

MARCOPOLO

Percorsi di diritto pubblico interno e comparato  
lungo i confini disciplinari

2

Collana diretta da  
*Salvatore Prisco*

MARCOPOLO perché il diritto in genere – e quello comparato, in particolare – è un viaggio di esplorazione, come ha scritto brillantemente Maurizio Lupoi, attraverso terre solo in parte (e spesso solo all'apparenza) note. Se chi lo intraprende ne ritorna uguale a com'era quando lo aveva iniziato, meglio sarebbe stato allora rimanere a casa.

E perché, come accadde a quell'antico e venerato personaggio della Serenissima – e prima di lui a Ulisse – l'inquietudine e la curiosità sono le molle che spingono chi vive e studia a superare i propri limiti di partenza, le sue paratie culturali e disciplinari, accettando di rimettersi ogni volta in gioco per spostare in avanti la bandierina della conoscenza.

Uno spirito da coltivare e un'indicazione metodologica da consegnare ai giovani – siano essi ricercatori e studenti – o in genere ai lettori che s'interrogano, perché il deposito scientifico ereditato dai nostri Maestri possa essere quotidianamente reinvestito e vivificato, producendo così un'ulteriore fiammella di luce in grado di illuminare un poco di più il mondo complesso che ci circonda.

Come nell'evangelica parabola dei talenti, rischiare lungo sentieri poco battuti è comunque meglio che amministrare pigramente quanto ricevuto: è tutto assieme – ed inscindibilmente – carattere costitutivo dell'abito mentale del ricercatore, segno di intelligenza, dovere morale.

(S. P.)

*La collana accoglie contributi monografici individuali e atti di convegni, sottoposti a previo referaggio "a doppio cieco", con esito positivo e conforme, da parte di due membri del Comitato dei Garanti, ovvero di esperti esterni ad esso – anche non italiani – individuati dal direttore della stessa sulla base della competenza specifica, documentata dalle loro pregresse pubblicazioni sull'oggetto del lavoro sottoposto a valutazione.*

*Si prescinde dal referaggio nel caso di raccolte di scritti pubblicati in precedenza in altre sedi e nell'occasione già valutati positivamente.*

SALVATORE PRISCO

La musica della vita

*Quaderno di biopolitica e bioetica  
di un giurista*

Editoriale Scientifica

Comitato dei Garanti

Francesca ANGELINI  
Alfonso CELOTTO  
Lorenzo CHIEFFI  
†Pasquale CIRIELLO  
Giovanni COCCO  
Antonio D'ALOIA  
Maria D'ARIENZO  
Michele DELLA MORTE  
Mario DOGLIANI  
Tommaso Edoardo FROSINI  
Fiorenzo LIGUORI  
Raffaele MANFRELLOTTI  
Ilenia MASSA PINTO  
Valeria MARZOCCO  
Roberto MICCÙ  
Alessandro MORELLI  
Fabrizio POLITI  
Paolo RIDOLA  
Francesco RIMOLI  
Massimo SICLARI  
Alessandro TORRE

Proprietà letteraria riservata

Copyright maggio 2015  
Editoriale Scientifica s.r.l.  
Via San Biagio dei Librai, 39  
80138 Napoli  
[www.editorialescientifica.com](http://www.editorialescientifica.com)

ISBN 978-88-6342-758-5

*L'inferno dei viventi non è qualcosa che sarà: se ce n'è uno, è quello che è già qui, l'inferno che abitiamo tutti i giorni, che formiamo stando insieme. Due modi ci sono per non soffrirne. Il primo riesce facile a molti: accettare l'inferno e diventarne parte fino al punto di non vederlo più. Il secondo è rischioso ed esige attenzione e apprendimento continui: cercare e saper riconoscere chi e cosa, in mezzo all'inferno, non è inferno, e farlo durare, e dargli spazio.*

Italo Calvino, *Le città invisibili*, Torino, Einaudi, 1982

*Siddharta ascoltava.*

*Era tutt'orecchi, interamente immerso in ascolto,  
totalmente vuoto, totalmente disposto ad assorbire;  
sentiva che ora aveva appreso tutta l'arte dell'ascoltare.  
Spesso aveva già ascoltato tutto ciò, queste mille voci nel fiume;  
ma ora tutto ciò aveva un suono nuovo.  
Ecco che più non riusciva a distinguere le molte voci,  
le allegre da quelle in pianto, le infantili da quelle virili,  
tutte si mescolavano insieme,  
lamenti di desiderio e riso del saggio,  
grida di collera e gemiti di morenti,  
tutto era una cosa sola, tutto era mescolato e intrecciato,  
in mille modi contesto.*

*E tutto insieme, tutte le voci, tutte le mete,  
tutti i desideri, tutti i dolori, tutta la gioia, tutto il bene e il male,  
tutto insieme era il mondo.*

*Tutto insieme era il fiume del divenire, era la musica della vita*

Hermann Hesse, *Siddharta*  
(trad. it. di Massimo Mila, Milano, Adelphi, 1975)

*La vita non è uno scherzo.  
Prendila sul serio,  
come fa lo scoiattolo, ad esempio  
senza aspettarti nulla  
dal di fuori e dall'aldilà.  
Non avrai altro da fare che vivere.  
La vita non è uno scherzo,  
prendila sul serio  
ma sul serio a tal punto,  
che messo contro un muro, ad esempio, le mani legate  
o dentro un laboratorio, in camice bianco, con grandi occhiali,  
tu muoia affinché vivano gli uomini,  
gli uomini di cui non conoscerai la faccia,  
e morirai sapendo  
che nulla è più bello, più vero della vita.  
Prendila sul serio  
Ma sul serio a tal punto  
Che a settant'anni, ad esempio, planterai degli ulivi  
Non perché restino ai tuoi figli  
Ma perché non crederai nella morte, pur temendola,  
ma perché la vita peserà di più sulla bilancia*

Nazim Hikmet, *Alla vita, in Poesie d'amore*  
(trad. it di Joyce Lussu, in *Tradurre poesia*, Roma, Robin, 2013)

## INDICE

<i>Nota introduttiva</i>	IX
Aborto e autodeterminazione della donna: profili problematici	1
Obiezione di coscienza all'aborto e risposte dell'ordinamento giuridico. Una (amichevole) replica a Salvatore Curreri	57
Come legiferare in materie tipicamente sensibili	65
Il genere e i suoi diritti. Una nuova problematica frontiera dell'uguaglianza	69
L'Italia, il diritto e le unioni affettive stabili di carattere non tradizionale. Un panorama di problemi e di possibili soluzioni	103
La dignità del malato tra pluralismo delle morali ed etica di Stato	151
<i>Abstract</i>	164
<i>Le fonti</i>	165





## *Nota introduttiva*

Raccolgo in questo volume alcuni dei miei scritti più recenti di biopolitica e bioetica, pensati e stesi nella prospettiva del giurista comunque attento ad un'epistemologia e ad un'ermeneutica inter- e multidisciplinari (com'è del resto convinzione dello scrivente che esse debbano necessariamente essere), mentre altri in tema – anch'essi a mia firma – sono stati pubblicati in raccolte precedenti di saggi, solo di chi scrive o collettanee.

Il filo rosso che mi sembra annodarli assieme è quello della proposta di una bioetica “discorsiva”, attenta alla “narrazione” del “caso” che – somigliante ad altri simili, ma al tempo stesso irriducibilmente diverso nella sua unicità esistenziale – suggerisce esso stesso di volta in volta la soluzione concretamente possibile sul piano regolatorio, in un contesto in cui il diritto è sì necessario, ma va impiegato in una forma particolarmente “mite”, cioè come forza che disciplini la convivenza non essendo né l'unica, né quella “di prima linea”.

Il libro è dedicato innanzitutto a Lorenzo Chieffi e ai colleghi del Centro interuniversitario di ricerca in Bioetica di Napoli, insostituibile cenacolo di scambi di idee che mi hanno molto arricchito, nel tempo, in sollecitazioni e curiosità culturali e nella pienezza dei rapporti personali che ho potuto in quelle riunioni costruire ed intrattenere con spirito di amicizia, nonché con comune e disinteressata tensione verso l'approfondimento delle conoscenze scientifiche.

Non avrei tuttavia forse intrapreso la ricerca biogiuridica, se non avessi visto il modo in cui lavorava mio fratello Enrico – uomo generoso e colto e valentissimo pediatra, al quale è dalla Sua scomparsa dedicato da noi familiari un premio di laurea che ne ricorda il nome, assegnato appunto dal C.I.R.B. – giovandomi decisamente delle conversazioni avute con Lui per le suggestioni che ne ho maturato a proposito di bioetica dialogica e di medicina narrativa.

Gli ho in particolare sempre ammirato la capacità di interpretare i segni non verbali di malessere di bambini piccolissimi e di animali (che egualmente amava molto e nella medesima misura), al fine di assumere – con rigore tecnico, ma innanzitutto con umanità ed empatia – le sue decisioni terapeutiche, ma più in generale di accudimento dell'essere vivente.

Questo piccolo libro è dunque idealmente anche Suo, con gratitudine per quello che mi ha insegnato e col rimpianto di non vederlo con gli occhi (ma anche con la certezza che è ogni giorno presente nel cuore)

Infine, essendo il primo da me pubblicato che esce dopo la Sua prematura scomparsa, è dedicato altresì alla cara memoria di Pasquale Ciriello, per testimoniare anche in questo caso un'amicizia intensa e durata per più di quarant'anni e quale segno di gratitudine per i mille stimoli umani e intellettuali che ho da Lui ricevuto, sulle tematiche in esso trattate e non solo.

Aggiungo infine un ringraziamento non formale all'Editore – che mi permetto stavolta di identificare (una per tutti quelli che vi operano) nel nome di Elisabetta Prozzillo – per la professionalità del difficile compito che si assume e per la cortesia personale, che ogni volta mi viene riconfermata.

*Torre Annunziata, 16 aprile 2015*

*S. P.*

## Aborto e autodeterminazione della donna: profili problematici

Alla memoria di Nicola Di Prisco

*Molte donne si chiedono: mettere al mondo un figlio, perché?  
Perché abbia fame, perché abbia freddo, perché venga tradito ed offeso,  
perché muoia ammazzato alla guerra o da una malattia?  
E negano la speranza che la sua fame sia saziata, che il suo freddo sia scaldato,  
che la fedeltà e il rispetto gli siano amici, che viva a lungo  
per tentar di cancellare le malattie e la guerra*  
ORIANA FALLACI, *Lettera ad un bambino mai nato*  
Rizzoli, Milano, 1975,

SOMMARIO: 1. Bioetica e diritti fondamentali: un panorama di problemi discussi e una premessa teorico-generale sul rapporto tra “natura”, tecnologia, desiderio e diritto. – 2. La bioetica come narrazione e i suoi rapporti con il biodiritto. – 3. L’aborto tra leggi, dottrina e giurisprudenze costituzionali: pienezza di “cittadinanza femminile” *versus* tutela del nascituro e delle generazioni future. Uno sguardo di sintesi su alcune “scelte tragiche” in ambito bioetico. – 4. Dall’assunta piena “cittadinanza” femminile (anche) come autodeterminazione alla tutela del nascituro quale suo limite interno: a) I dati di diritto positivo sulla tutela dell’embrione, la questione degli embrioni sovrannumerari nell’ambito di un trattamento di fecondazione assistita e quella della loro possibile donazione a scopi di ricerca. – 5. *Segue*: b) Le conseguenze dell’impianto personalistico della Costituzione italiana nella riconduzione a sistema della disciplina italiana sull’aborto. – 6. La ripresa delle discussioni sulla disciplina dell’aborto in conseguenza di un conflitto fra diritti: l’autodeterminazione femminile, l’“esplosione” delle obiezioni di coscienza del personale sanitario, i rimedi ai possibili abusi e una proposta *de jure condendo*. Quando obiettano le aziende e le organizzazioni di ispirazione religiosa: cenni al più recente dibattito statunitense sul tema. – 7. Note conclusive: la conferma della bioetica come “luogo di narrazioni”, il ruolo del diritto e le istituzioni del *com-patire*.

*1. Bioetica e diritti fondamentali: un panorama di problemi discussi e una premessa teorico-generale sul rapporto tra “natura”, tecnologia, desiderio e diritto*

Diritti fondamentali e divisione dei poteri costituiscono com'è noto il DNA, il “canone occidentale” del costituzionalismo moderno, da fine Settecento in poi, nella nostra parte del mondo (per riprendere il titolo di un noto saggio di Harold Bloom, che ne esplora – in verità con gusto raffinato, ma molto personale, che lo porta ad inclusioni ed esclusioni presumibilmente non condivisibili da tutti – le caratteristiche applicate alla letteratura).

È superfluo spendere parole su questo punto, come pure notare le articolazioni interne di ciascuna delle due “piste” che si dipartono dalla formula del celebre articolo 16 della *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*: i “mattoni” di base del costituzionalismo euro-statunitense sono pochi, ma ne variano molto le possibili combinazioni.

Intorno ai modelli differenziati della divisione dei poteri non si discuterà qui, salvo un accenno – implicato dal tema trattato – nel corso del testo.

Dell'universo dei diritti fondamentali è invece necessario occuparsi più ampiamente, con la del resto ovvia avvertenza che esso è venuto, nel corso del tempo, a farsi notoriamente sempre più complesso, dopo la rivoluzione copernicana del tardo XVIII secolo, che intese svincolarli da appartenenze “comunitaristiche”: innanzitutto i diritti della tradizione liberale, poi quelli detti “sociali” e “politici”, infine i “nuovi diritti”.

Giacché questi ultimi sono in molti casi l'effetto delle acquisizioni scientifiche e tecnologiche, nessuna meraviglia che la discussione bioetica ne sia investita in pieno.

Attorno all'evento “nascita”, in particolare, nonché alle problematiche genitoriali che vi si collegano, varie questioni agitano i giuristi.

Così, ad esempio, da una precedente situazione di generalizzata proibizione, assistita da sanzione penale, si è passati nella maggior parte degli ordinamenti sviluppati all'affermazione di una liceità

giuridica dell'aborto, sia pure sottoposto al verificarsi di presupposti legittimanti più o meno severi, la cui integrazione è diversamente richiesta, a seconda delle legislazioni positive. Che l'accedervi sia un diritto soggettivo sostanzialmente pieno, almeno in una prima fase della gravidanza, è invece discusso e resta posizione minoritaria, anche in contesti culturali eticamente pluralistici e "aperti".

Sempre con riferimento all'aborto, mentre i più riconducono il comportamento di medici e paramedici che obiettano all'intervento di interruzione della gravidanza all'inviolabile libertà di coscienza, in più occasioni e ancora di recente (come si approfondirà in seguito) il Consiglio di Europa ha invitato gli Stati aderenti a limitare il ricorso ad essa, questo per evitare obiezioni "di facciata" e "di comodo", oltre che per non incidere in modo troppo gravoso sul diritto – in conflitto col precedente – di una donna incinta a non proseguire la gestazione, tanto ella volendo ed essendone, come si è appena rammentato, legittimata in presenza di taluni presupposti.

Si invoca inoltre il diritto alla riservatezza del parto, per scongiurare abbandoni di neonati "in culla". Si controverte – ancora – sul diritto a conoscere l'identità del genitore naturale, per quanti siano stati adottati, ponendo invece la questione ardui problemi da risolvere in relazione a quanti siano nati da fecondazione eterologa. Entrambe le tematiche che questo richiamo intreccia sono state oggetto di distinte e recentissime decisioni della Corte Costituzionale italiana, che hanno innovato orientamenti restrittivi pregressi, suscitando in entrambi i casi molto clamore.

Assai vasto, del resto, è il dibattito italiano sulla legge che disciplina la procreazione medicalmente assistita (n. 40/2004), molto discussa quanto al problematico coordinamento della tutela dell'embrione in essa prevista con la precedente legge n. 194/1978. Quest'ultima – ricorrendo (come si ribadisce e come più ampiamente si dirà) – determinati presupposti, diversi e via via più stringenti, a seconda dello "stato di avanzamento" della gravidanza, autorizza appunto l'aborto, sia pure nell'ottica della "riduzione del danno", benché si palesi la singolare contraddizione ordinamentale del divieto di diagnosi pre-impianto in relazione all'embrione, essendo tuttavia possibile interrompere la gravidanza anche oltre i tre

mesi, se le gravi condizioni previste del feto rifluiscono sulla condizione psicologica della donna che ne sia incinta.

Una legge, quella sulla procreazione assistita, che comunque è stata significativamente “incisa” dal diritto vivente ad essa successivo, sia perché interessata da interpretazioni costituzionalmente orientate da parte dei giudici di merito, sia perché oggetto di caducazioni di molte originarie disposizioni da parte della Consulta, fino alla recentissima dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto generalizzato di fecondazione eterologa (sentenza 162/2014).

Si discute, infine – sempre restando ad un universo fenomenico meritevole di ampia osservazione, per concentrarsi quindi nel seguito solo su un suo specifico profilo – dell’adottabilità da parte di soggetti *singles* o di coppie omosessuali.

Come si può osservare dal mero elenco parziale di temi che si è appena compiuto (e si tratta di un rilievo non di poco conto, bensì decisivo), va sottolineata la nostra peculiarità nazionale circa il modo in cui da noi si affronta la regolazione del campo bioetico: si registra la netta prevalenza di interventi giurisprudenziali su quelli legislativi, venendo i primi a supplire sistematicamente la mancanza dei secondi su punti essenziali, o a correggerne l’impianto, laddove (rare) leggi vi siano.

L’impressione di molti, non priva invero di fondamento persuasivo, è comunque che la crisi delle grandi tradizioni culturali che avevano accompagnato la logica emancipatoria sottesa alla progressiva affermazione dei diritti “classici” – nei quali questi si accompagnavano comunque al “verso” della solidarietà, in un bilanciamento più o meno accorto di diritti e doveri – abbia oggi lasciato il posto ad una sorta di religione laica postmoderna (o di “narrazione”, come si è intrapreso a dire, “mitica”) dei diritti umani.

Questi si assumono tutti egualmente radicati nell’eguale dignità delle diverse forme di vita individuale e sociale e – in nome di tale valore (non bilanciabile com’è noto in se stesso con altri, giacché esso è semmai la bilancia medesima, per usare un’immagine metaforica coerente) – si procede a “rilanciare” di continuo sul piano dell’identificazione e conseguente tutela di nuove figure di diritti, come “portato” di una tradizione occidentale individualistico-

liberale, sovente declinata in forme libertarie di perseguimento del desiderabile e potenziata negli effetti dalle applicazioni tecnologiche.

Invocando protezione stabilizzata per bisogni sociali in via di affermazione, anche attraverso un uso talora disinvolto e decontestualizzato della comparazione, si finisce cioè (si è sostenuto) col procedere, da parte di gruppi organizzati e abili a rivendicarli, a una costante e unidirezionale trasmutazione. Tale dinamica non conosce resistenze insuperabili, altro e al più che per il tempo necessario a conquistare consensi di opinione pubblica alla causa della volontà che mira a realizzarsi, traducendo di continuo desiderî resi possibili dal progresso tecnologico in pretese giuridicamente rivendicabili.

Esse diventano cioè affermabili alla lunga in un dato Paese perché in altri sono appunto oggetto di riconoscimento esplicito, attraverso la via della giurisdizione, se non già per il tramite della stabilizzazione costituzionale o legislativa formale da parte di Assemblee rappresentative (come per l'Italia si è sopra notato), o in apposite Carte dichiarative: da ciò il noto fenomeno dello *shopping* transnazionale dei diritti medesimi, che sono stati icasticamente definiti “insaziabili”.

Scontata l'inesigibilità dell'appello al “diritto naturale”, salvo le periodiche riprese che ne sono osservabili, in quanto indebolito e sconfitto a suo tempo dal giuspositivismo (nonostante gli evidenti limiti anche di quest'ultimo), nemmeno il richiamo alla comune dignità dell'uomo, del quale si diceva, sembra essere terreno unificante per fondare in modo saldo siffatte pretese di giuridificazione, posto che, come appunto già per il diritto naturale, non c'è accordo sui contenuti minimi di tale valore.

Analogamente, non sembrano assistibili da un reale comune consenso i tentativi, pur pregevoli, che nel dibattito ora richiamato sono stati fatti alla necessità di recuperare – per individuarne un fondamento ontologico non individualistico, né autoreferenziale – la dimensione ordinamentale (anziché potestativa) del diritto, o a quella di distinguere tra diritti davvero “fondamentali” e quindi tra loro bilanciabili e mere espressioni di desiderio, perché solo i primi

sarebbero “ragionevoli”, o ancora all’individuazione di un’*esperienza elementare* umana comune.

Certo appartiene ad ogni vivente razionale la percezione del nascere, dell’amare, del soffrire, dell’invecchiare, infine dell’ammalarsi e del morire, il tutto mentre rimane in un assetto di costante relazione e confronto coi suoi simili, ma nondimeno questo sembra un terreno troppo ampio e dunque insufficiente per derivarne di per sé condivisi vincoli giuridici stringenti.

A tacer d’altro, taluno potrà vivere questa consapevolezza all’insegna dell’affermazione identitaria e “superomistica”, insomma fortemente assertiva della propria individualità, talaltro ne trarrà motivo per il sacrificio di sé, altri per avvertire la gravidanza di vincoli sociali coi propri simili.

Vi sarà chi ne ricaverà la spinta ricercare un’armonia con la natura, altri però troveranno legittimazione al tentativo di trasformarla incessantemente.

Per riprendere e adattare al campo ora in esame il sopra citato Bloom, si è cioè via via passati da un’età “teocratica” dei diritti ad una “aristocratica” e a quella “democratica”, per approdare infine alla presente “età caotica”.

Al momento devono registrarsi tanto la crisi della statualità, quanto la difficoltosa costruzione di istituzioni sovrastatali rappresentative, mentre le minori entità di appartenenza umana – famiglia nucleare o allargata, associazione volontaria di interessi politici, economici od oblativi, ente territoriale minore (cioè, in definitiva e in sintesi, il consolidamento e l’espansione della dimensione della “sussidiarietà orizzontale”) – corrispondono ancora ad esigenze profonde di senso e di solidarietà.

Esse avrebbero bisogno di espandersi e di trovare contraltare o sviluppo entro assetti più ampi, tuttavia appunto in crisi o in corso di problematica edificazione, sicché non si intravede invero via di uscita, che non sia quella fondata sul dialogo pluralistico tra attori disomogenei e della diffusione e radicamento di una “cultura dei diritti” che sia però, al tempo stesso, coscienza *anche dei doveri* (verso la vita in formazione e verso le generazioni future) che neces-



sariamente si generano, in modo corrispondente ed incrementale, per effetto di questa o movimento.

## 2. *La bioetica come narrazione e i suoi rapporti con il biodiritto*

Se siffatta modalità dialogica di costruire la scienza sociale (dunque anche quella giuridica, quanto all'area dell'indifferente, del lecito, dell'incentivato, del doveroso, dell'interdetto) viene coerentemente seguita e in particolare applicata alla bioetica, come si proverà a fare di seguito con riferimento all'aborto, appare chiaro che il giurista può derivarne magari non proprio una rivoluzione metodologica, ma certo una opportuna circoscrizione e un raffinamento linguistico-concettuale del suo perimetro di intervento.

La bioetica infatti, occupandosi – come attesta la radice etimologica dei termini che compongono la denominazione della disciplina – di corporeità ed eticità, non vive in realtà se non di riflessioni sui corpi e sulle etiche, al plurale, giacché la possibilità di standardizzare i casi che essa incontra e studia nella dinamica in concreto fluida della vita è oltremodo problematica.

Non solo l'approccio del giurista di *common law* risulta allora più fruttuoso, ma – di più – la “povertà” degli strumenti del giurista *civilian* “classico”, come tale, appare evidente.

Si può dire meglio: il diritto ha certo una funzione imprescindibile di tutela e promozione dei mobili equilibri sociali, ma – se non vuole condannarsi all'autoreferenzialità – deve confessare e accettare in questo campo la sua natura di strumento regolativo solo suppletivo della vita collettiva, deve cioè riconoscere quando può (e deve) intervenire e quando invece può (e deve) tacere.

Sul punto si ritornerà, con una specifica applicazione esemplificativa al tema oggetto di questo lavoro, ma può già per il momento fissarsi il punto per cui – più che chiedere regola preventiva al biodiritto – la bioetica è narrazione dell'esperienza, che dunque non è facilmente idonea a diventare normativa altro che per se stessa: qui davvero *ex facto oritur jus*.

Nella bioetica, cioè, il biodiritto preventivo è elemento recessi-

vo, consistendo piuttosto essa di “narrazioni” di casi che tendono a cercare la regola in se stessi.

“Noi siamo una storia. L’unico modo che abbiamo per vivere con gli altri, e spesso anche con noi stessi – è stato infatti efficacemente scritto da un medico – è raccontarci”.

Su questo assunto si basa anche la cosiddetta “medicina narrativa”, che non è una nuova branca di tale scienza, ma una modalità di approccio del medico alla cura, una “mentalità”, giacché “le *medical humanities* sono ... una dimensione da affiancare, non da contrapporre, alla dimensione più razionale e oggettiva della *Evidence Based Medicine* (EBM)”.

Non sembra avere esito diverso il richiamo al diritto “gentile” di cui taluno ragiona, al proposito: non un “diritto mite”, che rinvia comunque alle consuete tecniche di bilanciamento (è un diritto, insomma, che in ogni caso c’è), ma uno che abbia caratteristiche tali da accettare al limite la sua stessa desistenza regolatoria in ordine al caso, traendo la *ratio* della sua regola dall’ascolto del concreto evento, ricondotto poi all’applicazione di discipline e conoscenze sistematiche ad esso esterne. Un “diritto permeabile”, dunque e piuttosto, al linguaggio e alle ragioni di altri ordini di conoscenze e di differenti tecniche di disciplinamento dei rapporti sociali e al limite alla sua deliberata cessione del passo al riguardo.

