardini, O. Giolo (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, cit., pp. 13-34, in part. p. 20. Cfr. anche la Prefazione di B. Pastore, *ivi*, pp. 9-12, in part. p. 9, dove afferma che «la novità, nell'epoca odierna, è rappresentata [...] da quella che potrebbe essere definita "esplosione del molteplice"».
- 14 Su questi temi la letteratura è sterminata, ed è impossibile renderne conto sinteticamente. A titolo meramente esemplificativo, si vedano *inter alia*, A. Naess, *Through Spinoza to Mahayana Buddhism or to Mahayana Buddhism to Spinoza?*, in J. Wetlesen (ed.), *Spinoza's Philosophy of Man. Proceedings of the Scandinavian Spinoza Symposium*, Universitetsforlaget, Oslo, 1977; D. Haraway, *Manifesto Cyborg. Donne, tecnologie e biopolitiche del corpo* (1985), a cura di L. Borghi, Feltrinelli, Milano, 1995; F. Fukuyama, *Our Posthuman Future. Consequences of the BioTechnological Revolution*, Profile Books, London, 2002; N. Badmington, *Theorizing Posthumanism*, in "Cultural Critique", 53, 2003, pp. 10-27; K. Barad, *Posthumanist Performativity. Toward an Understanding of How Matter Comes to Matter*, in "Signs", 3, 2003, pp. 801-831; Z. Bauman, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone* (1999), Laterza, Bari, 2003; A. Membe, *Necropolitics*, in "Public Culture", 1, 2003, pp. 11-40; R. Esposito, *Bíos. Biopolitica e filosofia*, Einaudi, Torino, 2004; N. Bostrom, *A History of Transhuman Thought*, in "Journal of Evolution and Technology", 1, 2005, pp. 1-15; J. Butler, *La disfatta del genere* (2004), Roma, Meltemi, 2007; A. Cavarero, *Orrorismo, ovvero della violenza sull'inerme*, Feltrinelli, Milano, 2007; E. Kofosky Sedgwick, *Stanze private. Epistemologia e politica della sessualità* (1990), Roma, Carocci, 2011; O. Guaraldo, *Comunità e vulnerabilità. Per una critica politica della vulnerabilità*, ETS, Pisa, 2012; J. Butler, *Vite precarie. I poteri del lutto e della violenza* (2004), Postmedia, Milano, 2013; M. Fineman, A. Grear, *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Ashgate, Farnham, 2013; C. Mackenzie, W. Rogers, S. Dodds, *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2013; L. Bernini, *Apocalisse Queer. Elementi di teoria anti-sociale*, ETS, Pisa, 2013; R. Braidotti, *Posthuman Humanities*, in "European Educational Research Journal", 1, 2013, pp. 1-19; R. Braidotti, *Il postumano. La vita oltre l'individuo, oltre la specie, oltre la morte*, DeriveApprodi, Roma, 2014 (n.e. 2020); P.B. Preciado, *Testo tossico. Sesso, droghe e biopolitiche nell'era farmacopornografica* (2008), Fandango, Roma, 2015; O. Giolo, B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, Roma, 2018; M.G. Bernardini, B. Casalini, O. Giolo, L. Re (a cura di), *Vulnerabilità: etica politica diritto*, IF Press, Firenze, 2018; Gf. Zanetti, *Filosofia della vulnerabilità. Percezione, discriminazione, diritto*, Carocci, Roma, 2019; A. Furia, S. Zullo (a cura di), *La vulnerabilità come metodo. Percorsi di ricerca tra pensiero politico, diritto ed etica*, Carocci, Roma, 2020; B. Pastore, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Giappichelli, Torino, 2021; F. Macioce, *La vulnerabilità di gruppo. Funzione e limiti di un concetto controverso*, Giappichelli, Torino, 2021.
- 15 *Ex multis*, cfr. C.A. MacKinnon, *Towards a Feminist Theory of the State*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1989, p. 249 e Ead., *Butterfly Politics*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2017, p. 124.
- 16 Sul punto, cfr. almeno J.W. Scott, *Gender: A Useful Category of Historical Analysis*, in *American Historical Review*, 5, 1986 pp. 1053-1075. Sulla creazione dei classici nell'ambito specifico della storia della filosofia del diritto, cfr. G.M. Labriola, *Perché leggere i classici*, in *Diacronia. Rivista di storia della filosofia del diritto*, 2, 2019, pp. 19-42; Th. Casadei, *Non solo i classici? La questione dell'invisibilità nella storia della filosofia del diritto*, in *Diacronia. Rivista di storia della filosofia del diritto*, 1, 2021, pp. 13-44.
- 17 Scriveva ancora Foucault che «dobbiamo stare sulle frontiere. La critica è proprio l'analisi dei limiti e la riflessione su di essi»: cfr. M. Foucault, *Che cos'è l'Illuminismo?*, cit., p. 34.
- 18 Il riferimento è ovviamente a *A Vindication of the Rights of Woman* (1792), tradotto per la prima volta in lingua italiana in due distinte versioni romane nel 1977: per i tipi di Editori Riuniti, a cura di Franca Ruggieri, e da Edizioni Elle, con un saggio introduttivo di Miriam Kramnick. Dei precedenti stralci di traduzioni in lingua italiana dell'opera ho dato conto nell'ambito dell'opera curata da Eileen Hunt Botting, *Portraits of Wollstonecraft*, 2 voll., Bloomsbury, London, 2021, in part. vol. I, pp. 212-219 e vol. II, pp. 608-611.

D'altro canto, a differenza degli scritti di questi ultimi, tutta l'opera wollstonecraftiana è permeata dal suo essere donna. In un'epoca che faceva della femminilità un'eccezione, una patologia, una menomazione¹⁹, il pensiero femminile è profondamente e costantemente attraversato dalla natura sessuata di colei che lo formula. Pertanto, proprio negli scritti apparentemente più distanti dalla riflessione sulla condizione delle donne²⁰, la pervasiva vischiosità dell'essere donna si rivela come un'ambiguità di fondo, insopprimibile. È questo il caso del saggio pressoché dimenticato *An Historical and Moral View on the Progress and the Origin of the French Revolution* (1794), al quale si presterà di seguito specifica attenzione, un testo peraltro redatto tra uno stato di gravidanza e una stagione di cure neonatali che, come rivela la corrispondenza privata wollstonecraftiana, procuravano all'autrice timori e insofferenza. In un certo senso, tuttavia, proprio quell'esperienza personale, dolorosa e concreta, si rivelò intellettualmente feconda e l'infelicità domestica divenne il banco di prova del modello teorico che Wollstonecraft propose a interpretazione della Rivoluzione: nonostante le paure e le angosce, occorre tendere faticosamente alla pazienza, alla razionalizzazione, alla cautela.

I continui rimandi dal piano del pensiero a quello della vita pratica, come dimostra, per fare un altro esempio, la connessione sempre stringente tra le sfere del diritto e della politica e la questione dell'educazione, non hanno aiutato a favorire la comprensione degli studiosi e il loro apprezzamento nei confronti dell'opera della scrittrice di Spitalfields. Al contrario, l'ambiguità è diventata per certi aspetti la sua cifra. Ancorché, come si vedrà oltre, alcune elaborazioni siano espresse in una forma cristallina, le interpretazioni non potrebbero essere più varie²¹. Così, nell'arco di più di due secoli, Wollstonecraft è divenuta via via, un'«Amazzone» con una frusta di quercia²², un «serpente filosofeggiante»²³, una «iena in gonnella»²⁴. La «scrittrice più famosa d'Europa»²⁵ e paladina dei diritti delle donne, ma anche il «fantasma» che terrorizzava le suffragette²⁶. La «pioniera della femminilità moderna», ma anche la sensibile «eroina tragica» del Romanticismo²⁷, e persino la spietata odiatrice degli uomini affetta da una spropositata «invidia del pene»²⁸. Una santa laica, una fanatica religiosa, un'atea. L'emblema della buona madre repubblicana, una pessima madre. La pensatrice che scoprì i diritti delle donne, colei che scartò il lessico dei diritti per rifondare quello dei doveri. La precorritrice dell'emancipazionismo femminista, ma anche

-
- 19 In un'ampia letteratura, cfr. almeno N. Edelman, *Les métamorphoses de l'hystérique. Du début du XIXe siècle à la Grande guerre*, Paris, Éditions La Découverte, 2003.
- 20 Gli scritti wollstonecraftiani espressamente dedicati alla condizione delle donne sono, soprattutto, *A Vindication of the Rights of Woman* e i romanzi, tra i quali spicca l'incompiuto *Maria. Or the Wrongs of Woman* (1798).
- 21 Sul pensiero di Mary Wollstonecraft si vedano in italiano: M. Diurisi, *Mary Wollstonecraft e la rivendicazione dei diritti della donna*, Messapica, Lecce, 1975; R.A. Modugno, *Mary Wollstonecraft. Diritti umani e Rivoluzione francese*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2002; S. Vantin, "Il diritto di pensare con la propria testa". *Educazione, cittadinanza, istituzioni in Mary Wollstonecraft*, Aracne, Roma, 2018; C. Cossutta, *Avere potere su se stesse. Politica e femminilità in Mary Wollstonecraft*, ETS, Pisa, 2021. Tra gli scritti fondamentali in lingua inglese si vedano almeno: V. Sapero, *A Vindication of Political Virtue. The Political Theory of Mary Wollstonecraft*, University of Chicago Press, Chicago-London, 1992; E. Yeo, *Mary Wollstonecraft and 200 Years of Feminism*, Rivers Oram Press, London, 1997; J. Todd, *Mary Wollstonecraft. A Revolutionary Life*, Weidenfeld and Nicolson, London, 2000; W. Gunther Canada, *Rebel Writer: Mary Wollstonecraft Enlightenment Politics*, Northern Illinois University Press, DeKalb, 2001; B. Taylor, *Mary Wollstonecraft and the Feminist Imagination*, Cambridge University Press, Cambridge 2003; N. Fuehrer Taylor, *The Rights of Woman as Chimera. The Political Philosophy of Mary Wollstonecraft*, Routledge, London, 2007; L. Halldenius, *Mary Wollstonecraft and Feminist Republicanism: Independence, Rights and the Experience of Unfreedom*, Pickerling and Chatto, London, 2015; S. Bergès, A. Coffee (eds.), *The Social and Political Philosophy of Mary Wollstonecraft*, Oxford University Press, Oxford, 2016; S. Tomaselli, *Wollstonecraft. Philosophy, Passion, and Politics*, Princeton University Press, Princeton (NJ), 2020; E. Hunt Botting (ed.), *Portraits of Wollstonecraft*, cit.
- 22 William Roscoe, *The Life, Death and Wonderful Achievements of Edmund Burke*, il cui testo originale è citato in C. Tomalin, *The Life and Death of Mary Wollstonecraft*, Weidenfeld and Nicolson, London, 1974, p. 97. Tutte le traduzioni dall'inglese nel testo sono mie.
- 23 E. Robins Pennell, *Mary Wollstonecraft Godwin. Eminent Women Series*, W.H. Allen and Co., London, 1893, p. 103.
- 24 «Hyena in petticoats» è un epiteto proveniente dalla penna di Horace Walpole: cfr. C. Tomalin, *The Life and Death of Mary Wollstonecraft*, cit., p. 110.
- 25 L'espressione è di William Godwin, citato in L. Kirkley, *Maria, ou Le Malheur d'être femme*, in "Journal for Eighteenth-Century Studies", 2, 2015, pp. 239-254, p. 241.
- 26 B. Caine, *Victorian Feminism and the Ghost of Mary Wollstonecraft*, in "Women's Writing", 4, 1997, pp. 261- 275.
- 27 E. Goldman, *Emma Goldman on Mary Wollstonecraft*, in "Feminist Studies", 7, 1981, pp. 113-133.
- 28 F. Lundberg, M.F. Farnham, *Modern Women: The Lost Sex*, Harper and Brothers Publishers, New York, 1947, pp. 143-144.

colei che inchiodò il femminismo al formalismo dell'eguaglianza. L'«unica donna che formulò una seria richiesta di inclusione nel Canone»²⁹, ma anche un «meme» per la cultura popolare³⁰.

Non potendo in questa sede indugiare oltre su una tale mole di interpretazioni e proiezioni³¹, è ora alla voce di Wollstonecraft che si vuole lasciare spazio. Il prossimo paragrafo si soffermerà, in particolare, sul soggiorno dell'autrice in Francia, tra il dicembre del 1792 e le prime settimane del 1795, quando la delusione privata per una vicenda sentimentale avvilente si confuse all'amara disillusione per le vicende politiche in corso di svolgimento. Da questo duplice stato di insoddisfazione, la pensatrice si sarebbe sforzata di uscire imponendosi un paziente lavoro di razionalizzazione, il più possibile lucido e distaccato. Nel paragrafo successivo, si mostrerà come questo snodo esistenziale e intellettuale comportò il ripensamento di alcune convinzioni che Wollstonecraft aveva espresso in precedenza in tema di rivoluzione e diritto, giungendo a maturare posizioni nette sulla giustificazione della violenza rivoluzionaria. Le conclusioni offriranno alcuni spunti interpretativi che fanno del caso wollstonecraftiano un emblema rilevante per una visione dialettica, o quantomeno articolata, del giusrazionalismo di cui ella volle farsi interprete.

2. Il soggiorno francese

Il viaggio da Londra a Parigi, che Wollstonecraft aveva più volte programmato insieme all'amico ed editore Joseph Johnson e al pittore Heinrich Füseli, non andò in porto finché ella si risolse a partire da sola. Il giorno in cui impugnò la penna per dare notizie del suo arrivo a Johnson, il 26 dicembre 1792, sarebbe passato alla storia come una data epocale nell'ambito del processo a Luigi XVI davanti alla Convenzione³².

L'atmosfera descritta nella lettera all'amico è già sospesa e inquietante. La pensatrice racconta: fortunatamente, «questo giorno non è stato macchiato dal sangue», grazie alle «prudenti precauzioni» della Convenzione che si sono rivelate adeguate a «prevenire il tumulto». I «cani delle fazioni non hanno osato abbaiare, né tantomeno mordere [quando], alle nove circa di questa mattina, il re è passato accanto alla mia finestra, condotto in silenzio [...] tra strade deserte, e scortato dalle guardie nazionali». «Non si udiva nemmeno una voce». Nell'osservare il sovrano conservare «una dignità maggiore di quella che [si sarebbe] aspettata dalla sua figura», Wollstonecraft confessa di essere scoppiata in lacrime. La lettera si conclude con parole particolarmente eloquenti: «vorrei aver portato almeno il gatto con me! Vorrei vedere qualcosa di vivo; la morte mi ha riempito la testa in così tanti modi spaventosi. Vado a dormire. Per la prima volta nella mia vita, a stento riesco a spegnere la candela»³³.

In effetti, nei mesi che seguirono alla esecuzione del sovrano depresso, Wollstonecraft riparò a Neuilly-sur-Seine, e per alcuni periodi a Le Havre³⁴. La sua vicinanza agli ambienti girondini, la cittadinanza inglese e una imprevista gravidanza al di fuori del matrimonio avevano reso la sua condizione particolarmente difficile. La corrispondenza privata divenne in questo periodo sporadica e cauta, come lei stessa affermò rivolgendosi a una sorella, «scrivo con prudenza perché le lettere vengono aperte»³⁵.

29 J. Dunn, *History of Political Theory*, trad. it. *Storia delle dottrine politiche*, Jaca Books, London, 1992, p. 44.

30 E. Hunt Botting, C. Carey Wilkerson, E.N. Kozlow, *Wollstonecraft as an International Feminist Meme*, in "Journal of Women's History", 2, 2014, pp. 13- 38.

31 Per un approfondimento su questo aspetto sia consentito rinviare a S. Vantin, "Il diritto di pensare con la propria testa". *Educazione, cittadinanza, istituzioni in Mary Wollstonecraft*, cit., pp. 13-54.

32 Il processo contro Luigi XVI era iniziato il 10 dicembre 1792. Il 26 dicembre il sovrano depresso comparve per la seconda volta davanti alla Convenzione: cfr. F. Furet, D. Richet, *La Révolution française*, trad. it. *La Rivoluzione francese* (1965), Laterza, Roma-Bari, 1974, pp. 212-217. A proposito dell'arrivo di Wollstonecraft a Parigi, si leggano le considerazioni contenute nella lettera a Johnson del 15 febbraio 1793, intitolata *Introduction to a Series of Letters on the Present Character of the French Nation*, WMW, vol. VI, pp. 443-446. Sia inoltre consentito rinviare a S. Vantin, *Mary Wollstonecraft traduttrice. Educazione, morale e pensiero radicale dalle pagine dell'Analytical Review alla Francia rivoluzionaria*, in "La questione romantica", 9 (2017), 1-2, pp. 35-48, in particolare p. 43.

33 M. Wollstonecraft, *The Works of Mary Wollstonecraft* [d'ora in poi: WMW], edited by J. Todd, M. Butler, William Pickering, London 1989, 7 voll., in particolare vol. VI, pp. 363-364.

34 Dal gennaio 1794.

35 M. Wollstonecraft, *Collected Letters*, edited by R. Wardle, Cornell University Press, Ithaca (NJ), 1979, p. 232.

Proprio le sue lettere personali, peraltro, rivelano che, dall'estate del 1793 all'inizio del 1795, Wollstonecraft si trovava imprigionata dentro il «labirinto noioso»³⁶ di un amore non ricambiato e di una condizione materna che la costringeva entro «un legame con un mondo che per [lei era] sempre stato seminato di spine»³⁷. In particolare, dinnanzi alle lunghe assenze del padre di sua figlia, costretta a «accudire una creatura che presto sarebbe stata consapevole delle [sue] attenzioni»³⁸, Wollstonecraft cercò a più riprese di trattenere la rabbia e la disperazione, dichiarandosi «molto attenta a calmare la mente» e rammentando costantemente a sé stessa lo sforzo di essere «paziente»³⁹. Un esercizio che, almeno nei primi tempi, faceva appello alla «ragione e [a]l senso del dovere più che [a]l sentimento»⁴⁰ e che non le risparmiò questa amara riflessione: «Considerando la cura e l'ansia che una donna deve sperimentare per un figlio prima che venga al mondo, mi sembra che per *diritto naturale* questo appartenga a lei. [...] Tra i pennuti, mentre la gallina tiene caldo il piccolo, il suo compagno le sta vicino per nutrirla; per un uomo è sufficiente acconsentire ad avere un bambino, per poterlo rivendicare come suo. L'uomo è un tiranno!»⁴¹.

Nonostante i tormenti interiori, nelle carte wollstonecraftiane alla situazione politica in corso sono dedicati passaggi significativi, come quello datato 8 luglio '94, poco prima del colpo di stato che avrebbe condotto a morte Robespierre⁴², in cui Wollstonecraft scrisse a Ruth Barlow: «quante vittime sono cadute sotto la spada e sotto la ghigliottina! Il mio sangue si raffredda e mi sento male al pensiero di una Rivoluzione che è costata così tanto sangue e lacrime amare». Qualche mese più tardi, avrebbe aggiunto che «il grido del sangue non sarà vano! Alcuni altri mostri⁴³ dovranno perire — e i Giacobini saranno vinti. Già quasi temo l'ultimo lembo della coda della bestia»⁴⁴.

In effetti, pur da una posizione defilata, in quei mesi la scrittrice inglese si dedicò alla redazione di un ambizioso quanto importante resoconto storico sulle cause e sulle origini della Rivoluzione (*An Historical and Moral View of the Origin and the Progress of the French Revolution*, 1794), nella cui Prefazione si legge che è «necessario astenersi dalle erronee interferenze della sensibilità» affinché la «ragione» possa dimostrarsi l'unica «guida sicura» verso «giuste conclusioni». L'«occhio freddo dell'osservazione e del giudizio» deve riuscire a distinguere la «superstizione» dalla «filosofia», il «falso patriottismo» dal «miglioramento intellettuale che procede gradualmente verso la perfezione», la «barbarie» dalla «società raffinata»⁴⁵.