Sembra insomma da condividere l’osservazione che segue:

«Il linguaggio-pensiero giuridico deve aprirsi anch’esso a un *apprendimento*, che inevitabilmente ne rinnova il paradigma: quello di categorie e termini – proprî del pensare etico, medico, comune – che gli consentano di essere il meno estraneo possibile alla *cultura* delle relazioni da regolare. È uno sforzo che va iniziato, senza per questo rinunciare alla certezza e alla finezza di antichi strumenti del mestiere. Non si tratta dell’operazione imitativa che spesso si tenta in modo semibarbaro in progetti legislativi, ma della meditata costruzione di un diritto capace di capire e farsi capire da chi pensa e vive nell’universo della salute. Questa esigenza va tenuta tanto più presente quanto più si desidera procedere verso la costruzione di “un diritto gentile”».

3. *L'aborto tra leggi, dottrina e giurisprudenze costituzionali: pienezza di "cittadinanza femminile" versus tutela del nascituro e delle generazioni future. Uno sguardo di sintesi su alcune "scelte tragiche" in ambito bioetico*

In relazione alla disciplina dell'aborto – sulla quale da qui in poi ci si concentrerà, ma senza rinunciare ad osservazioni sparse su problemi ad essa connessi – l'oggetto del lavoro va anzitutto circoscritto: si intende ovviamente riferirsi non a quello spontaneo (problema di ordine medico), bensì agli atteggiamenti degli ordinamenti giuridici circa quello volontario, nel senso – va precisato ulteriormente – di quello che è dalla gestante voluto e procurato, anche e perlopiù attraverso l'aiuto di terzi, ma col suo accordo, giacché per quello attuato senza il suo consenso non vi è luogo a discutere della sua riprovabilità morale e sanzionabilità giuridica.

Ci si fermerà inoltre sull'interruzione della gravidanza nella sola macroarea euro-americana, in linea di assai larga massima culturalmente più omogenea al suo interno, essendo già questa sola indagine ardua e rimandando a pregevoli ricostruzioni più ampie – già del resto compiute dagli studiosi – per le macroaree contemporanee diverse e quanto alle società storiche, cioè quelle del passato pre-moderno.

Tanto precisato, fino ai primi anni del Novecento il quadro del diritto comparato palesava un generale disfavore verso di esso, criminalizzato e quindi di fatto praticato clandestinamente e con rischi per la salute della gestante, anche per considerazioni geopolitiche di forza ("il numero è potenza", come si diceva).

Il rischio successivamente percepito di sovrappopolazione mondiale e il progredire in Occidente di una tendenza alla secolarizzazione, nonché l'aspirazione crescente al benessere materiale, hanno determinato un'inversione di paradigma, tant'è che l'aborto è stato perlopiù decriminalizzato e riconosciuto come possibile, in presenza però di alcuni presupposti di fatto, come si è già ripetutamente detto, quindi non reso *tout court* lecito senza condizioni, salvo soluzioni particolari a taluni ordinamenti.

Come si vedrà, per essere più precisi, tali presupposti legitti-

manti secondo i diversi ordinamenti si sono tradotti in concreto nell'individuazione di "termini" di praticabilità dell'interruzione della gravidanza, che è ovviamente un evento di durata, che attraverso varie fasi, e/o in cosiddette "indicazioni" apponibili al suo esercizio, perché esso sia legittimo.

È secondo chi scrive imprescindibile, ai fini di una sia pur rapida focalizzazione delle riflessioni che seguono sulle discipline comparate dell'interruzione volontaria della gravidanza (solo questo, anche per il ridotto spazio disponibile, s'intende compiere qui, rinviandosi alla nota bibliografica finale per approfondimenti già da altri compiuti e che sarebbe dunque ultroneo ripercorrere), confrontarsi con la nota e risalente catalogazione e distinzione tra posizioni in materia illustrata in merito da Mary Ann Glendon.

La giurista statunitense, dichiaratamente cattolica, *pro life* e per un certo tempo anche ambasciatrice del suo Governo presso la Santa Sede, oltreché presidente dell'Accademia vaticana delle Scienze sociali – lo si ricorda non per compiere valutazioni di merito sulle sue tesi che procedano da tale *background*, al fine di approvarlo o stigmatizzarlo, ma per "ambientarle" agli occhi del lettore che ignorasse tali circostanze – ha sottolineato una evidente differenza di accento nelle giurisprudenze delle Corti Supreme.

L'analisi delle fasi storico-sociologiche che hanno prodotto intense polarizzazioni ideologiche, allorquando il problema della regolazione del fenomeno – che tuttora divide – si è manifestato con forza nel dibattito pubblico, nonché quella delle soluzioni giuridiche infine accolte e che sono state condotte in riferimento ai differenti Paesi, conferma in effetti questa diversa sensibilità, espressione di orientamenti culturali sicuramente non omogenei.

Com'è stato infatti di recente ed efficacemente ricordato, con ovvia e puntuale rinvio alla citazione "classica" di Max Weber, «l'ambiente culturale nordamericano è fortemente impregnato, sin dalla fondazione, di una concezione puritana del rapporto tra l'uomo e i suoi bisogni. In sintesi, il successo individuale è visto come conseguenza della rettitudine e, per converso, il fallimento o le difficoltà della vita sono interpretate come sintomi di difetti morali. In termini ancora più sintetici, la ricchezza è vista come mani-

festazione della grazia, la povertà come espressione concreta del vizio. A ciò deve aggiungersi che la cultura politica statunitense è da sempre timorosa del c. d. *big government*: l'autorità pubblica (principalmente, federale) potenzialmente invasiva delle prerogative sia dell'individuo che della comunità locale».

La *U. S. Supreme Court*, nel celeberrimo caso *Roe versus Wade* (410 U.S. 113, 1973) era preoccupata essenzialmente di ricondurre la fattispecie abortiva alla sfera di una *privacy* che in quella cultura è più ampiamente intesa come autodeterminazione, particolarmente tutelata, nonché a quella del *due process of law*. L'attenzione alla *privacy* fu nello specifico tanto elevata che quello di Roe era in realtà un cognome solo di copertura della ricorrente, in seguito paladina con la sua vera identità delle politiche di liberalizzazione dell'interruzione della gravidanza, prima di manifestarsi pentita per avere consentito che il suo caso desse una "bandiera" al movimento; la sentenza ebbe comunque un effetto solo di principio, perché fu pronunciata a parto già intervenuto.

Si trattava di una decisione (che dichiarava incostituzionale una legge texana che incriminava chi procura l'aborto) sulla quale risultarono assai influenti in quel momento lo stato del dibattito femminista dell'epoca, ma anche – come si è sottolineato – la consapevolezza delle «terribili conseguenze derivanti dall'utilizzo del talidomide e dall'epidemia di rosolia negli anni '60».

Beninteso, anche nelle decisioni della Corte Suprema statunitense successive alla *Roe*, gioca l'indagine sul momento in cui il feto possa avere "viability", cioè vitalità autonoma (tra la ventiquattresima, nel minimo e la ventottesima, di regola, settimana di gravidanza), ma resta in tutte la riconoscibile impronta liberale-individualista di quella cultura, che alimenta anche nel dibattito pubblico attuale la dialettica di organizzazioni sociali *pro choice* e *pro life*, di cui molte a base religiosa, elemento fondante – come notava già Tocqueville – della democrazia in America.

Lo scontro forte tra le opposte posizioni si mantiene invero fitto e vivace ancora oggi (come meglio si vedrà alla fine), investendo i legislatori e le giurisdizioni degli Stati in termini che non sono qui sintetizzabili agevolmente e soprattutto non possono essere ripeter-

corsi in modo analitico, ma che ormai è possibile seguire attraverso i periodici aggiornamenti al riguardo, pubblicati con prontezza nei più accreditati siti *web* di bioetica.

Altre Corti – non soltanto europee – con funzioni analoghe a quella della *U.S. Supreme Court* sono state dal canto loro molto attente a salvaguardare la scelta di sostenere, in diversi casi anzi precedendole (così in Italia, con la sentenza 27/1975; così anche in Spagna, con la sentenza sulla depenalizzazione dell'aborto 75/1984, resa in *amparo* in relazione all'art. 15 Cost. e anteriore alla 53/1985, che di seguito verrà più volte richiamata), leggi che in materia cercano di mediare tra i diritti dei soggetti adulti coinvolti – essenzialmente quelli della donna incinta – e l'esigenza di tutela del nascituro. Alla gestante che si determina ad abortire incombe insomma quasi sempre, in Europa (di un'eccezione palese poi si dirà), un *onus probandi* della serietà delle sue motivazioni, da esplicitare e ricondurre a presupposti legittimanti – le cosiddette “indicazioni” – di ordine eugenetico, sanitario o psico-sociale, che non possono comunque essere superficiali.

Questo obiettivo è stato inserito – dall'indagine macrocomparativa – in un comune «modello gradualistico europeo», sulle cui variazioni interne si scaricano, a seconda delle contingenze, variegate sensibilità individuali od organizzate, di volta in volta orientate su base religiosa o in senso laicistico, dogmatismi ideologici di segno opposto, mutamenti di indirizzo politico-culturale: tutti fattori che – com'è ovvio – non giovano alla ricerca di un equilibrio pragmatico tra le soluzioni perseguibili e alla pratica di una logica di confronto, piuttosto che di scontro, che meglio si adatterebbero – a giudizio di chi scrive – alla trasversalità ideale e alla mappa reale degli interessi in campo.

Si danno quindi nel Vecchio Continente discipline normative diverse, da una maggiore ad una minore attenzione alla tutela del nascituro, il che significa in concreto limitazioni diverse alle circostanze, di fatto e anche di fase di avanzamento, in cui la gravidanza può essere legalmente interrotta (rispettivamente dette in genere “indicazioni” e “termini, come si è già ricordato).

Siffatto intenso dialogo tra Corti e legislatori, in cui le prime

precedono sovente i secondi e talora semplicemente li suppliscono, come accade – sotto diversi profili bioetici, anche se invero non sull’aborto – nel caso italiano, mostra in generale (e si scioglie qui una riserva avanzata all’inizio) quale sia lo stato attuale del rapporto tra i differenti “formanti” ordinamentali e del principio di divisione dei poteri, applicato in modo ormai molto diverso dallo schema teorico tratteggio della «previa formazione della norma astratta di legge parlamentare/ sua successiva attuazione concreta per via applicativa, in sede di amministrazione e/o di giurisdizione».

Solo a titolo di esemplificazione non esaustiva, si ricorda che a Malta l’interruzione volontaria della gravidanza resta semplicemente del tutto vietata e così accade anche (fuori dall’area europea) in Cile.

Un regime normativo restrittivo sul piano formale, ma di poco meno rigido, è quello dell’Irlanda, di cui sono noti i casi X del 1992, relativo a una ragazza rimasta incinta dopo una violenza sessuale e che aveva manifestato intenzioni suicide, se non le fosse stato possibile abortire (la Corte Suprema fu decisiva qui nello spingere all’integrazione informativa della Costituzione di cui si dice appena oltre), l’altro successivo di tre signore ricorrenti per casi simili alla Cedu (e per il quale pure si veda oltre) e infine *Havalanappar*, quello cioè di una signora orientale, sebbene di origine irlandese, morta per setticemia dopo che i medici dell’ospedale in cui fu ricoverata avevano negato l’imminenza del suo pericolo di vita e quindi la necessità e praticabilità giuridica dell’aborto (in termini di esimente da reato per lo stato di necessità) che ella richiedeva.

Si tratta di vicende emblematiche di un dibattito intensissimo, atteso il tenore della Costituzione, che in quel Paese tutela la vita del nascituro *ex art. 40. 3. 3*, consentendo l’aborto solo nel caso di un pericolo effettivo di vita della madre, come fu confermato da un primo referendum del 1983, anche se – proprio a seguito della pronuncia sul caso X di cui si diceva e di un ulteriore referendum del 1992 – si è oggi eliminato il divieto di ricovero all’estero per abortire ed è lecito diffondere nel Paese informazioni sui luoghi stranieri nei quali questo è possibile (pur sempre fuori dai confini nazionali,

giacché un ultimo referendum del 2002 ha continuato a rifiutare l'introduzione dell'istituto).

Si avvicina a questo (ma con maggiore apertura) il caso polacco. Qui l'aborto fu autorizzato nel 1942 per le sole donne del Paese, quindi nuovamente vietato nel dopoguerra, poi la possibilità di praticarlo fu reintrodotta dal 1956, secondo una tendenza comune agli ordinamenti sottoposti all'influenza sovietica.

Nel 1993 la materia fu nuovamente rivisitata. L'aborto resta illegale, salvo che per il caso di pericolo per la vita e la salute della madre, o se la gravidanza derivasse da stupro o incesto, nonché per accertate malformazioni gravi del feto. Le sanzioni per aborto al di fuori di questi presupposti colpiscono però il solo medico che vi si sia prestato, non la donna.

Nell'ultima seduta di agosto del 2011, il *Sejm*, che è la Camera bassa del Parlamento, ha respinto con un margine strettissimo la proposta di tornare a criminalizzare del tutto la pratica abortiva volontaria, sostenuta da gruppi di pressione *pro life* e da partiti di orientamento cattolico (nel Paese, com'è noto, assai forti) e conservatore.

Su entrambe le situazioni è intervenuta la Corte di Strasburgo, che, come in altri casi in materia, ha preferito in genere ricondurre le fattispecie allo scrutinio di eventuali violazioni dell'art. 8 della Convenzione (*diritto alla vita privata e familiare*), piuttosto che dell'art. 2 (*diritto alla vita*, la cui violazione viene richiamata in un ambito di possibili oggetti da tutelare assai largo e pluricomprendivo).

Generalmente le pronunce si sono ispirate ad interpretazioni che facessero salva, nel caso dell'interruzione della gravidanza, la rigorosa applicazione del diritto interno a ciascun Paese, ritenendo che la disciplina della materia fosse riservata al margine di apprezzamento nazionale, espressione di diversità di orientamenti culturali, etici e religiosi.

Questo non le ha peraltro talora impedito interventi incisivi. Nei casi richiamati, ad esempio, essa ha onerato proprio gli ordinamenti giuridici nazionali (per l'Irlanda si veda il sopra richiamato caso *A, B, C*, di cui alla sentenza della *Grande Camera Cedu*, 16 di-



cembre 2010; per la Polonia si vedano i casi *Tysiak*, definito con sentenza del 20 marzo 2007 e più recentemente *R. R.*, oggetto della decisione del 26 maggio 2011 e *P. e S.*, di cui alla sentenza del 30 ottobre 2012) di introdurre strumenti idonei a rendere effettiva la possibilità di interrompere la gravidanza: com'è stato osservato, «quando lo Stato decide di autorizzare l'aborto anche eccezionalmente» esso deve allora «istituire un quadro giuridico preciso e una sicura procedura per permettere a queste donne di esercitare effettivamente il loro 'diritto' all'aborto. Così, l'aborto non è imposto frontalmente all'Irlanda e alla Polonia, ma utilizzando il mezzo di obbligazioni procedurali che garantiscono, non il diritto (materiale) all'aborto, ma il diritto (procedurale) di sapere se ci sia una possibilità di ricorrere all'interruzione di gravidanza».

A sua volta la nuova *Legge Fondamentale* ungherese, approvata il 19 aprile 2011 da una maggioranza nettamente di destra e fatta più in generale oggetto di speciale osservazione critica da parte dell'Unione Europea, dichiara all'articolo II che «La dignità umana è inviolabile. Ogni uomo ha diritto alla vita ed alla dignità umana, la vita del feto va protetta fin dal concepimento».

Lo Stato ha tuttavia dovuto restituire al Fondo europeo per l'occupazione e la solidarietà sociale danaro che era stato erogato (a detta della Commissione) per ragioni diverse da quelle per cui i fondi erano stati utilizzati, vale a dire per una campagna antiabortiva molto intensa.

In precedenza, al contrario, gli interventi possibili in materia erano assai permissivi (situazione invero comune al tempo e negli Stati del "socialismo reale", come si accennava, giacché – nell'ottica dell'ideologia che li ispirava – la situazione giuridica dell'individuo era funzionalizzata all'equilibrio complessivo e all'interesse superiore della collettività) e furono ritenuti nel 1991 illegittimi solo perché la relativa normativa era di carattere amministrativo, *vulnus* formale sanato in ogni caso l'anno dopo da una *Legge sulla vita fetale* peraltro di analoga ispirazione: bastava che la gestante determinata ad abortire si trovasse – per conseguire lo scopo voluto – in una «seria crisi», intendendosi per tale una «che causa esaurimento

fisico o mentale o una conseguente situazione impossibile dal punto di vista sociale».

L'eccessiva ampiezza e vaghezza di tale formula fu dichiarata in parte illegittima dalla sentenza 48/1998 del giudice di costituzionalità, in nome della necessità di un controllo esterno (fino ad allora mancante) della volontà dell'interessata appunto sulla "serietà" della situazione lamentata ed in nome della necessità di proteggere quindi anche la vita del nascituro, in termini sostanzialmente analoghi alla soluzione tedesca del 1993, che verrà richiamata oltre.

In Inghilterra, Scozia e Galles, la legge che autorizza l'interruzione della gravidanza risale al 1967 e condiziona la liceità dell'aborto al concorde assenso di due medici, dal quale si evinca un rischio per la vita o per la salute fisio-psichica della donna incinta e dei figli già avuti da essa, più grave rispetto al turbamento psicologico che potrebbe derivare dall'interruzione della gestazione, anche tenuto conto del contesto del caso, ovvero ancora se sia nella medesima forma attestato il rischio della presenza nel feto di gravi deformità o *deficit* mentali. Ricorrendo tali condizioni, le spese dell'intervento sono poste a carico del servizio sanitario pubblico.

In Spagna si registra attualmente un ripensamento e irrigidimento della più liberale disciplina previgente.

Questa, contenuta nella *Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo 2 /2010*, approvata al tempo del governo socialista Zapatero a strettissima maggioranza, modificava la precedente legge organica di compromesso n. 9/1985, che (intervenendo sul codice penale) permetteva di interrompere l'aborto nel caso di rischio per la salute fisio-psichica della madre, di stupro e di malformazioni del feto.

In sostanza e più specificamente, dal 2010 l'aborto resta non incriminabile, ove la gravidanza derivi da violenza sessuale previamente denunciata, se si evidenzino nelle prime ventidue settimane pericoli per la vita della gestante o gravi malformazioni – certificate da medici diversi da quello chiamato ad intervenire nel procedimento abortivo – del feto. L'interruzione può poi essere fatta in qualsiasi momento della gravidanza se un comitato di medici, desi-

gnato dalle comunità autonome, certifica che il feto soffre di una malformazione grave ed incompatibile con la vita.

Il *focus* di tale nuova normativa è nel riconoscimento del diritto all'interruzione di gravidanza, senza rendere giustificazione sul piano della salute della donna o del feto o su altre circostanze, fino al compimento della quattordicesima settimana. In tale fase si introduceva la possibilità di «interrompere la gravidanza [...] a discrezione della donna, sempre che siano rispettati i seguenti requisiti: che la donna sia stata informata sui diritti, le prestazioni e gli aiuti pubblici a sostegno della maternità [...]; che siano trascorsi almeno tre giorni da quando la donna ha ricevuto le informazioni» .

Ebbene, mutata la maggioranza, il progetto di quella nuova – imperniata sul Partito Popolare – che si indirizza, con significativo cambio di accento della *rubrica legis* rispetto al passato, alla *Protezione della vita del concepito e dei diritti della donna gravida*, innova anche in relazione alla ricordata, precedente legge n. 9/1985 e non solo a quella del 2010.

Si prevede pertanto che la facoltà di abortire torni ad essere un intervento ammissibile solo sulla base di “indicazioni” mediche debitamente certificate e comunque non per “ragioni eugenetiche”, cioè non a causa di gravi malformazioni del feto: in tale senso sono suonate nette le parole del ministro della Giustizia Ruiz-Gallardón, fautore della svolta che ha il sostegno di organizzazioni cattoliche come l'*Opus Dei* e che hanno provocato accese polemiche, come pure motivo di aspro contrasto è stata l'annunciata volontà di escludere tra i casi che aprono al possibile aborto la circostanza che la gravidanza sia l'effetto di una violenza fisica, restando in questa ipotesi reato l'aborto procurato e di consentire l'interruzione di gravidanza solo per l'eventualità di scongiurare un danno psicologico alla gestante, manifestato in propositi di suicidio e medicalmente riconosciuto.

All'estremo opposto rispetto a tale scelta di riaprire con intenti restrittivi la discussione in tema si collocano invece le recentissime opzioni della vicina Francia (preparate invero progressivamente anche da quelle anteriori, dalla legge Neuwirth, 1176-1967, che legalizzò la contraccezione, alla legge Veil, 17-1975, che consentiva il ricorso all'aborto a «toute femme enceinte majeure ou mineure que

son état place en situation de détresse», come recita l'art. L. 2212-1 del *Code de la santé publique*, alla legge Aubry, 588-2001), contenute all'interno di una rivisitazione legislativa della parità di genere da poco approvata.

La probabile conseguenza pratica sarà che, rispetto al momento storico nel quale veniva lì magnificata la Spagna per le scelte della allora maggioranza socialista, invertitasi la tendenza a seguito di quelle restrittive della maggioranza che a Madrid sostiene il governo conservatore Rajoy, il flusso per l'interruzione della gravidanza tra i due Stati confinanti sembra destinato ad invertirsi

«Désormais» – com'è stato notato – «l'IVG consiste au droit des femmes à choisir ou non de poursuivre une grossesse», giacché il riferimento alla *détresse* (*disagio*, *depressione* e simili) è stato abrogato, con liberalizzazione completa e non onerata di motivazione entro la dodicesima settimana.

La Francia ha anzi promosso in sede internazionale una campagna per fare dichiarare l'aborto un "diritto umano" e (come meglio si dirà alla fine) chi nel Paese lo ostacola o allega obiezione di coscienza – che oggi a Parigi è vista con diffidenza – è esposto al carcere e a una rilevante sanzione pecuniaria.

Si conferma insomma la tradizionale *exceptionnalité* e insomma la radicalità individualista del modo in cui il Paese intende la sua *laïcité* e l'*égalité*.

Analoga apertura si registra nel Regno dei Paesi Bassi, la cui *Legge sull'interruzione della gravidanza* del 1984 lascia libertà di aborto alla donna in situazioni di emergenza, peraltro col limite della praticabilità finché non possa esservi possibilità della vita autonoma del nascituro, cioè a ventiquattro settimane; nella prassi, già dopo la ventunesima settimana gli aborti non si eseguono. L'intervento interruttivo della gravidanza (a queste condizioni) resta beninteso legittimo nelle sole strutture pubbliche o private autorizzate

Il cenno alla situazione olandese è interessante, perché – secondo le fonti documentarie ufficiali riconducibili alle informazioni fornite in merito dal suo Governo – la precedente condizione di sovrappopolazione demografica, rispetto ad un Paese di dimensioni

così piccole, è stata fra le principali e dichiarate motivazioni delle attuali (e invero ormai risalenti) scelte “liberali” in merito, a conferma delle osservazioni che si avanzavano all’inizio del secondo paragrafo.

Il ricorso all’aborto legale resta comunque basso, o effettuato attraverso metodiche alternative a quella classica, anche perché in pari tempo viene molto diffusa dagli organismi di pianificazione familiare l’informazione e l’assistenza alla contraccezione.

\* \* \*

Ci si muove in materia – come si è visto dalla sintetica e parziale rassegna che precede – su una scala che va da uno *screening* severissimo delle ragioni in favore della tutela del nascituro (fino alla sua protezione assoluta) all’accoglimento di posizioni più aperte alle ragioni della donna incinta (fino al massimo del pressoché totalmente), con scelte di fondo irrigidite quindi dal legislatore in un senso o nell’altro.

La tecnica normativa impiegata passa peraltro in genere – salvo i rammentati punti estremi di tale percorso – sempre attraverso la nota tecnica del bilanciamento, secondo «*test* di necessità, sufficienza e proporzionalità», innanzitutto tra valori e soggetti in gioco, ma anche in relazione alla scelta degli strumenti più efficaci per effettuare o disincentivare l’intervento, prevedendo la possibilità di interventi interruttivi o negandola in relazione alla combinazione tra fase di avanzamento e circostanze della gravidanza, ovvero favorendo o sfavorendo la somministrazione della cosiddetta “pillola abortiva” (o “del giorno dopo” rispetto al rapporto sessuale e che in realtà abortiva non è, diverso essendo il caso dell’assunzione di farmaci a gravidanza iniziata come metodo alternativo all’aspirazione), oppure ancora minacciando il carcere (a seconda degli opposti orientamenti al riguardo) o alla donna che abortisce contro le cosiddette “indicazioni” e/o per chi da medico o paramedico vi partecipi, ovvero a chi ostacoli l’interruzione della gravidanza, esercitando un’obiezione di coscienza valutata come speciosa.

In tale senso (e per considerare ora qualche arresto delle giuri-

sprudenze costituzionali) appare particolarmente emblematica l'oscillazione tra la prima rilevante sentenza costituzionale tedesca in materia (*BVerfGe*, I, 39/1975) e la seconda di quasi vent'anni dopo (*BVerfGe*, II, 2/ 1993).

Nel 1975, il ragionamento della motivazione procede dal valore fondamentale del bene vita e assume poi che «la legge (*qui: quella penale*) non è solo strumento per la guida dei processi sociali secondo conoscenze o prognosi sociologiche; essa è anche espressione stabile di valutazioni etico-sociali e conseguentemente giuridiche delle azioni umane; essa deve dire che cosa per il singolo è giusto o ingiusto».