Dinnanzi alla violenza rivoluzionaria e alla constatazione di uno «stato di convulsione» che a suo giudizio avrebbe scosso l'Europa «per almeno mezzo secolo»⁴⁶, Wollstonecraft invocava infatti, piuttosto, un prometeico «lavoro di pazienza». Torcendo la prospettiva che lei stessa aveva adottato prima del

36 *Ivi*, p. 271.

37 *Ivi*, p. 273.

38 *Ivi*, p. 237. *Ivi*, p. 236, Wollstonecraft rimprovera al compagno Gilbert Imlay le loro continue separazioni.

39 *Ibidem*, cfr. anche *ivi*, p. 238.

40 *Ivi*, p. 259.

41 *Ivi*, p. 242.

42 In effetti, salvo un accenno rispettoso all'«ombra di Mirabeau» (*ivi*, p. 235) e un richiamo indignato alle presunte amanti di Robespierre (*ivi*, pp. 260-261), l'unico altro deputato che viene citato con ammirazione è Jean Lambert Tallien — uno degli artefici del 9 termidoro (*ivi*, p. 260).

43 Nella *Introduction to a Series of Letters on the Present Character of the French Nation*, *ivi*, p. 446, il «tiranno del giorno» è paragonato a un «gallo su un letamaio». Nelle successive lettere scandinave, Wollstonecraft avrebbe definito Robespierre «un mostro»: M. Wollstonecraft, *Letters Written During a Short Residence in Sweden, Norway and Denmark* (1796), trad. it., *Lettere scritte durante un breve soggiorno in Svezia, Norvegia e Danimarca*, a cura di M. La Torre, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2011, p. 113. Il termine «mostro artificiale» era già stato usato nella *Vindication of the Rights of Men* per indicare l'uomo moderno che, come immobilizzato dal «tocco della torpedine», aveva «arrestato il proprio progresso»: WMW, vol. V, p. 10.

44 M. Wollstonecraft, *Collected Letters*, cit., p. 267.

45 WMW, vol. VI, pp. 6-7. Cfr. *Introduction to a Series of Letters on the Present Character of the French Nation*, *ivi*, p. 444, dove si evoca «l'attento occhio dell'osservazione». Dinnanzi ai «mali del momento», «passioni senza regole», Wollstonecraft raccomanda di adottare piuttosto l'atteggiamento di chi attende che «l'acqua fangosa» si depositi sul fondale divenendo nuovamente limpida: *ivi*, p. 445. A questo riguardo, nella *Vindication of the Rights of Men* (1790), l'autrice aveva già richiamato la necessità di un «attento osservatore»: cfr. WMW, vol. V, p. 8.

46 WMW, vol. VI, p. 242.

trasferimento in Francia⁴⁷, e rileggendo gli eventi dell'estate '89 con il senno del poi, affermava che «le rivoluzioni degli stati devono essere gradualis»⁴⁸, ed anche che gli «errori» commessi in Francia dimostrano la «necessità di una riforma graduale»⁴⁹.

In particolare, le responsabilità per il disordine rivoluzionario le parevano condivise: tra l'arroganza della nobiltà, l'ignoranza del clero, la dissolutezza della corte reale, l'incapacità dei sovrani, nonché la fretta del popolo, che non si trattenne dal compiere qualche vendetta e «dispetto [...] come fanno i bambini respinti dalla scuola»⁵⁰. Questi fattori generarono una autentica mutazione chimerica capace di trasformare il «leone» della libertà, «destatosi dalla sua tana» nell'89 «con dignità e pacatamente»⁵¹, nel vecchio «gigantesco elefante [del dispotismo], terribile nella sua rabbia, che calpesta con furia cieca amici e nemici»⁵², accanto al quale si ergeva ora un nuovo «gregge» di «tigri assetate di sangue» e di «cani da guerra»⁵³.

3. Osservazioni su rivoluzione e diritto

Dinnanzi a una tale confusione, la sola «rivendicazione» dei diritti naturali, richiamata nei titoli delle due opere più note, datate rispettivamente dicembre 1790⁵⁴ e marzo 1792⁵⁵, non pareva più sufficiente. Come già recitava il poema *Gallic Liberty*, recensito da Wollstonecraft nel 1789, al di fuori di un contesto costituzionalmente saldo e ordinato, i diritti sono una mera voce nel vento, e possono fungere soltanto da «gaia acclamazione» o da «grido di aiuto»⁵⁶. Per dare stabilità al progresso, il quale consiste in un «graduale addolcimento dei costumi»⁵⁷, occorre sia «civilizzare la massa» sia «fare del governo una scienza piuttosto che una forza»⁵⁸. A quest'ultimo proposito, è necessario razionalizzare la politica, subordinandola a principi, semplici e chiari⁵⁹, allentando così la morsa delle «false tradizioni del peccato originale» e del senso di colpa, finalizzate a persuadere che l'uomo sia naturalmente incline al male.

In definitiva un unico principio di azione sarebbe sufficiente: «rispettare se stessi»⁶⁰, declinato come timore di Dio nel campo della religione, come amore per la giustizia nel campo della morale e

47 Nel periodo precedente al trasferimento in Francia, pur esprimendo avversione nei confronti dei tecnicismi del diritto e della «varietà di clamorosi abusi, procedimenti assurdi, misure oppressive, finzioni scandalose, esborsi enormi e mali crescenti [...] derivanti da pratiche infami esistenti in alcuni luoghi del diritto» (WMW, vol. VII, p. 47), Wollstonecraft aveva rivendicato i diritti naturali, intesi come pretese dotate di un fondamento morale capace di superare le «distinzioni innaturali» (WMW, vol. V, p. 211) cagionate dal costume, da abitudini tiranniche e dalle lacune del sistema educativo, al fine di «restituire» a tutti gli esseri umani le condizioni di parità naturale violate, dunque di offrire agli uomini e alle donne un identico regime di oneri e privilegi. Ad ogni modo, l'enfasi della sua indagine si concentrava prevalentemente sulle *cause* delle forme di oppressione che, prodotte dalla civilizzazione e dall'ignoranza, avevano corrotto e degradato la specie umana.

48 WMW, vol. VI, p. 166.

49 *Ivi*, p. 183. Nelle Lettere scandinave avrebbe aggiunto che «l'errore in cui di solito incorrono gli innovatori [è quello] di voler fare subito ciò che va fatto a tempo debito»: cfr. M. Wollstonecraft, *Lettere scritte durante un breve soggiorno in Svezia, Norvegia e Danimarca*, cit., p. 143. Si veda anche *ivi*, pp. 179-180.

50 WMW, vol. VI, p. 60.

51 *Ivi*, p. 106.

52 *Ivi*, p. 28.

53 *Ivi*, p. 106.

54 *A Vindication of the Rights of Men*.

55 *A Vindication of the Rights of Woman*.

56 WMW, vol. VII, pp. 202-203.

57 WMW, vol. VI, p. 16.

58 *Ivi*, p. 18.

59 *Ivi*, p. 21. Analogamente, un «principio semplice» reggeva l'argomentazione di *A Vindication of the Rights of Woman* (1792): «se la donna non è preparata dall'educazione a diventare la compagna dell'uomo, ella fermerà il progresso della conoscenza [e della virtù], perché o la verità sarà comune a tutti o sarà inefficace rispetto alla sua influenza sulla pratica generale». Cfr. WMW, vol. V, p. 66.

60 Cfr. M. Wollstonecraft, *Lettere scritte durante un breve soggiorno in Svezia, Norvegia e Danimarca*, cit., p. 173: «Gli uomini sono strane macchine, e il loro intero sistema morale è in generale tenuto insieme da un solo grande principio, che perde la sua

come amor di sé (*self-love*) nel campo della ricerca della felicità⁶¹. Nell'ambito specifico della «scienza politica»⁶², che dovrebbe essere maneggiata solo da coloro che l'hanno adeguatamente «studiata»⁶³, i principi basilari sono tre: la responsabilizzazione dei ministri al governo, la semplificazione delle leggi e la proclamazione di eguali diritti⁶⁴. Questi ultimi si sostanziano nell'eguaglianza naturale degli esseri umani⁶⁵, in base alla quale le «distinzioni civili» sono ammesse solo se strettamente necessarie e utili; la tutela della dignità, che implica che lo scopo dell'associazione politica sia la salvaguardia della libertà, della proprietà, della sicurezza e della resistenza contro l'oppressione; e infine la sovranità del popolo, che solo può delegarla ai suoi rappresentanti⁶⁶.

Poiché questa semplificazione implica una rottura con il precedente sistema feudale, per Wollstonecraft il confine tra riforma e distruzione della società è sottile, soprattutto per un popolo a lungo abituato al servilismo e al dispotismo, e troppo incline a «correre da un estremo all'altro»⁶⁷. Per questo, procedere alla stesura della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* prima della nuova Costituzione fu a suo giudizio una scelta imprudente, come «risvegliare un sonnambulo sull'orlo di un precipizio o portare un uomo sulla cima di una montagna per mostrargli un vasto territorio che gli appartiene ma di cui egli non può rivendicare immediatamente il possesso»⁶⁸.

Ad ogni modo, nella dinamica dell'argomentazione wollstonecraftiana, l'apice della narrazione viene raggiunto a proposito del tema dell'inviolabilità del re e, successivamente, mediante la descrizione delle Giornate di Ottobre⁶⁹. Luigi XVI viene presentato, senza mezzi termini, come un sovrano mollemente immerso nei «vizi», invischiato in una «paura servile», la cui «bestialità» veniva blandita e sfruttata sia dalla regina sia dalla corte⁷⁰. La scelta di renderlo per legge «sacro e non repressibile» è considerata da Wollstonecraft come «l'estrema follia della debolezza»⁷¹: l'inviolabilità regale, infatti, avrebbe garantito una «tenda» dietro la quale nascondere ipocrisie e atrocità⁷². Se è vero che i tempi richiedevano, prudentemente, la conservazione di un'«ombra di monarchia»⁷³, un «fronzolo [ancora] necessario»⁷⁴, il re avrebbe dovuto essere trattato come un vero uomo e non come una mera «nullità»⁷⁵, preservandone la responsabilità personale. «Se i rappresentanti della nazione lo avessero trattato come

forza nel momento in cui gli uomini permettono a se stessi di liberarsi impunemente dei vincoli che assicurano loro il *rispetto di se stessi*. L'essere umano, procedendo nella caccia della ricchezza, cessa d'amare prima l'umanità e poi gli individui; perché l'una cozza con i suoi interessi, gli altri con i suoi piaceri: gli affari, come vengono definiti, devono venire prima di ogni cosa. Anzi, tutto viene sacrificato, e ogni manifestazione d'affetto del cittadino, del marito, del padre, del fratello, si svuota di significato» (corsivo mio).

61 WMW, vol. VI, p. 22.

62 *Ivi*, p. 117.

63 *Ivi*, p. 141. Analogamente, cfr. *A Vindication of the Rights of Woman*, in WMW, vol. V, p. 218.

64 WMW, vol. VI, p. 108. Ad ogni modo, la sfiducia nei confronti dei giuristi e dei legulei resta alta: cfr. i luoghi delle *Lettere scritte durante un breve soggiorno in Svezia, Norvegia e Danimarca* (cit., pp. 96, 175) nei quali gli avvocati sono presentati come «locuste» con «i volti deformati dal vizio», «il cui ingegno si è aguzzato nella disonestà», «ingrassati con le pestilenze che hanno sparso ovunque [...] come i proprietari delle navi negriere».

65 Si veda, a questo riguardo, il passo della *Introduction to a Series of Letters on the Present Character of the French Nation* in cui Wollstonecraft afferma che, come esseri umani, siamo tutti dello «stesso stampo» (*same stock*), *ivi*, p. 444.

66 *Ivi*, p. 162.

67 *Ivi*, p. 136.

68 *Ivi*, p. 133.

69 *Ivi*, pp. 194-222.

70 *Ivi*, p. 188.

71 *Ibidem*.

72 *Ivi*, p. 189.

73 *Ivi*, p. 160.

74 *Ivi*, p. 164. Nel descrivere le conquiste dell'89, Wollstonecraft intuisce inoltre l'importanza della «legalizzazione» delle azioni rivoluzionarie: ancorché ormai di fatto residuale, l'autorità del re, «pur prodotta dalle regole arbitrarie del vecchio dispotismo», è necessaria per conferire all'Assemblea nazionale riconoscimento e legalità. Cfr. *ivi*, p. 105.

75 *Ivi*, p. 200.

un essere umano è più probabile che egli avrebbe agito come tale»⁷⁶. L'umiliazione del re è il tema ricorrente che riemerge⁷⁷ anche nelle pagine che descrivono la «furia» della «plebaglia» inferocita che lo costringe a lasciare Versailles per rientrare a Parigi il 6 ottobre, «mostri a caccia di sangue e di razzie»⁷⁸.

È significativo che proprio descrivendo questi avvenimenti venga fatta l'unica menzione a Robespierre, secondo il quale «la nazione non aveva alcun bisogno dell'assistenza del monarca per costituirsi» e per il quale il veto regale, di cui Wollstonecraft aveva precedentemente riconosciuto l'importanza politica, costituiva una indebita «censura» in violazione dei diritti del popolo⁷⁹. Con questo richiamo finale, l'autrice rende esplicita la direzione della sua accusa, sviluppata lungo tutto il saggio, contro gli innovatori incapaci, mossi dall'egoismo e da ristrettezza di vedute, politicamente impreparati e privi di giudizio⁸⁰, i quali non fecero altro che eccitare i sentimenti della popolazione, ancora impreparata e ignorante, «oltre la crudeltà della tigre»⁸¹.

In sintesi, l'esperienza rivoluzionaria dimostra, secondo Wollstonecraft, che il processo di emersione delle semplici verità politiche è tutt'altro che semplice, e costellato di inevitabili violenze⁸². Eppure, al fine di affermare il progresso, l'esercizio della «coercizione per respingere la coercizione» è a suo parere «giustificato». Sarà «politicamente giusto», afferma chiaramente, «perseguire quelle misure» che, per quanto generatrici di «violente convulsioni», risultano meno terribili delle «sofferenze silenziose dei cittadini del mondo schiacciati sotto il piede di ferro dell'oppressione»⁸³.

4. Conclusioni

In conclusione, nell'immaginario di Wollstonecraft, l'atto stesso del processo al sovrano assume i toni foschi di una scena lugubre, ma anche di una farsa rappresentata ai danni di una «nullità» svuotata ormai di ogni possibile autorità. A suo giudizio, la rivoluzione avrebbe dovuto essere condotta piuttosto attraverso una serie di riforme pazienti, operate da una classe dirigente preparata e capace di concedere al popolo quel tanto di libertà che esso è via via capace di maneggiare⁸⁴.

È questa, in effetti, l'attitudine dell'educatrice ispirata da Rousseau, la quale equipara a più riprese le intemperanze del popolo a quelle di bambini dispettosi⁸⁵. In un brano, il «piacere nel tormentare

76 *Ivi*, p. 189. Si confronti questo brano con quello contenuto in M. Wollstonecraft, *Lettere scritte durante un breve soggiorno in Svezia, Norvegia e Danimarca*, cit., pp. 143-144, dove l'autrice critica il re danese perché «era un debosciato e per giunta idiota», «un fantoccio di monarca mosso dai fili che il conte Bernstoff tiene saldamente nelle sue mani», «un perfetto idiota», una «farsa». *Ivi*, p. 155-156 aggiunge: «che pagliacciata dev'essere trattare da re un essere che ha perso la dignità di uomo!». Per un confronto si vedano anche le pagine dedicate alla «debolezza» dei re in *A Vindication of the Rights of Men*, WMW, vol. V, in part. p. 11 e in *A Vindication of the Rights of Woman*, *ivi*, es. p. 85.

77 WMW, vol. VI, p. 200.

78 *Ivi*, p. 205. Per un raffronto tra le descrizioni delle Giornate di Ottobre contenute nelle *Reflections on the Revolution in France* di Edmund Burke, nella *Vindication of the Rights of Man* e in *An Historical and Moral View of the Origin and the Progress of the French Revolution* di Wollstonecraft, mi permetto di rinviare a S. Vantin, *Gli eguali e i diversi. Diritto, manners e ordine politico in Edmund Burke*, Mucchi, Modena, 2018, pp. 156-165.

79 WMW, vol. VI, p. 201.

80 Ad esempio, *ivi*, p. 212.

81 *Ivi*, p. 234. Cfr. in proposito anche M. Wollstonecraft, *Lettere scritte durante un breve soggiorno in Svezia, Norvegia e Danimarca*, cit., p. 146: «sono sempre più convinta che la stessa forza di carattere che trasforma un uomo coraggioso in un furfante, avrebbe potuto invece renderlo utile alla società, se quella fosse stata meglio organizzata. Quando una forte mente non è disciplinata dalla cultura, la percezione dell'ingiustizia la spinge verso azioni inique». A questo riguardo, l'autrice riconosce nello stesso testo che «la rivoluzione francese non ha solo reso tutte le teste coronate più caute, ma ha anche fatto diminuire ovunque [...] il rispetto per la nobiltà, tanto che i contadini non solo hanno perso la loro cieca devozione per i signori, ma si lamentano [...] di oppressioni che prima neanche pensavano di definire tali, perché era stato loro insegnato a considerare se stessi come esseri di ordine differente» (*ivi*, p. 48; cfr. anche p. 74).

82 WMW, vol. VI, p. 213. Nella *Vindication of the Rights of Woman*, Wollstonecraft aveva affermato che le «forti ventate» della violenza non sarebbero necessarie se «ragione e virtù» prevalessero nella società: cfr. WMW, vol. V, p. 233.

83 WMW, vol. VI, p. 46. Cfr. anche *ivi*, p. 95.

84 Cfr. *ivi*, p. 212.

85 Come si dirà oltre, la similitudine del popolo con bambini dispettosi è ricorrente, es. cfr. anche *ivi*, p. 60 (già menzionata) o p. 137. *Ivi*, a p. 109 il popolo sotto l'Antico regime è definito «soltanto dei bruti addomesticati», mentre a p. 115 «meri animali»

gli uomini» è accomunato a quello dei «ragazzi cattivi» che si divertono a «smembrare gli insetti»⁸⁶: è questo popolo di minori che va «addestra[to] come un cavallo da maneggio» e «modella[to] come un albero [da] giardino»⁸⁷, affinché esso possa esercitare «il diritto di pensare con la propria testa»⁸⁸. Del resto, già il ginevrino aveva affermato che «i bambini godono, anche nello stato di natura, solo di una libertà imperfetta, simile a quella degli uomini nello stato civile, in cui ciascuno di noi, non potendo più prescindere dagli altri, ritorna a essere, in questo, debole e misero. Eravamo fatti per essere uomini, ma le leggi e la società ci fanno ripiombare nell'infanzia»⁸⁹. Un passo che è fin troppo ovvio accostare al celebre incipit di *Che cos'è l'Illuminismo*, dove Kant ricorda che l'«uscita dell'uomo dalla minorità» avviene mediante «la decisione e il coraggio nel servirsi del proprio intelletto senza la guida di un altro»⁹⁰, o ai passi nei quali il filosofo di Königsberg afferma che il «progresso verso il meglio» avverrà «gradualmente» grazie alla diminuzione «delle violenze da parte dei potenti» e all'«adeguamento alle leggi»⁹¹ e che «illuminare il popolo [implica] la sua pubblica istruzione circa i doveri e i diritti che ha verso lo Stato al quale appartiene»⁹².

Si è argomentato altrove che il tema dell'educazione è sempre presente negli scritti wollstonecraftiani, da quelli giovanili a quelli della maturità, e si sviluppa attraverso cerchi concentrici che, dalla famiglia, coinvolgono via via la società e poi l'intera compagine nazionale⁹³. Ma è proprio in *An Historical and Moral View of the Origin and the Progress of the French Revolution* che il discorso educativo e quello politico giungono a fondersi, in un passo di cui si è già enfatizzata l'importanza⁹⁴: poiché la «giustizia eterna» corrisponde all'«onestà» e all'«intelligenza», un «buon» popolo, virtuoso, libero, educato, non potrà che apprezzare le «buone» leggi⁹⁵. La premessa giusrazionalista non vacilla⁹⁶: per Wollstonecraft le verità di ragione, sui cui lo stesso diritto deve fondarsi, una volta portate alla luce hanno la medesima logica evidenza delle regole matematiche.

Al lettore contemporaneo questa constatazione non può non ricordare quella «ragione calcolante, ai cui gelidi raggi matura la messe della nuova barbarie»⁹⁷, di cui scrivevano gli autori francofortesi già citati nell'Introduzione. Lo sforzo che Wollstonecraft compie nelle pagine commentate è, in effetti, quello di aderire al modello razionalista diffuso al suo tempo: nel farlo proprio, tuttavia, come si è mostrato nel corso di questo contributo, lo esprime attraverso una scrittura e una prospettiva incarnata in un corpo femminile. È questa una particolarità che emerge in filigrana in tutto il suo discorso e che denuncia di quest'ultimo la radice dialettica. Se pronunciata da una donna, la ragione astratta si incarna e si reifica,

trattati dal tiranno come «macchine per i suoi propositi». Cfr. anche WMW, IV, pp. 390-391, dove i poveri sono equiparati a «bambini, attratti dallo sfarzo» e dai gusti «pacchiani».

- 86 *Ivi*, p. 127. In M. Wollstonecraft, *Lettere scritte durante un breve soggiorno in Svezia, Norvegia e Danimarca*, cit., p. 144, l'autrice riporta una citazione dal *Re Lear* shakespeariano: «noi siamo per gli dei come le mosche per i monelli. Uccisi per divertimento».
- 87 Il riferimento è al noto incipit di J.J. Rousseau, *Émile ou de l'éducation* (1762), trad. it. *Emilio, o dell'educazione*, a cura di R. Gatti, Morcelliana, Brescia, 2020, p. 21.
- 88 WMW, VI, p. 212. Si legga questo passo in congiunzione con il brano contenuto nella *Vindication of the Rights of Woman*, nel quale si afferma che l'educazione deve essere intesa come «coltivazione della mente, la quale insegna ai giovani come iniziare a pensare» (WMW, vol. V, p. 235, corsivo mio).
- 89 J.J. Rousseau, *Emilio, o dell'educazione*, cit., p. 111.
- 90 I. Kant, *Beantwortung der Frage: Was ist der Aufklärung?* (1784), trad. it. *Risposta alla domanda che cos'è l'Illuminismo*, in Id. *Scritti di storia, politica e diritto*, a cura di F. Gonnelli, Laterza, Roma-Bari, 2002, pp. 45-51, in part. p. 45.
- 91 *Ob das menschliche Geschlecht im beständigen Fortschreiten zum Besseren sei* (1798), trad. it. *Se il genere umano sia in costante progresso verso il meglio*, *ivi*, p. 235. Anche Wollstonecraft nomina l'«infanzia della società» in *A Vindication of the Rights of Men*, in WMW, vol. V, p. 87. A tal proposito si noti che «Mr. Kant», quale autore di *Kritik der Urtheilskraft* (1790), è citato nei postumi *Hints*: *ivi*, p. 275.
- 92 I. Kant, *Risposta alla domanda che cos'è l'Illuminismo*, cit., p. 232.
- 93 S. Vantin, «Il diritto di pensare con la propria testa». *Educazione, cittadinanza, istituzioni in Mary Wollstonecraft*, cit., pp. 55-136.
- 94 *Ivi*, p. 129.
- 95 WMW, vol. VI, p. 212.
- 96 Come Wollstonecraft scriveva nella *Vindication of the Rights of Men*, «l'eterno fondamento del diritto» promana da «una verità immutabile»: cfr. WMW, vol. V, p. 9. Si veda anche *A Vindication of the Rights of Woman*, *ivi*, p. 81: «nello stato presente della società, è necessario volgersi indietro verso i principi primi in cerca delle verità più semplici. [...] Le risposte appariranno probabilmente inequivocabili come assiomi».
- 97 M. Horkheimer, T.W. Adorno, *Dialektik der Aufklärung*, trad. it., *Dialettica dell'Illuminismo* (1947), in E. Donaggio (a cura di), *La Scuola di Francoforte. La storia e i testi*, cit., pp. 210-223, in part. p. 213.

rivelando così che «questa illusione, nella quale l'idealismo vive dal tempo di Cartesio, è ideologia in senso stretto»⁹⁸.

98 M. Horkheimer, *Teoria tradizionale e teoria critica*, cit., p. 32.

*Paolo Veronesi**

Pier Paolo Pasolini e la società: il “sogno di una cosa” travolto dalla “nuova preistoria”

Sommario

1. Pasolini e il “nuovo potere”: una premessa necessaria – 2. Cuore, viscere (e ragione) di fronte alla realtà – 3. Un intellettuale “disperatamente italiano” – 4. Il “nuovo fascismo” in una “nuova preistoria” – 5. Tra tradizione, progresso e sviluppo: alla ricerca di un nuovo equilibrio – 6. La TV, la scuola, la DC e il PCI di fronte al “genocidio” – 7. Un Pasolini riformista e populista? – 8. Segue: il divorzio e l’aborto – 9. Gli strumenti d’analisi di Pasolini – 10. Segue: altra strumentazione (l’indiretto libero, la soggettiva libera indiretta e un’originale teoria del cinema) – 11. Segue: l’uso del mito, il sentimento religioso e la semiologia della realtà – 12. L’approdo nell’incubo.

Abstract

L’articolo prende in esame — nel centenario della nascita — il “pensiero politico” di Pier Paolo Pasolini. Vengono pertanto scandagliati (soprattutto) i suoi scritti sulla società, ma frequenti sono le incursioni nella letteratura e soprattutto nel cinema di questo autore del tutto originale. Ne emerge lo spessore di concetti spesso usati dal poeta per analizzare e criticare il presente: Nuova Preistoria, nuovo capitalismo, consumismo, edonismo, il Potere, il Palazzo, il Processo, sviluppo e progresso, sacralità *in primis*. Si evidenzia inoltre come l’occhio e il giudizio di Pasolini siano stati principalmente guidati dalla passione e solo di rimando dalla ragione. Un ruolo non secondario nella sua percezione del reale ha inoltre assunto la sua omosessualità. Nella parte finale dello scritto si analizzano alcuni strumenti tecnici utilizzati dall’autore per svolgere la propria opera di comprensione del presente e della sua conseguente traduzione artistico-critica.

The article examines - in the centenary of his birth - the “political thought” of Pier Paolo Pasolini. Therefore, it scrutinizes (above all) his writings on society, but there are frequent incursions into the literature and especially into the cinema of this completely original author. What emerges is the depth of concepts often used by the poet to analyze and criticize the present: New Prehistory, new capitalism, consumerism, hedonism, Power, the Palace, the Process, development and progress, sacredness in primis. It also shows how Pasolini’s eye and judgment were mainly guided by passion and only by reason. His homosexuality also played a significant role in his perception of reality. In the final part of the paper we analyze some technical tools used by the author to carry out his work of understanding the present and its consequent artistic-critical translation.

* Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Ferrara.
Contributo non sottoposto a referaggio a doppio cieco trattandosi di omaggio del Direttore della Rivista a Pier Paolo Pasolini in occasione del centenario dalla nascita.

1. Pasolini e il “nuovo potere”: una premessa necessaria

Pier Paolo Pasolini è nato a Bologna il 5 marzo 1922: quest’anno se ne celebra quindi il centenario della nascita e le iniziative a lui dedicate si rincorrono¹.

Approfitte di una simile circostanza per trattare del suo pensiero tra le pagine di una rivista dedicata alla sfera giuridica potrebbe tuttavia apparire per lo meno originale, se non addirittura (troppo) audace: tale scelta impone dunque una premessa.

Da questo snodo è perciò bene prendere le mosse.

La vita intellettuale di Pasolini — a dir poco frenetica — si è distribuita in tantissimi rivoli: politico in gioventù², pittore in erba, insegnante appassionato nel suo Friuli e poi a Roma³, poeta, scrittore, drammaturgo, saggista e critico letterario, collaboratore e ideatore di riviste⁴, instancabile polemista, giornalista, regista.

Per amore dell’ordine si è dunque spesso indotti a distinguere cronologicamente un Pasolini poeta, poi romanziere e saggista letterario, poi drammaturgo, poi regista e infine polemista⁵. In realtà, una simile classificazione diacronica appare piuttosto sterile: Pasolini ha infatti assunto contemporaneamente molti (se non spesso tutti) questi ruoli assieme. Così — di fatto — «le sue diverse scritture finiscono per rinforzarsi a vicenda: una brutta poesia sembra migliore perché un articolo di giornale l’ha resa interessante, o viceversa un saggio razionalmente debole è sostenuto mediaticamente da una poesia di straziante sincerità; una fase di smarrimento narrativo appare commovente se le contemporanee scritture teatrali la drammatizzano; un romanzo può presentarsi come anta di un dittico di cui l’altra anta è un film, e via dicendo»⁶. Persino l’intervista, con Pasolini, diviene «un genere letterario tutt’altro che minore e occasionale», inscindibilmente connesso alla restante mole della sua produzione⁷.

A fronte di ciò, la conclusione alla quale più coerentemente si giunge è pertanto che «la vera opera di Pasolini» sarebbe effettivamente costituita dall’«insieme delle sue opere»⁸: «gli intrecci, gli scambi, le sovrapposizioni, non solo di materia ma di stile», tra tutto quanto da lui proposto «concorrono» infatti «a formare un insieme... compatto e coerente, dove non esiste gerarchia tra generi alti e bassi». Di fatto, «quella di Pasolini è [dunque] un’opera in evoluzione e in tensione ininterrotta per tutti i trent’anni in cui si svolge»⁹.

In un tale quadro, i suoi temi prediletti evolvevano e circolavano quindi — senza alcuna frattura — da una forma artistica all’altra, da un genere letterario all’altro, da una presa di posizione pubblica all’altra: essi mantenevano tuttavia un’essenziale omogeneità tematica di fondo.

Su quali argomenti si concentrava quindi il suo sguardo?

Una questione si staglia evidentemente sulle altre, specie muovendo dai suoi scritti sulla politica e sulla società (come si farà di seguito). In estrema sintesi, Pasolini ha sviluppato in tutte le sue opere — praticando dunque registri e accenti diversi — una coerente e pessimistica riflessione sul “potere”: ne ha

- 1 Tra le opere che ricostruiscono la biografia di Pasolini — senza menzionare quelle in cui analisi critica e vicende personali s’intrecciano inscindibilmente — si v., a esempio, N. Naldini, *Pasolini, una vita*, Torino, Einaudi, 1989. Dello stesso autore si v. altresì la dettagliata *Cronologia in Pier Paolo Pasolini. Saggi sulla politica e la società*, a cura di V. Siti e S. De Laude, Milano, Mondadori, 1999, p. XLIII ss.
- 2 Attivissimo Segretario della sezione comunista di San Giovanni di Casarsa in Friuli tra il ’48 e il ’49: per questa “fase politica” della vita di Pasolini si v. E. Siciliano, *Vita di Pasolini*, Milano, Rizzoli, 1978, p. 106 ss.
- 3 Sull’esperienza di insegnante di Pasolini a Fiumicino, nei suoi primi anni romani, v. G. Meacci, *Improvviso il Novecento. Pasolini professore*, Roma, Minimum fax, 2016. Per le diverse fasi della sua opera di docente in Friuli cfr. E. Siciliano, *Vita di Pasolini*, cit., p. 115 ss.
- 4 In particolare, si pensi alla rivista bolognese *Officina*, pubblicata tra il 1955 e il 1959. Il nome del periodico costituiva un omaggio al docente universitario bolognese Roberto Longhi, autore di *Officina ferrarese*.
- 5 P. Bellocchio, *Disperatamente italiano*, in *Pier Paolo Pasolini. Saggi sulla politica e sulla società*, cit., p. XIII ss.
- 6 W. Siti, *Senza una scuola né eredi, Pasolini è rimasto solo*, in *la Lettura*, 19 ottobre - 4 novembre 2015 (consultata on-line il 18 febbraio 2022).
- 7 E. Trevi, *Qualcosa di scritto*, Milano, Ponte alle Grazie, 2012, p. 14 ss.
- 8 W. Siti, *Tracce scritte di un’opera vivente*, in *Pasolini. Romanzi e racconti (1946-1961)*, Milano, Mondadori, 1998, p. XXX.
- 9 P. Bellocchio, *Disperatamente italiano*, cit., p. XIV. In questa prospettiva, avrebbe dunque rappresentato un approdo artistico pressoché naturale quanto Pasolini andava disegnando nel romanzo incompiuto *Petrolino*, uscito postumo nel 1992. Esso doveva infatti costituire — pare — un’originalissima e non-finita summa di letteratura, fotografia, saggi, testi di varia natura, persino spezzoni cinematografici, immagini inventate, denunce di giochi di potere e di precisi personaggi pubblici ecc. Insomma, «qualcosa di scritto» o «un mostro informe», difficile da classificare rifacendosi ai generi letterari più consueti (E. Trevi, *Qualcosa di scritto*, cit., p. 33). Qualcuno l’ha dunque definita una «grande opera contemporanea» (lo ricorda G. Borgna, *Pasolini integrale*, Roma, Castelvecchi, 2015, p. 137, citando Angelo Guglielmi).

cioè analizzate le più originali e recenti trasformazioni pervasive, lasciando peraltro (solo) intravedere le alternative che, a suo avviso, sarebbero state possibili.

Per l'autore si era infatti nel pieno di una fase autoritaria dalle sembianze del tutto nuove. Essa aveva letteralmente demolito la nostra stessa identità, la nostra cultura, i nostri linguaggi, persino i nostri sentimenti, i nostri corpi e i nostri comportamenti (anche sessuali), imponendo a tutti — senza scampo — la devastante ideologia dell'«omologazione» e dell'«edonismo consumistico»: due espressioni che Pasolini fu tra i primi a utilizzare in Italia¹⁰.

In base a tali premesse, appare dunque “legittimo” — o (almeno) non del tutto peregrino — trattarne, sia pur lateralmente, in una rivista che di letteratura, poesia, cinema di norma non si occupa, ma tiene le proprie antenne costantemente puntate sul grande tema del “potere” e di quella che — dopo Pasolini — sarebbe stata definita “biopolitica”¹¹. Poco importa che il discorso pasoliniano si svolga su un piano diverso da quello tecnico-giuridico, che si condividano o meno i suoi approdi e le sue “sentenze”, che il suo sbandierato comunismo ci appaia fuori tempo o che certe sue affermazioni risultino oggi del tutto superate e non poco irritanti. Ancora meno rileva che taluni comportamenti tenuti dall'autore in vita ci appaiano fastidiosamente contraddittori rispetto alle premesse del suo pensiero (oltre che di sicuro sconsiderati)¹². È comunque fruttuoso confrontarsi con la trama delle sue idee, valutandone (nel bene e nel male) la capacità di spiegare il suo e anche (un po') il nostro presente. Decidendo poi in assoluta libertà — com'è ovvio — che farsene: cosa trattenere, cosa condividere o sviluppare e cosa gettare alle ortiche.

2. Cuore, viscere (e ragione) di fronte alla realtà

Immergersi nella monumentale produzione di questo autore ci rende spesso l'immagine di un intellettuale abitato anche da tante vistose contraddizioni¹³.

Del resto, lo ammise lui stesso in numerosi interventi. La più sincera confessione in tal senso si trova probabilmente nella raccolta poetica *Le Ceneri di Gramsci* (1957): «lo scandalo del contraddirmi» — scrisse — «dell'essere con te e contro di te, con te nel cuore... contro di te nelle buie viscere». Si rivolgeva proprio ad Antonio Gramsci, presso la cui tomba, nel cimitero acattolico di Roma, prendeva corpo questo “dialogo” virtuale: letterario ma, al contempo, squisitamente ideologico/politico.

“Cuore” e “viscere” costituiscono, a ben vedere, i fari e gli strumenti ai quali Pasolini ha fatto costante ricorso in tutta la sua opera: per studiare il presente, criticarlo nel profondo e lanciare messaggi¹⁴. La sua stessa omosessualità (mai nascosta) era brandita quale «fonte e ragione della sua ispirazione poetica», essenziale punto di vista per giungere a una lettura più originale (e meno scontata) del reale¹⁵. Ma anche la “ragione” — a dispetto di talune sue prese di posizione anti-illumistiche — ha assunto un ruolo spesso decisivo nelle sue riflessioni¹⁶.

10 V., ad esempio, P.P. Pasolini, *Polemica, politica, potere*, conversazioni con G. Bachmann, Milano, Chiarelettere, 2015, p. 102.

11 Da qui l'interesse che le sue opere hanno suscitato anche nel campo delle scienze sociali in genere. Assai noto è, ad esempio, il saggio dell'economista G. Sapelli, *Modernizzazione senza sviluppo. Il capitalismo secondo Pasolini*, Firenze, goWare, 2015, in cui l'a. mette in luce il fondamento (anche scientifico) di molte delle tesi pasoliniane.

12 Con riferimento alle sue abitudini sessuali, Rossana Rossanda, nel famoso e tormentato pezzo *In morte di Pasolini*, pubblicato subito dopo l'assassinio del poeta su *Il manifesto* (4 novembre 1975), affermò, pur sempre distinguendo e denunciando le incomprensioni di cui era stato vittima: «cercava un rapporto libero e non ripeteva lui stesso — l'intellettuale ricco che arriva con l'Alfa e paga il ragazzo davanti a lui, socialmente e personalmente tanto più fragile — un rapporto fra oppressore e oppresso?». Il testo è reperibile anche nel sito internet del Centro Studi Pier Paolo Pasolini di Casarsa della Delizia.

13 Guido Fink le definirà “feconde” in *Le parole contro la parola*, prefazione a P.P. Pasolini, *Empirismo eretico*, Milano, Garzanti, 2015, p. XI. W. Siti, *Tracce scritte di un'opera vivente*, cit., p. XXIX s., osserva che una delle più «appariscenti» figure retoriche pasoliniane è, non a caso, l'“abiura”.

14 M. Belpoliti, *Pasolini in salsa piccante*, Parma, Guanda, 2010, p. 11, afferma pertanto che Pasolini mette sempre, in ciò scrive, «il cuore e il corpo». A. Asor Rosa, nella sua *Prefazione a Passione e ideologia*, Milano, Garzanti, 2009, p. VII, rimarca che «in Pasolini il primo movimento d'interesse verso un oggetto, anche culturale, è di natura sempre passionale, quasi fisica», mentre l'intelligenza segue. Questa «nei casi peggiori, resta ancillare... nei casi migliori... si assume il compito di sistemare i risultati di quel primo approccio».

15 M. Belpoliti, *Pasolini in salsa piccante*, cit., p. 8 e p. 9, ove l'a. afferma altresì che «l'etica di Pasolini... si fonda sull'estetica omosessuale».

16 Alla «forza della ragione, con la coerenza e la forza fisica che essa dà», e quale «potente mezzo di lotta» contro il potere, Pasolini si rifà, ad esempio, in uno dei suoi interventi del 1960 sulla rivista *Vie Nuove*: si v. P.P. Pasolini, *Le belle bandiere*, Roma,

Dall'azione congiunta di questi elementi sono derivate quelle inevitabili contraddizioni alle quali si è appena accennato: non sempre essi conducevano infatti alla medesima destinazione.

Da tali approcci derivano, ad esempio, le riflessioni di Pasolini sui corpi e i volti dei ragazzi via via trasformati dal neocapitalismo¹⁷ o sulla moda dei capelli lunghi, con il significato simbolico e omologante che essa aveva ormai assunto¹⁸. Ma in questo stesso *humus* si muove, a ben vedere, anche il senso più profondo della sua ultima intervista-testamento, rilasciata a Furio Colombo poche ore prima di essere assassinato: in essa evocava, ancora una volta, le sue ben note scorribande notturne e ciò che aveva appreso in queste sue istruttive discese all'«inferno»¹⁹.