Questo affidamento allo strumento penale della tutela della vita prenatale cede peraltro il passo successivamente – dopo la riunificazione tedesca e dopo che il *Bundestag* aveva adottato una legge che legalizzava l'aborto nei primi tre mesi, ma a condizione che la donna incinta avesse ricevuto un'informazione imparziale sulla circostanza che il nascituro è una “vita indipendente” e che si fosse atteso un periodo di riflessione di settantadue ore dalla richiesta – ad una valutazione più prudente (giacché la precedente rischiava di richiamare all'osservanza di una sorta di etica di Stato, motivata dalla considerazione che una scelta diversa avrebbe allentato la percezione psicologica della collettività circa l'esigenza di difendere la formazione stessa della vita) e realistica, rispetto all'obiettivo di protezione della vita nascente, cui affidare la sperata riduzione delle interruzioni di gravidanza.

Attesa l'inscindibilità biologica di madre e feto in tale fase («In questo stadio della gravidanza la nuova vita appartiene ancora per intero alla madre e dipende in tutto e per tutto da lei»), ne segue che «questa... dipendenza del non ancora nato... fa apparire giustificata la considerazione che lo Stato ha maggiori *chances* di tutelarla se agisce in accordo con la madre».

Di più: «Un'efficace tutela della vita prenatale è possibile soltanto *con*, e mai *contro*, la madre» ed ancora «Una donna coinvolta da una gravidanza non desiderata può essere infatti profondamente toccata sul piano esistenziale. In taluni casi essa deve modificare radicalmente il proprio programma di vita, vedendosi esposta, oltre

che ai fardelli inevitabilmente connessi col progredire della gravidanza, a duraturi e incalcolabili vincoli di comportamento, a doveri precauzionali e talora persino a rischi per la propria vita. Inoltre la donna, nelle fasi iniziali di una gravidanza non voluta, spesso non è ancora psicologicamente calata nel ruolo di madre e non sente ancora il legame con la vita che sta formandosi in lei, come accadrà invece in uno stadio più avanzato, nel quale sentirà quella vita dentro di sé. La peculiare situazione della donna e del concepito nelle fasi iniziali della gravidanza può dunque essere motivo per rinunciare alla pena e fare invece ricorso a speciali misure protettive».

La conclusione del percorso motivatorio è qui, dunque, che «È in armonia con la considerazione dovuta alla donna in stato di gravidanza che lo Stato cerchi di ottenere che costei adempia ai suoi compiti di madre per mezzo non già di una generalizzata minaccia di pena, bensì di una consulenza individuale, un appello alle sue responsabilità verso la vita prenatale, aiuti economici e agevolazioni sociali».

Quanto al giudice costituzionale italiano, anch'esso precede e orienta, come si diceva in precedenza, il successivo intervento legislativo di ridisciplina organica, fornendo una lettura complessiva e costituzionalmente orientata del fenomeno e degli equilibri fra interessi e valori in gioco, di cui ha l'occasione di occuparsi in una pronuncia che depenalizza l'aborto, la cui repressione penale era ricondotta fino ad allora ai «Delitti contro l'integrità della stirpe».

Anche in quest'ordine sequenziale di intervento dei formanti dell'ordinamento si confermano l'atteggiamento attendista del nostro legislatore su questioni consimili e le sollecitazioni della giurisprudenza: si pensi, ad esempio, alla spinta per il riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali che si evince dal tenore delle sentenze 138/ 2010 e 170/ 2014 della Corte Costituzionale (oltreché da alcune della Cassazione, come ad esempio la sentenza 4214/2014), benché in tali casi – diversamente da quello più esplicito della prima sentenza sull'aborto – la Consulta abbia per il momento evitato di impiegare (quantomeno con chiarezza) lo strumento della decisione additiva di principio.

Essa individua, nel caso che ora si esamina, il diritto alla vita del

concepito derivandolo sistematicamente dagli artt. 31, 2° comma, e 2 della Costituzione e bilanciandolo tuttavia con quello della madre, persona già formata, sicché il primo interesse non può dunque prevalere per salvare la vita della seconda, la cui decisione abortiva – già sicuramente esente da incriminazione in ragione del suo eventuale stato di necessità rispetto alla salvezza della vita, *ex art. 54 c. p.* – va tuttavia secondo la Consulta bilanciata invero anche oltre lo stretto rischio della vita della gestante, però anche in ragione di possibili ricadute psicologiche, sociali ed economiche della situazione individuale che facoltino l'interruzione di gravidanza (a tenore dell'ordinanza di rimessione che aveva originato il caso, infatti, la gestante non era infatti propriamente nelle condizioni estreme che consentono l'applicazione dell'esimente sopra richiamata).

Si tratta dunque di situazioni eterogenee, ma – se questo quadro compositivo di valori non implica che la speranza di vita del concepito resti irrilevante – per altro verso un'incriminazione assoluta dell'interruzione della gravidanza la sovra-quoterebbe nel confronto, per così dire.

Il più ampio riconoscimento contenuto nella legge 194/1978 alle condizioni economiche e sociali della famiglia della madre come presupposto legittimante dell'interruzione della gravidanza va sicuramente oltre indicazioni di stretto “stato di necessità”, ma una dottrina ha ritenuto che il quadro sfavorevole socio-psicologico della gestante, se «non costituisce una condizione che da sola può giustificare il ricorso all'aborto... certamente rappresenta un rilevante fattore che può influire negativamente sulla salute fisica e psichica della gestante», aggiungendo che «il c. d. aborto sociale solo se sganciato dal suo collegarsi e ripercuotersi sulla condizione di salute della donna costituirebbe violazione della tutela costituzionale di cui è titolare il concepito, giacché rappresenterebbe un irragionevole bilanciamento tra diritto alla vita del concepito e benessere economico e sociale della famiglia».

La stessa dottrina segnala peraltro anche il “tradimento” che una prassi applicativa ‘rilassata’ (il termine è di chi qui scrive) ha inferto al delicato bilanciamento di principio che la Consulta aveva suggerito.



In conclusione, l'aborto è dunque oggi lecito in Italia entro il primo trimestre di gravidanza, condizionato peraltro all'attestazione della struttura consultoriale o del medico di fiducia interpellati dalla gestante che la continuazione della gravidanza potrebbe creare un effettivo rischio per la sua sopravvivenza, ovvero per la sua integrità fisio-psichica.

Benvero, in sede di consulto, vanno illustrati alla donna incinta i benefici che l'ordinamento appresta a lei e al nascituro (artt. 4 e 5), tuttavia – persistendo l'intento abortivo – si può procedere all'intervento (con spese a carico del servizio sanitario nazionale, ma esclusivamente in ospedali pubblici o privati convenzionati), decorso un termine di riflessione di una settimana, anche in presenza di un avviso contrario degli esperti interpellati.

Più stringenti sono invece le condizioni per un eventuale aborto oltre il primo trimestre di gravidanza, potendosi accedere ad esso solo se le previste (e sempre diagnosticate medicalmente) gravi malformazioni fetali si riflettano sull'equilibrio fisio-psichico materno (artt. 6 e 7).

Com'è noto, la disciplinata dalla legge 17471978 risulta confortata dalla reiezione popolare di due referendum di opposto intento (l'uno più restrittivo, l'altro più aperturista).

La giurisprudenza costituzionale spagnola (sulla quale si tornerà anche oltre) e la vicenda complessiva della disciplina dell'interruzione della gravidanza in questo Paese è sembrata a taluno muoversi in “sostanziale coincidenza” con quella italiana, con echi della vicenda tedesca, anche se altra dottrina sottolinea di più le differenze fra le varie esperienze.

Anche in questo caso le *Cortes* erano comunque pervenute all'assetto normativo sopra ricordato dopo l'intervento del *Tribunal Constitucional*, come del resto il *Bundestag* si era mosso in stretta dialettica con la Corte di Karlsruhe e la Consulta italiana aveva preceduto come s'è detto il legislatore, ad ulteriore conferma dell'assetto “circolare” della pluralità di impulsi degli operatori giuridici che sono intervenuti in materia.

4. *Dall'assunta piena "cittadinanza" femminile (anche) come autodefinizione alla tutela del nascituro quale suo limite interno: a) I dati di diritto positivo sulla tutela dell'embrione, la questione degli embrioni sovranumerari nell'ambito di un trattamento di fecondazione assistita e quella della loro possibile donazione a scopi di ricerca*

Ci si lasci osservare a questo punto l'ovvio: l'intensa partecipazione soprattutto di studiosi a questo dibattito.

I motivi sono facilmente intuibili e tuttavia può dirsi che quello dell'aborto sia solo «un affare di donne», come ritiene fin dal titolo (che cita in realtà quello di un molto intenso film francese del 1998, di cui è regista Claude Chabrol e la cui brava protagonista è Isabelle Huppert) un recente contributo monografico in materia e il suo riconoscimento unicamente una questione di "cittadinanza", attraiabile a problematiche di eguaglianza sostanziale di genere senza che residuino in modo rilevante considerazioni di tenore diverso, com'è stato di recente sostenuto?

In realtà, l'aborto non sembra a chi scrive configurabile soltanto in tali termini. Se così fosse, egli non avrebbe avuto titolo ad occuparsene e con lui non potrebbero farlo né i colleghi che pure si sono espressi in merito, né le colleghe prive di figli, per scelta, per avventura, o perché sterili.

Per fortuna, tuttavia, una così stretta interpretazione "esistenziale" o "categoriale" del ragionare secondo diritto non è mai stata nemmeno proposta, anche se è logico che chi può vivere una data situazione sia in grado di esplorarla meglio di chi ne ha un'esperienza solo teorica, o di chi direttamente non potrebbe mai averla.

La normativa italiana in materia, peraltro, se da un lato, *ex art. 5* della legge 194/1978, commi 1 e 2, dispone che il padre del concepito sia presente nel consultorio, nella struttura socio-sanitaria, o presso il medico di fiducia, per coinvolgerlo in ordine all'apprezzamento delle circostanze che determinano la donna a chiedere l'interruzione della gravidanza e per l'analisi di possibili soluzioni idonee ad evitare tale esito, dall'altro condiziona tale presenza al consenso della donna medesima.

Autodeterminazione femminile come scelta dunque “personale” in merito (ribadita dall’art. 11, comma 1, che impone all’interessata la richiesta diretta), ma beninteso non se la donna sia minorenni (ivi, comma 2): in tale caso, infatti, è previsto l’assenso degli esercenti la potestà genitoriale o la tutela alla decisione abortiva e, in mancanza e se vi è urgenza (non volendo cioè la ragazza dirlo ai genitori, ovvero se le idee di questi in merito siano contrarie all’intervento, o tra loro difformi), quello del giudice tutelare.

Anche su questo oggetto, secondo una caratteristica invero propria non del solo approccio italiano alle questioni in ambito bioetico (ma certo da noi tanto evidente da tipizzare l’atteggiamento), lo scopo è raggiunto “obliquamente”: non solo il legislatore attende la soluzione di più casi giudiziari per intervenire (e come lui hanno invero fatto altri Paesi), ma – per disporre in positivo in ordine a un determinato fenomeno – la legge assume di farlo “in via di eccezione”.

L’art.1 della citata legge 194/1978, infatti, dichiara, in linea preliminare, che:

«1. Lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e *tutela la vita umana dal suo inizio*. 2. L’interruzione volontaria della gravidanza, di cui alla presente legge, non è mezzo per il controllo delle nascite. 3. Lo Stato, le regioni e gli enti locali, nell’ambito delle proprie funzioni e competenze, promuovono e sviluppano i servizi socio-sanitari, nonché altre iniziative necessarie per evitare che l’aborto sia usato ai fini della limitazione delle nascite».

Con tecnica espressiva analoga, il testo da molto tempo *in fieri* del ddl Calabrò, *Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*, si apre con la seguente dichiarazione programmatica:

«1. La presente legge, tenendo conto dei principî di cui agli articoli 2, 3, 13 e 32 della Costituzione: *a)* riconosce e tutela la vita umana, quale diritto inviolabile ed indisponibile, garantito anche nella fase terminale dell’esistenza e nell’ipotesi in cui la persona non sia più in grado di intendere e di volere, fino alla morte accertata nei modi di legge».

Va peraltro detto che il medesimo tono – cioè di eccezione a regola – è anche nella legge tedesca in materia del 1992, che si intitola *Gesetz zur Vermeidung und Bewaeltigung von Schwangerschaftskonflikten*, vale a dire, letteralmente, «legge per prevenire e risolvere conflitti derivanti da gravidanze».

In essa, la parte propriamente dedicata alla disciplina dell'interruzione della gravidanza è preceduta da quella (che è iniziale e di principio) relativa alla politica di informazione anticoncezionale e alla prevenzione di gravidanze non gradite e il punto sarà da questo scritto ripreso oltre.

In effetti, è stato notato in dottrina che «l'assenza nei Paesi membri del Consiglio d'Europa di un'univoca opinione sulla definizione del momento iniziale della vita (principio affermato nelle sentenze *Vo v. France* della Cedu, 2004 ed *Evans v. the United Kingdom della medesima Corte*, 2006) amplia il margine di discrezionalità dello Stato». Si ricorda solo di passaggio – e non perché questo rilevi nello specifico dello svolgimento che si sta effettuando – che il primo caso nacque da un'azione intentata contro il Governo per una quasi omonimia tra due donne di origine vietnamita in Francia, a proposito di distinti interventi da ciascuna richieste e che la recentissima cronaca italiana riferisce anch'essa di uno clamoroso scambio di provette in relazione a due distinte fecondazioni *in vitro* per coppie diverse, anch'esse assimilate nell'errore per una quasi omonimia delle pazienti interessate.

Per la legislazione italiana il feto non è mero “materiale biologico”: l'art. 1 della legge 40/2004 sulla fecondazione assistita tutela *la vita fin dal suo sorgere* e proibisce la sperimentazione sull'embrione, se non rivolta al suo beneficio (*ex art. 13*); essa è infatti diretta a «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana mediante il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura *i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito*» e si confronti pure l'art. 1 della l. 194/1978, nella parte richiamata sopra, sempre in corsivo.

In concreto, si contrappongono potenzialmente l'interesse della donna e quello del nascituro, del quale – del resto – la recente giu-

risprudenza civile italiana fa un centro di interessi anticipato, rispetto alla nascita, ritenuto pertanto portatore di una soggettività sospensivamente condizionata nel manifestarsi di effetti risarcitori di cui è titolare anche *jure proprio*, ovvero, nell'arresto più recente della Cassazione civile italiana, comunque un «oggetto speciale di tutela», ove – in seguito ad una gravidanza travagliata, frutto di errore medico e alla nascita – si constati che la sua è destinata ad essere una *wrongful life*, una *vita* (vorremmo qui tradurre non letteralmente) *sfortunata*.

Va invero precisato che su questo aspetto specifico e su quelli che immediatamente seguono ci si limita a cenni rapidissimi, per connessione e mera completezza rispetto all'oggetto centrale del lavoro, giacché il Convegno in cui la presente relazione è presentata prevede – in ordine ai profili toccati in questo punto del discorso – approfondimenti da parte di altri colleghi.

Tanto premesso, riguardo alla “vita indesiderata” appare chiaro il tenore di un arresto – anche se non è il più recente – della Cassazione italiana (III, 16754/2012), laddove essa precisa che «risulta innegabile come l'esercizio del diritto al risarcimento da parte del minore in proprio non sia in alcun modo riconducibile ad un impersonale 'non nascere', ma si riconnetta, personalmente e soggettivamente, a quella singola, puntuale e irripetibile vicenda umana che riguarda quel determinato (e altrettanto irripetibile) soggetto che, invocando un risarcimento, fa istanza al giudice di piena attuazione del dettato costituzionale evocato, onde essere messo in condizione di poter vivere meno disagivolmente, anelando ad una meno incompleta realizzazione dei suoi diritti di individuo singolo e di parte sociale scolpiti nell'art. 2 della Costituzione».

Quanto alla sorte dei feti abortiti, invece, l'art.7 del D.P.R. 285/1990, che approva il regolamento nazionale di polizia mortuaria, dispone nei termini che di seguito si riportano (commi 2/4):

«Per la sepoltura dei prodotti abortivi di presunta età di gestazione dalle 20 alle 28 settimane complete e dei feti che abbiano presumibilmente compiuto 28 settimane di età intrauterina e che all'ufficiale di stato civile non siano stati dichiarati come nati morti, i permessi di trasporto e di seppellimento sono rilasciati dall'Unità

Sanitaria Locale / A richiesta dei genitori, nel cimitero possono essere raccolti con la stessa procedura anche prodotti del concepimento di presunta età inferiore alle 20 settimane./ Nei casi previsti dai commi 2 e 3, i parenti o chi per essi sono tenuti a presentare, entro 24 ore dall'espulsione od estrazione del feto, domanda di seppellimento all'Unità Sanitaria Locale accompagnata da certificato medico che indichi la presunta età di gestazione ed il peso del feto».

Sul punto ha avuto occasione di pronunziarsi di recente la Corte Edu, a proposito di un caso contro la Croazia (sentenza *Marić*, I, 12. 6. 2014), statuendo che «l'ordine dell'ospedale di trattare le spoglie di un feto senza vita come un qualunque rifiuto ospedaliero è illegittimo. in quanto violazione dell'art. 8 CEDU in tema di diritto al rispetto della vita privata e familiare».

Con riferimento al divieto assoluto di sperimentazione sugli embrioni umani di cui si diceva e in generale al divieto di qualsivoglia intervento che non sia di immediato beneficio all'embrione interessato, sembra di potere osservare in contrario che – fermo restando il divieto di produrre *deliberatamente* embrioni destinati alla sperimentazione – risponda invece ad un'ottica di solidarietà “di specie” (e proprio con riferimento all'ottica personalistica della Costituzione che di seguito verrà ricordata come propria della nostra tradizione giuridica) permettere che quelli soprannumerari non impiantabili e “in stato di abbandono” – nonché i feti risultanti da aborto non volontario – possano invece, in una prospettiva oblativa e ove non si oppongano a tanto i potenziali genitori, venire impiegati per ragioni di ricerca: non si tratterebbe infatti in questo caso di “vite sacrificate” a tale interesse collettivo, che pure ha rilievo costituzionale, *ex* artt. 9 e 33, ma di risultati di processi biologici non intenzionalmente interrotti per votarli a tale scopo, che riceverebbero (in luogo della distruzione cui sono destinati) una sorte di finalizzazione “nobile”.

Anche quella sottoscritta ad Oviedo nel 1997 e normalmente denominata in forma sintetica come *Convenzione europea sulla biomedicina*, all'art. 18 sembra del resto da leggere in tale senso, laddove – pur ribadendo nel 2° comma che «La costituzione di

embrioni umani a fini di ricerca è vietata» – precisa tuttavia al comma precedente che «Quando la ricerca sugli embrioni *in vitro* è ammessa dalla legge (il che accade ad esempio con le leggi francese e danese, *n.d.r.*), questa assicura una protezione adeguata all’embrione».

In Italia si attenda in particolare, al riguardo, una decisione della Corte Costituzionale (che già aveva in parte investito il profilo della crioconservazione embrionale, ritenendone possibile in alcuni casi l’ammissibilità, con la sentenza 151/2009).

La questione è stata sollevata com’è noto dal Tribunale di Firenze, con ordinanza 166/2013, proprio a proposito del divieto (la cui legittimità costituzionale è stata appunto revocata in dubbio dal giudice *a quo*) di utilizzare per finalità di ricerca embrioni sovranumerari criocondervati e non impiantabili.

Un caso strettamente collegato al precedente è anche quello su cui si attende la pubblicazione della decisione della *Grande Chambre* della Cedu (e che era stato appena discusso in udienza, nel momento in cui il presente testo veniva licenziato), dopo che la Seconda sezione di quell’organo aveva deciso in via parzialmente interlocutoria sulla fattispecie, non mancando peraltro di ricordare il suo stesso precedente *Brüstle versus Greenpeace* del 2011, sui limiti della sperimentazione e della brevettabilità di materiale embrionale).

La vicenda giudiziaria, che è nota come *Parrillo versus Italia*, è stata originata dal ricorso a quella Corte di una signora che, venuto a morte nel 2003 il suo compagno, aveva espresso la volontà di donare a fini di ricerca gli embrioni prodotti con materiale della coppia – e dunque prima dell’entrata in vigore della legge 40/2004 – nel’ambito di un procedimento di fecondazione assistita.

\* \* \*

In generale, ad uno sguardo di sintesi rivolto al tema in varie e collegate profilature, trova conferma l’impressione che si era manifestata all’inizio, richiamando il contributo dottrinale pionieristico della Glendon, anche se l’esperienza successiva mostra come il pa-

norama delle soluzioni accolte dagli ordinamenti rispetto al momento in cui il saggio fu scritto si sia venuto molto arricchendo e articolando.

La cultura giuridico-costituzionale media europea in materia – ammesso che sia possibile rinvenirne una comune tra opzioni tanto diverse – si basa (salve differenti sfumature normative talune prima richiamate espressioni) su presupposti ideali anch'essi liberali, ma sicuramente non nel senso marcatamente individualistico implicato dalla Costituzione statunitense.

In particolare la Costituzione italiana (sulla quale ora ci si concentrerà) è dichiaratamente fondata – come non è nemmeno il caso di precisare – sul “personalismo” e sulla nozione cruciale della “dignità umana” (non diritto da bilanciare, ma bilancia essa medesima, è stato efficacemente detto, come già si ricordava all'inizio): “pari” e “sociale”, nelle aggettivazioni della Carta fondamentale italiana, già dall'art. 3, c. 1; “assoluta”, *Unantastbar*, nella coeva GG tedesca, art. 1.

Non si ricorda qui il dato per sostenere tuttavia l'equiparazione invero problematica delle nozioni di “soggetto di diritto” e “persona” in senso giuridico, onde derivarne *tout court* una qualità del concepito da proteggere contro la volontà e la determinazione abortiva della madre biologica: come si è visto sopra, la giurisprudenza costituzionale ha ritenuto non equivalenti una *spes hominis* e la situazione di un soggetto già del tutto formato, socialmente operante ed adulto, com'è la gestante.

La lettera più ampia delle disposizioni introdotte a disciplinare il fenomeno abortivo, ma soprattutto la prassi applicativa poco rigorosa (come è stato egualmente segnalato) hanno peraltro allentato il riferimento legittimante alle condizioni personali della gestante (*rectius*: hanno allargato il modo di intenderle), ben al di là di una condizione di sopravvivenza a rischio, riconducibile all'invocazione dell'esimente da reato dello stato di necessità in una sua peculiare profilatura e tuttavia il punto merita una ridiscussione.



5. Segue: *b) Le conseguenze dell'impianto personalistico della Costituzione italiana nella riconduzione a sistema della disciplina italiana sull'aborto*

Il giurista farebbe in realtà bene – se non ad evitare assunti filosofici, il che è impossibile e non sarebbe nemmeno desiderabile (nella sentenza 53/1985 del TCE, l'ambizione invero utopica che viene indicata ai giudici sarebbe quella che essi si astenessero «da ogni elemento o criterio di giudizio che non sia quello strettamente giuridico e da quanto altro sarebbe in contraddizione con l'imparzialità e l'obiettività di giudizio inerente alla funzione giurisdizionale che non può attenersi a criteri o schemi, incluse le proprie convinzioni, estranei a quelli dell'analisi giuridica») – quantomeno ad esplicitare quelli ai quali aderisce e, nel caso di uno studioso del diritto positivo italiano, la presa d'atto dell'impronta personalistica del testo della Costituzione che analizza lo toglie da ogni possibile imbarazzo al riguardo.

Che cosa implica peraltro aderire al personalismo, o quantomeno prendere atto che il suo oggetto di indagine ne è esplicitamente e dunque per lui in modo inescapabile, sul piano interpretativo, permeato?

La persona non è invero una monade senza porte e finestre, né a siffatta entità (se pure fosse ipotizzabile) potrebbe mai indirizzarsi il diritto, che è concepibile unicamente come disciplina della convivenza *sociale*.

La sua libertà di autodeterminazione, che è poi appunto la “dignità” di cui si diceva, non si svolge nel vuoto pneumatico: la persona è cioè “situata”.

In particolare, essa si determina sì liberamente (se non lo si ritenesse e si assumesse che la sua vita sia vincolata da un'insuperabile necessità, vano sarebbe lo stesso ragionare di “diritti di libertà”), ma può farlo soltanto all'interno del complesso dei vincoli in cui è irrelata, taluni provando ad infrangerli, talaltri accettandoli e modellandoli, altri ancora assumendoli liberamente per il fatto stesso che diviene.

Non esiste cioè una persona che sia titolare di soli diritti da af-

fermare, senza anche doveri da osservare: la Costituzione italiana richiama infatti entrambi i versi dell'attività umana nel medesimo contesto (art. 2), i primi definendoli come "inviolabili" e da "riconoscere", i secondi qualificandoli come "inderogabili".

Anche il suo diritto alla salute le è garantito come fondamentale, tuttavia non solo nel proprio interesse, bensì altresì in quello della collettività; si tratta peraltro – secondo il modo di vedere di chi scrive – non della collettività generale, ma della concreta comunità verso la quale sono state intrattenute relazioni affettive o comunque di scambio.

Svolgiamo con riferimento all'interruzione della gravidanza il discorso implicito in tale premessa.

Fisiologicamente il nascituro è *portio foeminae*, è cioè incluso nel corpo materno medesimo, da cui si distingue subito idealmente, ma fisicamente solo dal momento del materiale distacco (con la recisione del cordone ombelicale), il che ha condotto la sentenza costituzionale spagnola già richiamata a sostenere che «il vincolo naturale che lega il nascituro alla madre crea una relazione di natura speciale di cui non vi è parallelo in nessun altro comportamento sociale», assunto che spiega – tra parentesi – il nocciolo di verità contenuto nell'idea sopra rammentata, vale a dire che l'aborto sia «una questione di donne».

Del pari è conforme allo stato delle conoscenze scientifiche prendere atto anche da parte dei giuristi che (come dice espressamente ancora la stessa sentenza) «la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana».

L'esistenza umana è insomma un processo biologico continuo, che include – se il dato è controverso quanto al "pre-embrione" – quantomeno l'embrione annidato e il feto, momenti di sviluppo personale dell'individuo (in senso biologico) la distinzione tra i quali nel senso della minore o maggiore pregevolezza ai fini giuridici appartiene unicamente all'ordine convenzionale e all'opinabile.

Da quanto ricordato, ne consegue che la scelta materna può essere – riguardo al frutto del concepimento – di autodeterminazione

solo relativa, giacché deve risultare non arbitraria, perché il nascituro medesimo non può risultare privo di tutele.

È una scelta, cioè (come tutte quelle umane, ma qui in modo visibilmente immediato) per propria natura essenziale destinata ad essere anche etero-determinativa.

Da ciò le cautele di leggi e giurisprudenze costituzionali europee (ma in misura diversa persino di quella statunitense) che prima si richiamavano.

Al di là e prima della norma giuridica, peraltro, è stato osservato con acutezza e in modo corretto (ad altro titolo, ma sempre con riferimento a una questione bioetica, come quella del suicidio o del “lasciarsi morire”) che «come insegnavano i giuristi romani, il diritto può e deve avere certi confini. [...]. La mediazione tra valori etici diversi deve compierla la società, non la legge».

Questo vuole dire che – tanto su questioni di inizio vita, quanto su problemi che si palesano al momento in cui essa finisce – sul piano dell’effettività è necessario richiamarsi all’esercizio *responsabile* dei diritti, ma anche che il tribunale davanti al quale questa responsabilità viene fatta valere, se in molti casi è tale anche in senso tecnico, in altri può – e di più: non può che essere – in primo luogo quello del “foro interno”.

Va, insomma e piuttosto che coltivata l’ansia omni-regolatrice del giurista in quanto tale, elevata la soglia di percezione del rispetto della vita, nella società e nella gestante ed è illusorio pensare che il diritto possa riuscire determinante verso questo obiettivo: esso è semmai strumento tra gli altri e non di prima fila, anche se certo questo non vuol dire che si possa tralasciare un controllo giuridico stringente ed “esterno” alla gestante sulla ricorrenza o meno dei presupposti legittimanti dell’intervento.

Come assume la storica, seconda decisione tedesca in precedenza richiamata, un vincolo che nella fattispecie fosse esclusivamente giuridico e sanzionatorio, esteriore, non intimamente avvertito, sarebbe perfino controproducente, giacché spingerebbe alla clandestinità del comportamento chi fosse intenzionato ad infrangerlo, non facendo d’altro canto avvertire la sostanza morale dell’opzione e “anestetizzando” il disagio (all’insegna dell’idea fallace ed auto-

consolatoria per la quale «ricorrono i presupposti e sono state seguite le procedure di legge, si può allora restare anche eticamente tranquilli»).

Nel caso in cui non si desideri la gravidanza, dunque, l'assunto rinvia alla sua prevenzione tramite una precoce ed esigente educazione, di carattere anche – sebbene non soltanto – sessuale, istituzionalizzata in ambito familiare, ma anche scolastico e di assistenza consultoriale (*ex l.* 405/1975, richiamata del resto quanto all'aborto negli artt. 2 e 5 proprio della l. 194/1978) da potenziare, finanziare e dotare di figure esperte socioassistenziali e psicologiche in misura più continua e non episodica, come talora si lamenta dagli operatori che accada, con approccio che per riuscire efficace deve perciò essere anche “informale” (più di quanto non sia accaduto in concreto nell'esperienza applicativa, che ormai è di circa quarant'anni), nonché alla promozione dell'informazione sui dati dei processi biologici che sono interessati da un simile conflitto dei valori.

Occorre altresì incentivare ad ampio spettro la convinzione che sia necessario (più che semplicemente opportuno) sottoporsi volontariamente – la legge non può infatti imporlo – a visite preventive a rapporti finalizzati alla riproduzione, ove si conosca di essere esposti alla possibile trasmissione di una malattia genetica ereditaria o di avere ad esempio contratto l'Aids e di essere quantomeno sieropositivo al *test* sull'HIV.

In particolare e per completezza, va qui ricordato che, in applicazione dell'art. 32, c. della Costituzione italiana, l'articolo 5, c 3°, della legge 135/1990 vieta com'è noto di sottoporre chiunque, senza il suo consenso, ad analisi che mirino a verificare una presenza nel soggetto di infezione da HIV, salva peraltro la possibilità di *screening* di massa a fini epidemiologici su campioni resi anonimi e salva altresì la necessità di evitare che un soggetto affetto da sindrome di immunodeficienza acquisita sia adibito ad un'attività che implichi rischi per terzi (Corte Costituzionale, 218/ 1994). Nello scambio sessuale, poi, di chi – essendo informato di tale sua condizione – la taccia al *partner* si identificano contemporaneamente un illecito civile aquiliano e il reato di lesioni personali aggravate (artt.

382 e 383, secondo comma, c. p.), punito, a seconda dei casi, a titolo di “dolo intenzionale” o “eventuale”

Tornando però al tema principale, una donna che abortisce soprattutto non va “giudicata”, ma assistita, consigliata senza indurle spavento, riprovazione morale e stigmatizzazione sociale, aiutata insomma a decidere nella libertà (giacché non possono accettarsi una legge o una sua attuazione consultoriale che in materia siano veicolo di un’ipotetica, unica e omogenea “morale di Stato”), ma anche a rendersi consapevole che si trova comunque di fronte a una “tragic choice”.

Se, com’è stato efficacemente detto a proposito della funzione dei diritti fondamentali, «il loro ruolo (è) per così dire, di (essere) le ‘leggi del più debole contro la legge del più forte’, regola, quest’ultima, che è propria dello stato di natura, ossia dell’assenza di diritto e di diritti», la tragicità della scelta in questione è infatti evidente, trattandosi nella specie di bilanciare – per seguire l’immagine appena ricordata – la legge del più debole in assoluto (il nascituro) con quella di una donna che, essendosi determinata all’interruzione della gravidanza, è dunque perciò stesso debole anch’essa, posto il realistico assunto che una donna incinta (com’è giustamente implicato dalle espressioni richiamate dalle sentenze costituzionali citate *supra*) non si accinge per lo più a tale pratica senza enormi costi psicologici.

Nella laica Francia della quale si è sopra riferito, l’allora ministro della salute Simone Veil, difendendo all’Assemblea Nazionale la legge che porta il suo nome, aveva anch’ella a suo tempo detto: «Je le dis avec toute ma conviction: l’avortement doit rester l’exception, l’ultime recours pour des situations sans issue. Mais comment le tolérer sans qu’il perde ce caractère d’exception, sans que la société paraisse l’encourager? Je voudrais tout d’abord vous faire partager une conviction de femme, je m’excuse de le faire devant cette Assemblée presque exclusivement composée d’hommes: aucune femme ne recourt de gaieté de cœur à l’avortement. Il suffit d’écouter les femmes».

Proprio l’impostazione ancora “eccezionalista” dell’aborto che da tali parole è chiaramente manifestata è stata tuttavia oggi supera-

ta – come si è visto – nell’Esagono, ove si è invece nel corso del tempo aperto l’ordinamento all’attuale previsione di un’esercitabilità a semplice domanda dell’interruzione della gravidanza nel corso del primo trimestre (anche mediante largo impiego, altresì domiciliare, della “pillola RU486”, nata del resto appunto nel Paese ed induttiva – a differenza della c. d. “pillola del giorno dopo” – di aborto farmacologico) e questo ha fatto paventare a molti il rischio di una sua “banalizzazione”.

*6. La ripresa delle discussioni sulla disciplina dell’aborto in conseguenza di un conflitto fra diritti: l’autodeterminazione femminile, l’“esplosione” delle obiezioni di coscienza del personale sanitario, i rimedi ai possibili abusi e una na proposta de jure condendo. Quando obiettano le aziende e le organizzazioni di ispirazione religiosa: cenni al più recente dibattito statunitense sul tema*

Un aspetto particolare dell’intensissimo dibattito riaperto oggi sull’aborto volontario è quello che si articola intorno al controlimite al suo esercizio rappresentato dall’obiezione di coscienza di quanti, medici o paramedici, non intendano prestarsi al procedimento interruttivo della gravidanza.

L’istituto è oggetto in via generale di studî risalenti o più nuovi. Si tratta infatti di un vero *tópos* per quanti si appassionano al tema del rapporto tra autorità e libertà nella storia e nella letteratura, da Antigone in poi, sicché la nota bibliografica che chiude il lavoro eviterà di richiamarli puntualmente, salvo alcuni contributi più recenti, per la classicità e quindi la notorietà di molti di essi e comunque per la loro copiosità.

In sede teorico-generale esso è individuato ormai, dunque, come tecnica diffusa, nel rapporto in democrazia tra diritti soggettivi e doveri costituzionali, al fine della possibile composizione della conflittualità coesistente al pluralismo ideale della società contemporanea.

Il Comitato Nazionale di Bioetica ha ad esempio approvato e reso pubblico nell’estate del 2012 – com’è noto – un documento

(approvato quasi all'unanimità, cioè col solo voto non favorevole del professore Flamigni) che appunto la raccomanda in linea di principio, di fronte al problema della disciplina di materie eticamente "sensibili".

Su questo piano sono stati peraltro registrati anche evidenti abusi per quanto riguarda il tema discusso in queste pagine, che hanno suggerito a più d'uno il sospetto di un organizzato "sabotaggio" della normativa relativa all'interruzione della gravidanza: da un lato, in Italia resta a volte "scoperta" quasi del tutto, specialmente nelle regioni centro-meridionali, l'offerta pubblica – o quella privata in luoghi idonei convenzionati – del servizio alla donna che si determini all'aborto, anche per la talora ritenuta illegittimità (in sede giurisprudenziale) di bandi di concorso per personale sanitario riservati in linea di principio ai soli operatori che non intendano sollevare obiezione; dall'altro sono stati talora denunciati per aborto clandestino all'autorità giudiziaria medici che erano ufficialmente obiettori.

Si è pertanto determinata di recente una forte reazione contraria, tradottasi in un atto del Comitato Europeo dei Diritti Sociali, la cui decisione è stata depositata il 10 marzo 2014, che ha condannato l'Italia (su ricorso della *International Planned Parenthood Federation European Network*, molto attiva in tutti i Paesi su questo tema) per violazione dell'art. 11 della Carta Sociale Europea, che tutela il diritto alla salute anche della donna, in sostanza per i rilevanti ostacoli all'accesso all'interruzione della gravidanza motivati da eccesso di tutela della libertà di coscienza, a partire dalla situazione dell'area di Jesi, Fano e Fermo, i cui ospedali vedono la totalità di medici specialisti obiettori.

La situazione in materia è peraltro complessa: solo il 24 aprile 2013, quindi poco tempo prima, l'Assemblea del Consiglio d'Europa aveva infatti invitato gli Stati membri ad «accogliere le credenze religiose nella sfera pubblica, garantendo la libertà di pensiero in relazione alla sanità, all'istruzione e al servizio civile».

Chi scrive aveva proposto già molti anni fa che (ferma l'illegittimità di clausole di bandi di concorso per posizioni mediche o paramediche in reparti di centri di assistenza e cura ginecologica

che prevedano clausole come quelle censurate), ogni concreta forma di obiezione di coscienza che venga tradotta in comportamenti praticamente rilevanti – e non consista cioè in condotte di puro pensiero, come sarebbe ad esempio l'impegnarsi a dire la verità in un giudizio, da testimone o consulente, secondo una formula di giuramento caratterizzata in forma religiosa o all'opposto secondo una formula "laica" – sia accompagnata da una prestazione sostitutiva di impegno almeno pari, se non più gravoso.

Andrebbe disposta dunque simile misura anche nel caso del rifiuto di partecipare a interruzioni di gravidanza, diversamente da quanto accade oggi nel nostro Paese, in cui l'obiezione è premiata senza alcun costo, perché assunta come volta a riaffermare in principio il "diritto alla vita" del nascituro.

Va infatti ribadito (come chi scrive aveva a suo tempo osservato, se è qui permesso il rinvio) che, a mente dell'art. 9 l. 194/1978, che rinvia agli artt. 5 e 7, le procedure ed attività in relazione alle quali è possibile sollevare obiezione di coscienza sono solo quelle direttamente e necessariamente collegate all'intervento abortivo, non invece le attività di cura e assistenza preliminari e conseguenti ad esso ed anzi un sincero obiettore potrebbe trarre dalla propria presenza accanto alla gestante motivo per prospettare il suo punto di vista, sicché (in tale ottica soggettiva) tale contiguità e occasione di confronto andrebbe da lui addirittura ricercata.

Quanto sopra lo si è scritto cioè non per colpire in modo inammissibile l'obiettore sinceramente motivato, che esercita un diritto costituzionalmente coperto, ma per scoraggiare i furbi e le obiezioni di comodo, che squalificano il valore anche etico dell'istituto.

Oggi alcune dottrine riprendono il suggerimento, che una di esse definisce correttamente come «una soluzione non teoricamente, ma fenomenologicamente necessitata», che è insomma imposta non da ragioni di teoria generale o da coerenza sistematica astratta, bensì dall'abuso del ricorso alla pratica obiettorica senza "pagamento di dazio", come si direbbe popolarmente, il che ne svilisce il valore di gesto testimoniale di valori diversi da quelli ai quali si oppone.

In termini, può da noi vedersi ora – in tale direzione – il recen-



tissimo Decreto 152/ 2014 del Presidente della Regione Lazio, che approva tra l'altro le *Linee di indirizzo regionali per le attività dei consultori familiari*, a mente delle quale il medico ha comunque il dovere di informare, garantendo in particolare alla paziente che richiede un aborto la documentazione all'uopo utile ed è tra l'altro obbligato alla prescrizione dei contraccettivi, anche successivi al rapporto sessuale.

In base a tale atto, il medico può insomma obiettare alla partecipazione ad interventi di interruzione volontaria di gravidanza, ma in ogni caso non può sottrarsi al suo compito di assistenza e cura nell'ambito dei consultori familiari e – secondo la giurisprudenza penale di legittimità – nemmeno all'assistenza comunque successiva all'interruzione della gravidanza: il caso era quello di un aborto farmacologico, avvenuto senza la partecipazione di una dottoressa addetta alla guardia medica, denunciata e condannata perché – chiamata in soccorso per una emorragia successiva all'aborto già avvenuto, nella c. d. “fase di secondamento” del feto, che dopo detto intervento era in via di espulsione – aveva opposto, rifiutando la prestazione richiesta di ausilio, la sua condizione di obiettrice (Cass. pen., VI, 14979/ 2012). In precedenza, il Tar Puglia, 3477/2010 aveva – in senso restrittivo di principio apparentemente analogo, ma in realtà con esito pratico in parte opposto – ritenuto che il medico che esercita in un consultorio è obbligato a prestare le altre attività comunque previste dalla legge, salve appunto quelle di partecipazione diretta all'intervento, di talché le sue convinzioni al riguardo – limitatamente a quanto appena precisato – non rilevano. L'effetto era stato peraltro, nel caso, quello di escludere in parte dal concorso *ad hoc* medici obiettori, ricorrenti perché esclusi in quanto non dichiaratisi disponibili all'interruzione della gravidanza, come il bando annullato invece richiedeva ed interessati tuttavia ad entrarvi, al fine di esercitare nella fase istruttoria – non certo in quella dell'intervento interruttivo della gestazione, la partecipazione al quale era da loro per primi esclusa – un'azione dissuasiva.

Più precisamente, si era dichiarato il bando riservato *in toto* a medici obiettori come illegittimo, indicandosi come ragionevole la riserva dei posti fino al 50%. Nella prospettiva dialogica in seguito

argomentata, tale soluzione compromissoria sembra invero a chi scrive equilibrata, giacché contempera le opposte esigenze di aprire il consultorio a visioni *pro life*, mantenendovi però anche punti di vista *pro choice* e professionisti orientati ad eseguire l'intervento richiesto.

A questo punto torna opportuno per connessione porre attenzione alla recentissima ripresa del dibattito pubblico e giudiziario statunitense, proprio sotto il profilo che si sta analizzando dell'obiezione di coscienza.

Si tratta delle discussioni sui casi *Hobby Lobby* (U. S. Supreme Court, 354/ 2013) e *Conestoga Wood Specialties Comp.* (U.S. Supreme Court, 356/ 2013) e sul successivo caso di sospensione provvisoria dell'obbligo di distribuire anticoncezionali da parte del *Wehbaton College* dell'Illinois di ispirazione cristiana rigorosa, che risultano da controverse (e non unanimi nemmeno in seno ad essa) decisioni della Corte Suprema.

Nel primo esempio (*Burvell versus Hobby Lobby* e *Conestoga*) si è statuito che le imprese *closely-held*, che sono cioè controllate da pochi soggetti (quindi non da azionisti diffusi ed anonimi), laddove non intendano fornire ai dipendenti copertura assicurativa in relazione a talune pratiche anticoncezionali che potrebbero in astratto implicare distruzione di materiale embrionale, operano legittimamente, giacché i loro titolari stanno in tal modo esercitando la libertà religiosa, negli U.S.A. protetta da ultimo, in attuazione della Costituzione, dal *Rfra* (*Religious Freedom Restoration Act*) del 1993 e in nome della *Free Exercise Clause*.

Il caso era nato dalla censura, sul punto, dell'*Obamacare*, la riforma sanitaria dell'Amministrazione Obama, promosso da un'impresa di Oklahoma City con molti dipendenti, *leader* nel settore dei beni e dei servizi per il tempo libero e il *bricolage* (da cui la sua denominazione) e riferibile – assieme alla controllata *Mardel* – alla gestione diretta di una famiglia i cui componenti sono cristiani evangelici particolarmente rigorosi. Dopo un giudizio che aveva portato ad una condanna al pagamento di una forte multa in primo grado, la Corte distrettuale di Denver aveva ribaltato la precedente decisione, oggi confermata dalla Corte Suprema a stretta maggioranza

(cinque *Justices* contro quattro; l'opinione di maggioranza è stata formulata dal giudice Alito).

Analoga era la posizione della più piccola azienda *Conestoga*, produttrice di armadi lignei.

Analogamente, subito dopo questa decisione, nel caso relativo al *Wheaton College* dell'Illinois, la Corte Suprema (*U. S.*, 573/2014) ha poi stabilito con un ordine di sospensione che su di esso non gravi l'obbligo di rendere nota la sua contrarietà a pratiche e strumentazioni contraccettive, attraverso la compilazione di un modulo da cui consta il rifiuto a provvedere in tale senso, detto *Ebsa Form 700*, sul presupposto che anche solo la compilazione del documento implichi una astratta, favorevole disposizione in tale direzione.

In sostanza, dopo questi interventi della Corte Suprema (assunti come si ripete non all'unanimità), viene allargata anche ai datori privati di lavoro religiosamente orientati e direttamente coinvolti nella gestione aziendale l'eccezione, prevista dal *Patient Protection and Affordable Care Act* per gli istituti di tendenza religiosi, di rifiutare il finanziamento assicurativo della copertura di prestazioni abortive e di strumenti contraccettivi di emergenza ("pillola del giorno dopo", IUD), il cosiddetto "*contraceptive mandate*", attraverso la compilazione del modulo di cui sopra si è detto, il che consente di ribaltare la detta copertura sugli istituti di assicurazione sanitaria e su terzi in ipotesi disponibili.

Sembra in realtà di potere osservare che il richiamo alla libertà religiosa – come atteggiamento che assicura rilievo anche pubblico-sociale, sotto quest'aspetto, alla personalità individuale – sia in questi casi strumentale (*immoderate*, secondo la *dissenting opinion* sottoscritta da *Justice Ginsburg* nel caso *Hobby Lobby*).

Si finisce infatti all'imprenditore con l'attribuire un illegittimo potere di pressione rispettivamente su lavoratori dipendenti da tali aziende o agli organi direttivi del *college* su studentesse e dipendenti, anche in riferimento a momenti della loro vita estranei al rapporto di lavoro o solo con molta forzatura estensibili a quello con l'ente educativo (secondo un'ottica che attribuisce cioè ad esso una funzione formativa tale da investire la personalità e le opzioni delle allieve e delle dipendenti in modo integralistico e totalizzante), oltre-

ché assimilare irragionevolmente pratiche di interruzione della gravidanza e altre, solo anticoncezionali, che questo evento sono anzi dirette a prevenire.

Tale controverso indirizzo vulnera invero il principio di equidistanza dei poteri pubblici da specifiche fedi religiose e può determinare come effetto concreto prevedibile il rischio di fare rifluire le donne verso la pratica dell'aborto clandestino, proprio quella che un atteggiamento di minore rigidità permetterebbe invece di scongiurare, incanalando invece le vicende verso una modalità dialogica di composizione degli interessi in conflitto.

Da questo punto di vista, viene anche fatto di ricordare in proposito anche la ripetuta giurisprudenza costituzionale italiana che ha negato l'esercizio dell'obiezione di coscienza al giudice tutelare coinvolto nella valutazione della ricorrenza o meno – in fattispecie concrete – dei presupposti per l'interruzione della gravidanza di una minore.

In casi del genere veniva in realtà in questione l'indeclinabilità della stessa funzione giudiziaria, oltre che avere un peso la minore "prossimità emotiva" del magistrato al caso (da una parte della dottrina peraltro negata), richiedendosi al giudice solo un accertamento tecnico di sussistenza dei presupposti per applicare la legge e non certo la diretta partecipazione sanitaria all'intervento di interruzione della gravidanza, anche se un rimedio pratico potrebbe rinvenirsi nella non assegnazione in tali casi al giudicante di cui si conoscono le convinzioni in materia di pratiche di tale natura (il che si rende tuttavia possibile unicamente negli uffici giudiziari di maggiore dimensione), ferma restando la necessità che egli effettui comunque funzioni professionali sostitutive di quella in ipotesi ricusata.

*7. Note conclusive: la conferma della bioetica come "luogo di narrazioni", il ruolo del diritto e le istituzioni del com-patire*

Come si può notare da quanto passato finora in rassegna, in Francia la sanzione penale è irrogata oggi addirittura a chi l'aborto

lo ostacoli senza giustificazione, o abusando della pratica obiettorica, ovvero ancora se – obiettando – non indichi chi, in sua sostituzione, può partecipare all'intervento o comunque fornire i mezzi farmacologici per porre fine alla gravidanza.

Come si è in precedenza visto, essa colpiva invece in Germania – in un primo tempo – anche la donna incinta che abortisse al di fuori delle “indicazioni”, salvo il successivo abbandono di questa via dissuasiva per una più morbida e dialogica.

Si tratta invero dell'unica strada – a parere di chi scrive – che sia compatibile con la necessità che, in ultima analisi, il dialogo della donna con se stessa (e con il figlio che reca in sé e che dunque potrà nascere o meno) avvenga, una volta che sia stato completato il procedimento legale in materia, in uno *spatium deliberandi* coscienziale, di opportuno “silenzio del diritto”.

Si deve cioè ribadire, alla verifica di un tema specifico, come in materia si rinvenga un momento topico in cui la norma giuridica come tale deve ritrarsi e devono tenere il campo unicamente discipline regolatorie ispirate a sistemi di valutazioni di ordine diverso.

Innanzitutto, le soluzioni vanno fondate su presupposti scientifici corretti (per più ampî dibattiti in materia si ricordino – in Italia – i casi *Di Bella* e *Stamina*, che tanto hanno affaticato anche giudici, autorità amministrative e scientifiche, oltreché la dottrina giuridica): “*ubi scientia, ibi jura*,” si è incisivamente detto commentando l'odierna apertura della Consulta alla fecondazione eterologa, dimodoché il principio della “ragionevolezza scientifica” deve ritenersi opponibile alla altrimenti arbitraria e “ideologica” discrezionalità politica del legislatore.

Ciò detto, la proposta ed accettazione delle soluzioni scientificamente praticabili va peraltro posta in grado di intercettare il vissuto esperienziale (etico-religioso, psicologico, sociale) dell'interessata.

In presenza di tali condizioni, la decisione finale della donna incinta va presa dunque dall'interessata dopo interlocuzioni con esperti sentiti in consulto e in dialettica col suo mondo di affetti familiari e amicali.

Quello sopra richiamato in ordine alla criminalizzazione

dell'aborto fuori da termini e indicazioni o all'abuso dell'obiezione di coscienza è ad esempio l'opposto assetto che assai differenti sensibilità culturali e quindi ordinamentali danno al problema spinoso che intendono regolare, ma non si può al contrario che reiterare in conclusione – anche sotto questo più specifico profilo – le perplessità sopra manifestate a proposito della sproporzione del ricorso alla sanzione penale (e più in generale al ricorso totalizzante allo strumento del diritto e alla coppia categoriale del diritto e del dovere giuridico correlati) in un momento dell'esperienza umana che più di ogni altro richiede invece, e ad avviso di chi scrive, capacità di dialogo, ascolto e *com-passione* (nel senso etimologico del “farsi carico assieme” degli operatori e dei soggetti interessati: non dunque solo la donna, anche se lei per prima) del fascio di problemi esistenziali che concretamente si pongono, proiettandosi verso una finale determinazione informata e responsabile, ma comunque mai *futile*, dell'interessata.

(\*) Ringrazio, per l'imprescindibile e dunque prezioso confronto che ho avuto con ciascuna di loro sul merito delle tesi argomentate nel presente testo, le colleghe Fulvia Abbondante, Ondina Cafiero, Paolina Di Lauro, Maria Teresa Fiore, Mariapia Iadicicco, Franca Meola, Lucilla Risicato, Maria Serena Viceconte e Linda Verdesca, nonché Giulia Fontanella, con le quali ho avvertito il bisogno di dialogare sul tema e che ne hanno perciò letto una versione non definitiva. La responsabilità esclusiva di quanto qui sostenuto resta peraltro ed ovviamente dell'autore.