L'approccio a ciò che lo circondava, oltre che “fisico” e “passionale”, fu altresì sempre e sostanzialmente “visivo”. La lettura pasoliniana del contemporaneo — nei suoi vari aspetti — muoveva cioè da singoli dettagli, immagini o fenomeni: essi venivano descritti, analizzati e interpretati puntigliosamente per ricavarne il senso più nascosto²⁰.

Ciò condusse infine Pasolini a teorizzare la necessità di una complessiva semiologia della realtà: un ficcante strumento (questa volta senz'altro) razionale che riteneva indispensabile per affrontare il significato più recondito e meno immediato non solo di un testo, bensì di ogni fenomeno, comportamento ed evento sociale (magari assorbiti, in prima battuta, con il “cuore” e le “viscere”)²¹.

Detto ciò — sfatando certe mitologie — va altresì sottolineato che Pasolini, pur praticando con puntiglio i suoi metodi d'analisi a quanto lo circondava, ha anche sbagliato spesso (e talvolta clamorosamente) il bersaglio, oltre che fallito singole analisi e prognosi²².

Non solo. Avvicinarsi alla sua opera rivela che tutto quanto trova in essa spazio non è quasi mai da assumere alla lettera. Pasolini era infatti portato per sua stessa ammissione — e da autentico autore — a esprimersi per figure retoriche, per «provocazioni estreme»²³, per paradossi concepiti allo scopo di scuotere l'uditorio. Ancora cuore e viscere tradotti razionalmente e passionalmente in testi.

Ad esempio, Pasolini conia continuamente iperboli non immediatamente comprensibili, oltre che spesso (e a dir poco) disorientanti²⁴. *Salò*, il suo ultimo film, è così tutto «costruito sull'accumulo e sull'iperbole, al punto che molto spesso raggiunge punte di insopportabilità»²⁵.

Ama inoltre esprimersi (molto di frequente) per metafore: attraverso di esse — da poeta — gli era possibile intuire per sé e tradurre meglio agli altri ciò che riteneva stesse accadendo. Si pensi al famoso

l'Unità - Editori Riuniti, 1991, p. 45. In altri contesti Pasolini contestò l'arma della razionalità, ritornando implicitamente sui suoi passi — come si dirà *infra* — nella trama della sua attenta riflessione semiologica (da lui stesso definita “scientifica”).

- 17 A tal proposito, particolarmente limpido (e disperato) è il suo noto scritto *Abiura della Trilogia della vita*, un articolo del 1975, poi raccolto nelle *Lettere luterane* (in *Pasolini. Saggi sulla politica e sulla società*, cit., p. 600 s.).
- 18 Al tema dedica l'articolo con il quale prende avvio la sua collaborazione con il *Corriere della sera* di Piero Ottone, il 7 gennaio 1973. Il brano è contenuto negli *Scritti corsari*, in *Pasolini. Saggi sulla politica e sulla società*, cit., p. 271 ss.
- 19 Lo stesso Pasolini propose il lancinante titolo dell'intervista, che però non ebbe il tempo di rileggere: *Siamo tutti in pericolo*, in *Pasolini. Saggi sulla politica e sulla società*, cit., p. 1723 ss.
- 20 M. Belpoliti, *Pasolini in salsa piccante*, cit., p. 38 s. P. Bellocchio, *Disperatamente italiano*, cit., p. XXXV, analogamente chiosa che «ciò che colpisce Pasolini e mette in movimento la sua immaginazione è la realtà quotidiana, la vita che si svolge sotto gli occhi di tutti e di cui tutti partecipano».
- 21 Sul tema Pasolini ritorna più volte in *Empirismo eretico*, cit.: si v., ad esempio, i passaggi a p. 142 s. e a p. 210 (ove ragiona di una «semiologia del linguaggio dell'azione umana». Per un nitido esempio cfr. *Il vero fascismo e quindi il vero antifascismo*, in *Scritti corsari*, cit., p. 315 s., ove analizza il «linguaggio del comportamento» e «fisico» dei giovani, ossia una serie di «atti culturali» (come lui li definisce).
- 22 Si legga, per esempio, il panegirico del 1974 (*Ampliamento del “bozzetto” sulla rivoluzione antropologica in Italia*, in *Scritti corsari*, cit., p. 329), in cui ragionava della (presunta) uguaglianza raggiunta in Urss mediante l'abolizione delle classi: «una cosa meravigliosa» — ha il coraggio di scrivere — «malgrado i delitti politici e i genocidi di Stalin». Di tutt'altro tenore furono però le dichiarazioni rilasciate a Peter Dragadze, e pubblicate subito dopo la sua morte: si v. *Quasi un testamento*, in *Pier Paolo Pasolini, Saggi sulla politica e sulla società*, cit., p. 854. Vi denunciava la severità delle condanne in cui erano incorsi noti intellettuali in Urss, uno Stato che si consolidava in modo sempre più granitico anziché autodistruggersi secondo i dettami del marxismo, e in cui la burocrazia, il militarismo, la polizia gli apparivano ormai imperanti. Analoga (e dura) presa di posizione espresse anche in altri interventi: si v. *Le belle bandiere*, cit., p. 125 (il brano venne pubblicato nel 1961 su *Vie Nuove*).
- 23 W. Veltroni, *Intervento* al dibattito a più voci dal titolo *L'uomo che capiva troppo*, in *MicroMega*, 2005, n. 6, p. 119.
- 24 *Troppa libertà sessuale e si arriva al terrorismo*, intitola un suo pezzo, nel 1972, pubblicato sulla rivista *Tempo*, dalla logica alquanto contorta e decisamente misogina, sostenendo che certo estremismo politico derivasse dalla partecipazione femminile a taluni gruppi politici (si può recuperare in *Pier Paolo Pasolini, Saggi sulla politica e sulla società*, cit., p. 236 ss.); una misoginia che non compariva invece in un pezzo pubblicato sul *Tempo* nel 1968 (in *Il caos*, Roma, L'Unità - Editori riuniti, 1991, p. 1137 ss.). Si pensi altresì alle proposte, più volte sottolineate e sulle quali si ritornerà *infra*, di «abolizione provvisoria» della scuola e della TV: *Le mie proposte su scuola e Tv*, in *Lettere luterane*, cit., p. 697).
- 25 G. Borgna, *Pasolini integrale*, cit., p. 117.

brano sulla “scomparsa delle lucciole”²⁶: non si erano affatto estinte, notò Sciascia²⁷, ma la forza euristica ed evocativa di quell’immagine ha sin da subito assunto una potenza difficilmente rintracciabile in altri scritti di critica politica²⁸. Anche i suoi film sono intrisi di metafore: del già menzionato *Salò* — ma lo stesso si potrebbe concludere per molti altri suoi lavori cinematografici — disse egli stesso che era tutto una metafora²⁹.

Frequentissime sono altresì le parabole e le allegorie contenute ovunque, e soprattutto nei film successivi alla fase nazionalpopolare di stampo gramsciano (e cioè realizzati dopo *Accattone*, *Mamma Roma* e *La ricotta*)³⁰. Si pensi a *Uccellacci e uccellini* (che è un’autentica favola onirica dalla comicità straziante), a *Teorema* (che lui stesso definì un’allegoria), o a *Il mondo visto dalla luna*, *Che cosa sono le nuvole* e *La favola del fiore di carta*, oppure (ancora) a *Porcile*, che mette in scena un’allegoria disturbante (e a tratti criptica) sulla crudeltà del nuovo capitalismo.

Nei suoi testi — di qualunque natura essi fossero — abbondano poi le anafore, le iterazioni e i *climax*. Ad esempio, nel famoso scritto corsaro *Il romanzo delle stragi* (noto anche con il titolo *Che cos’è questo golpe*)³¹, è volutamente ostentata la ripetizione ossessiva di “Io so...”. Lo stesso stratagemma retorico compare nell’intervento *Il mio voto al PCI*³², il quale, più di un discorso rivolto a un’assemblea politica, assume le sembianze di un poema civile (con le ripetizioni ossessive di frasi del tipo “Voto comunista perché”, “Ricordo e so” ecc.). Simile è quanto si ricava dal pezzo “*Perché il processo*” (ove ricorre la frase “gli italiani vogliono sapere...” o altre analoghe)³³.

Non è dunque fortuito che quando si trattò di criticare talune figure di comunisti rigidamente ortodossi³⁴, come avviene nella trama del famoso poema *Il PCI ai giovani* — composto nel 1968, subito dopo i fatti di Valle Giulia³⁵ — imputerà loro di essere «amanti della litote»: una figura retorica perbenista, pacificatrice ed evidentemente “piccolo borghese”, per usare fedelmente il lessico pasoliniano.

Sono solo alcuni esempi tra i tanti possibili, ma, di certo, anche dall’uso accorto di questo strumentario intimamente letterario scaturisce il tono profetico e oracolistico di molti suoi testi: o, almeno, da ciò deriva la loro percezione come tali.

La conclusione che se ne può trarre è che Pasolini ha proposto spesso affermazioni “colorite” e talvolta persino assurde o sorprendenti sul piano razionale, ha elaborato opere e testi alquanto originali e audacissimi, ma, in ogni caso, ciò gli era indispensabile per contestare e offrire — da artista — un’immagine diversa e più nascosta del mondo in cui si è trovato a vivere (e, in particolare, del potere che ne abitava gli anfratti più reconditi)³⁶.

Questo è accaduto perché la sua conoscenza della realtà, i “filtri” da lui utilizzati a tale scopo e le conseguenti modalità adottate per diffondere le sue analisi presso il pubblico, sono sempre derivati dalla manovra di strumenti “altri” rispetto a quelli del linguaggio giuridico, scientifico, della politica o della tecnica³⁷.

26 *L’articolo delle lucciole*, in *Scritti corsari*, cit., p. 404 ss.

27 L. Sciascia, *L’Affaire Moro*, Milano, Adelphi, 1994, p. 11 ss.

28 G. Borgna, *Pasolini integrale*, cit., p. 192, afferma che, «a dispetto del carattere fortemente metaforico e poetico», esso è «uno degli articoli più politici di Pasolini».

29 Cfr. B.D. Schwartz, *Pasolini requiem*, Milano, La nave di Teseo, 2020, p. 691.

30 Dopo questa fase di «cinema popolare... Pasolini ha raccontato parabole sempre più chiuse, ad alto tasso intellettuale e simbolico», per «non farsi assimilare dall’intrattenimento piccolo-borghese»: W. Siti, *Tracce scritte di un’opera vivente*, cit., p. XLVI.

31 In *Scritti corsari*, cit., p. 362 ss.

32 Raccolto in *Pier Paolo Pasolini, Saggi sulla politica e sulla società*, cit., p. 850 ss. Si v. anche *Quasi un testamento*, cit., p. 868, ove afferma che è attratto dal sottoproletariato “perché” (e ripete questa parola e le conseguenti spiegazioni a premessa di un lunghissimo elenco di ragioni).

33 In *Lettere luterane*, cit., p. 668 ss.

34 Tra costoro Pasolini collocava senz’altro Togliatti, la cui politica definiva «tatticistica, diplomatica, autoritaria e paternalistica», mentre, di contro, affermava di essere stato sin da subito conquistato da Gramsci (*Pasolini su Pasolini. Conversazioni con Jon Halliday*, in *Pier Paolo Pasolini, Saggi sulla politica e sulla società*, cit., p. 1295).

35 Pubblicato su *L’Espresso* (si trova anche in P.P. Pasolini, *Poesie scelte*, a cura di N. Naldini e F. Zambon, Parma, Guanda, 2015, p. 189 ss.).

36 Lo segnalava talvolta lui stesso: cfr., ad esempio, B.D. Schwartz, *Pasolini requiem*, cit., p. 652.

37 Nel saggio *Nuove questioni linguistiche*, del 1964, contenuto in *Empirismo eretico*, cit., p. 17 ss., Pasolini analizza in tal senso un discorso del Presidente del Consiglio Aldo Moro, rivelandone la matrice tecnocratica. Essa svelava la vittoria di un capitalismo dal volto nuovo che aveva ormai del tutto surclassato anche il vecchio linguaggio padronale: cfr. C. Giunta, *Cuori intelligenti*, ed. blu, vol. 3b, Milano, Garzanti, 2016, p. 416 s.

Anche da questi assunti — nonché in ragione degli obiettivi e delle idee che sviluppava via via — è derivato il suo costante sperimentalismo in tutti i “mezzi” espressivi che ha deciso di utilizzare. Persino nelle poesie, in cui abbandonò presto il tono lirico, immergendosi invece nel reale e nel discorso politico³⁸; affermando addirittura che, nel momento storico in cui viveva, «tra poesia... e impegno politico» doveva instaurarsi «una coincidenza assoluta»³⁹.

Uno sperimentalismo, il suo, certo molto diverso da quello della neoavanguardia del Gruppo 63, alla quale Pasolini imputava di essersi piegata alle mode, di aver sepolto il passato ed essersi sostanzialmente adeguata al neocapitalismo: con essa i rapporti non furono quindi mai facili⁴⁰. La sua era del resto un'avanguardia di tutt'altra natura, la quale non cancellava affatto la tradizione ma — al contrario — s'innestava saldamente in essa, facendo tra l'altro ricorso — innovandolo — all'insegnamento del Pascoli meno conosciuto⁴¹. Ma è una conclusione che si attaglia perfettamente a tutte le sue opere, specialmente a quelle cinematografiche più mature⁴², oltre che — come vedremo meglio — al contenuto (e alle forme originali) dei suoi articoli “impegnati”.

3. Un intellettuale “disperatamente italiano”

Per questo suo intenso e inconsueto modo di fare, di scrivere, di criticare e di produrre, per come visse controcorrente e sotto la perenne scure della censura, delle aggressioni fisiche e di decine di procedimenti giudiziari, segnato a dito, criticato quando non dileggiato da destra e anche da sinistra⁴³, è dunque spesso forte la tentazione di definire Pasolini un italiano “per caso” e *sui generis*.

Piorgiorgio Bellocchio afferma tuttavia che, in Pasolini, l'italianità non è affatto casuale bensì il carattere dominante della sua intera produzione. “Disperatamente italiano” s'intitola, non a caso, il suo saggio già più volte citato. Esso peraltro richiama la frase contenuta in un articolo giovanile di Pasolini, datato addirittura 1942 e scritto dopo un incontro tra universitari europei a Weimar⁴⁴.

In effetti, è costante (e dichiarata) in Pasolini la volontà di rifarsi, proteggere e attualizzare l'eredità culturale italiana, usandola come modello e strumento per leggere e criticare il presente, oltre che per produrre tutte le sue opere.

Questo versante nostalgico (e spesso irritante) del pensiero pasoliniano, rivolto a un passato che non esiste più, ma che l'autore pare talvolta (acriticamente) esaltare, si coglie perfettamente nella nota poesia *Un solo rudere*, contenuta nella raccolta *Poesia in forma di rosa* (1964). Si tratta dello stesso componimento recitato dal regista che compare nel film *La ricotta*, interpretato da Orson Welles e doppiato da Giorgio Bassani. Qui Pasolini letteralmente afferma — tra l'altro — «Io sono una forza del passato, solo la tradizione è il mio amore», «Vengo dai ruderi, dalle Chiese, dalle pale d'altare, dai borghi dimenticati sugli Appennini o le Prealpi, dove sono vissuti i fratelli», e ammette che il suo intento è (appunto) «cercare fratelli che non sono più».

Quali sarebbero dunque questi suoi fratelli del passato, scomparsi nel gorgo del presente, e che lui invoca proprio per criticare quest'ultimo?

Pasolini allude evidentemente a personalità che spesso affiorano dalle sue riflessioni, dalle poesie, dai romanzi, dalle interviste, dalle ripetute citazioni iconografiche nei film. Figure che ha iniziato a conoscere e approfondire soprattutto all'Università di Bologna, frequentando le mitiche lezioni di storia dell'arte di Roberto Longhi⁴⁵. Per proporre un elenco certo non esaustivo, si può pensare senz'altro a

38 Su tale tasto pigia insistentemente G. Borgna, *Pasolini integrale*, cit., p. 15 ss.

39 P.P. Pasolini, *Polemica, politica, potere*, cit., p. 14 (il brano in questione è datato 1963).

40 Sul tema v., per esempio, G. Borgna, *Pasolini integrale*, cit., p. 37.

41 A. Asor Rosa, *Prefazione*, cit., p. XVI ss. Pasolini si laureò appunto con una tesi sul Pascoli, discussa con Carlo Calcaterra.

42 Ragionando delle quali lo stesso autore affermò di voler volontariamente proporre film «difficili e quindi *inconsumabili*», proprio come reazione al consumismo imperante e all'idea di cinema quale semplice evasione: v. B.D. Schwartz, *Pasolini requiem*, cit., p. 564.

43 Un'analitica rassegna degli attacchi subiti dall'autore si trova in F. Grattarola, *Pasolini, una vita violentata*, Roma, Coniglio ed., 2005.

44 *Cultura italiana e cultura europea a Weimar*, in *Pier Paolo Pasolini, Saggi sulla politica e sulla società*, cit., p. 5 ss.

45 Con il quale Pasolini avrebbe dovuto inizialmente laurearsi. Più volte l'autore ha ricordato che la sua scoperta del cinema è avvenuta proprio durante le lezioni del docente, il quale corredeva le spiegazioni da proiezioni di opere e di loro dettagli, in una sorta di ideale montaggio.

Dante, Boccaccio, Duccio, Masaccio, Piero della Francesca, Caravaggio, Rosso Fiorentino, Pontormo e i Manieristi, Domenichino, Pascoli, Gramsci...

Ma sullo stesso piano — senza cesure tra cultura “alta” e “bassa” — Pasolini senz’altro collocava anche la povera gente contadina e del sottoproletariato urbano che aveva avuto modo di conoscere e frequentare durante il suo periodo friulano e poi nelle borgate romane. Insomma, quell’insieme — come scrisse — di «culture particolari», di «piccole patrie», di «mondi dialettali» cancellati dal presente neocapitalista. Protagonisti di un «mondo reale», dirà Pasolini, in quanto ancorato a bisogni concreti, e non già ai prodotti superflui o alle manipolazioni del «mondo della finzione» consumistica e capitalistica⁴⁶. Lo stesso mondo che ritroverà in “Africa”, espressione da intendersi (spesso) non tanto come un preciso luogo geografico, ma come «condizione socio-economica» ancora immune dal consumismo, ossia contadina e sottoproletaria⁴⁷. Questa immersione culturale in anfratti che i tanti ormai rifuggono, costituisce infatti, per Pasolini, l’unica oasi e forma di resistenza ancora possibile per contrapporsi all’omologazione dell’imperante cultura borghese *post boom economico*⁴⁸.

Talvolta, quest’autore suscita così l’irritante impressione di ritenere che nel passato si celasse un mitico Eden perduto, ormai travolto dalla modernità. In alcuni passaggi parrebbe addirittura volerne auspicare un antistorico ritorno.

È quanto traspare, ad esempio, nel famoso pezzo *Sandro Penna: “Un po’ di febbre”*⁴⁹. Esso costituisce infatti, alla lettera, «una rievocazione nostalgica di un’Italia che non c’è più»⁵⁰. Da qui l’esaltazione della continenza, della mitezza, della dignità, della misura, dell’attesa paziente dei vari passaggi della vita, e così l’amore per le vecchie città sempre uguali, per i paesaggi intatti, le antiche strade e i muri scrostati, persino per i vestiti della domenica, “poveri” e “rattoppati” ma dignitosamente puliti.

Quest’atteggiamento all’apparenza nostalgico emerge anche nei testi in cui Pasolini scrive che un tempo contadini e sottoproletari sapevano esprimere una certa felicità che lo sviluppo capitalistico avrebbe ora trasformato in incolmabile angoscia, facendoli diventare nevrotiche vittime del consumismo a oltranza e di un edonismo massificante e mai sazio⁵¹.

Ebbe anche l’autentica sfrontatezza di scrivere — autodenunciando la sua volontà di provocare — che avrebbe desiderato che a Poitiers Carlo Martello non avesse sconfitto gli arabi, «perché un’arabizzazione dell’Europa sarebbe stata infinitamente più conservatrice e feudale». Aggiunse poi che una simile asserzione andava intesa come un “gioco” intellettuale e non era da non prendere alla lettera. Tuttavia, solo giocando in tal modo poteva distinguersi ancor più nettamente da «una realtà che non mi piace più»⁵²: altre iperboli, metafore e provocazioni.

In tali affliti e anfratti, il pensiero di Pasolini sembra dunque recare tracce della filosofia di Rousseau. Non a caso, Massimo Recalcati ha avvicinato l’esaltazione del passato e dell’arcaico in Pasolini proprio al pensiero del filosofo svizzero⁵³. Ossia, all’idea che l’origine dell’uomo sia intrisa d’innocenza, mentre il dipanarsi della storia produca l’inevitabile allontanamento da quello stato originario, traducendosi in un inesorabile “male”. In una sua intervista del 1964 al periodico “Energie Nuove”, Pasolini ebbe quindi a dire — proprio alla Rousseau — che la proprietà privata, così cara alla borghesia, è la matrice di tutto il male dell’umanità, la radice delle divisioni tra gli uomini⁵⁴.

L’amore verso il mondo contadino, poi per il sottoproletariato romano e poi per quelle quote di umanità “preservata” dallo sviluppo, che scorgeva in Africa, in India, nello Yemen ecc., incarnava e consentiva dunque di rappresentare questa sua passione per l’origine e per un tipo umano non ancora infettato dal neocapitalismo o dalle sue patologie. Era amore per l’«allegria» o la genuinità che tali uomini erano ancora in grado di sprigionare e che possedevano per «natura», prima ancora di trasformarsi

46 *L’articolo delle lucciole, cit.*, p. 406 ss. Un’analoga presa di posizione traspare da *Due modeste proposte per eliminare la criminalità in Italia*, in *Lettere luterane, cit.*, p. 690).

47 G. Borgna, *Pasolini integrale, cit.*, p. 97.

48 P.P. Pasolini, *Polemica, politica, potere, cit.*, p. 56.

49 In *Scritti corsari, cit.*, p. 421 ss.).

50 M. Belpoliti, *Pasolini in salsa piccante, cit.*, p. 35.

51 Ad esempio, nel già citato *Abiura della Trilogia della vita*, oppure nella sua ultima intervista (*Siamo tutti in pericolo, cit.*). Ma si v. anche molti passaggi delle conversazioni con Bachmann: P.P. Pasolini, *Polemica, politica, potere, cit.*, p. 103, ma *passim*.

52 P.P. Pasolini, *Polemica, politica, potere, conversazioni con G. Bachmann*, Milano, Chiarelettere, 2015.

53 M. Recalcati, *Pasolini: il fantasma dell’origine*, in www.leparoleelecose.it (29 maggio 2020).

54 *La necessità di combattere la disumanizzazione operata dal neocapitalismo*, in *Pier Paolo Pasolini. Saggi sulla politica e la società, cit.*, p. 1578.

in “classe” consapevole in lotta contro altre classi o — peggio — prima di farsi conquistare dalla razionalità e dal consumismo borghese⁵⁵.

4. Il “nuovo fascismo” in una “nuova preistoria”

Ma è davvero proprio così? Il dibattito su Pasolini va insomma aperto e immediatamente archiviato, contestandogli l’assurdità delle sue teorie antistoriche?

Talvolta il dubbio effettivamente assale, ma la questione pare in realtà meno semplice: lui stesso non ha mancato di avvertire che le sue affermazioni andavano approcciate e interpretate con cautela. Non alla lettera, insomma (ancora una volta...).

Così, in uno dei brani idealmente indirizzati allo scugnizzo Gennariello, Pasolini afferma testualmente che «questi miei discorsi non sono affatto lodi del tempo passato (che io, in quanto presente, non ho del resto mai amato)»⁵⁶. Collocandosi sulla stessa lunghezza d’onda, in molte altre occasioni egli ribadì che le sue erano provocazioni da non assumere senza filtri.

E, allora, come inquadrare il pensiero di Pasolini? Nell’oggi sotto i suoi occhi, cosa avvertiva di così orrido tale da indurlo a simili dichiarazioni d’amore per il passato, con il rischio (se non la certezza) di passare per un incorreggibile reazionario?

Nel presente egli innanzi tutto osservava un’irreggimentazione totale della società, pur senza che venisse imposta la camicia nera e la divisa da Balilla. A suo dire, il fenomeno in atto nulla aveva da invidiare all’ansia di controllo del fascismo; esso risultava anzi ancora più perfetto, perfido e pericoloso, posto che la «depauperazione dell’individualità» si mascherava ora (costantemente ma falsamente) «da sua valorizzazione»⁵⁷. Giunge persino ad affermare che, per ovviare a tutto ciò, e rompere l’accerchiamento, occorrerebbe imprimere una benefica scossa al sistema e «tornare a una certa repressione, non avere paura della repressione»⁵⁸. Altra tesi provocatoria...

Sosteneva insomma Pasolini che il fenomeno del fascismo storico, a conti fatti, era consistito nella presa del potere statale da parte di una «banda di criminali»⁵⁹. Questi sgherri si erano tuttavia accontentati della mera conformità dei comportamenti esteriori ai dettami del regime. Nonostante i suoi innegabili sforzi, il fascismo non era quindi mai davvero riuscito a scalfire nel profondo la natura del popolo italiano, il quale aveva infatti saputo ritagliarsi degli spazi di libertà, per poi reagire e liberarsi da quel cappio. Asserzioni stentoree (e non necessariamente centrate) sulle quali — sia chiaro — sarebbe più che opportuno aprire un dibattito.

Per Pasolini, anche dopo la caduta del regime, i primi governi repubblicani a guida democristiana avevano poi sostanzialmente continuato, sia pur riadattandola, la precedente esperienza clerico-conservatrice⁶⁰.

Ragionando dell’oggi — ossia a quanto era velocemente emerso in Italia dopo l’esperienza del *boom* — aggiungeva invece che, paradossalmente, si viveva ormai in una condizione assai più perversa. Si era infatti immersi — senza rendersene conto — in una «Nuova Preistoria», ossia in una fase del tutto nuova e originale del capitalismo, decisamente più pernicioso di quella del passato⁶¹: essa andava insomma intesa come l’origine di un’esperienza storica del tutto nuova.

Riecheggiando senz’altro temi della Scuola di Francoforte, Pasolini affermava quindi che il nuovo capitalismo era stato in grado d’insediarsi nell’intimo del popolo, così trasformandolo in modo ormai

55 Sono concetti che emergono da un brano molto famoso de *Le Ceneri di Gramsci*, in cui Pasolini mette in luce, ad esempio, la sua diversa concezione del popolo (rispetto a quella dello stesso Gramsci).

56 *Come è mutato il linguaggio delle cose*, in *Lettere luterane*, cit., p. 580.

57 P.P. Pasolini, *Polemica, politica, potere*, cit., p. 103.

58 P.P. Pasolini, *Polemica, politica, potere*, cit., p. 104.

59 Così si esprimeva nella trasmissione televisiva *La forma della città* (1974), prendendo a spunto alcune riflessioni sul “panorama” e le “linee” della città di Sabaudia.

60 *L’articolo delle lucciole*, cit., p. 405 s., in cui Pasolini afferma che «la democrazia che gli antifascisti democristiano opponevano alla dittatura fascista, era spudoratamente formale», mentre «i valori che contavano erano gli stessi che per il fascismo: la Chiesa, la patria, la famiglia, l’obbedienza, la disciplina, l’ordine, il risparmio, la moralità».

61 P.P. Pasolini, *Polemica, politica, potere*, cit., p. 93.

irrimediabile. Aveva perciò prodotto un autentico «genocidio», affermerà in più occasioni⁶², un'irreversibile «mutazione antropologica», una perniciosa e massificante «omologazione culturale», azzerando, di contro, le ricche differenze di un tempo. Linguaggi, desideri, pensieri, paesaggi, persino corpi e costumi sessuali erano stati così ridotti a un unico calco: è ciò che Michel Foucault, ragionando in termini analoghi, definirà “biopolitica” e “microfisica del potere”⁶³.

Pur affermando di volere esattamente il contrario, il nuovo potere non si curerebbe affatto delle concrete esigenze dei singoli, creando invece solo parodie della giustizia, dell'uguaglianza, dei diritti, dei veri bisogni. Esso si fonda infatti sulla perversa mistificazione di far sentire liberi coloro che, in realtà, sono costretti a un esercizio del tutto vincolato e uniforme di quelle stesse libertà, a praticare i medesimi comportamenti e a “sentire” gli stessi desideri. Tali libertà, inoltre, non sono state conquistate e volute con consapevolezza in nome di una matura capacità di scelta, ma elargite dall'alto, oltre che in tutto e per tutto eterodirette dalle volontà del nuovo potere⁶⁴.

Un potere, dunque, ormai impalpabile ma distribuito ovunque e massimamente efficace. Pasolini stesso confidava peraltro di non sapere «in cosa consista questo nuovo Potere e chi lo rappresenti. So semplicemente che c'è». Di certo non si raccoglieva più presso il Vaticano, né aveva come protagonisti i potenti democristiani o le forze armate. Non sarebbe stato manovrato neppure dall'industria, posto che «essa non è più costituita da un certo numero limitato di grandi industriali», ma appare ormai come un tutto onnipervasivo, diffuso «e, per di più, come tutto non italiano (transnazionale)»⁶⁵. Il nuovo potere opera nell'ombra e il suo imporsi implacabile su tutto e tutti — anche presso i vecchi potenti — «avviene clandestinamente, attraverso una sorta di persuasione occulta», senza violenza esplicita ma con una grandissima capacità di penetrazione⁶⁶.

Questo, per Pasolini, sarebbe stato il vero «nuovo fascismo»⁶⁷. Esso non aveva nulla a che fare con il fascismo mussoliniano e neppure con le pur esistenti e vegete organizzazioni neofasciste degli anni '60 e '70. Sotto il giogo del primo Pasolini aveva trascorso la sua adolescenza, le seconde le conosceva comunque benissimo: ne è stato un bersaglio prediletto in vita (persino sul piano fisico), e ne ha anche scritto con acume, specie con riguardo al loro coinvolgimento nelle stragi del 1969 e del 1974⁶⁸. La lettura che offre di questa galassia e del ruolo da essa svolto in quei sanguinosi massacri viene incasellata da Pasolini in un più ampio ragionamento. Nel suo famoso pezzo *Che cos'è questo golpe* (noto anche come *Il romanzo delle stragi*), accusa dunque (ed esplicitamente) i potenti della DC di essere gli effettivi responsabili dei massacri compiuti dai neofascisti dal 1969 in poi, pur non avendo prove o indizi⁶⁹. Suscitando incomprensioni che si trascinano ancora oggi, affermò inoltre che mentre la strage di Piazza Fontana era stata di “matrice anticomunista”, quelle di Piazza della Loggia a Brescia e del treno Italicus a Bologna erano state invece “antifasciste”. Nel senso che la prima — nel dare avvio alla c.d. “strategia della tensione” — era stata organizzata da gruppi di estrema destra, con la complicità di frange dei servizi segreti, per favorire una svolta autoritaria dopo l'esperienza dell'Autunno caldo. Le seconde erano certo state favorite dai servizi e ancora messe in pratica da personale dell'estrema destra, ma quest'ultimo era stato usato per giustificare la liquidazione di quegli stessi gruppi⁷⁰. I veri responsabili di tali vicende erano tuttavia, per Pasolini, sempre i medesimi. Una tesi che — va detto — ha suscitato interesse, decenni dopo, presso la Commissione Stragi presieduta da Giovanni Pellegrino⁷¹.

62 Ispirandosi dichiaratamente a Marx, che ragionava di un “genocidio” operato dalla classe al potere nei confronti delle popolazioni coloniali, del sottoproletariato e del proletariato meno cosciente (*Il genocidio*, in *Scritti corsari*, cit., p. 511). In tal senso si v., tra gli altri, i brani *Un sorriso anche al Sud* e *Studio sulla rivoluzione antropologica in Italia*, quest'ultimo in *Scritti corsari* e, rispettivamente, in *Pier Paolo Pasolini. Saggi sulla politica e la società*, cit., p. 840 ss., p. 307 ss. Si v. anche P.P. Pasolini, *Polemica, politica, potere*, cit., p. 133.

63 M. Foucault, *Storia della sessualità*, Milano, Feltrinelli, 1985. Sui rapporti tra il pensiero di Pasolini e di Foucault si v. M.A. Bazzocchi, *Esposizioni. Pasolini, Foucault e l'esercizio della verità*, Bologna, Il Mulino 2017.

64 P.P. Pasolini, *Polemica, politica, potere*, cit., p. 90 s.

65 *Il vero fascismo e quindi il vero antifascismo*, cit., p. 313 s.

66 *Il genocidio*, cit., p. 512.

67 *Fascista*, in *Scritti corsari*, cit., p. 519.

68 A Piazza Fontana dedicò, ad esempio, il poema *Patmos*, in *Transumanar e organizzar* (1971). In esso, tra l'altro, Pasolini menziona, una per una, tutte le vittime della strage.

69 In *Scritti corsari*, cit., p. 362 ss. Sul tema ritorna anche nelle *Lettere luterane (Come parleremo)*, cit., p. 562.

70 V. anche *Fascista*, cit., p. 521 s. e il brano *Le madonne oggi non piangono più*, in *Lettere luterane*, cit., p. 595, in cui legge, nella stessa chiave, anche il terrorismo rosso. Su questa lettura dello stragismo v. G. Borgna, *Pasolini integrale*, cit., p. 190.

71 La Commissione non produsse un documento unitario ma la sintesi dei suoi approdi può estrapolarsi da G. Fasanella - C. Sestieri - G. Pellegrino, *Segreto di Stato. La verità da Gladio al caso Moro*, Torino, Einaudi, 2000, p. 66 ss.

Il «nuovo fascismo» si identifica dunque, per Pasolini, proprio con il potere di omologazione, irrigimentazione, plasmazione delle masse e della vita di ognuno; nell'inculcare il desiderio di avere le stesse cose — tutte e subito — usando qualsiasi strumento a disposizione (dalla finanza più sofisticata alla spranga, se non si possiede altro)⁷². Questo, per Pasolini, è il fascismo che vede fiorire ai suoi tempi. Un fascismo degli antifascisti afferma⁷³, ossia emergente da un sistema che rimane (diversamente) autoritario pur non essendo percepito come tale.

Si è così potuta insediare un'assoluta uniformità culturale coinvolgente i linguaggi e i dialetti, i comportamenti, i corpi e le stesse coscienze⁷⁴. Un regime non dittatoriale, quello in azione: senza un duce, un vertice o una precisa organizzazione politica che lo incarni. Senza una militarizzazione visibile della società e che non costruisce campi di concentramento, né dà direttamente la morte, ma genera un'implacabile, diffusa omologazione⁷⁵.

Il nuovo sistema capitalistico dei consumi e della società di massa è così riuscito a imporre, in una batter d'occhio, un'unica "visione" del mondo, mascherando il tutto da libertà. Un'omologazione che — ribadisce Pasolini — neppure il fascismo del ventennio era riuscito a realizzare: quella in corso sarebbe dunque la prima, autentica unificazione che ha interessato il nostro Paese.

È una tesi certamente criticabile se assunta alla lettera: più di un passaggio potrebbe essere smentito da uno storico, da un giurista o da un sociologo. Essa possiede tuttavia il pregio di portare sotto i riflettori un grande dilemma: gli esseri umani amano davvero la libertà o sono assai più rassicurati dall'esperienza del "giogo" (visibile o invisibile), individuando nel dover scegliere in autonomia non poche inquietudini, prodotte dai bivi che impongono a ciascuno di assumere (da solo) decisioni responsabili⁷⁶?

Da qui la sua metafora delle "macchine", emblema dell'antropologia senz'anima del nuovo fascismo. La illustra nell'ultima intervista, icasticamente intitolata *Siamo tutti in pericolo*. «La tragedia» attuale — afferma — è che ormai «non ci sono più esseri umani, ci sono strane macchine che battono l'una contro l'altra. E noi, gli intellettuali, prendiamo l'orario ferroviario dell'anno scorso, o di dieci anni prima» — altra ficcante metafora — «e poi diciamo: ma strano»⁷⁷.

Pasolini si rammaricava pertanto del suo presente in quanto gli rammentava — sotto spoglie del tutto nuove e incomparabili — altre paure, altre minacce e altri disegni osservati o subiti nel passato, anche se poi sconfitti con tanta sofferenza: «ecco l'angoscia di un uomo della mia generazione, che ha visto la guerra, i nazisti, le SS, che ne ha subito un trauma mai totalmente vinto. Quando vedo intorno a me giovani che stanno perdendo gli antichi valori popolari e assorbono i nuovi modelli imposti dal capitalismo, rischiando così una forma di disumanità, una forma di atroce afasia, una brutale assenza di capacità critiche, una faziosa passività, ricordo che queste erano appunto le forme tipiche delle SS: e vedo così stendersi sulle nostre città l'ombra orrenda della croce uncinata. Una visione apocalittica, certamente la mia»⁷⁸.

Senz'altro Pasolini è sempre stato un apocalittico, e queste sue parole evidenziano ancora la propensione alle iperboli, ma il terrore che emerge da esse è assai tangibile e nient'affatto gratuito⁷⁹.

72 *Siamo tutti in pericolo, cit.*, p. 1725.

73 *Il vero fascismo e quindi il vero antifascismo, cit.*, p. 313 ss. Intitolerà comunque *Il fascismo degli antifascisti* un altro testo pubblicato negli *Scritti corsari*.

74 Afferma che «tutti gli italiani giovani compiono» gli «identici atti, hanno» lo «stesso linguaggio fisico, sono interscambiabili», e non più all'interno di una medesima classe — com'è sempre stato — ma in modo "interclassista". Non si può più distinguere «un operaio da uno studente, un fascista da un antifascista, cosa che era ancora possibile nel 1968»: *Il vero fascismo e quindi il vero antifascismo, cit.*, 316.

75 Pasolini scrive che questo «nuovo Potere» non sa «in cosa consista... e chi lo rappresenti. So semplicemente che c'è»: *Il vero fascismo e quindi il vero antifascismo, cit.*, p. 313 s.

76 È un tema che — ragionando di Pasolini — ha messo in luce Massimo Recalcati. Sono idee che all'epoca circolavano, specie nei Paesi ancora lontani da un'attualità democratica. Così in Brasile, da dove giunse il noto libro del pedagogo P. Freire, *La pedagogia degli oppressi*, Milano, Mondadori, 1971, anch'egli impegnato come Pasolini, sia pur su altri piani, a trovare punti di accordo tra cristianesimo e marxismo.

77 *Pier Paolo Pasolini. Saggi sulla politica e la società, cit.*, p. 1724.

78 *Il genocidio, cit.*, p. 516 s.

79 Si v., ad esempio, P.P. Pasolini, *Polemica, politica, potere, cit.*, p. 99, p. 100, p. 103.

5. Tra tradizione, progresso e sviluppo: alla ricerca di un nuovo equilibrio

L'apparente "conservatorismo nostalgico" di Pasolini è stato spesso letto in termini letterali e con toni decisamente ostili o increduli, specie da sinistra. La destra gli contestava altro: il suo essere omosessuale dichiarato ("invertito" per usare un'espressione di allora e che lui stesso non disdegna di citare), il marxismo e lo sbandierato voto al PCI, la del tutto presunta blasfemia di certe sue opere; paradossalmente la stessa destra l'ha poi recuperato, negli ultimi decenni, servendosi invece del Pasolini anticapitalista, amante della tradizione e critico del '68⁸⁰.

Le accuse, da sinistra, lo raggiunsero da più fronti: ad esempio, da Maurizio Ferrara ("rimpiangi un'età dell'oro") e da Italo Calvino ("rimpiangi l'Italietta")⁸¹. Anche Edoardo Sanguineti verso Pasolini assunse toni decisamente critici⁸², affermando, anche dopo il suo assassinio, che il poeta-regista «è stato un reazionario nell'accezione più semplice», «un rappresentante tipico dell'anticapitalismo reazionario e romantico»⁸³.