#### *Nota bibliografica*

La presente nota non ha pretese di esaustività, segnalando semplicemente i testi tenuti presente per lo studio preliminare alla stesura definitiva dello scritto (chiusa il 21 luglio 2014), molti dei quali oggetto di lettura e riflessione risalenti nel tempo

V. ABU AWWAD, *L'obiezione di coscienza nell'attività sanitaria*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 403 ss.

ID., *Obiezione di coscienza e aborto farmacologico*, nota a Cass. pen , VI 14979/ 2012 , in *Diritto penale contemporaneo*, 27 giugno 2013

*Accesso alle proprie origini biologiche*. Nota a sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 settembre 2012, *Godelli c. Italia*, in *Giornale di diritto amministrativo/ Osservatorio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, a cura di M. Pacini, 1/ 2013, 67 s.

S. AGOSTA, *La Consulta nel gioco di specchi riflessi tra Corti soprannazionali e giudici comuni (in tema di protezione giuridica della vita nascente)*, in *www.biodiritto.org*

Á. APARISI MIRALLES - J. L. GUZMÁN, *El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto de aborto. De la fundamentación filosófico-jurídica a su reconocimiento legal*, in *Persona y Bioética*, vol. X, 2006 (26), 35 ss.

S. ATTOLINO, *Obiezione di coscienza e interruzione volontaria della gravidanza: la prevalenza di un'interpretazione restrittiva*, in *www.statoecliense.it*, 28 ottobre 2013

B. BARBISAN, *L'Affaire Perruche e il risarcimento del "diritto a non nascere"*, in *www.associazionedeicostituzionalisti*, s. d. (ma 2002)

G. BERT, *Medicina narrativa. Storie e parole nella relazione di cura*, Roma, 2007

*Bioetica e medicina narrativa. Nuove prospettive di cura*, a cura di E. Larghero e M Lombardi Ricci, Torino, 2012

P. BIANCHI, *La riforma dell'assistenza sanitaria negli Stati Uniti*, in *www.sintesialettica.it*, 21 settembre 2010

H. BLOOM, *Il canone occidentale. I libri e le scuole delle età* , trad. it, Milano, 1986

G. BOGNETTI, *Aborto*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali* , I, Roma, 1991, 7 ss.

P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, Milano, 2009, in part. 229 ss.

P. BOTTINO, *Medicina narrativa ed abilità relazionali, un cammino necessario*, in *Bioteca News*, II/ 8, settembre 2013

G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in *Il Diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Napoli, 2009, III, 815 ss.

L. BUSATTA, *La sentenza A, B, C c. Irlanda: la complessa questione dell'aborto tra margine di apprezzamento, consenso e (un possibile) monito*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/ 2011, 445 ss.

ID., *Burvell v. Holly Lobby, U.S. Supreme Court, 30 giugno 2014: libertà religiosa e contraccezione*, 30 giugno 2014, scheda in pari data, in [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org).

S. CACACE, *Identità e statuto dell'embrione umano: soggetto di diritto/oggetto di tutela?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 1736 ss.

A. CALVO MEIJIDE, *El nasciturus como sujeto del derecho. Concepto onstitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista*, in *Cuad. Bioét.*, 2/ 2004, 283 ss.

G. CAPIZZI, *Procreare: diritto, interesse o mera aspirazione? Brevi osservazioni di teoria generale in margine*, in [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org)

L. CAPPUCIO - S. PRISCO, *Obiezione di coscienza e trattamenti sanitari obbligatori*, in *Bioetica e diritti dell'uomo*, a cura di L. Chieffi, Torino, 2000, 51 ss.

A. CARMINATI, *La decisione del Comitato europeo dei diritti sociali richiama l'Italia ad una corretta applicazione della legge 194 del 1978*, in *Osservatorio della Rivista AiC*, 26 giugno 2004

F. P. CASAVOLA, *Bioetica. Una rivoluzione postmoderna*, Roma, 2013

C. CASONATO, *Diritto, diritti ed eugenetica: prime considerazioni su un discorso giuridico altamente problematico*, in *Humanitas*, 4/ 2004, 841 ss.

ID., *Introduzione al biodiritto*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2012, 78 s.

T. CASTRO MARTÍN, *Il nuovo progetto di legge sull'aborto volontario in Spagna: un flashback che nessuno desidera*, in [www.neodemos.it](http://www.neodemos.it), 2 aprile 2014

M. CARRER, *Shut up and calculate? Il giudice tutelare, la Corte costituzionale e l'interruzione di gravidanza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2012

M. CAVINO, *Il diritto a non nascere tra giudici e legislatore: Italia e Francia a confronto*, in [www.diritti fondamentali.it](http://www.diritti fondamentali.it)

F. e G. CEMBRANI, *Ancora una volta il Giudice costituzionale salva l'impianto della legge 22 maggio 1978, n. 194*, in [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org)

S. CHERNETICH, *L'aborto negli Stati Uniti d'America ed in Francia*, in *Diritto penale - XXI Secolo*, 1/ 2005, 59 ss.;

ID., *Il diritto della madre all'aborto in Francia*, *ivi*, 2/2006, 335 ss.



P. CHIASSONI, *Libertà e obiezione di coscienza nello Stato costituzionale*, in *Diritto&Questioni Pubbliche*, 2009, 65 ss.

M. CERRONI, *La Corte di Strasburgo si pronuncia sulla normativa irlandese in materia di aborto*, in *DPCE online*, 1/ 2011

L. CHIEFFI, *Aborto e Costituzione*, in *Bioetica e diritti dell'uomo*, cit., 133 ss.

ID., *Dignità umana e sviluppi del principio personalista*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1/2013: *Dialoghi sulla dignità umana*, a cura dello stesso, 3 ss.

*Copiose manciate di fumo negli occhi. Riflessioni sulla Francia e l'aborto*, nota non firmata in *www.incrocidegeneri.it*, 25 gennaio 2014

A. COLELLA, *Rassegna delle pronunce del triennio 2008-2010 in tema di art. 2 Cedu*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2010, nel sito, *ad nomen auctoris*

ID., *Un'importante pronuncia della Corte europea in tema di bilanciamento tra diritti della donna e tutela del nascituro*, *ibidem*, 2011

G. COLETTA, *Embrioni umani e ricerca scientifica: il caso italiano*, in *Revista brasileira de direito constitucional*, 17/ 2011, 311 ss.

R. COVER, *Nómos e narrazione. Una concezione ebraica del diritto*, a cura di M. Goldoni, Torino, 2008

G. COSTA, *Scelte procreative e responsabilità. Genetica, giustizia, obblighi verso le generazioni future*, Firenze, 2005

P. CRISTIANO, *La tutela del soggetto debole*, tesi di dottorato in bioetica, XX ciclo, Università di Bari, nel web, *ad nomen auctoris*

S. CURRERI, *Il "decreto Zingaretti" sull'esercizio dell'obiezione di coscienza all'aborto: una risposta sbagliata ad un problema serio*, in *Confronti Costituzionali*, 17 luglio 2014

G. D'AMICO, *Tecniche argomentative e questioni scientifiche controverse in materia di biodiritto: U. S. Supreme Court e Corte Costituzionale a confronto*, in *Forum bio-diritto 2008. Percorsi a confronto: inizio vita, fine vita e altri problemi*, a cura di C. Casonato, C. Piciocchi, P. Veronesi, Padova, 2009, 7 ss.

M. D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Milano, 1994

ID., *Il concepito e il diritto a nascere sani: profili costituzionali alla luce della decisione della Corte di Cassazione (n. 16754 del 2012)*, in *Rivista AIC*, 2/2014

P. I. D'ANDREA, *La Corte di Giustizia CE e la ricerca sulle cellule staminali embrionali* ((Nota a Gr. Sez., 18 ottobre 2011, C-34/10, *Olivier Brüstle c. Greenpeace e V.*), in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 10 luglio 2012

G. DANESI, *L'obiezione di coscienza: spunti per un'analisi giuridica e metagiuridica*, in *Analisi e Diritto*, 1998, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, 1998, 77 ss.

P. DE MAEYER, *La Polonia non cambia la legge sull'aborto. Il 18 settembre in Liechtenstein referendum per depenalizzare l'aborto*, in *www.zenit.org*, martedì 6 settembre 2011

P. DE STEFANI, *Corte europea dei diritti umani: sentenza della Grande Camera nel caso Vo c. Francia, 8 luglio 2004. Nota*, in *Pace e diritti umani*, 2004, 150 ss.

F. DI CIOMMO, *Giurisprudenza-normativa e "diritto a non nascere se non sano". La Corte di Cassazione in vena di revirement? Cassazione Civile, Sez. III, 11 maggio 2009 n. 10741*, in *Danno e Resp.*, 2/2010, 144 ss.

*Dignità e diritto: prospettive interdisciplinari*, in *Quaderno n. 2 del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università Cattolica del Sacro Cuore - sede di Piacenza, Tricase*, 2010

*Dossier: Come è cambiata la legge 40 (2004 - 2014)* in *www.biodiritto.org.*, 14 aprile 2014

E. DOLCINI, *Responsabilità del medico e reati in materia di procreazione assistita. Ambiguità e rigori della legge italiana n. 40 del 2004*, in *www.statoechiese.it*, dicembre 2008

E. D'ONOFRIO - E. TESTANI, *Il consultorio familiare. Le sue dimensioni fondanti: accoglienza, ascolto, aiuto*, Roma, 2010

R. DWORKIN, *Il dominio della vita*, trad. it, Milano, 1994, 85 ss.

A. ERRANTE PARRINO, *La Cassazione e il danno da "nascita malformata": un particolare approccio alla "wrongful life action". Commento a Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754*, in *Persona e Mercato*, 1/2013, 47 ss.

R. FATTIBENE - M. P. IADICICCO, *Il diritto alla vita del concepito e l'interruzione volontaria della gravidanza nella giurisprudenza costituzionale*, in *La nascita. I mille volti di un'idea*, a cura di R. Prodomo, 2006, Torino, 224 ss.

G. FATTORINI, *I consultori in Italia*, Roma, 2014

C. FLAMIGNI, *L'aborto. Storia e attualità di un problema sociale*, Bologna, 2008

M. FUSCO, *Il difficile rapporto tra la nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita e la legge 194/78*, in *La cura delle donne*, a cura di R. Bonito Oliva, Roma, 2006, 231 ss.

ID., *La bioetica italiana tra l'incudine della politica ed il martello della magistratura*, in *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, a cura di L. Chieffi e P. Giustiniani, Torino, 2010, 37 ss.

M. FRATINI - A. SALERNO, *Il risarcimento del danno da nascita indesiderata. Nota a Cass, Viv. III, 12 ottobre 2012, n. 16754*, in *www.neldiritto.it*, 1/2013, 70 ss. (testo parziale della decisione ivi, 65 ss.)

A. GIULI, *Inizio della vita umana individuale. Basi biologiche e implicazioni bioetiche*, Roma, 2005

M. A. GLENDON, *Abortion and Divorce in Western Law*, Cambridge, Mass., 1987

F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli, 2014

ID., *Aborto farmacologico e attività di secondamento: la disobbedienza intermittente nella dimensione dei doveri*, in *Rivista AiC*, 4/2013

A. GUBLINI - F. MINERVA, *After-birth abortion: why should the baby live?*, in *Journal of Medical Ethics*, 23 febbraio 2012, trad. it in *www.tempi.it*, 1° marzo 2012

M. P. IADICICCO, *L'aborto al vaglio dei giudici costituzionali in Italia e Spagna*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 10 settembre 2012

ID., *Obiezione di coscienza all'aborto ed attività consultoriali: per il T.a.r. Puglia la presenza di medici obiettori nei consultori familiari è irrilevante, ma non del tutto*, in *Giur. Cost.*, 2/ 2011, 2000 ss.

*Il mercato dei diritti insaziabili*, a cura di L. Antonini, Soveria Mannelli, 2008.

*L'aborto nelle sentenze delle Corti Costituzionali: USA, Austria, Francia e Repubblica federale tedesca*, Milano, 1976

*La protezione dell'ispirazione cristiana nelle istituzioni mediche, educative e assistenziali: il caso Obamacare*, in *Fede, evangelizzazione e diritto canonico*, a cura di I. Martínez-Echevarría, Roma, 2014, 105 ss.

*L'obiezione di coscienza e le riflessioni del giurista nell'era del biodiritto*. Nota introduttiva di S. CANESTRARI e dibattito tra F. MANTOVANI e P. VERONESI, in *Criminalia*, 2011, 387 ss.

C. LALLI, *La legge 40 viola alcuni diritti fondamentali dei cittadini (italiani)? in Forum bio-diritto 2008...*, cit., 161 ss.

- A. LANZAFAME, *La fecondazione medicalmente assistita tra bilanciamento di valori e consenso europeo*, in *www.leggioggi.it*
- L. LAVACCHI - V. POLI, *Evidence Based Medicine e medical humanities nelle cure palliative*, in *Riv. It. Cure Palliative*, 3/2012, 39 ss.
- B. LIBERALI, *Una nuova censura (nuovamente respinta) nei confronti della l. n. 194 del 1978*, in *www.biodiritto.org*
- S. LIETO, *Dignità e valore tra etica, economia e diritto*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1/2013: *Dialoghi sulla dignità umana*, cit., 163 ss.
- J. LÓPEZ HERNÁNDEZ, *La objeción de conciencia en el ejercicio de la medicina*, in *Anales de Universidad de Murcia*, 15/1997, 41 ss.
- J. LUTHER, *Dignità e ragionevolezza*, a cura di A. Cerri, *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, II, Roma, 2007, 185 ss.
- S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra eguale libertà e controllo sociale*, Padova, 2012
- Id., *Spagna: la riforma dell'aborto e le nostalgie patriarcali*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 29 marzo 2014
- M. MANETTI, *La questione dell'embrione nel quadro dei principi costituzionali*, in *www.costituzionalismo.it*, 2/2005
- A. MANNA, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, in *Leg. pen.*, 2005, 345 ss.
- S. MARANI, *Contagio da HIV e lesioni personali gravissime*. Nota a Cassazione penale, V, 13388 /2009, in *Altalex Mese - Schede di Giurisprudenza*, 5/2009
- Id., *Medico obiettore di coscienza deve comunque assistere paziente dopo l'aborto*. Nota a Cassazione penale, VI, sentenza 2. 4. 2013 n. 14979, in *Altalex*, 20 aprile 2013
- A. MARGARIA, *Parto anonimo e accesso alle origini: la Corte europea dei diritti dell'uomo condanna la legge italiana*, in *Min. Giust.*, 2/ 2013, 340 ss.
- G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001
- J. MARTÍN DE AGAR, *Problemas jurídicos de la objeción de conciencia*, in *Scripta Theologica*, 27 (2/ 1995), 519 ss.
- F. MEOLA, «...fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194» (art. 14, comma 1, legge 19 febbraio 2004, n. 40). *Appunti su un inciso alquanto controverso*, in *Forum bio-diritto* 2008, cit., 193 ss.

A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, Annali II, tomo II, Milano, 2008, 185 ss.

ID., *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in *Quaderni Costituzionali - Rassegna*, 6/ 2014, 11 giugno 2014

L. V. MOSCARINI, *Aborto. Profili costituzionali e disciplina legislativa*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, I., Roma, 1988

*Natura e dignità della persona umana a fondamento del diritto alla vita. Le sfide del contesto culturale contemporaneo*. Atti della ottava assemblea della Pontificia Accademia per la Vita. 25 - 27 febbraio 2002, a cura di J. De Dios Vial Correa - E. Sgreccia, Città del Vaticano, 2003

S. NICCOLAI, *La legge sulla fecondazione assistita e l'eredità dell'aborto*, in *www.costituzionalismo.it*, 2/2005

*Organizzazione e attività dei Consultori familiari pubblici in Italia - 2008*, novembre 2010, in *www.salute.gov.it*

A. OSTI, *Corte europea dei diritti: accelerazione sulla legalizzazione dell'aborto in Irlanda?* Nota a sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 16 dicembre 2010, ricorso n. 25579/05, *A. B. e C. c. Irlanda*, in *Quad. Cost.*, 1/ 2011, 156 ss

D. PARIS, *Parto anonimo e bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza della Corte costituzionale, del Conseil Constitutionnel e della Corte europea dei diritti dell'uomo (con alcuni spunti per una rilettura dell'inquadramento costituzionale dell'interruzione volontaria della gravidanza)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 17 ottobre 2012

C. PASSALACQUA, *L'aborto criminoso nella dottrina penalistica tra Otto e Novecento*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, rivista online, IV (2011)

G. PELLEGRINO, *Generazioni future e libertà riproduttiva*, in *Filosofia e Questioni Pubbliche*, 1/2007, 31 ss.

M. PELLINGRA CONTINO, *Il diritto alla vita tra Costituzione e giurisprudenza*, in *Rivista di diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente*, III/2005, sul *web*, 20 settembre 2005

S. PENASA, *La necessaria concordanza tra formanti: il livello di litigiosità giurisdizionale quale parametro dei diversi livelli di regolazione legislativa nel biodiritto?* in *Forum bio-diritto 2008 ...*, cit., 57 ss.

ID., *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medicoscientifico*, in *Quaderni Costituzionali - Rassegna*, 6/ 2014, 16 giugno 2014

- L. PERINI, *Quando l'aborto era un crimine. La costruzione del discorso in Italia e negli Stati Uniti (1965-1973)*, in *www.storicamente.org*, 6/ 2010
- G. PERRONE, *Aborto: il dibattito si allarga in Europa*, in *www.Lettera43.it*, 24 gennaio 2014
- C. PICIOCCHI, *La dignità come rappresentazione giuridica della condizione umana*, Padova, 2013
- A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, in *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma - Bari, 179 ss.
- A. PIOGGIA, *Un divieto sproporzionato e irragionevole. La Corte costituzionale e la fecondazione eterologa nella sentenza n. 162 del 2014*, in *Astrid Rassegna*, 11/2014 (204)
- P. PIRAS, *Quando volere non è potere*, nota a Cass. pen., VI, 14979/ 2012, in *Diritto penale contemporaneo*, gennaio 2014
- T. PITCH, *L'embrione e il corpo femminile*, in *www. costituzionalismo.it*, 2 / 2005
- S. POLLO, *Scegliere chi nasce. L'etica della riproduzione umana tra libertà e responsabilità*, Milano, 2003
- F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, Torino, 2011
- Politica olandese sull'aborto*, scheda informativa analitica, in *www.Italianembassy.org*
- C. PONCIBÒ, *La nascita indesiderata tra Italia e Francia. Nota a Corte di Cassazione*, III, n. 6735/ 2002, in *Cardozo Law Review*, all'url *www.jus.unitn.it*, 2003 e in *Giur. It.*, 2003, 883 ss.
- G. PONTARA, *Etica e generazioni future*, Roma - Bari, 1995
- S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo Stato 'laico?*, Napoli, 1986, 168 ss.
- ID., *Obiezione di coscienza all'aborto e risposte dell'ordinamento giuridico. Una (amichevole) replica a Salvatore Curreri*, in *Confronti Costituzionali*, 21 luglio 2014, in questo volume alle pagine 57 ss.
- R. PRODOMO, *Bioetica di inizio vita: una prospettiva liberale*, in *Lineamenti di una biotica liberale*, Bologna, 2003, 46 ss.
- G. PUPPINCK, *Il Consiglio d'Europa fa pressione su Irlanda e Polonia per imporre l'aborto*, in *www.tempi.com*, 18 dicembre 2012
- R. RAO, *Property, privacy and other legal constructions of the embryo*, in *Forum bio-diritto 2008 ...*, cit., 141 ss.

- F. RINALDI, *La «dignità umana» e la «vita»: tra «volontà e rappresentazione»*. Note minime, in *www.diritti fondamentali.it*
- ID., *La problematica soggettività giuridica del nascituro, con particolare riguardo al “diritto a nascer sani”*. *Bioetica di un recente diritto*, ivi
- ID., *La tutela dell’embrione nella Costituzione*, ivi
- Ritorno al passato: la Spagna e l’aborto, nota redazionale* in *www.personaedanno.it*, 23 aprile 2013
- S. ROSSI, *Se il diritto è una terra straniera: note sull’ordinanza spoletana in tema di aborto*, in *www.biodiritto.org*.
- A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al “dialogo” con la Corte EDU (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)*, in *Quaderni Costituzionali – Rassegna*, 6/2014, 14 giugno 2014
- A. SARTEA - I. SCHIRALLI, *Aborto, consultori e obiezione di coscienza* in *Iustitia*, 2011, 81.
- G. SALITO, *La persona nei diversi ordinamenti giuridici*, in *www.comparazioneedirittocivile.it*, gennaio 2013
- B. SALVATORE, *Informazione e consenso nella relazione terapeutica*, Napoli, 2012
- M. SAPORITI, *Se fossero tutti obiettori? Paradossi e fraintendimenti dell’obiezione di coscienza all’aborto in Italia*, in *Materiali di storia della cultura giuridica*, 2/2013, 477 ss.
- A. SCHUSTER, *Lo status giuridico dell’embrione in ottica comparata*, in *Forum bio-diritto 2008...*, cit., 255 ss.
- L. SERINO, *Obiezione di coscienza e aborto: la condanna del Comitato Europeo dei Diritti Sociali*, in *Diritti Umani in Italia*, in *www.Duitbase.it*, 8 Maggio 2014
- C. SIANO, *La tutela giuridica dei soggetti coinvolti nella procreazione*, Salerno, 2008
- ID., *Medical malpractice e tutela del nascituro*, in *Resp. Civ.*, X (2009), 814 ss.
- V. SILVESTRI, *Il quesito sul diritto alla vita dell’embrione e/o del feto ex art. 2 CEDU rimane ancora insoluto nella sentenza Evans c. Regno Unito della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo*, in *www. associazionedeicostituzionalisti.it*, 25 luglio 2006
- P. SPAZIANI, *Questioni attuali in tema di procreazione medicalmente*

*assistita: fecondazione eterologa e diagnosi preimpianto alla luce della giurisprudenza della Corte EDU*, in *www.neldiritto.it*, 1/2013, 6 ss.

S. SPINELLI, *Nata per sbaglio, risarcita (commento a Cassazione, sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 24 ottobre 2012

S. SPINSANTI, *L'ascolto che guarisce. L'ascolto nelle professioni di aiuto: questione di "bon ton"?*, in *Medicina narrativa*, 1/2011, 95 ss.

L. SPOSATO, *La tutela dell'embrione e il "diritto nascente". Osservazioni "minime" sulla ragionevolezza del legislatore*, in *www.altalex.it*, 17. 3. 2008

P. TANZARELLA, *I diritti della Corte Europea dei diritti*, in L. CAPPUCIO - A. LOLLINI - P. TANZARELLA, *Le Corti regionali tra Stati e diritti. I sistemi di protezione dei diritti fondamentali europeo, americano e africano a confronto*, Napoli, 2012, 35 ss.

D. TEGA, *Corte europea dei diritti: l'aborto in Irlanda tra margine di apprezzamento statale e consenso esterno*. Nota a sentenza della Corte dei diritti dell'uomo, 16 dicembre 2010, *A. B. e C. c. Irlanda*, in *Quad. Cost.*, 1/ 2011, 159 ss.

A. TERRASI, *Il divieto di aborto innanzi alla Corte europea dei diritti umani, tra obblighi positivi e negativi*. Nota a sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 dicembre 2010, *A. B. e C. c. Irlanda*, in *DUDI*, 2/ 2011, 403 ss.

M. TOMASI, *Il diritto alla salute fra comprensione del bisogno e ragioni della scienza: note a margine del "caso Stamina"*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1/2013: *Dialoghi sulla dignità umana*, cit., 63 ss.

I. TRUJILLO, *Il disaccordo nello Stato costituzionale di diritto. A proposito di alcune sentenze recenti del Tribunal Supremo spagnolo sul diritto generale all'obiezione di coscienza*, in *Diritto&Questioni Pubbliche*, 2009, cit., 151 ss.

*Un caso tragico riapre il dibattito sull'aborto in Irlanda*, nota redazionale in *www.personaedanno.it*, 15 novembre 2012

G. VACCARI, *Diritto, scienza e Costituzione. Tutela della salute e rilievo del dato scientifico nelle giurisprudenze costituzionali*, in *Forum bio-diritto* 2008, cit., 109 ss.

A. VESPAZIANI, *Costituzione, comparazione, narrazione. Saggi di Diritto e Letteratura*, Torino, 2012



S. VEIL, *L'interruption volontaire de grossesse. Débats historiques de l'Assemblée Nationale (1974) réunis par L. Caul-Futy dans un coffret de 4 CD audio*, Paris, 2011

P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei «casi» e astrattezza della norma*, Milano 2007, 97 ss.

E. VIGATO, *Godelli c. Italia: il diritto a conoscere le proprie origini*, in *Quaderni costituzionali*, 4/ 2012, 908 ss.

F. VIOLA, *L'obiezione di coscienza come diritto*, in *Diritto&Questioni Pubbliche*, 2009, cit, 169 ss.

L. VIOLA, *Obiezione di coscienza "di massa" e diritto amministrativo*, *www.federalismi.it*, 10/2014

L. ZANNINI, *Medical humanities e medicina narrativa Nuove prospettive nella formazione dei professionisti della cura*, Milano, 2008

D. ZAPPALÁ, *Francia, dove l'aborto è come un'appendicite*, in *www.reginamundi.info*

P. ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2001, 149 ss.

ID., *Per un diritto "gentile" in medicina. Una proposta di idee in forma normativa*, in *NGCC*, 1/2013, 1 ss.