Pasolini era dunque davvero un reazionario? Un ingenuo che credeva alla felicità dei contadini di un tempo, i quali sopravvivevano invece soggiogati, affamati, ammalati, poverissimi, analfabeti, accalcati in tuguri, distrutti dalla fatica, spesso anche violenti e destinati a morire giovani? Perché proprio questo accadeva in quel passato che Pasolini — da sempre borghese, benché anti-borghese — ha si osservato e amato, ma inevitabilmente dall'esterno.

La questione non può essere risolta troppo semplicemente e (ancora) alla lettera. Soprattutto tenendo conto che le analisi e le provocazioni di Pasolini — come già ricordavo — erano di natura poetica, culturale e intellettuale, non certo di tipo strettamente scientifico-sociologico o politologico⁸⁴.

Si può pertanto asserire che Pasolini esaltasse le tradizioni sociali, persino paesaggistiche, culturali, linguistiche, umanistiche e comportamentali italiane del passato, la loro diversità originaria rispetto all'attualità (e anche tra di loro, in ragione della collocazione geografica), in quanto "energico" punto di partenza di ciò che avrebbe potuto essere e non era stato, premessa di approdi più equi e appaganti. Non si erano invece protette quelle possibilità, non si erano lasciate fiorire le diversità, non si era costruito un mondo più "vitale" e più giusto: tutto era stato livellato sotto la direzione della soverchiante "Nuova Preistoria" e dai suoi diktat omologanti. Questi erano i frutti contemporanei del capitalismo avanzato: di contro, occorreva invece che — muovendo dal passato — si fosse fatto «un uso non tradizionale della Tradizione», così da «andare avanti senza però perdere le proprie radici, riuscendo a integrarle nel mondo nuovo» in progressiva costruzione⁸⁵.

Negli *Scritti corsari* — e, più specificamente, nel famoso e già menzionato articolo sulla scomparsa delle lucciole — egli evoca pertanto nostalgicamente i «valori reali che appartenevano alle culture particolari che costituivano l'Italia arcaicamente agricola e paleoindustriale». Altrove contesterà al nuovo potere consumistico di aver tolto «gli antichi valori delle culture che... costituiscono l'insieme della cultura italiana», imponendo, di contro, «i propri modelli e i propri valori»⁸⁶. I "valori" perduti, quindi, erano il problema, non già le situazioni concrete e misere in cui vivevano, un tempo, quegli stessi italiani. Su quei valori si sarebbe potuta innestare la costruzione di un futuro diverso, mentre invece essi erano stati travolti d'un colpo (e ormai irrimediabilmente soppiantati) nella fornace della Nuova Preistoria.

Pur certo affascinato dall'antico e sempre alla ricerca di quei residui d'arcaico ancora presenti nella società italiana o altrove nel mondo, non pare insomma che Pasolini desiderasse semplicemente (e alla lettera) un ritorno al passato tale e quale. A volte — quando è in vena di provocare meno del solito — lo confessa anche testualmente: ad esempio, nei già citati brani dedicati a Gennariello (e raccolti nelle *Lettere luterane*). Come viene esplicitato inoltre nella sua ultima raccolta di poesie (*La nuova gioventù*), Pasolini riteneva insomma che «così non si può andare avanti.... Bisognerà tornare indietro e comincia-

80 Si v., in tal senso, gli articoli di Marcello Veneziani apparsi su *Il Giornale e Libero* (e reperibili nel sito www.marcelloveneziani.it, consultato il 16 febbraio 2022).

81 A loro (e soprattutto a Calvino) Pasolini replica in *Limitatezza della storia e immensità del mondo contadino*, in *Scritti corsari*, cit., p. 319 ss.

82 Già ne *La bisaccia del mendicante*, in *Paese sera* del 27 dicembre 1973.

83 *Pasolini? Un reazionario illeggibile*, in *Il Messaggero* del 26 settembre 1995.

84 Si v. B.D. Schwartz, *Pasolini requiem*, p. 649, per il quale Pasolini rende via via sempre più esplicito che la «propria argomentazione» dev'essere «soggetta a una verifica poetica e non "scientifica"».

85 G. Borgna, *Pasolini integrale*, cit., p. 100.

86 *Un sorriso anche al Sud*, cit., p. 841.

re daccapo»⁸⁷. Solo in tal modo si sarebbero create le basi di un diverso “progresso”, innestando un virtuoso e del tutto nuovo «equilibrio tra passato e futuro»⁸⁸. Senz’altro un’utopia, ma rende l’idea e rivela l’approccio “culturale” sul quale essenzialmente si fondavano le recriminazioni dell’autore.

Così, proprio nella sua ultima intervista, è ancora più limpido: «ho nostalgia della gente povera e vera che si batteva per abbattere il padrone senza diventare quel padrone». «Rimpiango la rivoluzione pura e diretta della gente oppressa che ha il solo scopo di farsi libera e padrona di se stessa». «È nostalgico il malato che sogna la salute che aveva prima, anche se prima era uno stupido e un disgraziato?»⁸⁹.

Insomma, come nettamente scrive ancora negli *Scritti corsari* — e come ha del resto ripetuto in molte interviste — Pasolini auspicava senz’altro il *progresso* — e mai l’avrebbe ostacolato — tuttavia detestava veder tracimare e infiltrarsi ovunque, proprio sotto i suoi occhi, un devastante e inarrestabile *sviluppo* senza progresso⁹⁰. Quest’ultimo aveva trasformato i cittadini in conformisti dediti solo a un consumismo compulsivo: persone isolate, infelici e nevrotiche, ossessionate dall’impulso di soddisfare desideri immediati, nient’affatto genuini e artatamente imposti dall’alto. Occorreva e occorrerebbe invece (finalmente) «far coincidere sviluppo e progresso», dando vita a un genuino rapporto tra il primo e il secondo⁹¹.

Al contrario, «in Italia non si è avuto nessun progresso, ma solo un enorme sviluppo, che è consistito nel consumare beni superflui». Mentre invece «i beni superflui possono essere permessi ... solo a patto che siano assicurati i beni necessari: case, scuole, ospedali e tutti gli altri servizi pubblici»⁹². Questo avevano desiderato gli italiani (e i socialisti) del passato⁹³.

Si è invece imposta, afferma Pasolini, «un’ideologia laica e razionale, ma stupida, miope, ristretta, edonistica»⁹⁴. Anzi, «il nuovo potere consumistico e permissivo» ha brandito le conquiste dei laici e dei razionalisti per «costruire la propria impalcatura di falso laicismo, di falso illuminismo, di falsa razionalità»⁹⁵. Ha così dato vita a una diffusa mentalità da «piccolo borghese» dirà altrove. Quest’ultima affermazione condensava per lui il peggio del peggio: non costituiva tanto un riferimento alla classe, bensì all’uomo medio e benpensante, «razzista, colonialista, schiavista, qualunquista»⁹⁶; una “sostanza umana” responsabile di queste patologiche deformazioni della realtà, a prescindere dal gruppo sociale di appartenenza: un’autentica malattia⁹⁷.

Talvolta (molto di rado...) affiora peraltro in lui anche l’«ottimismo» di pensare «che esiste la possibilità di lottare contro tutto questo»⁹⁸. Ma sono concessioni davvero eccezionali: il tragitto del suo pensiero conduceva invece (e inevitabilmente) altrove, in direzione opposta e molto lontana da simili speranze⁹⁹.

87 Si v. *Appunto per una poesia in terrone*, in Pier Paolo Pasolini. *Tutte le poesie*, II, Milano, Mondadori, 2003, p. 501.

88 G. Borgna, *Pasolini integrale*, cit., p. 113.

89 *Siamo tutti in pericolo*, cit., p. 1727.

90 *Il genocidio*, cit., p. 514. Si v. anche P.P. Pasolini, *Polemica, politica, potere*, cit., p. 89.

91 *Il genocidio*, cit., p. 517). Così anche in *Un sorriso anche al Sud*, cit., p. 847.

92 *La sua intervista conferma che ci vuole il processo*, in *Lettere luterane*, cit., p. 656 ss.

93 Come scrive in *Limitatezza della storia e immensità del mondo contadino*, cit., p. 321), quegli uomini «non vivevano un’età dell’oro» ma «un’età del pane. Erano cioè consumatori di beni estremamente necessari». Cioè rendeva necessaria la loro vita, «mentre è chiaro che i beni superflui rendono superflua la vita».

94 P.P. Pasolini, *Polemica, politica, potere*, cit., p. 90.

95 *Cuore*, in *Scritti corsari*, cit., p. 402.

96 È la frase recitata dal regista impersonato da Orson Welles nel film *La ricotta* (e rivolta al giornalista che lo sta intervistando).

97 Lo stesso Pasolini si esprime in questi termini: v. W. Siti, *Tracce scritte di un’opera vivente*, cit., p. LV. e M. Recalcati, *Corpo e linguaggio in Pasolini*, conferenza tenuta a Genova, Palazzo Ducale, il 20 novembre 2015 (reperibile su Youtube). Sul tema cfr. anche C. Giunta, *Cuori intelligenti*, cit., p. 400-401.

98 *Il genocidio*, cit., p. 517.

99 Come emerge esplicitamente — ma è solo un esempio — in *Intervento al Congresso del Partito radicale*, in *Lettere luterane*, cit., p. 711, ove l’a. si domanda se la «Seconda rivoluzione industriale» in atto in Italia non abbia prodotto «da ora in poi rapporti sociali imm modificabili».

6. La TV, la scuola, la DC e il PCI di fronte al “genocidio”

Per Pasolini, la televisione e la scuola sono stati due strumenti essenziali nel configurare il nuovo assetto di potere¹⁰⁰.

La prima si è caratterizzata per una pervasività omologante: essa avrebbe potuto svolgere un ruolo ben diverso e assai positivo, ma si è supinamente piegata alla Nuova Preistoria, divenendo un veicolo di mero divertimento¹⁰¹, del conformismo piccolo-borghese e dell’esclusione di ogni “diverso”¹⁰².

Dal canto suo, la scuola ha conosciuto una progressiva degenerazione, divenendo un solido supporto del più sterile conformismo. Pasolini dava invece grande importanza a ciò che questa avrebbe potuto rappresentare: è sempre stato un pedagogo alternativo, e proprio dell’istruzione si stava occupando allorché venne ucciso. Nelle *Lettere luterane* propone così, ancora provocatoriamente, e «come metafora di una radicale riforma»¹⁰³, la sospensione temporanea delle attività scolastiche — che sostiene essere diventate diseducative, umilianti e conformiste — in attesa di tempi migliori¹⁰⁴.

Anche mediante questi efficaci “veicoli” si è dunque rapidamente assistito alla menzionata “mutazione antropologica” e al conseguente “genocidio” culturale degli italiani; anche mediante la scuola e la televisione si è avuta cioè la distruzione silenziosa — «di soppiatto» scrive¹⁰⁵ — di tutti i valori positivi che furono o che potevano essere (le antiche lealtà, le antiche solidarietà, le antiche semplicità, l’antica parsimonia, gli antichi desideri). Scuola e televisione hanno invece contribuito, ciascuna con i propri mezzi, all’assimilazione (edonistico-consumista) piccolo-borghese, all’annichilimento della cultura umanistica e all’imporsi di una sottocultura tecnologica.

Questo è appunto, per Pasolini, quell’autentico genocidio senza fucilazioni di massa di cui insistentemente ragiona in molti luoghi¹⁰⁶, la base del nuovo fascismo. L’averlo consentito o agevolato meriterebbe — in capo ai responsabili — lo svolgimento di un vero e proprio “processo” (metaforico, ma talvolta, parrebbe, del tutto concreto). Al banco degli imputati dovrebbero prendere posto i notabili che hanno provocato una simile bruttura, l’hanno semplicemente assecondata o non sono riusciti a evitarla.

Per Pasolini, la massima colpa della DC — il partito di maggioranza relativa e da sempre al governo nella c.d. “Prima Repubblica” — è stata pertanto di aver creduto ingenuamente di governare il cambiamento in atto, senza capire quanto stava davvero accadendo. Ne è così diventata un cieco strumento, il suo utile idiota quando non la consapevole complice¹⁰⁷.

Da qui, appunto, il proposto (da Pasolini) processo alla DC e al “Palazzo” (un’altra metafora pasoliniana poi diventata sin troppo di moda), nonché «ad almeno una dozzina di potenti democristiani», “salvando” però Moro e Zaccagnini¹⁰⁸.

A quanto devastato dal potere democristiano faceva da contraltare il ruolo che, per Pasolini, poteva/doveva invece assumere il PCI di quegli anni. L’adesione ideale del poeta a questo partito risaliva all’immediato dopoguerra. La mantenne nonostante l’espulsione per indegnità morale nel 1949¹⁰⁹, la precedente uccisione del fratello Guido a Porzus da parte dei partigiani filotitini¹¹⁰, la sua refrattarietà a ogni disciplina di partito o a piegare l’arte e la letteratura a una visione della storia che ritenesse ottimi-

100 *Le mie proposte su scuola e Tv*, cit., p. 697 s. Così anche nell’*Abiura della trilogia della vita*, cit., p. 602.

101 Si v. la critica spietata a Canzonissima: *Già il titolo è cretino*, in *Pier Paolo Pasolini, Saggi sulla politica e sulla società*, cit., p. 838 s.

102 *Il genocidio*, cit., p. 517.

103 *Le mie proposte su scuola e TV*, cit., p. 697.

104 A. Cortellessa, *Grandezza e miseria di un luterano corsaro*, in *MicroMega*, 2005, n. 6, p. 157, mette però in luce come l’intento di Pasolini parrebbe in realtà del tutto fattivo e non “paradossale”.

105 *Il genocidio*, cit., p. 512.

106 *Il genocidio*, cit., p. 510.

107 *L’articolo delle lucciole*, cit., p. 409 s.

108 *Il Processo e Perché il Processo*, in *Lettere luterane*, cit., p. 639 ss. e p. 668 ss. Si v. anche *Fuori dal Palazzo*, ivi, p. 618.

109 A causa del processo intentato nei suoi confronti in Friuli per corruzione di minori e atti osceni, nonché dello scandalo che ciò aveva suscitato: si v. la dettagliata ricostruzione di A. Tonelli, *Per indegnità morale. Il caso Pasolini nell’Italia del buon costume*, Laterza, Roma-Bari 2015. V. anche E. Siciliano, *Vita di Pasolini*, cit., p. 140 ss.

110 Ne tratta con dolore ne *Le belle bandiere*, cit., p. 110 ss., collocando l’episodio nel difficile contesto friulano di quel momento storico, e rispondendo in tal modo a un lettore di *Vie Nuove*. In precedenza, era intervenuto polemicamente sulle interpretazioni strumentali di quel tragico evento in *Ermes tra Musi e Porzus*, in *Pier Paolo Pasolini. Saggi sulla politica e sulla società*, cit., p. 61 ss. Sui rapporti assai stretti tra Guido e Pierpaolo, oltre che sulle circostanze del drammatico assassinio del primo, v. E. Siciliano, *Vita di Pasolini*, cit., p. 87 ss., p. 90 ss.

sticamente inevitabile un esito finale in senso socialista (secondo i dettami del c.d. “prospettivismo”)¹¹¹. Anche nell’intervento che doveva svolgere al Congresso del Partito Radicale, pochi giorni dopo la sua morte, Pasolini non arretra di un millimetro su questo fronte.

Tale scelta viene da lui motivata affermando che il PCI era, a suo dire, «un’isola» a sé, «un paese pulito in un paese sporco, un paese onesto in un paese disonesto, un paese intelligente in un paese idiota, un paese colto in un paese ignorante, un paese umanistico in un paese consumistico»¹¹². Una forza popolare ancora legata — sostiene — alle vecchie culture o tradizioni operaie e contadine. L’unica che avrebbe potuto ancora valorizzarle, perché abitata — afferma — da «un nuovo tipo umano, sorridente, che vive con spontaneità», ma che purtroppo risiede principalmente al Nord e «che si distacca nettamente dal resto d’Italia», così paradossalmente creando altre fratture non volute ma interne al Paese¹¹³.

Tuttavia, senza un processo alla DC che funga da punto fermo e nuovo inizio, anche il potere comunista che giungesse a sostituire quello democristiano non potrebbe realizzare alcuna effettiva rottura con le dinamiche già prepotentemente in corso¹¹⁴. Anche il “compromesso storico” — del quale insistentemente si ragionava proprio negli anni in cui Pasolini venne ucciso — sarebbe stato del tutto inutile. Quell’obiettivo poteva diventare invece un vero strumento di rottura se l’accordo si fosse concluso tra il PCI e la massa dei lavoratori / contadini cattolici — ebbe parole positive per l’esperienza di don Milani, ad esempio, pur non mancando di formulare critiche¹¹⁵ — ma questi ormai non esistono più, osservava sconfortato, essendo stati anch’essi irrimediabilmente trasformati dal genocidio culturale in atto¹¹⁶.

7. Un Pasolini riformista e populista?

Dai passaggi appena citati emerge una sorta di inusuale (e sorprendente) riformismo del poeta. Pasolini, tuttavia, riformista non era affatto e ha evocato spesso la necessità — «ora più che mai» scriveva — di una vera rivoluzione¹¹⁷. Nei brani menzionati egli invece non spara ad alzo zero sulla politica del compromesso storico, anche se non manca certo di individuarne, nella sua prospettiva, i limiti insormontabili.

Aveva del resto tenuto lo stesso atteggiamento al sorgere del centrosinistra, verso il quale ebbe inizialmente parole di speranza, salvo poi restarne deluso. Ciò affiora da una persino affettuosa poesia dedicata al socialista Pietro Nenni e pubblicata su “*L’Avanti!*” nel 1961¹¹⁸. Essa si conclude con versi assai nitidi: «Se non possiamo realizzare tutto, non sarà / giusto accontentarsi a realizzare poco? La lotta senza vittoria inaridisce». Poco prima aveva altresì sancito, molto realisticamente, che «senza ombre la vittoria non dà luce». Sembrerebbe proprio un manifesto del riformismo¹¹⁹, subito dimenticato, peraltro, in altri suoi interventi dall’assai diverso tenore.

Quindi, la sua condanna del ceto politico al potere era determinata dalla responsabilità storica che attribuiva a esso — benché non a tutti i suoi componenti — di aver lasciato campo libero alla Nuova Preistoria. Non costituiva cioè un ripudio *tout court* e populistico (diremmo oggi) della politica, benché Pasolini affermasse che l’impulso a diventare marxista non può che essere di tipo populista, e cioè umanitario. Si tratta tuttavia di definire cosa debba intendersi per populismo: quello di Pasolini non pare certo il populismo oggi sotto i nostri occhi.

111 Ignorando la crisi, i dolori e le divisioni presenti e attuali, che, secondo Pasolini, non potevano essere rimossi pensando al futuro: v. G. Borgna, *Pasolini integrale*, cit., p. 180. Contro il prospettivismo Pasolini aveva scritto anche un testo esplicito su *Officina*: v. E. Siciliano, *Vita di Pasolini*, cit., p. 219.

112 *Il romanzo delle stragi*, in *Scritti corsari*, cit., p. 365. Riecheggia qui il “mito” della “diversità comunista”, assai spesso sbandierato durante la c.d. “Prima Repubblica”.

113 *Un sorriso anche al Sud*, cit., p. 840.

114 *Il Processo*, cit., p. 645. Ne ragiona in concreto nel pezzo *Bologna, città consumista e comunista*, in *Lettere luterane*, cit., p. 581 ss.: in esso, pur con parole affettuose e riconoscendo i buoni risultati raggiunti nella gestione della città, rileva che peraltro tutto s’iscrive comunque nell’orbita del capitalismo e non di un sistema del tutto alternativo.

115 *La cultura contadina della Scuola di Barbiana*, in *Pier Paolo Pasolini, Saggi sulla politica e sulla società*, cit., p. 830.

116 *Il Processo*, cit., p. 646.

117 *Un sorriso anche al Sud*, cit., p. 847.