*Si riproduce, in ricordo dell'amico e collega dedicatario, prematuramente scomparso, l'articolo a firma di chi scrive, pubblicato su TorreSette, settimanale di Torre Annunziata (città di origine comune dell'autore di questo scritto e sua), n. 39/2011, col titolo L'eredità di Nicola Di Prisco, ordinario di Diritto Privato alla Federico II*

Nicola Di Prisco, ordinario di diritto privato nella facoltà di Giurisprudenza dell'università Federico II, si è spento improvvisamente la sera di sabato 29 ottobre, per un infarto fulminante, mentre si accingeva a recarsi a cena con un caro amico e collega di studio. Sarebbe andato in pensione da docente (ma non rimanendo certo inattivo) due giorni dopo.

Veniva da una famiglia della borghesia intellettuale e professionale di Torre Annunziata. Uno zio, Mario Selleri, è stato un noto professore di materie letterarie del liceo classico De Bottis di Torre del Greco; molti – che ne sono stati formati – ne conservano ancora il ricordo e suo figlio Bartolomeo (dunque un cugino di Nicola, purtroppo morto giovane), aveva svolto ricerche pionieristiche di diritto amministrativo italiano sulla “parità

tra cittadino e pubblica amministrazione”, ben prima della legge 241/1990. Dei due fratelli dello scomparso, uno – Aldo – emigrato a Torino, è morto qualche anno fa, anche lui senza che una malattia lo preannunciasse, l’altro – Bartolo – è biologo ed egualmente professore universitario.

Quanto a Nicola, come sa chi lo ha conosciuto, era un cattolico (nel mondo sociale vicino alla CISL) ed un intellettuale pieno di interrogativi e curiosità, che aveva studiato approfonditamente e con originalità di impostazioni il diritto dei consumatori, le nuove forme di proprietà, il diritto dell’economia in genere. Appariva timido, schivo, ad una valutazione superficiale un po’ chiuso, ma in privato era invece ironico e “battutista”. È stato anche un ottimo avvocato (voluto dai colleghi quale membro del primo Consiglio dell’Ordine forense del nostro Tribunale, dopo la sua istituzione), molto esperto soprattutto di diritto civile e commerciale, ma anche di diritto amministrativo; non tanto un oratore, ma un ragionatore dalle argomentazioni rigorose, condotte tutte a filo di logica.

Non ha avuto una moglie e figli suoi, ma ha “messo al mondo” generazioni di magistrati, avvocati, funzionari, notai, professori e ricercatori – oltreché saper raccogliere con generosità attorno a lui una scuola di collaboratori professionali di grande valore – e molti di loro erano presenti commossi nella Chiesa del Carmine, con tanti amici e coi colleghi di facoltà – il preside Lucio De Giovanni in testa, che lo ha salutato dal pulpito alla fine della messa – a dargli l’ultimo, triste saluto.

Per me (che lo avevo come amico autorevole, oltre che quale illustre concittadino) sarà molto strano, prima ancora che doloroso, non incontrarlo – io con la pipa, lui col sigaro spento tra le labbra – al treno della Circumvesuviana per la città, preso da entrambi per andare a lezione. Non faremo perciò più – sorridendo – il gioco di confondere le reciproche identità, che nasceva dall’assonanza dei nostri cognomi, per cui molti chiedevano di me, ma volendo parlare con lui e viceversa. Una ragazza, ad esempio, una volta mi domandò di assegnarle la tesi e, quando si accorse che le proponevo possibili argomenti giuspubblicistici, mi chiese meravigliata se avessi cambiato materia di insegnamento: non cercava in realtà affatto me.

Grazie per il tuo esempio di vita e di lavoro, Nicola. Ti sia lieve la terra.

## Obiezione di coscienza all'aborto e risposte dell'ordinamento giuridico. Una (amichevole) replica a Salvatore Curreri

Salvatore Curreri ha pubblicato il 17 luglio 2014 su *Confronti Costituzionali* la nota dal titolo *Il "decreto Zingaretti" sull'esercizio dell'obiezione di coscienza all'aborto: una risposta sbagliata ad un problema serio*.

L'autore ricorda brevemente gli ultimi atti di rilievo nazionale sul fenomeno oggetto della sua attenzione.

Si tratta innanzitutto di una decisione del Comitato dei diritti sociali del Consiglio d'Europa che ha censurato il 10. 3. 2012, su ricorso n. 87/ 2012, il nostro Paese, perché l'elevatissimo numero di chi esercita l'obiezione di coscienza all'interruzione della gravidanza penalizza le donne incinte che intendano accedervi e che – specialmente in certe regioni centro-meridionali del Paese – ne sono in sostanza impediti o messe in gravi difficoltà concrete (sul punto si vedano A. CARMINATI, *La decisione del Comitato europeo dei diritti sociali richiama l'Italia ad una corretta applicazione della legge 194 del 1978*, in *Osservatorio della Rivista AiC*, 26 giugno 2004; L. SERINO, *Obiezione di coscienza e aborto: la condanna del Comitato Europeo dei Diritti Sociali*, in *Diritti Umani in Italia*, all'url [www.Duitbase.it](http://www.Duitbase.it), 8 Maggio 2014).

Una precedente sentenza del Tar Puglia – 3477/2010 – aveva dal canto suo ritenuto illegittima la riserva totale dei posti per aprire l'accesso a un servizio consultoriale familiare ai soli non obiettori di coscienza, ridimensionandone pertanto l'accogliibilità nella misura della metà dei posti messi a bando (si vedano in proposito M. P. IADICICCO, *Obiezione di coscienza all'aborto ed attività consultoriali: per il T.a.r. Puglia la presenza di medici obiettori nei consultori familiari è irrilevante, ma non del tutto*, in *Giur. Cost.*, 2/ 2011, 2000 ss.; S. ATTOLINO, *Obiezione di coscienza*

*e interruzione volontaria della gravidanza: la prevalenza di un'interpretazione restrittiva*, in *www.statoechiese.it*, 33/ 2013).

Ci si concentra poi sulla recente direttiva della Regione Lazio, di cui al decreto presidenziale 152 /2014, che contiene le linee guida per la gestione del servizio consultoriale in materia.

Essa circoscrive tra l'altro il riconoscimento del diritto ad obiettare alla sola fase immediatamente connessa all'intervento abortivo (com'è del resto nella lettera della legge 194/1978, art. 9), non esonerando l'obiettore stesso dall'obbligo di prestare soccorso ad una donna già gestante, per l'effettuata (ovviamente non col suo intervento) interruzione della gravidanza, in seguito alla quale emergessero complicazioni sul piano della sua salute.

La correttezza di tale conclusione si evince già dalla recente giurisprudenza penale della Cassazione (VI, 14979/2012), che ha confermato la condanna *ex art.* 328 c. p. di una dottoressa di guardia medica che, dopo un aborto farmacologico, aveva opposto la sua condizione per non prestarsi a sedare un'emorragia (fra i molti commenti, si vedano F. GRANDI, *Aborto farmacologico e attività di secondamento: la disobbedienza intermittente nella dimensione dei doveri*, in *Rivista AiC*, 4/2013; S. MARANI, *Medico obiettore di coscienza deve comunque assistere paziente dopo l'aborto*. Nota a Cassazione penale, VI, sentenza 2. 4. 2013 n. 14979, in *Altalex*, 20 aprile 2013; V. ABU AWWAD, *Obiezione di coscienza e aborto farmacologico*, nota a Cass. pen., VI 14979/ 2013, in *Diritto penale contemporaneo*, 27 giugno 2013; P. PIRAS, *Quando volere non è potere*, nota a Cass. pen., VI, 14979/ 2013, *ivi*, 8 gennaio 2014).

L'obiettore è inoltre obbligato dal decreto in esame (e questo è il *punctum dolens* che il collega critica) al rilascio del previo documento che l'aborto autorizzi e che avviene appunto in sede consultoriale.

Mantengo aperta la discussione da lui introdotta con una breve replica, allo scopo di sottolineare un punto che mi sta a cuore, ma che soprattutto ritengo oggettivamente rilevante.

In primo luogo, però, ringrazio il mio cortese interlocutore per avere dedicato attenzione ad un tema sul quale sono effettivamente

tornato più volte, seguendo gli sviluppi del fenomeno, nonché alle convinzioni che ho maturato in argomento su uno specifico punto, da lui – che pur non concorda con esse – citate .

In secondo luogo, non può che farmi piacere la circostanza che il mio nome sia accostato nel suo discorso a quello della giovane e brillante autrice del più recente contributo monografico sul tema, Federica Grandi.

Questa occasione conferma da un lato che l'obiezione di coscienza continua ad esercitare il suo fascino ad ogni nuova generazione di studiosi e dall'altro che ha una profonda verità l'intuizione di Carlo Esposito, quando – all'inizio della sua nota monografia sulla libertà di manifestazione del pensiero – osserva che proprio la creazione di un legame tra le persone, a prescindere dalle età e dalle circostanze rispettive di vita è la ragione che spiega l'essenzialità di questo diritto e del suo riconoscimento: la tutela, oltre il tempo che passa, delle “unioni di pensiero” e della fecondità che in tale modo assume lo scambio delle idee.

Concordo più in generale sul fatto che la questione dei presupposti giuridici di legittimazione dell'aborto (mai definita o definibile una volta per tutte in un modo o nell'altro, dipendendone piuttosto il punto di equilibrio tra opposte tesi dagli sviluppi scientifici e del mutamento periodico delle sensibilità individuali e collettive) avrebbe bisogno di una discussione finalmente pacata e laica, lontana da astratti e reciprocamente polemici furori ideologici, mentre – come diceva Charles Péguy – «navighiamo tra due schiere di preti: i preti laici, che negano l'eterno nel temporale e i preti chierici, che negano il temporale nell'eterno».

Al di là del gusto della citazione elegante, sa a mio parere appunto di fondamentalismo sia pretendere che l'aborto resti sostanzialmente libero (cioè da non motivare in alcun caso) nelle prime dodici settimane, come accade oggi in alcuni ordinamenti europei, sia ritenere che persino la “pillola del giorno dopo” (il cui principio attivo è il *levonorgestrel*, in commercio *Norlevo* o *Levonelle* e che – a seconda di quando assunta – impedisce l'ovulazione o crea un ambiente sfavorevole all'annidamento

embrionale) rappresenti non solo un metodo contraccettivo di emergenza, ma uno strumento di interruzione di gravidanza.

Di questo sono invece convinti i titolari dell'azienda statunitense *Holly Lobby*, vittoriosi in un recentissimo (benché non unanime) giudizio davanti alla *U.S. Supreme Court*, in nome dell'esercizio della libertà religiosa da parte delle organizzazioni anche imprenditoriali i cui soggetti di controllo siano impegnati personalmente nell'azienda, laddove si tratti di sottrarsi al *contraceptive mandate* imposto dall'*Obamacare* e che conduce al finanziamento (salvo appunto eccezioni) di polizze assicurative sanitarie delle dipendenti, che comprendano interventi interruttivi di gravidanza e copertura della contraccezione (si veda la scheda di L. BUSATTA, *Burvell v. Holly Lobby*, *U.S. Supreme Court*, 30 giugno 2014: *libertà religiosa e contraccezione*, in [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org)., in pari data e ora F. IOVINO, *La coscienza riconosciuta alle persone giuridiche?* in *Rivista Aic, Osservatorio*, 1/2015).

Sono ancora e da ultimo d'accordo sulla valutazione che il nodo della questione, la sede in cui potrebbe cioè trovare collocazione una informazione consapevole ad una donna che intende interrompere la gravidanza, sia in una pratica consultoriale non burocratica e in ogni caso non aggressiva, né stigmatizzante, nei confronti di chi si presenti in condizione di gestante dubbiosa, secondo un costume effettivamente aperto all'ascolto del caso e quindi dialogico senza pre-giudizio (Si vedano A. SARTEA – I. SCHIRALLI, *Aborto, consultori e obiezione di coscienza* in *Iustitia*, 1/2011, 81 ss.; S. SPINSANTI, *L'ascolto che guarisce. L'ascolto nelle professioni di aiuto: questione di "bon ton"?*, in *Medicina narrativa*, 1/2011, 95 ss.).

La donna in procinto di assumere una decisione che resta grave, ma che in genere dipende da circostanze drammatiche, il cui peso essa sola può valutare (non solo il pericolo per la propria vita, ma il disagio – in ipotesi – perché la gravidanza nasce da una violenza sessuale avvertita come psicologicamente insostenibile, al pensiero di portare alla luce il suo pure incolpevole frutto o la consapevolezza di gravi malformazioni del feto), potrebbe qui giovare di colloqui e consulenze. Essi – senza forzarne l'autodeterminazione –

potrebbero guidarla ad una scelta che sia davvero responsabile, anche prospettandole in ipotesi soluzioni alternative a quella che intende compiere e facendola riflettere sui costi psicologici di essa; di talché a chi scrive sembra pertanto illegittimo estromettere dal servizio consultoriale operatori che siano obiettori di coscienza, purché altri di diverso orientamento siano comunque in esso presenti e purché il servizio di interruzione di gravidanza resti sul territorio accessibile a chi tenga fermo – alla fine – il proposito di usufruirne.

Se si mantiene qui un elemento di differenza dalla posizione argomentata da Curreri è per la convinzione che si possa introdurre per gli obiettori di coscienza una prestazione sostitutiva, oggi non esistente, in quanto l'aborto viene concepito dalla *ratio legis* come una pur dolorosa eccezione (il classico “male minore”, per evitare interruzioni clandestine di gestazione, non professionalmente eseguite e magari igienicamente non protette) e la riaffermazione della vita come il recupero di un principio assiologico superiore.

S'intende dire cioè che gli obiettori stessi dovrebbero addirittura rivendicare questa soluzione (seppure non nelle forme eccessivamente gravose che costringevano in origine – prima di Corte Cost., 470/1989, rispetto all'art. 5, c. I, della legge 772 /1972 – chi rifiutasse il servizio militare in armi al carico di ben otto mesi in più: qui Curreri ha ragione), che taluno definisce quale la loro necessaria “pazienza”, come segno di distinzione perfino *cercato*, rispetto agli obiettori che sono tali solo per astuzia opportunistica, che anzi talora (come ogni tanto riferiscono tuttora le cronache) sono essi stessi esecutori di aborti in clandestinità.

L'obiezione di coscienza non richiede a caratterizzarla, in linea teorica e di principio [almeno secondo chi scrive; ma esiste in proposito anche una posizione opposta, da molti ed autorevolmente argomentata: se ne vedano i riferimenti – oltre che in F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli, 2014, spec. 169 ss. – anche, ad esempio, in J. T. MARTÍN DE AGAR, *Problemas jurídicos de la objeción de conciencia*, in *Scripta Theologica*, 27 (2/ 1995), 519 ss.], l'esercizio di una prestazione sostitutiva di gravosità almeno equivalente (anche se è onesto dire

che la differenza è in concreto di difficile misurabilità) rispetto a quella denegata.

Essa può rendersi tuttavia necessaria in pratica, proprio per evitare abusi che “sporcano” la sincerità di motivazione dell’obietto convinto, dal momento che non v’è altro modo davvero corretto di mettere a prova le buone intenzioni di un soggetto che quello di condizionarne dall’esterno l’esercizio, come si evince dalle disposizioni che, nella legge 194/1978 citata, prevedevano (*ex artt.* 3 e 4 ) il giudizio di un’apposita commissione deputata a valutare la genuinità o meno della richiesta di ammissione al “beneficio” , il cui ruolo fu giustamente assai circoscritto, riducendolo al mero controllo formale di una domanda di esclusione dall’obbligo di servizio militare, da Cons. Stato, Ad. Plen., 16/1985 e giacché – ancora – non può ammettersi in generale una deroga a un dovere costituzionalmente “coperto”, ma solo al modo di adempiervi.

Per il servizio militare il problema in realtà non si pone più in modo pressante con riferimento a molti ordinamenti, attesa l’attuale recessività del modello rivoluzionario francese dei *citoyens* chiamati *aux armes* alla difesa della Patria, in favore della opposta opzione per la professionalizzazione dei corpi militari; per l’esercizio della professione medica, imposta – fin dalle antichissime prescrizioni deontologiche ippocratiche – oltre l’interesse personale di chi la svolge e per quello della persona da curare, la questione ha però un peso ben maggiore.

A commento della richiamata decisione del massimo organo della giustizia amministrativa, un magistrato si era interrogato sulla sorte futura della legge allora vigente che disciplinava l’obiezione di coscienza al servizio militare e che fu poi - com’è noto – riformata dalla l. 230/1998, all’esito di una vicenda annosa, che vide perfino un Presidente della Repubblica esercitare nel 1992 una sorta di anomalo *pocket veto* in salsa italiana contro il nuovo testo approvato dalle Camere, pur di non promulgarla e cioè il rinvio di esso a Camere appena sciolte (ricostruisce la cronaca giornalistica della vicenda O. LA ROCCA, *Picconata all’obiezione di coscienza*, *Repubblica*, 2 febbraio 2012; sul veto presidenziale negli U.S.A. e sulle sue varie articolazioni, anche alla luce delle diverse “età della



Presidenza”, si dispone ora in Italia del bel saggio di A. BURATTI, *Veti presidenziali. Presidenti e maggioranze nell'esperienza costituzionale statunitense*, Roma, 2012).

Quella dottrina osservava dunque che: «Quanto agli obiettori, credo che la messa a punto in sede giuridica del loro *status*, in modo più rispettoso, più dignitoso, più ordinato e organizzato, sia una doverosa componente equalizzatrice del trattamento dovuto al cittadino *optimo jure* e non per benevolenza. Ma, se i “motivi” finissero per uscire totalmente di scena, fuori dell'attenzione della legge, *spetterebbe allora proprio agli obiettori rivitalizzarli e rinfrescarli, dentro se stessi, per non esser ridotti in ranghi amorfi e indistinguibili, là dove la scelta di servizio non proviene dal capriccio o dalla convenienza, ma dal dovere che antecede il diritto*» (G. ANZANI, *La natura giuridica dell'obiezione ed i poteri della commissione ministeriale*, in *Obiezione di coscienza al servizio militare. Profili giuridici e prospettive legislative*, Padova, 1989, 68; l'ultimo corsivo è nostro).

Se insomma è «sventurata la terra che ha bisogno di eroi» – come faceva dire a Galileo, mentre abiurava, Bertolt Brecht – miserevole è anche quella in cui chi opponga nobili ragioni ideali al sentire dei più non avverta l'urgenza di pagare, all'etica della propria convinzione, non si dice il “martirio” *usque ad effusionem sanguinis* – che nessuno vuole e può chiedere agli altri – ma perfino la più modesta e simbolica “testimonianza” (questa, com'è noto, è la traduzione dell'originale parola greca) della coerenza e della dignità che lo distingue in tale modo dagli opportunisti, dai furbi, dai frodatori.

In questi termini e per trarre dunque dal ragionamento fin qui svolto una conclusione giuridicamente operativa, quanto appena proposto appare a chi scrive un approdo equilibrato e ragionevole, che ad esempio dovrebbe imporre agli obiettori alla partecipazione all'altrui aborto che operino all'interno del servizio consultoriale familiare (i quali, come si è detto, non dovrebbero ricusare questa opportunità, o esserne da altri non ammessi o allontanati), una volta che sia riuscita vana la loro opera persuasiva *pro life*, di non anteporre – giacché *ubi commoda, ibi incommoda* – gli imperativi

della loro coscienza individuale a quelli che travagliano una donna comunque determinata – dopo avere valutato tutte le circostanze – a porre termine alla gestazione procurandosi l'aborto e dunque ad assisterla, anche se in modi non direttamente offensivi della loro sensibilità.

## Come legiferare in materie “eticamente sensibili”

Nel dibattito in corso al Senato sulla revisione costituzionale è accaduto a fine luglio (al netto del frastuono anche mediatico sulle contrapposte schiere di riformatori e conservatori, sulla battaglia degli emendamenti, sui “salti del canguro”) un fatto importante.

Com'è noto, il Presidente Grasso aveva concesso il voto segreto sulle materie connesse ai diritti fondamentali, il che era stato da più parti contestato, con l'argomento – per la verità non di poco peso – che sulla modifica della Costituzione non c'è segreto o voto di coscienza che tenga, visto che gli elettori potrebbero (anzi dovranno, perché è ormai questa la promessa del presidente del Consiglio e del ministro per le riforme) essere chiamati a pronunciarsi con un referendum e hanno quindi interesse a sapere come votano i parlamentari.

Tanto ricordato, benché il governo avesse dato parere contrario e i due relatori del ddlcost 119/2014 si fossero divisi, essendo favorevole il senatore Calderoli e contraria la Presidente della commissione Affari costituzionali senatrice Finocchiaro, un emendamento di un senatore della Lega Nord, approvato appunto grazie al voto segreto, ha stabilito che – nelle materie di cui agli articoli 29 e 32 della Costituzione – il Senato conservi potere legislativo.

L'intento è chiaramente conservatore, o comunque ha l'effetto di indurre ritardo e possibilità di approfondimento di riflessioni sulle deliberazioni legislative in ordine a questioni delicate, come ha subito polemicamente osservato il deputato Scalfarotto del Partito Democratico, secondo il quale sui temi “etici”, si rischia in tal modo “il pantano”: quegli articoli riguardano infatti – e come si sa – i temi della famiglia e del testamento biologico

Vi sono però anche buone ragioni per sostenere un'opinione contraria a quella da ultimo riportata: a parte il fatto che la palude e la rimozione della decisione su siffatti argomenti (dalle unioni omo-

sessuali, alla fecondazione assistita, alle “dichiarazioni anticipate sui trattamenti di fine vita” di chi intenda preconstituirle per il momento successivo della propria vicenda umana in cui non potesse materialmente farlo) sono avvertibili piuttosto nella situazione cui si assiste oggi, tanto che taluno ha parlato – per il nostro Paese – di una peculiare “strategia del silenzio” normativo su certi argomenti, è piuttosto facilmente constatabile che sulle materie “eticamente sensibili” le divisioni culturali, etiche, religiose sono in concreto trasversali ed è perciò saggio che di esse nessuna maggioranza politica – qualunque essa sia – faccia una risorsa di governo, come mi ero permesso di osservare io stesso (che beninteso non conosco affatto il proponente dell’emendamento approvato) in un contributo sulle questioni poste dal ddlcost. di riforma, nel testo proposto all’epoca – fine marzo 2014 – al dibattito e pubblicato sul n. 8/2014 di *Astrid Rassegna* (*Una nuova stagione di proposte di revisione costituzionale: finale di partita? Scheda di prima lettura*).

Si tratta – ad essere chiari – di responsabilità che il legislatore deve finalmente assumere, senza più eluderle, come mille episodi di cronaca dimostrano ogni giorno di più e alle quali ormai in ripetute sentenze la Corte Costituzionale lo ha richiamato, ma sulle quali è in effetti auspicabile un incontro di modi di sentire diversi, che eviti leggi che non siano “snelle” e risultino invece “manifesti ideologici”, in cui ci si deve insomma augurare nella disciplina concreta dei fenomeni che chiedono risposte regolatorie la ricerca di equilibri e approfondimenti non troppo esposti alla contingenza e ad ottiche di merito parziali, ma che provino a durare nel tempo.

Sembra pertanto opportuno che il legislatore futuro (purché alla fine non eluda il cimento e prenda una strada, di fronte alla quale del resto non resterebbe arbitro esclusivo, perché quanto dovesse stabilire sarebbe – nella logica del sistema – valutato da giudici e dalla Corte Costituzionale, tenendo oltretutto conto delle soluzioni offerte in merito da altri ordinamenti nazionali, sul piano delle rispettive legislazioni e giurisprudenze, dall’Unione Europea e dalle Corti di Lussemburgo e Strasburgo) sottragga il risultato conseguito alla battaglia politica quotidiana e lo restituisca al sacrario della coscienza individuale, coinvolgendosi nel procedimento decisionale

in tema parlamentari di entrambi i rami, quindi anche il mondo delle autonomie territoriali, insomma la Repubblica nelle sue varie articolazioni, magari prevedendo anche il raggiungimento di *quorum* rafforzati di approvazione.

Ci si potrebbe in verità chiedere quale sia il motivo per coinvolgere, in materie eticamente sensibili, un ramo delle Camere che dovrebbe risultare composto (a parte la quota minima dei senatori di nomina presidenziale e quella residua dei senatori a vita) da rappresentanti delle sole autonomie territoriali.

Bisognerebbe ricordare allora che le dichiarazioni di principio degli Statuti regionali “di seconda generazione” e taluni svolgimenti delle loro legislazioni particolari contengono già – a seconda del tipo di atto – assunti assiologici o prescrizioni specifiche su materie del genere, che hanno incontrato l’opposizione dei governi nazionali, sicché essi hanno proposto ricorso alla Corte Costituzionale e che questa ha infine ha depotenziato gli uni e le altre, “salvandoli” come più o meno retorici programmi di intenti e mantenendone indenne solo la parte attinente ad attività di monitoraggio e animazione culturale antidiscriminatoria, stante la riserva alla legge dello Stato di leggi in materia di «cittadinanza, stato civile, anagrafi» e «ordinamento civile e penale» (*ex art. 117, comma II della Carta Costituzionale, della Carta Costituzionale, rispettivamente lettere i e l*).

Si potrebbe però replicare – proprio osservando tale tendenza e i conseguenti tentativi di dichiarazioni di principio “impegnative” e di legislazione *extra ordinem* – che in tale guisa si coinvolgerebbe il mondo delle autonomie territoriali, che ha e avrebbe comunque ancora – benché ridimensionate – competenze nel sostegno alle famiglie (comunque formate nella esplosione pluralistica delle loro forme) e nella sanità in processi di stimolo dal basso e quindi di ricomposizione unitaria su nuovi valori e tipologie sociali di convivenza, che anche nel “nuovo Senato” devono trovare approdo nel riconoscimento di una legge del (solo) Stato, ad evitare fenomeni di “turismo dei diritti fondamentali”.

Questo consentirebbe di avere la garanzia che, su tali aspetti, l’esito di volta in volta provvisoriamente raggiunto (la precisazione

significa che esso non può mai restare insensibile o addirittura contrastante rispetto alle sempre mutevoli acquisizioni della scienza) non corrisponda solo alla visione propria di una bandiera di parte, quale che essa sia.

Forse, per vie non prevedibili dai tattici di breve respiro, la fantasia della storia ha segnato stavolta un punto a favore.

## Il genere e i suoi diritti. Una nuova problematica frontiera dell'uguaglianza

- "Vedi quell'uomo laggiù?"

- "Sì"

- "Beh, lo odio"

- "Ma tu non lo conosci"

- "Per questo lo odio"

G. W. ALLPORT, *La natura del pregiudizio*,  
trad. it, La Nuova Italia, Firenze, rist., 1973

*Tutte le famiglie felici si assomigliano fra loro,  
ogni famiglia infelice è infelice a suo modo*

L. N. TOLSTOJ, *Anna Karenina*, trad. it. di Leone Ginzburg,  
Einaudi, Torino, 2014

SOMMARIO: 1. Una finestra sulla cronaca. – 2. Dignità, differenze, non discriminazione e identità della persona sotto la lente del diritto. – 3. Famiglie e diritto dall'omogeneità al polimorfismo. – 4. Matrimonio e unioni tra persone dello stesso sesso in due recenti sentenze, tra Corte Costituzionale e Corte di Cassazione. – 5. Qualche considerazione conclusiva.

### 1. *Una finestra sulla cronaca*

Qualche dato tratto dalla cronaca recente, per incominciare.

Secondo una nota dell'*Ansa* del 29 luglio 2012: «Oxford riscrive il suo severissimo *dress code* accademico per venire incontro agli studenti *trans*. Luce verde alla gonna e *collant* anche per i maschi durante gli esami o nelle occasioni formali. E alla gonna per gli uomini farà da contraltare l'abito maschile e il cravattino per le donne». Il nuovo regolamento è stato adottato per accogliere una mozione della *Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Queer Society*, a sua volta fatta propria dagli altri studenti. All'esame e in occasione di cerimonie accademiche pubbliche, essi non dovranno dunque abbigliarsi più per forza in modo da connotare rigidamente la loro identità sessuale apparente, come era accaduto finora: "I maschi

dovevano indossare abito scuro, camicia e cravattino bianco, calzini e scarpe nere sotto la toga. Per le donne erano di rigore la gonna o i pantaloni scuri, camicia bianca, calze nere e un nastrino nero legato attorno al collo”.

*Repubblica*, 1 agosto: «Divento uomo, ma sarò anche mamma’. Bari, donna cambia sesso, ma fa congelare i suoi ovociti. È la prima volta in Italia». Solo un paio di settimane prima aveva suscitato clamore la vicenda seguita alla morte improvvisa di un noto cantautore: non avendo egli lasciato alcun testamento, o comunque disposto in suo favore in merito ai propri beni durante la vita, il giovane compagno (ma i parenti dell’artista, che ne sono gli eredi legittimi, smentiscono sia la sua omosessualità, sia l’intensità di questo affetto) ha dovuto abbandonare la casa in cui i due vivevano assieme.

Intanto il cardinale arcivescovo di Parigi ha invitato a leggere per Ferragosto 2012, nelle chiese francesi, una preghiera che contiene tra l’altro l’auspicio che i bambini possano sempre «beneficiare pienamente dell’amore di un padre e di una madre», iniziativa letta come polemica verso le intenzioni del governo di legittimare del tutto le unioni familiari omosessuali, oltre le possibilità già oggi offerte dai molto flessibili *Pacs*.

Si è in ogni caso lontani, nella sensibilità collettiva, dalla meraviglia ipocrita e perbenista rispetto al tema, di cui riferisce sul *Corriere della Sera* del 13 agosto 2012 Vittorio Messori. Cronista alla *Stampa*, nella Torino nei primi anni Settanta dello scorso secolo, aveva dovuto registrare le ironie dei colleghi (anche di quelli che oggi condannano l’omofobia, aggiunge con malizia il giornalista) alla sua proposta di dedicare un articolo al F.U.O.R.I., prima e ormai storica organizzazione degli omosessuali, che li faceva le sue prime uscite pubbliche sotto la guida del libraio Angelo Pezzana.

Fermiamoci qui, anche se potremmo continuare a lungo. Nella nostra “modernità liquida” – come è stata definita [Bauman] – tipi di rapporti finora regolati da tradizioni di cui nemmeno più si avvertivano i caratteri culturali e quindi storicamente condizionati sono ormai “esplosi” [Per un panorama complessivo, risalente, ma non troppo invecchiato, Roversi-Monaco, Varni e Bottari].



La tecnologia di cui oggi si dispone rende del resto percorribili (come si vede dal secondo esempio) opzioni esistenziali e palesa connessi dilemmi etici che fino a poco tempo fa avremmo potuto ascrivere soltanto alla rigogliosa fantasia di uno scrittore di fantascienza.

In particolare, è ormai aperta la strada a quella che un insigne civilista ha chiamato “la giuridificazione del *bios*” [Irti], anche se continua a non mancare chi tiene ferma una (sia pur rinnovata) base “giusnaturalistica” – per di più orientata in senso cristiano-cattolico – al fine dell’ancoraggio dei valori costituzionali, ritenuti in se stessi non autosufficienti [Lojodice, Razzano, Tondi Della Mura]. Esprime quest’ultimo indirizzo di ragionamento la nota idea che “lo Stato liberale secolarizzato vive di presupposti che non può garantire” [Böckenförde, sulla quale si legga anche la replica, tra gli altri, di Habermas, nonché, per un’analisi della discussione, Grassi].

Sono insomma oggi in questione identità di genere, stili di vita, scelte individuali e comunitarie che oltretutto una volta sarebbero rimaste intime, ma i nostri sono i tempi di Internet, dei *social networks* e di *twitter*.

## 2. *Dignità, differenze, non discriminazione e identità della persona sotto la lente del diritto*

La perdita dell’omogeneità socioculturale in Occidente e la conseguente crisi della *normatività* appaiono evidenti all’occhio del giurista, che del resto coglie segni di tale tendenza anche su altri piani, che non siano quelli degli *status* personali: si pensi soltanto ai conflitti economici tra Stati e tra questi e i mercati, oppure tra parti interne ai loro territori e/o coi rispettivi governi per l’allocazione di risorse scarse – anche, sebbene non solo, per la presenza in esse di minoranze linguistiche [Flick; D’Orsogna] – ovvero ancora ai contrasti sul se e come possano presentarsi nello spazio pubblico soggetti portatori di fedi – e di segni simbolici che in qualche modo le incorporano – differenti [Fra i molti, Mancini, Prisco].

Questa situazione investe dunque la condizione specifica di chi applica il diritto e che, in qualunque sua veste (avvocato, magistrato, notaio, funzionario amministrativo e via dicendo), è stato professionalmente formato per prevenire in astratto, o comunque allo scopo di mediare e risolvere in concreto, le dispute attorno a beni della vita. Gli si richiede insomma una prestazione d'ordine; ma che cosa e come fare, se i parametri di quest'ordine sono saltati? La verità è che i giuristi hanno nel loro DNA costitutivo un'ansia che è comune ai geometri, agli agrimensori, ai fotografi cui si chiedono foto "in posa": devono fissare e perimetrare prima di accingersi ad applicare la loro tecnica, l'*ars boni et aequi*. La vita però è fluida.

In un sistema economicamente, sul piano assiologico e dei poteri policentrico (cioè un sistema di sottosistemi, culturalmente pluralista), eguaglianza e differenze sono tra loro in tensione [Mazzarese]. Ci si è appunto chiesto quali siano – e come misurabili – «le disuguaglianze sostenibili nei sistemi multilivello» [Astone ed altri], ovvero «quanta disuguaglianza possiamo accettare?» [Arnsperger e Van Parijs].

Va considerato ai nostri fini che l'uguaglianza è un principio giuridico, ossia appunto *normativo*. Esso non descrive in altri termini la realtà – in cui non sono mai fungibili nemmeno due gemelli monozigoti, non identiche nemmeno le proverbiali due gocce d'acqua – ma la forza al "dover essere". Nessuna persona (e nessuna cosa) sono insomma *in fatto* perfettamente uguali in tutto ad un'altra simile, ma la ragione fondativa dello Stato costituzionale è precisamente che *tutte le persone devono essere uguali in qualcosa, di fronte alla legge*: questo è il principio dei principî, positivizzato, ma in primo luogo etico-politico.

Per quanto il moltiplicarsi delle differenze renda difficile riconoscere il punto di equilibrio del discorso del giurista, quello da cui esso si snoda e al quale ritorna, nondimeno questo esiste: l'uguaglianza è tale rispetto al riconoscimento a tutti e a ciascuno di un complesso di diritti e di doveri della persona e ancor più rispetto a quanto ne è il fondamento (al fondamento dei fondamenti, si potrebbe dire).

Mentre i primi sono in concreto da bilanciare, nella competizione in cui si vengono a trovare gli interessi contrapposti, in ragione del dinamismo dell'esperienza umana, non graduabile è la base comune in cui essi trovano radici: *tutte le persone hanno uguale – e non declinabile – dignità* [Tra i molti, Ruggeri - Spadaro, Bellocchi e Passaglia, curr., anche per la giurisprudenza costituzionale, Ferrajoli].

La storia della dignità umana coincide con l'evoluzione stessa della vicenda collettiva nel corso dei secoli e del pensiero critico su di essa, sicché non la ricorderemo qui.

Basterà solo rammentare le lotte, nello sviluppo ideale dell'Occidente, per il superamento dell'antica e poi medievale condizione schiavistica o servile, quelle per la successiva emancipazione del lavoro operaio dalla subordinazione al "padrone", l'affermarsi progressivo e non senza fatica del valore del dissenso di singoli e di minoranze organizzate, i drammi e gli avanzamenti dell'istanza per cui tutti dobbiamo potere coltivare (comunque la pensiamo al riguardo) le rispettive convinzioni circa la fede e siamo uguali qualunque sia il colore della nostra pelle, ovvero ancora la lingua che parliamo o l'etnia, o ancora il sesso che ci è proprio; in una sola espressione, rispetto a qualsivoglia «condizione personale e sociale» di partenza [Per illuminanti e proficui svolgimenti della problematica – anche per la giurisprudenza sviluppatasi nella nostra e in altre aree culturali – fra i molti e in ordine temporale crescente Spadaro; Pirozzoli; Grossi, Ceccherini (cur.), Alpa, Casseti, Politi, Ruotolo, Ridola].

Come è scritto proprio all'inizio dell'art. 3 della nostra Costituzione (1948), prima ancora che esso distingua tra uguaglianza formale e sostanziale (ma di questo si dirà poco oltre), «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale». Si tratta di una nozione tuttora poco esplorata ed erroneamente considerata retorica [Si veda invece per la riflessione originaria che la valorizza come clausola significativa ed autonoma Ferrara e ora Niccolai].

Il principio è da leggere in un contesto in cui si dichiarano la titolarità e l'esercizio della sovranità popolare (art.1), nonché il riconoscimento dei diritti inviolabili della persona, sia come singolo, sia

nelle formazioni sociali in cui si svolge tale sua personalità e si richiede l'adempimento dei «doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» (art. 2), oltre a vietare «ogni violenza fisica o morale sulle persone sottoposte a restrizioni di libertà» (art.13, c. 4°), a prescrivere che le pene criminali non consistano in «trattamenti contrari al senso di umanità», tant'è che anzi si impone che esse tendano «alla rieducazione del condannato» (art. 27, c. 3°), a preoccuparsi di vincolare altresì la legge a non invadere l'autodeterminazione dell'ammalato circa le cure mediche, non valicando comunque «i limiti imposti dal rispetto della persona» e garantendo in ogni caso «cure gratuite agli indigenti» (art. 32).

La Legge Fondamentale tedesca (ma si veda già la Costituzione di Weimar, 1919, art. 151, c.1°), dell'anno successivo alla nostra vigente è ancora più decisa, nella sua intenzione di sottolineare l'assolutezza (e dunque non la relativizzazione all'ambito sociale) del valore: Art. 1 «La dignità dell'uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla/ Il popolo tedesco riconosce gli inviolabili e inalienabili diritti dell'uomo come fondamento di ogni comunità umana, della pace e della giustizia nel mondo».

Essa ne ha ispirato altre più recenti (in Europa la Costituzione portoghese del 1976, art. 1 e quella spagnola del 1978, art. 10, c. 1°; fuori di essa quella sudafricana del 1996, art. 1, lettera a) e ha offerto, sul punto, la base – quale suo titolo I – per la Dichiarazione nizzarda dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000, oggi ricompresa come vincolante nel Trattato di Lisbona, all'interno di una concezione “stellare” (e non per marshalliane, successive “generazioni dei diritti”) dei valori, che hanno al centro comunque la persona e si articolano ulteriormente in profili nuovi.

Di fatto, pur essendo la fonte ultima di legittimazione degli ordinamenti, la dignità finisce per essere specificata dalla spesso problematica e oscillante, per i singoli casi, giurisprudenza delle Corti: quella di Giustizia dell'Unione Europea e, nel diritto interno, dalla Corte Costituzionale e dalla Cassazione [Monaco]

Sviluppiamo ora il discorso sull'eguaglianza, lasciato per un momento in sospeso. Il principio (letto nel suo complesso, cioè combinando entrambi i commi dell'art. 3 in cui è richiamato) mo-

stra bene le due facce, le non pretermittibili funzioni del diritto: la prima di tutela (per singoli e collettività) di diritti di cui essi già godono, la seconda di promozione del godimento di beni di cui possono mancare: come ha scritto, con bella immagine, una giovane giurista, «l'eguaglianza come scudo e l'eguaglianza come spada» [Barbera]

La giurisprudenza costituzionale e gli studiosi lo hanno letto come canone di "ragionevolezza", cioè di motivabilità e quindi giustificabilità logica delle sole distinzioni legalmente possibili. La legge uguale per tutti non implica infatti il medesimo trattamento di ciascuno, ma il dare ad ognuno il suo, trattando allo stesso modo le situazioni di fatto identiche e in modo differenziato quelle diverse, orientandosi peraltro al tempo stesso a ridurre le distanze sociali, in modo che ai "lavoratori" sia possibile la piena partecipazione alla vita del Paese.

Com'è stato rilevato, «il dibattito giuridico» più recente sul punto «si è soprattutto incentrato sulle modalità e gli strumenti più adatti a combattere le discriminazioni, tanto attraverso l'utilizzo di clausole di divieto di discriminazioni sempre più 's sofisticate', quanto attraverso il ricorso a... azioni positive», intendendo per tali «programmi volti a rimuovere le condizioni di minorità di certi gruppi di cittadini... in ragione di un particolare *status* preesistente», in quanto cioè «facenti parte di gruppi classicamente discriminati» [Tega; *amplius*, in precedenza, D'Aloia (a) e – nel medesimo volume del primo contributo (b), Ceccanti (b); per una ricostruzione storica del passaggio dalla giurisprudenza costituzionale interna a quella comunitaria, Pasotti].

Si è in sostanza alla presenza di piani di sensibilizzazione culturale e di azione politica, di intervento legislativo e amministrativo «di inclusione sociale», com'è stato scritto [Calafà, 2007 (b)].

Alla luce di tale assunto, si sono ad esempio modificati tra gli altri gli artt. 51, comma 1°, e 117, c. 7°, della Carta Costituzionale (rispettivamente con le leggi costituzionali 1/2003 e 3/2001) per favorire le pari opportunità tra uomini e donne nella rappresentanza politica, il che ha consentito di superare precedenti chiusure della giurisprudenza costituzionale e di dare avvio a clausole statutarie e

a misure di attuazione nella successiva legislazione regionale di ordine elettorale.

Ne è derivata una nuova giurisprudenza costituzionale (da ultimo, sent. 81/2012) e amministrativa (la decisione più recente è quella del Consiglio di Stato, sez. V, 3670/2012), tendente a sanzionare l'assenza o la presenza sperequata nelle giunte degli enti locali o regionali di assessori di sesso femminile. Per la diversa direzione analitica del presente scritto, si deve tuttavia rinviare chi desideri approfondire questo specifico profilo a recenti contributi di riflessione, il primo dei quali arricchito anche di materiali [D'Amico, Covino, Rodomonte].

Si tratta dunque di sviluppi contemporanei delle due direzioni dell'uguaglianza prima indicate: impedire differenziazioni irragionevoli (vale a dire appunto discriminazioni) tra le persone, nonché fare evolvere la non discriminazione in un'ottica riparatoria – al presente e per il futuro – di ingiustizie altrimenti patite oggi per l'appartenenza del soggetto interessato a gruppi storicamente esclusi dall'effettiva integrazione sociopolitica, mediante misure compensative, a mezzo di “discriminazioni a rovescio”, come vengono significativamente definite.

Per questa via, la ricca esperienza innanzitutto statunitense ha avviato quell'ordinamento giuridico – non senza laceranti dibattiti e conflitti – al superamento di storiche fratture, in primo luogo a favore delle donne, poi di cittadini *coloured* (neri, ma non solo), da ultimo delle persone di orientamento omo e transessuale. È quindi seguito il sempre più complesso monitoraggio e contrasto del fenomeno discriminatorio operato in sede europea e sistemato in opere di analisi e comunicazione dei risultati dei relativi organi [Una documentazione puntuale, infatti, è nel manuale richiamato in bibliografia].

Qui, l'art. 14 della Cedu (Carta Europea dei diritti dell'Uomo), sotto la rubrica *Divieto di discriminazione*, già disponeva che «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine na-

zionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione».

L'apparente assolutezza del dettato non riesce a nascondere una certa genericità rispetto all'evoluzione successiva e il riferimento di questo documento ai soli diritti da esso garantiti [Danisi (a)], nondimeno la prassi e la giurisprudenza di tale Corte (detta anche di Strasburgo, perché lì ha sede) ne hanno consentito un'intensa lettura evolutiva. Sull'applicazione del principio a motivo della tendenza sessuale si dirà in particolare oltre.

Riferendoci invece all'Unione Europea, tanto da parte di Commissione e Parlamento, quanto da parte della sua Corte di Giustizia, sono state in un primo tempo colpite ingiustificate restrizioni lesive – nelle legislazioni degli Stati aderenti – dell'uguaglianza per motivi di etnia, razza e sesso (a partire dalla Direttiva 200/43/CE), essenzialmente per ragioni di lavoro o previdenziali (Direttiva 200/78/CE), ovvero anche in ambito familiare. Entrambi gli atti normativi sono stati recepiti in Italia coi decreti legislativi 215 e 216 del 2003 ed ulteriormente ampliati dalla legge 101 del 2008. In seguito, la sensibilità comunitaria in materia si è estesa alle discriminazioni motivate dall'orientamento sessuale [Calafà (a), Bonini Baraldi (a)] e ha conosciuto sviluppi fino a tempi recentissimi, come anche in questo caso meglio si dirà oltre.

Questo processo si è dipanato sulla scorta dell'art. 141 del Trattato, che ha trovato svolgimento articolato e puntuale nell'art. 21 della Carta dei diritti di Nizza, laddove si fa derivare dall'uguaglianza (formale) il divieto di ogni forma di discriminazione di sesso, razza, estrazione sociale o origine etnica, religione o convinzioni, *handicap*, età od orientamento sessuale e contemporaneamente s'impone il rispetto di ogni diversità culturale, religiosa e linguistica e il diritto per tutti ad un pari trattamento e a pari opportunità in ogni settore della vita e del lavoro.

È peraltro oltremodo interessante notare che il modello più “forte” e completo di assunti di principio antidiscriminatori è contenuto in un documento concepito geograficamente lontano dalla Vecchia Europa, vale dire nell'art. 9 della Costituzione sudafricana, successiva all'*apartheid*, già ricordata e che si riporta integralmente

per la sua gravidanza: «Tutti sono eguali di fronte alla legge e hanno diritto ad eguale protezione ed eguali benefici da parte della legge./ L'eguaglianza include il pieno ed eguale godimento di tutti i diritti e di tutte le libertà. Al fine di promuovere il pieno conseguimento dell'eguaglianza, si possono intraprendere misure legislative o altre misure finalizzate alla protezione o alla promozione di individui o di categorie di individui svantaggiati a causa di ingiuste discriminazioni./ Lo Stato non può porre in essere, in via diretta o indiretta, ingiuste discriminazioni sulla base di uno o più motivi, tra cui razza, genere, sesso, maternità, stato civile, origini etniche o sociali, colore, orientamento sessuale, età, disabilità, religione, coscienza, credo, cultura, lingua o nascita./ Nessuno può ingiustamente discriminare altri direttamente o indirettamente sulla base di uno o più motivi di cui al comma 3. Leggi nazionali devono essere adottate allo scopo di prevenire e proibire ingiuste discriminazioni./ Le discriminazioni basate su di uno o più dei motivi indicati nel comma (3) sono considerate ingiuste fino a prova contraria» [Tega].

Pari dignità sociale di *ogni* persona, uguaglianza come non discriminazione nella vita di relazione e diritto all'identità personale (nel senso di cui subito si dirà) sono state così precisate quali premesse essenziali per continuare il discorso intrapreso.

L'ultima nozione, in particolare, si è formata progressivamente, componendosi nel tempo un quadro concettuale in cui il dibattito sui diritti della personalità ha compiuto, rispetto alla sua originaria struttura teorica, molta strada. La relativa problematica viene ancor oggi collocata all'incrocio tra tutela di alcuni tratti indicatori della persona (o, secondo altri, della sua natura ontologica unitaria e quindi di tutti i bisogni che essa manifestasse, anche al di fuori di ogni precedente elencazione puntuale) ed esigenze informative della società, attualmente pervasive anche per l'intensissima utilizzazione di nuovi *media* telematici [Per utili riepiloghi dello stato dell'arte nella dottrina e nella giurisprudenza civilistiche e una ricca bibliografia si vedano Pino, Finocchiaro, Raffiotta].

In recenti elaborazioni l'identità personale è stata tuttavia evolutivamente letta quale possibilità stessa del soggetto, ove egli lo voglia, di proiettare all'esterno il proprio intimo sé, nel senso – per



quanto riguarda l'oggetto specifico di questo lavoro – dell'«esigenza di vivere nella famiglia e nella società in modo corrispondente al sesso cui egli sente di appartenere» (le problematiche emerse hanno riguardato in particolare, anche se non soltanto, il transessualismo) [Rodotà, Stanzione, ancora – e molto fortemente – Rido-la]. Tale pretesa, va aggiunto, è azionabile nei confronti dei pubblici poteri, ma anche nei confronti di chi detenga poteri privati e ne faccia al riguardo un uso illegittimo.

Beninteso, come si è appena scritto, «ove il soggetto lo voglia». Infatti opportunamente, in relazione a un caso di *outing* a mezzo stampa sulle preferenze sessuali di un individuo, nolente l'interessato omosessuale, perché si assumeva che fosse stato effettuato dal giornalista in violazione dei noti principî posti dalla sua giurisprudenza in materia di rilevanza pubblica del dato, garanzia del contraddittorio nell'uso delle fonti, nonché completezza e continenza dell'informazione, la Cassazione ha confermato la condanna di merito agli atti, per violazione della *privacy* e per diffamazione (Sent. 30369/ 2012).

### 3. Famiglie e diritto dall'omogeneità al polimorfismo

L'altro tema sul quale occorre soffermare ora l'attenzione è quello della famiglia.

È evidente che affrontarlo in questa sede vuol dire compiere – per così dire – un “salto di qualità”, rispetto al discorso condotto finora: qualunque cosa sia, è evidente che essa non è semplicemente la somma algebrica di due (o di più, contando la prole) individui, ma contiene un *quid pluris* di relazionalità, interna e proiettata all'esterno. Se non si tiene conto di questo specifico sovrappiù – nel quale risiede la sua essenza permanente, oltre le forme storiche che assume di volta in volta – ricondurre al solo tema dell'uguaglianza quello delle unioni di fatto, eterosessuali o *same sex* [Si veda ad esempio, *ex plurimis*, Falletti] significa, com'è stato notato da un autore peraltro non chiuso a valutazioni del fenomeno che prendano atto dell'evoluzione dei costumi [D'Aloia, (c)], amputare la te-

matica di una dimensione essenziale, ai fini della corretta comprensione dei dati da osservare, del giudizio ultimo sugli stessi e del conseguente possibile orientamento di politica del diritto.

Contrariamente a quanto accade di solito per i testi giuridici, la Costituzione della Repubblica italiana la definisce, ispirandosi a quella irlandese del 1937 (ivi, art. 41: «Lo Stato riconosce la famiglia come il gruppo primordiale, naturale e fondamentale della Società, e come un'istituzione morale investita di diritti inalienabili e imprescrittibili, anteriori e superiori ad ogni legge positiva»).

Lo fa in particolare all'art. 29 (che sostanzialmente ricalca l'art. 119, c. 1°, della Costituzione di Weimar) nei termini che seguono: «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. /Il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare».

Gli articoli 30 e 31 (al precedente concatenati) dispongono a loro volta, il primo, che: «È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio./ Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti./ La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima./La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità» e il secondo che: «La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose./ Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo».

Ulteriori disposizioni nelle quali la famiglia è menzionata in modo diretto sono quelle degli artt. 36, laddove, stabilendo che il lavoratore va retribuito, si precisa che la retribuzione, oltretutto «proporzionata alla quantità e qualità del proprio lavoro», deve essere «in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa», nonché 37, che, dopo avere statuito per la donna lavoratrice «gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore», precisa che «le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essen-

ziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione».