118 G. Borgna, *Pasolini integrale*, cit., p. 184 s., il quale richiama altresì la poesia *Vittoria*, contenuta in *Poesia in forma di rosa*, ove ragionando ancora del centrosinistra allo stato nascente, Pasolini chiosa: «la rivoluzione diventa aridità / s’è senza mai vittoria».

119 Con toni analoghi si era espresso anche in *Italia Nostra non otterrà nulla*, in *Il caos*, cit., p. 129.

Se ne ha una plastica conferma nell'esaltazione delle istituzioni, la quale fa da contraltare al disprezzo per l'autorità e viene tratteggiata, ad esempio, ne *Il romanzo delle stragi*¹²⁰. Scrive qui: «io credo nella politica, credo nei principi formali della democrazia, credo nel parlamento e credo nei partiti». Qualche anno prima, in *Transumanar e organizzar*, aveva sottolineato poeticamente che «le istituzioni sono commoventi: e gli uomini in altro che in esse non sanno riconoscersi. Sono esse che li rendono umilmente fratelli. C'è qualcosa di così misterioso nelle istituzioni»¹²¹. Perché «ad esse si appoggiano e da esse si fanno condurre quegli esseri adorabili che sono gli umili»¹²².

Purtroppo, però, come chiosa nelle *Lettere luterane*, in Italia non esistono politici con la vocazione di governare ma solo dotati dell'aspirazione di detenere il potere¹²³. Da qui il loro chinare il capo al cospetto della Nuova Preistoria, con la conseguente incapacità di contrastarla.

Anche le manifestazioni politiche del momento, le quali parevano ai più di forte condanna del presente e persino proto-rivoluzionarie, per Pasolini sarebbero state tali solo all'apparenza. Si pensi al famoso poema sui disordini di Valle Giulia¹²⁴, ove — scandalizzando molti — prese le difese dei poliziotti-figli del popolo e non già degli studenti. Perché, disse, questi ultimi erano in realtà i protagonisti di una «falsa rivoluzione»¹²⁵, figli di borghesi impegnati solo a riequilibrare il potere all'interno di quello stesso mondo, sottraendo le leve di comando ai padri. Ma, come al solito, il suo brano conteneva anche molti distinguo che non vennero colti¹²⁶, e nella sua seconda parte individuava altresì una via d'uscita al corso degli eventi, indicando a quegli stessi giovani niente meno che la strada dell'impegno nelle file del PCI da rinnovare¹²⁷.

Durante il '68 Pasolini mantenne quindi un atteggiamento sostanzialmente critico ed ebbe altresì modo di ragionare di un certo «fascismo di sinistra», emergente allorché la coscienza dei propri diritti stava diventando sempre più aggressiva e terroristica¹²⁸. Un tema da taluno definito poi profetico, considerando la successiva formazione delle Brigate Rosse¹²⁹. Di contro, era colpito, in quegli stessi anni, dalla figura drammatica di Jan Palach, nel cui gesto crudamente autolesionista scorgeva l'idealismo religioso di «un eroe antico, di un santo vietnamita moderno»¹³⁰; tracce di ciò che aveva individuato anche nel lento annichilimento di Antonio Gramsci in carcere, il quale aveva preferito il sacrificio all'abiura delle proprie idee¹³¹. Emerge qui anche il fascino per il martirio e per la morte, che Pasolini non ha del resto mai nascosto, rappresentando entrambi in tutte le sue opere poetiche, narrative e cinematografiche¹³².

8. Segue: il divorzio e l'aborto

Il becero e omologante consumismo della Nuova preistoria viene rintracciato da Pasolini anche in eventi che coinvolgono la sfera più intima della vita personale. Con brani e riflessioni ai quali pare difficile avvicinarsi senza avvertire un notevole disagio, percependo il pericolo di una loro accettazione senza riserve.

Anche qui, tuttavia, per comprenderne appieno la sostanza occorre procedere oltre le prime impressioni. Come di consueto, Pasolini approfitta infatti dei problemi sul tappeto per parlare di ciò che

120 In *Scritti corsari*, cit., p. 367.

121 Si v. la poesia *L'enigma di Pio XII*.

122 W. Siti, *Tracce scritte di un'opera vivente*, cit., p. LXV.

123 *La sua intervista conferma che ci vuole il processo*, cit., p. 660.

124 È il già citato *Il PCI ai giovani*.

125 P.P. Pasolini, *Polemica, politica, potere*, cit., p. 56.

126 A. Sofri, *L'uomo che capiva troppo*, in *Micromega*, 2005, n. 6, p. 121.

127 Sui versi di questa poesia — che lo stesso Pasolini disse essere brutti — sulle polemiche che suscitò, ma anche sulle vie d'uscita in essa indicate, cfr. E. Siciliano, *Vita di Pasolini*, cit., p. 322 ss.

128 Si v., tra gli altri, *l'Intervento al Congresso del Partito radicale*, cit., p. 706 s.

129 G. Borgna, *Pasolini integrale*, cit., p. 186.

130 *Praga: una atroce libertà* (1969), in *Il caos*, cit., p. 110 s.

131 P.P. Pasolini, *Polemica, politica, potere*, cit., p. 43.

132 Per Pasolini è la morte a fornire un senso all'intera esistenza, posto che finché ha ancora un futuro l'uomo è un'incognita e potrebbe ribaltare l'immagine che si ha di lui; così solo «la morte compie un fulmineo montaggio della nostra vita»: *Empirismo eretico*, cit., p. 253.

altri non osservano, inserendo le questioni all'interno della sua cornice "teorica": ne approfitta altresì per un «autosvelamento» biografico (soprattutto in riferimento all'interruzione di gravidanza)¹³³.

Si veda, ad esempio, la critica all'introduzione del divorzio. Pasolini era in realtà a favore della legge. Sosteneva tuttavia che gli accenti del dibattito che ne aveva accompagnato l'approvazione — riversandosi poi sul referendum che aveva fallito l'obiettivo di affossarla — era stato funzionale al nuovo capitalismo e al correlato consumismo dei rapporti personali. Il dramma stava cioè nel fatto che tutto ciò era avvenuto senza che vi fosse un reale approfondimento circa le cause della crisi di quei rapporti e dei contesti sociali da cui esse trovavano alimento¹³⁴. E le ragioni di ciò, a suo avviso, erano (ancora) da individuarsi nelle logiche conseguenze dell'avanzamento della Nuova Preistoria.

Sull'aborto, com'è noto, spese parole a dir poco inquietanti e che suscitavano (giustamente) reazioni molto decise: lo definisce, quasi fosse un integralista cattolico, «un omicidio», né si pone in alcun modo il problema dell'autodeterminazione delle donne¹³⁵. A leggere quanto precisò in seguito — e pur mantenendo un approccio critico e sofferto — il suo pensiero diviene tuttavia più chiaro: forse percepì la portata dei suoi precedenti eccessi e corse ai ripari. Ne emerge — più nitidamente — il favore verso la legalizzazione della pratica, ma non già di una sua liberalizzazione senza limiti. Affermava altresì che bisognava adoperarsi per «evitare *prima* l'aborto, e, se ci si arriva, bisogna renderlo legalmente possibile solo in alcuni casi "responsabilmente valutati"¹³⁶. La sua era dunque una posizione del tutto in linea con le indicazioni espresse anche dal PCI.

In realtà, la polemica sull'aborto gli serviva, per l'ennesima volta, a sottolineare altri temi "lateralmente", e per contestare che, in primo luogo, non si discutesse *ab origine* del problema del coito, dei contraccezioni e del controllo delle nascite¹³⁷. Per Pasolini la liberalizzazione dell'aborto avrebbe invece fornito altre armi alla società neocapitalista, agevolando il conformismo dei rapporti eterosessuali, divenuti ormai «un modello ossessivamente obbligatorio». Ciò avrebbe consentito di respingere — contemporaneamente e più agevolmente — tutto quanto fuoriusciva da quello "stampo": si sarebbe così prodotta una dinamica sostanzialmente razzista¹³⁸. Infatti, «tutto ciò che sessualmente è "diverso" è invece ignorato e respinto. Con una violenza pari solo a quella nazista dei lager»¹³⁹. Pensava senz'altro all'omosessualità, della quale decantava la dote "ecologica" di non essere «un pericolo per la specie», la cui sopravvivenza era invece messa a repentaglio dalla sovrappopolazione, frutto del coito eterosessuale¹⁴⁰. Ancora una volta, a fare da sfondo a queste sue conclusioni si ponevano quindi «le sue viscere... e non solo le sue facoltà cognitive»¹⁴¹.

È un ragionamento senz'altro cervelotico, ma — a suo dire — la libertà sessuale degli eterosessuali — come tanti altri comportamenti da lui passati al vaglio — si era progressivamente trasformata esattamente nel contrario della libertà, ossia in un obbligo e in un'ansia sociale, in una forzata omologazione del tutto funzionale ai valori consumistici. Questo causava inevitabili nevrosi, posto che anche tale "libertà" — come le altre in voga — non era stata davvero voluta o conquistata bensì addirittura imposta: dunque non era una vera libertà, ma si era trasformata solo in un modo per plasmare il prossimo. Lo stato delle cose creava però disagi indicibili in chi non riusciva, per le più varie ragioni, a mettersi al passo dei tempi.

Quelle che precedono sono tutte ricostruzioni diverse da quelle usualmente sbandierate pro o contro divorzio e aborto, certo non prive di contenuti urticanti e con le quali è difficile che un laico possa concordare.

Non furono peraltro le uniche, e disse anche di peggio.

Come quando giunse ad affermare che i giovani contemporanei «vivono ma dovrebbero essere morti». Lo ricavava dal loro essere ormai brutti e irrecuperabili: altra applicazione del suo approccio

133 A. Sofri, *L'uomo che capiva troppo*, cit., p. 125.

134 Simile è il tenore delle critiche che, in tutt'altro contesto, muove al cinema di Antonioni, giudicandolo decadente, teso soltanto a denunciare la crisi esistenziale della borghesia senza occuparsi (ancora) delle sue cause: si v. *Moravia e Antonioni*, in *Le belle bandiere*, cit., p. 92 ss.

135 *Il coito, l'aborto, la falsa tolleranza del potere, il conformismo dei progressisti*, in *Scritti corsari*, cit., p. 372.

136 *Sacer*, in *Scritti corsari*, cit., p. 383 s.

137 Un tema, quest'ultimo, sul quale si spese molto, contestando l'inerzia mondiale e il «ridicolo atteggiamento della Chiesa» nel non voler contrastare una sovrappopolazione insostenibile: P.P. Pasolini, *Polemica, politica, potere*, cit., p. 81.

138 Si v. A. Sofri, *L'uomo che capiva troppo*, cit., p. 124 ss.

139 *Il coito, l'aborto, la falsa tolleranza del potere, il conformismo dei progressisti*, cit., p. 374.

140 *Il coito, l'aborto, la falsa tolleranza del potere, il conformismo dei progressisti*, cit., p. 377.

141 B.D. Schwartz, *Pasolini requiem*, cit., p. 654.

di tipo “visivo”. Tra le cause di tale “bruttezza” — prodotta principalmente dall’omologazione e dal consumismo che li ha conquistati — stava anche il fatto che molti di loro non avrebbero dovuto neppure sopravvivere. Sono stati salvati dalla medicina e dalle scoperte scientifiche che li hanno strappati alla morte in tenera età, come invece accadeva in passato. Una tesi a dir poco assurda: lui stesso del resto affermava di star dicendo cose «terribili, e anche apparentemente un po’ reazionarie»¹⁴², benché certamente mitigate dal consueto (e sorprendente) cambio di passo ospitato in un altro contributo¹⁴³. Francamente, però, suscitano ancora oggi (per lo meno) sconcerto.

9. Gli strumenti d’analisi di Pasolini

Come poteva Pasolini andare alla ricerca di ciò che ancora residuava di quel passato popolar-valoriale genuino e poliedrico come lui riteneva fosse? Come usarlo quale raffronto, modello o argomento di critica rispetto al crudo e “piallato” presente? Come poteva, muovendo da ciò, accennare a ciò che sarebbe potuto accadere e non era invece ormai più possibile, essendo stato triturato dagli ingranaggi della Nuova Preistoria?

Pasolini è un letterato e un artista: agli strumenti del suo lavoro dunque si rivolge: quelli manovra per esprimere le proprie idee, le proprie analisi e le proprie prognosi. Così, se è vero che «tutta l’opera di Pasolini è sorretta da una lucida visione critica della realtà», l’autore s’interroga costantemente anche sugli strumenti stilistici di volta in volta più idonei a rappresentare e a esprimere le sue idee¹⁴⁴.

Se ne può qui dunque presentare un solo approssimativo ed esemplificativo catalogo.

In tale prospettiva, e sin dai suoi esordi, Pasolini manifesta il suo amore per i diversi dialetti e per la parlata del sottoproletariato: fossili di linguaggio attraverso i quali penetrare e comprendere la *forma mentis* di chi li praticava, raccogliendo ancora le tracce di quel passato, di quella umanità, di quelle diversità da valorizzare e utilizzare in chiave antiborghese e in polemica contro le mutazioni antropologiche in atto¹⁴⁵. Dialetti e linguaggi in grado di esprimere «autonome capacità espressive» provenienti dai «rami bassi della lingua»¹⁴⁶ e non già dai luoghi del potere.

Ai dialetti si può affermare corrisponda, sul piano “fisico”, l’attenzione insistita ai corpi: non a tutti, bensì soltanto alla «corporalità popolare» afferma Pasolini¹⁴⁷. Qualche traccia della cultura umanistica del passato — sosteneva — si ritrovava infatti (ancora e proprio) in quei corpi: essi rinviavano a un mondo in cui la realtà fisica era costantemente protagonista. Da qui il suo interesse anche per il sesso e per gli organi sessuali, dei quali non ha esitato a mostrare anche i dettagli (fu tra i primi a filmare anche quelli maschili). Ma giunge infine alla conclusione che anche quei corpi popolari e sottoproletari, rimasti per un po’ indenni dalla Nuova Preistoria incipiente, non esistevano ormai più. Anche i corpi di chi (apparentemente) stava resistendo alla logica del consumismo e della mutazione antropologica erano diventati irrimediabilmente brutti, si erano infine omologati, non erano più i tangibili testimoni di un’alternativa al presente¹⁴⁸. Anche la loro realtà di «corpi innocenti è stata violata, manipolata, manomessa dal potere consumistico»¹⁴⁹.

Così nell’articolo *Il discorso dei capelli*, con il quale inaugurò, nel 1973, la sua collaborazione al *Corriere della sera* di Piero Ottone¹⁵⁰, un attributo fisico e visibile diviene il punto di partenza per considerazioni

142 *Vivono, ma dovrebbero essere morti*, in *Lettere luterane*, cit., p. 587 ss.

143 *Siamo belli, dunque deturpiamoci*, in *Lettere luterane*, cit., p. 592.

144 G. Borgna, *Pasolini integrale*, cit., p. 175.

145 Questo emerge specialmente nelle poesie friulane d’esordio, pubblicate nel 1942 (*Poesie a Casarsa*) e poi in altri volumi, come *La meglio gioventù* e *La nuova gioventù*. Lo stesso vale per le raccolte di poesie dialettali da lui curate, di cui divenne il massimo esperto — si pensi, in primis, al *Canzoniere italiano* del 1955 — per i romanzi “romani” *Ragazzi di vita* del 1955 e *Una vita violenta* del 1959, per i vari saggi poi raccolti in *Passione e ideologia* e, quindi, per tutto il suo cinema.

146 A. Asor Rosa, *Prefazione*, cit., p. XV.

147 *Tetis*, in *Pier Paolo Pasolini, Saggi sulla politica e sulla società*, cit., p. 261.

148 Particolarmente chiare le parole che utilizza in *I giovani infelici*, in *Lettere luterane*, cit., p. 543 ss. V. Siti, *Il mito di Pasolini*, in *MicroMega* 2005, n. 6, p. 138, scrive peraltro che anche quanti ora — sulle orme dell’autore — affermano che i sottoproletari di Pasolini erano adorabili (mentre ora per niente), se li avessero davvero conosciuti all’epoca non si esprimerebbero in questi termini.

149 *Abiura della Trilogia della vita*, cit., p. 600.

150 In *Pier Paolo Pasolini, Saggi sulla politica e sulla società*, cit., p. 271 ss.

semiologiche di più ampio raggio. Ribaltando il senso comune del momento, di quella “moda” denunciò l’ormai realizzato conformismo: si era così azzerata la spinta ribellistica che essa aveva inizialmente rappresentato. Un conformismo che — inorridito — vede ormai far proseliti anche presso taluni giovani persiani: ne trae la convinzione che la Nuova Preistoria era dilagata senza più argini e stava vincendo ovunque, anche nei luoghi più sperduti e sin lì immuni al suo fascino.

Sono tutti esempi (ancora) del suo approccio visivo e corporeo al presente: del senso che sente di dover assegnare a “segni” precisi impressi sui volti e nel fisico di chi transita sotto il suo sguardo analitico. E che percepisce facendo anche ricorso a ciò che lo agita nel profondo.

È un metodo che applica anche all’analisi del *massacro del Circeo* del 1975, del quale mancò senz’altro di coglierne la natura profondamente patriarcale e il suo essere, cioè, un esempio estremo di violenza di genere¹⁵¹. Superando anche la più consueta lettura dell’episodio in chiave classista, lo incasellò invece entro le già note direttrici del suo pensiero. Avvertì dunque che non ci si doveva illudere: era stato crudelmente commesso da fascisti pariolini ma ormai tutta l’umanità prodotta dalla Nuova Preistoria — anche quella di origini contadine o facente parte del proletariato e del sottoproletariato — poteva esprimere la stessa violenza e adottare i medesimi comportamenti¹⁵². Persino le fisionomie degli uni e degli altri si erano confuse, e da ciò ricavava “visivamente” le medesime conclusioni. Conosceva bene quanto accadeva nelle periferie, tra il sottoproletariato o tra gli sbandati, e ormai riteneva non ci fosse più scampo.

10. Segue: altra strumentazione (l’indiretto libero, la soggettiva libera indirette e un’originale teoria del cinema)

Per mettersi nei panni e nella mente di quei corpi e di quei gruppi popolari ancora (per poco) “genuini” e indenni dall’omologazione dilagante, il Pasolini letterato e cineasta faceva altresì ricorso ad altri mezzi tipici del suo lavoro.

Teorizza e utilizza così la particolare figura retorica dell’indiretto libero. In *Empirismo eretico* l’indiretto libero — che distingue dal monologo interiore, il quale «può essere scritto con la lingua stessa dello scrittore»¹⁵³ — è così definito: «l’immersione da parte dell’autore nell’animo del suo personaggio, e quindi l’adozione da parte dell’autore, non solo della psicologia, ma anche della sua lingua»¹⁵⁴ (e del suo mondo). Esso costituisce dunque uno strumento letterario che reca con sé un ineliminabile «fondo sociologico»¹⁵⁵.

Quando passerà al cinema riverterà queste sue idee nell’uso della “soggettiva”, ossia nel riprendere una scena con gli occhi di un personaggio anche non principale (e che il regista definisce perciò «soggettiva libera indiretta»)¹⁵⁶.

Perché Pasolini ama questi strumenti e vi dedica così grande attenzione? Perché essi consentono appunto di «mostrare le cose non come le vede l’autore», o come vuole la società, «ma come le vede un altro». In questo modo «non si fotografa affatto la pelle delle cose», si «fotografa la loro sostanza»¹⁵⁷, immedesimandosi in chi ancora reca tracce di quell’umano la cui possibile evoluzione è stata soffocata

151 Cfr. D. Brogi, *Lo spazio delle donne*, Torino, Einaudi, 2022, p. 76 s., la quale mette peraltro in luce che questa carenza fu condivisa, in pratica, da tutti coloro che si espressero pubblicamente sulla vicenda.

152 *Due modeste proposte per eliminare la criminalità in Italia*, cit., p. 689. Sul punto v., *ex multis*, G. Borgna, *Pasolini integrale*, cit., p. 195.

153 *Empirismo eretico*, cit., p. 96 e p. 184.

154 *Empirismo eretico*, cit., p. 184.

155 *Empirismo eretico*, cit., p. 121.

156 *Empirismo eretico*, cit., p. 185. Si v. anche *Le belle bandiere*, cit. p. 252.

157 Per questo Pasolini aveva apprezzato il film *Deserto rosso* (1964), di Michelangelo Antonioni, laddove invece — come già ricordato *supra* alla nota n. 132 — non aveva esitato a criticarne le opere precedenti. Nel film in questione il regista ferrarese aveva infatti guardato «il mondo immergendosi nella sua protagonista nevrotica, con la sua propria visione delirante di estetismo» (*Empirismo eretico*, cit., p. 189). Per lo stesso motivo, Pasolini pronuncia parole positive verso il film anche in *Le belle bandiere*, cit., p. 249 ss. Nel film — che è il primo lungometraggio a colori del regista — ciò avviene in particolare attraverso un uso nient’affatto naturale dell’elemento cromatico.

e sepolta. Si tratta dunque di «uno stile capace di entrare nella testa e nel cuore di un altro, mimandone i pensieri e le reazioni emotive»¹⁵⁸.

Per studiare in modo ancora più efficace ciò che lo circonda si rivolge quindi al cinema ed elabora una teoria dello stesso che lo aiuti — nel praticarlo — a penetrare e meglio comprendere la realtà. Escogita quindi l'idea che il cinema sia una lingua e non un linguaggio. Le immagini cinematografiche andrebbero assunte come im-segni: i cinemi. Essi costituirebbero il corrispettivo (per immagini) dei morfemi: i singoli fonemi corrisponderebbero invece, nel cinema, agli oggetti ripresi¹⁵⁹.

Il cinema diviene dunque la passione preponderante di Pasolini perché è da lui assunto come «la lingua scritta della realtà»¹⁶⁰: attraverso l'immagine cinematografica la realtà esprime direttamente se stessa e non necessita di parole, di segni grafici “altri” o di metafore. Il cinema è una realtà che cattura altra realtà nel suo stesso farsi, consentendo — affermava — di cogliere il miracolo che ancora sta, nonostante tutto, nelle cose semplicemente riprendendo quelle cose. Da ciò deriva la possibilità di definirla, con Roland Barthes, quale arte metonimica e non metaforica: rappresenta la realtà creando una relazione diretta con porzioni della medesima realtà, senza apparenti mediazioni¹⁶¹.

Anche per questo amava trarre i suoi attori dalla strada e si caricava spesso sulle spalle la macchina da presa per cogliere e “scrivere” lui stesso il film. Il cinema, per Pasolini, dà così vita a una lingua non nazionale, ma transnazionale e interclassista, utile per lanciare messaggi ovunque nel mondo e farvi rimbalzare le proprie critiche e le proprie parabole.

È una tesi — quella del cinema come lingua e non come linguaggio — che non trovò adepti, e venne anzi assai criticata dall'allora emergente dottrina semiologica¹⁶². Le si oppose che, ad esempio, il cinema è più propriamente un linguaggio e non può essere una lingua, perché non serve mai alla comunicazione quotidiana, oltre a non possedere la doppia articolazione. Si aggiunse altresì che la cattura della realtà è sempre una mediazione culturale, il frutto di una scelta precisa¹⁶³.

È stata criticata anche l'altra (pur sempre collegata) teoria pasoliniana in materia, ossia la distinzione tra il *cinema di prosa* (quello “facile”, del passato, che nascondeva la macchina da presa, che cercava di dare la massima impressione di realtà, che raccontava storie facilmente comprensibili e le sviluppava in modo piano) di contro al *cinema di poesia* (un cinema ben più “difficile”, che utilizzava la soggettiva libera indiretta e in cui la presenza della macchina da presa diventava visibile, costringendo lo spettatore a pensare e a decrittare i segni impressi sulla pellicola). Anche da ciò deriva, in Pasolini, il rifiuto dei piani-sequenza — allora molto in voga — perché ottusamente naturalistici¹⁶⁴.

Tutto ciò spiega comunque perché Pasolini sia giunto a teorizzare la necessità di realizzare film volutamente “aristocratici” e “inconsumabili”: per ribellarsi all'idea che sia cinema solo quello facile e di massa, non già strumento di conoscenza ma di mera distrazione. Al quale cinema però — in forme del tutto originali e mantenendosi comunque coerente con le sue idee di fondo — approdò con la *Trilogia della vita*¹⁶⁵.

158 W. Siti, *Tracce scritte di un'opera vivente*, cit., p. LV.

159 *Empirismo eretico*, cit., p. 213 ss.

160 *Empirismo eretico*, cit., p. 240.

161 *Empirismo eretico*, cit., p. 245.

162 Ad esempio, da uno dei massimi semiologi del cinema, Christian Metz, che Pasolini apprezzava moltissimo e di cui fece pubblicare in Italia una raccolta di saggi per l'editore Garzanti: *Semiologia del cinema*, Milano, Garzanti, 1980 (1972). La critica alle tesi di Pasolini è a p. 286 ss.

163 “La posizione della macchina da presa è una questione morale”: questa frase è rimbalzata sulle labbra di tantissimi registi, divenendo infine difficile stabilirne la paternità: Rossellini, Godard, Truffaut, Bertolucci...

164 *Empirismo eretico*, cit., p. 242. Sempre Christian Metz gli oppone però — convincentemente — che anche nel passato vi sono stati autori che miravano a evidenziare la presenza della macchina da presa nelle loro opere (e si tratta proprio alcuni degli autori cari Pasolini, come Gance, Dreyer, Mizoguchi, Chaplin). La replica di Pasolini è in *Empirismo eretico*, cit., p. 244.

165 Composta dai film *Il Decamerone*, *I racconti di Canterbury* e *Il fiore delle Mille e una notte*.

11. Segue: l'uso del mito, il sentimento religioso e la semiologia della realtà

Altro strumento d'analisi del presente in rapporto al passato è reperito da Pasolini nell'uso del mito antico, rivisitato anche in chiave freudiana. Lo stesso dramma di *Edipo Re* diventa strumento per interpretare, nel film, la propria vita biografica. In *Medea* — accanto a ciò — viene rappresentata (anche) la storia del tragico contatto di un popolo povero ma ancora puro (e di una figura femminile quasi "barbarica") con il devastante Occidente (incarnato dallo spregiudicato Giasone)¹⁶⁶.

Il mito, in Pasolini, diviene insomma un punto di vista diverso e primitivo (intriso di passato, di sacro e persino di violenza)¹⁶⁷ per elaborare parabole e metafore con cui interpretare e criticare il presente: «una forma di conoscenza e di razionalità non moderna e non borghese»¹⁶⁸, oltre che di certo non tecnocratica.

Ritrovava inoltre tracce del passato e di un approccio alla vita ancora "non moderno" valorizzando — da ateo e marxista convinto qual era — il retaggio cristiano popolare. Dando cioè spazio a quella matrice religiosa che costantemente affiora dalle sue opere e nel suo pensiero: lo stesso Pasolini ha del resto sempre ribadito di ricercarla in tutte le cose¹⁶⁹.

Quali esempi di tale sua propensione, si pensi ai libri in versi *L'usignolo della Chiesa cattolica* e *La religione del mio tempo*. *Accattone* è stato addirittura definito un film intimamente religioso¹⁷⁰: Pasolini del resto affermò che il suo tema di fondo è appunto «la salvezza di un'anima» perduta¹⁷¹. In *Accattone* e in *Mamma Roma* la sacralità è dunque cercata (e scorta) in personaggi del sottoproletariato più estremo, i quali tentano di elevarsi dalla loro situazione (sia pur in modi molto diversi tra loro)¹⁷². Piccoli delinquenti ed emarginati la cui parabola e la stessa morte sono accompagnate da musica aulica¹⁷³. Essi vengono altresì pedinati e rappresentati cinematograficamente utilizzando i modelli iconografici propri dell'Umanesimo, adottando un bianco e nero con forti contrasti per consegnare una monumentalità (che a molti osservatori parve fuori luogo) a borgatari assunti quali inevitabili martiri della società. Martire come il povero Stracci de *La ricotta*, controfigura affamata che muore d'indigestione sulla croce, e solo allora la *troupe* si accorge di lui. Così come muoiono nello stesso modo "sacrale" molti dei protagonisti dei suoi libri e dei suoi film¹⁷⁴.

O si pensi ancora al film *Il Vangelo secondo Matteo*, un'opera "conciliare"¹⁷⁵, senza orpelli, solennità, romanticismi o esaltazioni spettacolari, dedicata, nei titoli di testa, proprio a Papa Giovanni XXIII¹⁷⁶. In quell'opera Pasolini affronta con grande empatia il tema del sacro, leggendolo attraverso (o cercando concordanze con) il proprio spirito marxista e la propria autobiografia¹⁷⁷. Individuando così il comun

166 V., ad esempio, E. Siciliano, *Vita di Pasolini*, cit., p. 328.

167 Pasolini affermava che prediligeva utilizzare il passato perché gli sembrava che «l'unica forza veramente contestatrice del presente sia il passato. Non c'è niente che possa far crollare il presente come il passato»: P.P. Pasolini, *Polemica, politica, potere*, cit., p. 56.

168 C. Giunta, *Cuori intelligenti*, cit., p. 398: Pasolini può così adottare un approccio diverso da quello dominante, volgendo le spalle alla tendenza della cultura borghese contemporanea a celebrare solo sé stessa.

169 Si v., ad esempio, *Una discussione del '64*, in *Saggi sulla politica e la società*, cit., p. 750.

170 Per G. Borgna, *Pasolini integrale*, cit., p. 65, sarebbe «cristologico».

171 *Una discussione del '64*, cit., p. 751.

172 *Pasolini su Pasolini. Conversazioni con Jon Halliday*, in *Saggi sulla politica e la società*, cit., p. 1312.

173 G. Borgna, *Pasolini integrale*, cit., p. 67.

174 Esemplare l'inquadratura di *Mamma Roma* in cui viene ripreso il giovane Ettore con un'angolazione che molti ricondussero a Mantegna, mentre Pasolini — invocando Roberto Longhi — affermò di aver pensato a Masaccio e a Caravaggio: *Le belle bandiere*, cit., p. 198.

175 Pasolini dava un giudizio positivo al Concilio Ecumenico e della via «illuminata, progressista» seguita da un folto gruppo di vescovi e cardinali: *Marxismo e Cristianesimo*, in *Pier Paolo Pasolini. Saggi sulla politica e la società*, cit., p. 798.

176 La spiegazione di questa dedica è in *Marxismo e Cristianesimo*, cit., p. 793 ss.: Ammirava Giovanni XXIII non perché fosse un "Papa buono", ma in quanto ha portato la Chiesa a vivere «l'esperienza laica e democratica del nostro ultimo secolo», e «cioè quello che la borghesia ha dato di meglio, dalla Rivoluzione francese in poi»; anche per questo il suo *humor*, la sua costante ironia non erano solo proiettati sugli altri ma anche su se stesso. Con ciò «compiva l'atto profondamente altamente democratico di sorridere di sé stesso in quanto autorità». E accompagnava ciò con atti di avvicinamento ai nemici storici della Chiesa, incapace di compiere discriminazioni e riecheggiando l'origine del socialismo, che «è nato con il Vangelo in mano».

177 L'«irrazionalismo che ha caratterizzato la cultura in cui mi sono formato» è stato condotto a razionalità «attraverso il marxismo, cioè attraverso la visione marxista, attraverso lo storicismo marxista»: *Una discussione del '64*, cit., p. 763.

denominatore di questi approcci all'apparenza antitetici in «una istanza evidentemente umanitaria» che aleggia anche nelle “viscere” di chi è irrimediabilmente ateo o religioso, perché ha la sua autentica sede nel nostro profondo¹⁷⁸.

Anche il film-libro *Teorema* va letto in questa luce, nonostante la sua trama “scandalosa”: l'ospite silenzioso che irrompe nella famiglia borghese e la scardina anche con il sesso è una forma di divinità che offre solo alla serva-plebea l'occasione di un riscatto in forma di miracolo.

Il retaggio religioso delle opere e delle riflessioni di Pasolini — che dichiaratamente non credeva in Dio — va dunque inteso come spirito, sentimento e genuino afflato popolare. Egli lo cerca in ogni cosa o persona, e lo ritrova (laicamente) anche nel coraggio di Gramsci, nel citato gesto di Jan Palach o nel suicidio del poliziotto d'altri tempi, tradito dal carcerato che aveva in custodia e della cui parola si era fidato¹⁷⁹. Un sottofondo che individua persino nel marxismo, in quanto espressione della volontà dell'uomo di superare se stesso, proprio come il cattolicesimo delle origini¹⁸⁰. Il suo non è dunque mai un ossequio alla curialità vaticana che, in quanto espressione di un potere precipitato dall'alto — sceso a patti prima con il fascismo e poi con la borghesia al potere — egli ha sempre respinto e avversato (e dalla quale è stato costantemente preso di mira).

In particolare, rimproverava alla Chiesa-istituzione di essersi essa stessa piegata all'uso più bieco della TV e al nuovo potere consumistico, invece di guidare la rivolta verso l'omologazione, tornando francescanamente alle sue origini più autentiche¹⁸¹.

Un esempio di questa resa verrà da lui trattato nel famoso articolo sul *Folle slogan dei jeans Jesus* (“Non avrai altri jeans all'infuori di me”). A fronte di una simile offesa, s'interrognerà sulla mancanza di una reazione adeguata ma solo vittimistica della Chiesa, incapace di comprendere che proprio dall'uso ormai sdoganato di quel messaggio pubblicitario trapelava la realtà di una religione deperita a mero prodotto di consumo. Anch'essa rientrava così tra gli scalpi branditi dal nuovo potere e delle grandi masse consumatrici, che in quello slogan si riconoscevano e sul quale sorvolavano senza problemi¹⁸².

Per giungere a tutte queste conclusioni, per penetrare/interpretare il reale, Pasolini teorizza qui e altrove (come già si è accennato) un suo metodo, che lui stesso definisce “semiologico” e le cui basi non cambiano pur nel mutare dello strumento utilizzato. Una “semiologia della realtà”, di ciò che è visivo (segni, comportamenti, il mutamento dei corpi, i capelli lunghi, i vestiti, gli oggetti ecc.): di ciò che è davanti agli occhi di tutti benché non percepito e decodificato¹⁸³. Applica dunque questo suo approccio letteralmente a tutto, persino all'ambiente e al paesaggio¹⁸⁴ o alle tazzine da thé¹⁸⁵. In tale lettura entrano peraltro in gioco anche e sempre le sue già citate “viscere”, la sua particolare omosessualità, i suoi costanti riferimenti ideologici. È in questo “grumo” che — di fatto — si rinviene il nerbo di tutte le sue idee, i suoi scritti politici, nonché, di risulta, delle opere artistiche che sorgono pur sempre da quel substrato.

178 *Marxismo e Cristianesimo*, cit., p. 800, in cui aggiunge che «il sentimento di pietà, di amore che ci spinge a fare qualcosa per il prossimo, ha una radice profondamente religiosa», e dunque esiste sempre un «elemento religioso nel nostro rapporto con il prossimo» (p. 803). In *Quasi un testamento*, cit., p. 859, affermò pertanto che il contrario della religione «non è il comunismo (che... è in fondo molto religioso)» ma «il capitalismo (spietato, crudele, cinico, puramente materialistico, causa di sfruttamento dell'uomo sull'uomo, culla del culto del potere, covo orrendo del razzismo)». In *Pasolini su Pasolini. Conversazioni con Jon Halliday*, cit., p. 1294, afferma addirittura che «il prete intelligente analizza sempre la società in termini marxisti».

179 *Soggetto per un film su una guardia di PS*, in *Lettere luterane*, cit., p. 624.

180 P.P. Pasolini, *Polemica, politica, potere*, cit., p. 43.

181 La «religione formale, nel senso che la sua istituzione è diventata ufficiale», scrisse in *Quasi un testamento*, cit., p. 856, «non solo non è necessaria per migliorare il mondo, ma addirittura lo peggiora».

182 *Analisi linguistica di uno slogan*, in *Scritti corsari*, cit., p. 279 ss.

183 M. Belpoliti, *Pasolini in salsa piccante*, cit., p. 38 ss.

184 Pasolini elabora un vero trattato in tal senso, esemplificativo anche di altre sue idee, nel già citato documentario televisivo *La forma della città* — dedicato a Orte e Sabaudia — così come in *Le mura di Sana'a*, girato nello Yemen. Si cfr. anche *La prima lezione me l'ha data una tenda*, in *Lettere luterane*, cit., p. 567 ss.

185 *Siamo due estranei: lo dicono le tazze da tè*, in *Lettere luterane*, cit., p. 576 s.

12. L'approdo nell'incubo

Negli ultimi anni della vita di Pasolini i toni si fanno sempre più cupi. Se aveva avuto qualche speranza (comunque poche) ora non ne ha più. Neppure le tracce del passato a cui aggrapparsi risultano più visibili. La Nuova Preistoria ha invaso ogni spazio e appiattito tutto.

Alla *Trilogia della vita* — i tre film in cui rappresentava ancora l'esistenza di tracce d'incontaminato — segue l'assunto che tutto è ormai degenerato. «Tutto si è rovesciato», scrive ne *L'abiura della Trilogia della vita* (1975), poi raccolta nelle *Lettere Luterane*¹⁸⁶. I corpi, gli organi sessuali, le parole, le cose, i giovani. Tutto si è omologato e ciò gli provoca un autentico disgusto. E se quei giovani contadini o sottoproletari si sono fatti conquistare, diventando ormai «immondizia umana», significa che potenzialmente lo erano anche prima. Sembravano «simpatici malandrini» — almeno a lui, non è detto che fossero davvero tipi raccomandabili — mentre già erano degli squallidi criminali nell'intimo. Anch'essi dovevano dunque ritenersi responsabili del genocidio ed era inutile cercare tra di loro tracce di "buono": il presente non ne ospitava ormai più. Nella massa non era neppure più possibile distinguere tra buoni e cattivi, tra fascisti e no: chiunque avrebbe potuto colpire e ammazzare con la medesima violenza e indifferenza¹⁸⁷.

L'approdo è dunque "apocalittico". Un film più disturbante di *Salò* non si poteva concepire: in taluni passaggi provoca addirittura disgusto. Ma non c'erano più speranze e sarebbe stato ipocrita edulcorare il messaggio. Dopo la gioia che il sesso e i "corpi popolari" ancora suscitavano nella *Trilogia della vita*, essi diventano, in *Salò*, solo metafore malate del potere che ci massifica e ci costringe a consumare qualsiasi cosa, persino gli escrementi (altra metafora). Il potere è diventato del tutto anarchico, posto che può ormai tutto. Neppure il linguaggio offre scampo: ai ragazzi segregati del film è infatti proibito parlare. Disse quindi Pasolini che *Salò* non trattava tanto del fascismo ma andava appunto assunto come «simbolo di quel potere che trasforma gli individui in oggetti»¹⁸⁸.

Ha scritto Piergiorgio Bellocchio che certe morti — benché premature — sembrano capitare al momento giusto, «non accidentali ma in certo senso provvidenziali, quasi volute, compiendo perfettamente vita e opere»¹⁸⁹. Così è stato per Pasolini: poteva girare altri film dopo *Salò*? Che cosa avrebbe prodotto dopo *Petrolio*? Dopo queste due «catastrofi»¹⁹⁰? Che altre analisi e critiche si sarebbe inventato questo autore dopo essere giunto ad affermare che tutte le speranze erano finite? Difficile dare una risposta o forse già questa è di per sé una risposta.

186 In *Scritti sulla politica e la società*, cit., p. 599 ss.

187 V. *supra* § 9.

188 B.D. Schwartz, *Pasolini requiem*, cit., p. 673.

189 P. Bellocchio, *Disperatamente italiano*, cit., p. XXXVIII.

190 E. Trevi, *Qualcosa di scritto*, cit., p. 90.

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