Come fu rilevato già nei lavori dell'Assemblea Costituente, l'espressione «società naturale fondata sul matrimonio» è altamente problematica, al limite dell'ossimoro [Bergonzini (a), Bin, Pugiotto (a); *contra* Balduzzi (b)].

Lasciando da parte le letture di essa orientate in senso nettamente giusnaturalistico (cioè sulla base di una filosofia particolare, non da tutti accettata) – pur presenti nei lavori preparatori e in seguito ancora attestate in dottrina, ma oggi recessive – un largo consenso si ritrova nella constatazione che nella formula è quantomeno contenuta una presa d'atto del dato fisiologico di un nucleo di aggregazione umana spontanea, che preesiste alla sua costituzione giuridica esterna, sicché è in se stesso una cellula elementare di un ordinamento pre-statuale.

Agivano in tale direzione il ricordo e il rifiuto dell'appena abbattuto regime fascista, con le sue pretese funzionalizzatrici a logiche diverse da quelle poi costituzionalmente dichiarate (mutua solidarietà fra i coniugi, nonché generazione, allevamento e cura dei figli), che infatti condussero l'Assemblea a lasciar cadere iniziali propositi di tutela della famiglia che fossero orientati a proteggerla anche in vista del “benessere della Nazione”, o con espressioni simili, presenti invece negli analoghi testi weimariano e irlandese.

È interessante constatare – studiando l'intenso dibattito intrecciato in fase di formazione della disciplina – che questa «società naturale» non fu concepita, originariamente, come «fondata sul matrimonio»: la fusione in uno solo di due articoli preparatori distinti è più tarda e vede la convergenza del comunista Togliatti verso preoccupazioni democratico-cristiane (non però di Moro, più aperto nel senso del denominatore comune sopra richiamato). L'insistita richiesta di parte cattolica, infine, di definire inoltre il matrimonio come «indissolubile» non trovò accoglienza [Per ricostruzioni e discussioni, Balduzzi (b), Caporrella, Casavola, Casto].

Le apparenti aporie rilevabili nel testo trovano in ogni caso una possibile linea di composizione: l'eguaglianza dei coniugi (pur limitabile in ragione dell'unità dell'insieme) può essere assicurata – in

quanto dato non necessariamente spontaneo, ma come sopra si diceva normativo – solo nell’ambito e in ragione del ricondursi di questa naturale unione all’istituto matrimoniale. Quest’ultimo garantisce, se non la stabilità dell’unione medesima (il divorzio era all’epoca ben lontano dall’essere introdotto, ma esisteva già la – sia pur teorica e perlopiù non conveniente alle mogli, per quanto si osserva immediatamente oltre – possibilità di separazione legale), il superamento del modello patriarcale e gerarchico di impronta romanistica, transitato poi in molti codici civili europei, come anche nel nostro dell’epoca unitaria, cioè il codice Pisanelli, del 1865, seguito poi nel 1942 dal codice Rocco, canto del cigno – ma certo sforzo poderoso – del regime fascista ormai morente e che era appunto quello da poco vigente nel 1948 [Per una recente ricostruzione storica sul punto Garlati].

Beninteso, tale modello sopravvisse a lungo *contra Constitutionem*, in un quadro legislativo ordinario che puniva in modo diverso e più blandamente l’adulterio maschile rispetto a quello femminile, conosceva l’istituto della dote e la persistenza di forme, pur attenuate rispetto al passato, di *manus maritalis*, criminalizzava l’interruzione volontaria della gravidanza, non conosceva – come si è ricordato – il divorzio e in presenza di un assetto sociale caratterizzato da evidenti disparità in danno del sesso femminile. Occorrerà attendere il nuovo diritto di famiglia, nel 1975, per vedere la legislazione ordinaria ricondotta ad un quadro non troppo stridente coi principi della Carta fondamentale.

Da lì in seguito si registra un’esplosione di forme familiari, conseguente all’ormai conclamato “pluralismo delle morali” e coperta (per quanto ci riguarda più da vicino) dai documenti normativi di base del Vecchio Continente, via via evolutivamente interpretati [Manetti].

I legislatori di molti Stati e gli organi sovranazionali dell’Unione, nonché le Corti di Giustizia e della Cedu, hanno più o meno prontamente registrato il mutamento antropologico e sociale nella forma alternativa di legittimazioni di unioni di fatto etero e/o omosessuali, come i *Pacs* francesi, ovvero (in minor misura quantitativa) allargando il *nomen* “matrimonio” a forme di convivenza

stabile anche non caratterizzate dalla diversità sessuale tra i suoi componenti, come in Olanda e in Spagna [Per panorami esaurienti, seppure di volta in volta aggiornati ad epoca diversa, si vedano in ordine cronologico Vari, in un contesto di difesa della (mancata) soluzione accolta nel nostro Paese, Ceccanti (a), Passaglia (cur.), esteso anche oltre quanto si evince dal titolo dello scritto, Sabato].

Il Parlamento italiano si è invece mostrato – nella sola compagnia della Grecia e di alcuni Stati dell’Europa orientale – assai restio ad intervenire in merito, non avendo sinora avuto buona sorte proposte di istituti in tal senso, comunque denominati (in acronimo *Dico, DiDoRe, Cus*), né altre, propense a percorrere la strada civilistica dell’allargamento di diritti dei singoli componenti di una coppia, comunque formata [Balduzzi (a), Mazzarella, E. Rossi; sul piano della dogmatica privatistica e delle diverse soluzioni straniere, sempre di carattere non pubblicistico, *ex plurimis* Tommasini].

È stato dunque giocoforza affidarsi da noi all’opera interpretativa ed integratrice della dottrina giuridica e alla supplezza della giurisprudenza [Per quella costituzionale S. Rossi].

Un certo numero di enti locali – per prima La Spezia, da ultimi i Comuni di Napoli e Milano [Notizie in Winkler – Strazio, quindi aggiornamenti nei siti *web* dei gruppi interessati]– ha inoltre assunto in tempi recenti l’iniziativa di istituire “registri” in cui annotare l’esistenza di coppie di fatto, etero od omosessuali. *Il Mattino* di Napoli del 19 agosto 2012 dà inoltre notizia dell’istituzione di una Consulta cittadina per i diritti delle persone con orientamento *Lgbt*, con intenti di intervento antidiscriminatorio nelle politiche pubbliche e per affermare l’esigenza di loro “quote” di rappresentanza politica negli organi istituzionali, sul modello delle “quote rosa”. In precedenza, dichiarazioni programmatiche ad esse favorevoli avevano altresì trovato ingresso – ad esempio ai fini dell’immissione nelle graduatorie per l’assegnazione di case popolari – negli assunti assiologici dei cosiddetti «statuti regionali di seconda generazione» [D’Atena]. Ulteriori interventi normativi di attuazione sono stati quindi assunte da singole Regioni [Danisi (b)]

4. *Matrimonio e unioni tra persone dello stesso sesso in due recenti sentenze, tra Corte Costituzionale e Corte di Cassazione*

Posto il quadro tratteggiato sopra a grandi linee, sarà di seguito sviluppata qualche considerazione relativa a due noti “arresti” di autorità chiamate entrambe a rendere giustizia e che nel rispettivo ambito di competenze sono decisori finali di una controversia.

Le pronunzie da valutare in materia sono, rispettivamente, quella più recente della Corte Costituzionale, che resta ancorata alla tradizione, sia pur con aperture e quella ad essa successiva della Corte di Cassazione (innovativa nel percorso argomentativo e per le possibili conseguenze, se non nelle conclusioni di merito). Questo esame aiuterà a ricostruire conclusivamente un possibile e realistico quadro generale – ad avviso di chi scrive – dello stato dell’arte relativo al diritto delle convivenze familiari che reclamano tutela oggi in Italia.

Le premesse di fatto delle vicende oggetto di contenzioso giudiziario procedono da situazioni sviluppatesi entrambe nell’ambito dell’assetto normativo dello stato civile.

Coppie di persone omosessuali chiedono di accedere a pubblicazioni matrimoniali, o – nella seconda fattispecie – alla trascrizione all’anagrafe (necessaria fare conseguire effetti nel nostro diritto interno) dell’atto di un matrimonio contratto in Olanda, vale a dire in un Paese il cui ordinamento consente tale negozio giuridico (dunque, non semplicemente un *Pacs* alla francese o un’*Eingetragene Lebenspartnerschaft*, cioè un’unione registrata alla tedesca, in questo secondo caso e a differenza del primo possibile solo tra persone omosessuali).

Al rifiuto dell’ufficiale di stato civile di adempiere a quanto richiestogli, motivato dall’assenza di una diversità di sesso tra gli istanti – requisito non formalmente richiesto dalla legge italiana, ma finora sempre postulato come necessario – lo impugnano davanti all’autorità giudiziaria.

A questo punto, le strade (e le strategie processuali scelte) si divaricano: in un caso la questione della legittimità di questa esclusione finisce davanti alla Consulta (ed è particolarmente elaborata,

al riguardo, l'ordinanza di rimessione – cioè l'atto formale attraverso il quale si espone ad essa e si argomenta in diritto il dubbio sulla costituzionalità di uno o più norme di legge ordinaria – del Tribunale di Venezia). Nell'altro – esauriti per gli attori i gradi di merito – viene attivato il giudizio (che è solo di legittimità) della Suprema Corte.

Al netto di *technicalities*, che nel presente contributo sarebbero ultronee, la Corte Costituzionale (sentenza 138/2010) dichiara la questione, presentata impugnando varie disposizioni codicistiche ed invocando diversi parametri sovraordinati dei quali si assumeva la violazione, in parte inammissibile e in parte infondata. In sostanza e al dunque, una risalente (e di più: plurisecolare e consolidata) tradizione storica impedirebbe di ritenere che l'art. 29 comprenda anche il paradigma omosessuale del matrimonio, mentre i diritti delle persone omosessuali a fare coppia potrebbero ben essere garantiti dal legislatore – benché nei modi e nei tempi che esso soltanto decidesse come e quando opportuni – attraverso la via della tutela di formazioni sociali meritevoli di garanzia, *ex art. 2* della Carta Costituzionale [Chiassoni, Criscuolo, Massa Pinto (a), Massa Pinto – Tripodina, Pugiotto (b); l'interesse del secondo scritto ricordato sta, in particolare, nella circostanza che l'autore è stato il relatore e redattore della sentenza].

La Corte di Cassazione, chiamata dal suo canto a pronunciarsi – come si anticipava – sulla legittimità di rifiutare la trascrizione di un matrimonio omosessuale contratto in un Paese il cui diritto lo permette, conferma la legittimità dell'operato dell'ufficiale di stato civile e del sindaco, quale ufficiale di governo e quindi responsabile locale ultimo della corretta tenuta dei registri anagrafici, del comune di residenza degli interessati (per la cronaca Latina). Osterebbero infatti ad accogliere la richiesta, allo stato, motivi di ordine pubblico che l'ordinamento interno è libero di ritenere esistenti, benché non li consideri tali la Cedu.

Avendo già richiamato sopra l'art. 14 di quest'ultima, diamo di seguito il testo delle altre due disposizioni di principio che, nel loro combinato disposto, si assumevano violate, qui e in un caso molto simile, che di quello venuto a cognizione della suprema Corte ita-

liana costituisce l'invocato precedente, cioè *Schalck e Kopf contro Austria*, anch'esso deciso nel 2010 [Per commenti si vedano Ragni e Sabato, che segnala somiglianze e differenze tra la sentenza della Corte Costituzionale e questa, oltreché diversità tra le traduzioni della Convenzione nelle versioni inglese francese, quest'ultimo più restrittiva], solo che – nelle more della decisione – lo Stato dei ricorrenti aveva in quell'ipotesi approvato una legge sulle coppie di fatto anche *same-sex* della quale essi non intendevano però comunque avvalersi, mirando proprio alla trascrizione del matrimonio.

L'art. 8 della Cedu è intitolato al *Diritto al rispetto della vita privata e familiare* e così recita: «Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza./ Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del Paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui». L'art 12, a sua volta, in punto di *Diritto al matrimonio*, stabilisce che «Uomini e donne in età adatta hanno diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto» (in termini sostanzialmente analoghi si esprime l'art. 9 della Carta di Nizza).

Orbene, la sentenza della Cassazione (n. 4184 /2012) rileva dunque che il sistema della Cedu consente a famiglie composte da persone di identico sesso di formarsi (la particella "e" del testo viene cioè interpretata quale disgiuntiva) e faculterebbe quindi i legislatori nazionali a tutelare legalmente l'assetto da loro dato in questi termini alla vita personale, ciò che *allo stato* non è possibile in Italia.

La diversità di sfumature interpretative è sottile, ma evidente. Nel caso della Consulta, una ricostruzione del dettato costituzionale ispirata all'*original intent* del Costituente nega che un negozio giuridico matrimoniale fra omosessuali esista e che possa esserlo anche a seguito di future e divergenti scelte del legislatore ordinario. Nella lettura appena riportata, invece, il negozio c'è ed è valido



nell'ordinamento ai sensi del quale è stato concluso, ma (contingenti e dunque in teoria rivedibili) opzioni sempre del medesimo legislatore interno ne impediscono in Italia la produzione degli effetti richiesti.

La reale portata della sentenza della Cassazione, al di là dell'enfasi e di fraintendimenti più o meno interessati, è di compiere un passo ulteriore rispetto alla Consulta, per altro verso confermandone però in sostanza l'impianto. Ai sensi della Cedu, alla quale anche il nostro Paese aderisce, non è inibito al legislatore – si ripete – di qualificare quella di una coppia omosessuale come «vita familiare» [Schuster, con ulteriori indicazioni di giurisprudenza recente della Corte di Strasburgo].

Si noti che intanto la coeva risoluzione del Parlamento europeo 2011/2244 del 13 marzo 2012, per ora l'ultima in tema di parità tra uomo e donna, censurava in un passaggio anche gli ostacoli permanenti relativi ad unioni tra persone del medesimo sesso in taluni ordinamenti nazionali dell'Unione Europea, invitando gli Stati che le compiono a rimuoverle. Testualmente, si esprime in essa «rammarico» per l'«adozione da parte di alcuni Stati membri di definizioni restrittive di 'famiglia' con lo scopo di negare la tutela giuridica alle coppie dello stesso sesso e ai loro figli» e si «ricorda che il diritto dell'UE viene applicato senza discriminazione sulla base di sesso o orientamento sessuale, in conformità della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea».

L'Europa assedia dunque – in tema di diritto familiare – l'Italia, ma del resto ne aveva riconosciuto e al tempo stesso circoscritto la sovranità di decisione anche a proposito della controversa esposizione nelle scuole del simbolo del crocefisso (da ultimo: *Lautsi contro Italia*, Grande Chambre Cedu, 18 marzo 2011) e questo deriva indubbiamente da letture e accentuazioni diverse di tradizioni storiche, pur largamente comuni, di “famiglia” e “parentela” [Riepiloghi sociologici e di antropologia culturale in Barbagli e in Kuper].

Devono dunque coordinarsi i dati complessivamente oggi disponibili sul tema qui trattato, al fine di non fare ad essi violenza, esplicitandone però al tempo stesso la portata evolutiva, potendosi al più tendere insomma l'elastico del testo fino al punto di rottura,

per adattarlo al contesto che varia e così abbracciarlo, ma arrestandosi prima di incorrervi [L'immagine è di Ruggeri], per non restare fermi a interpretazioni pietrificate alla lettera dell'ordinamento giuridico, che invece muta in rapporto al cambiamento del contesto sociale sottostante.

Può allora osservarsi come sia indubbio che la parola "famiglia" venga introdotta nell'art. 29 della Carta Costituzionale e sia qui connessa al matrimonio, ma che d'altro canto già in precedenza la giurisprudenza costituzionale italiana aveva ritenuto la famiglia medesima come una *species* tipizzata delle più generali "formazioni sociali" di cui all'art. 2 della Carta Costituzionale, sia pure per ribadire la differenza di principio e anche la legittimità di sviluppi giuridici diversi tra le due situazioni della unione legittima e di quella eterosessuale di fatto, salvo eccezioni (si veda ad esempio la sentenza 166/ 1998, ripresa sul punto da quella 7/ 2010).

Può ritenersi perciò allo stato non illogico, né arduo, asserire che la Costituzione italiana conosce due tipi generali di famiglie: quella fondata sul matrimonio e quella che su tale istituto giuridico non vuole o non può fondarsi [Mondello], sotto alcuni profili sostanziali omogenee e per altri versi no.

Sostenere peraltro che estendere le caratteristiche di fondo della prima alla seconda sarebbe illegittimo, perché questo equivarrebbe ad attribuire anche ad essa diritti e responsabilità che la coppia che vi dà vita non ha invece voluto assumersi e quindi coartarne la libertà, come ritiene invece la prima delle due sentenze appena richiamate, ad avviso di chi scrive prova troppo. Non sempre una coppia di fatto non intende sposarsi per esercizio di libertà. Talora essa semplicemente non può, per vincoli giuridici precedentemente non sciolti, insomma non disponibili alla scelta individuale (questo è poi certamente il caso dell'unione fra persone dell'identico sesso, alle quali non residua alcuna scelta), ma "famiglia" resta, nella coscienza dei componenti e nell'ormai matura valutazione sociale: lo è per reciproca *adfectio* tra i componenti, lo è nei confronti dei figli che in essa fossero presenti.

Il dato della stabilità assicurata dalla famiglia fondata sul matrimonio non può essere dirimente, né sopravvalutato, laddove il

sistema conosca l'istituto del divorzio, né può esserlo il richiamo dell'art. 29 all'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi e all'educazione della prole in una convivenza eterosessuale, atteso che la convivenza *ex art. 2* non può intendersi come – in ipotesi – negatrice dell'eguaglianza tra i *partners di* una unione di fatto, né come declinatrice o attentatrice verso i doveri inderogabili di solidarietà da osservarsi al suo interno, dall'ultima disposizione espressamente richiamati.

Entrambi i tipi sono cioè aggregati sociali elementari, meritevoli di tutela giuridica in vista dello sviluppo delle persone che li compongono.

Da ultimo – se maturerà presto, come prevedibile, l'opzione legislativa oggi approvata pressoché all'unanimità dal Senato della Repubblica (A.S. 2805), dopo avere ricevuto analogo, ampio consenso alla Camera dei Deputati, ma in un testo oggi emendato – ogni significativa differenza tra figli legittimi e figli (soltanto) “naturali” non avrà ulteriore ragione d'essere, con intuibili e civili conseguenze sul diritto ereditario (allo stato, i figli di una famiglia di fatto non hanno giuridicamente ascendenti, né collaterali) e sull'autorità giudiziaria competente a conoscerne le vicende: varie proposte di legge puntano del resto ad istituire un “Tribunale” specializzato ed unico per la famiglia.

Si registra insomma da tempo una doppia dinamica, come si è acutamente rilevato: «Le riforme della legislazione familiare hanno... complessivamente segnato, per un verso, una considerevole *degiuridificazione nella sfera delle relazioni personali tra i coniugi*, per altro verso, la conferma e talora l'accentuazione del vincolo legale e dell'intervento dello Stato in quegli altri ambiti del rapporto che, per esigenze di tutela degli interessi relativi ai figli o al *partner* economicamente più debole, obiettivamente reclamano la garanzia della legge. A questo fenomeno si contrappone la tendenza ad una progressiva *giuridificazione della famiglia di fatto* in questi stessi ambiti. Si evidenziano in sostanza, con riferimento alle convivenze extramatrimoniali, quelle medesime esigenze di organizzazione e regolamentazione proprie della comunità familiare che impongono di ricercare, sul piano ordinante del diritto, peculiari modalità di

mediazione tra libertà e autonomia, da un lato, e responsabilità e garanzia dall'altro» L'autore continua, osservando che «il paradosso che sembra derivarne è solo apparente, in quanto il recupero di una logica unitaria si può rinvenire nella accentuazione dei profili della solidarietà sociale, in virtù della quale questi processi esprimono linee di tendenza convergenti, costituendo una diretta ed immediata conseguenza del pluralismo ideologico e culturale del nostro ordinamento. L'esame della realtà odierna evidenzia non tanto una perdita di centralità dello Stato, quanto il venir meno di quel suo carattere di fonte esclusiva di produzione giuridica, conseguenza inevitabile delle complesse disarticolazioni di una società pluralistica» [Tommasini; i corsivi sono nostri].

Famiglia fondata sul matrimonio e famiglia eterosessuale che non lo è tendono insomma ormai (almeno nella sfera dei rapporti personali e grazie alla giurisprudenza, nonché a sporadici e disorganici interventi legislativi per singoli aspetti) a convergere, nella disciplina giuridica di una sorta di "base comune", che deriva dal personalismo e dal solidarismo come valori di fondo del sistema costituzionale e da fenomeni di auto-normazione delle comunità umane tipiche di una società complessa e quindi, occorre specificare, aperta ad influenze normative sovranazionali e a integrazioni di disciplina, tanto da parte delle autonomie territoriali, quanto sul piano delle convenzioni privatistiche. Detto in termini diversi, che peraltro riprendono la metafora baumaniana richiamata in generale all'inizio, correttamente si è parlato di "naturale liquidità della struttura della famiglia" [Conti].

Quanto alle unioni omosessuali, la stessa ricerca di una legittimazione matrimoniale da parte (di un segmento) dell'universo *Lgbt*, laddove nei rapporti di coppia fra persone eterosessuali è da tempo chiaramente registrabile una "fuga dal matrimonio", palesa invece la persistente debolezza ed episodicità delle tutele personali e patrimonialistiche in danno di questa specifica variante delle unioni di fatto [fra i molti, in senso favorevole al paradigma matrimoniale *same sex*, Bonini Baraldi (b)].

La circostanza che una famiglia fondata sul matrimonio sia normalmente preordinata alla procreazione – rispetto alla diversa

situazione delle unioni dell'ultimo tipo che si è richiamato, di per se stesse sterili [Palazzani] – è d'altra parte indubbia; ma urta nell'odierno contesto contro le possibilità tecnologiche cui ci si riferiva all'inizio di questo scritto (comunque esse vogliano giudicarsi), oltre che col dato di esperienza per cui si danno famiglie eterosessuali in ambito matrimoniale che restano (per volontà o per accidente) sterili esse pure, alcune delle quali si determinano poi all'adozione.

Qui peraltro il giurista è stretto tra due ordini di dati, che in quanto egli rimanga tale gli sfuggono e a cui non gli resta perciò che prestare ascolto: l'attestata diffusione di realtà fenomeniche di esperienze omogenitoriali e le conclusioni (se pure ve ne fossero di certe) della psicologia dello sviluppo in ordine all'eventuale maggiore opportunità, per la costruzione armonica della persona in fase di prima formazione, dell'unione eterosessuale, anche in relazione agli atteggiamenti diffusi nella collettività [D'Aloia (c)]. Di essi occorrerà pertanto tenere conto con equilibrio, sebbene non assecondando omofobia e pregiudizi [Su tali aspetti, Nussbaum, Lingiardi, Vassallo; sulle esperienze omogenitoriali, una discussione che documenta i primi e difende le seconde in Winkler - Strazio], giacché anche attraverso la scuola e in altre sedi extrafamiliari si strutturano la percezione del sé e quindi la personalità di un bambino, che non può essere fatto sentire "diverso". Sul punto è decisiva la maturazione, nel tempo e dunque lungo un processo non breve, della comunità in cui si svolge la vita di relazione del minore.

Fuori dal tema specifico di queste pagine, ma sempre in relazione all'omofobia e per completezza di informazione sull'orientamento attuale del Parlamento italiano, nel maggio 2009 la Camera dei Deputati ha respinto una proposta di legge tendente a introdurre una figura autonoma di reato di omofobia e nel luglio 2011 quella di introdurre nell'art. 61 c. p. un'aggravante specifica per reati commessi "in ragione della disabilità, del sesso, dell'età, della omosessualità o della transessualità della persona offesa" In entrambi i casi è stata invece approvata una contraria pregiudiziale di costituzionalità. Nel dibattito parlamentare era stata sollevata infatti la perplessità che in tal modo si sarebbe introdotta una sorta di di-

scriminazione tra i possibili discriminati (e cioè nei confronti di altri soggetti deboli non contemplati, come ad esempio malati e *homeless*), in assunta violazione degli artt. 3 e 25, c. 1°, sulla tassatività delle fattispecie incriminatrici, della Carta Costituzionale (le informazioni particolareggiate sono reperibili sul sito della Camera dei Deputati, digitando il lemma *omofobia*).

##### 5. *Qualche considerazione conclusiva*

Come che sia, che si voglia cioè essere in materia prudenti o più possibilisti, la situazione italiana chiama al proscenio, come si è detto con immagine efficace, “un convitato di pietra” [Bergonzini (b)].

Quella del nostro Paese appare cioè al momento come pressoché l’unica via nazionale ai (nuovi) diritti civili in cui gli interrogativi aperti e le istanze di taluni cittadini, in ordine alla bioetica, quindi alla corporeità in senso ampio (basti pensare ai casi Welby ed Englaro), si risolvono in modo che la giurisprudenza assuma non solo il ruolo di battistrada, il che è un’evenienza in fondo normale, ma – ben di più – quello di unico esploratore di una foresta intricata. Il legislatore, pur da più parti sollecitato, continua cioè a latitare [Massa Pinto (b)].

Questa situazione rimanda peraltro ad una valutazione del dibattito pubblico sulle questioni in gioco. Non può certo dirsi che in Italia esso sia mancato. Ove si consideri il numero delle inchieste giornalistiche, dei libri, dei saggi e dei convegni anche recenti in argomento, non sarebbe intellettualmente onesto sostenerlo.

Né l’irrisolutezza della classe politica nel risolvere dilemmi in materie controverse può ritenersi solo caratteristica esclusiva della nostra, allargando lo sguardo ad altri temi.

Nel momento in cui questo lavoro veniva consegnato per la stampa, ad esempio, la Germania attendeva dalla propria Corte Costituzionale e poi dalla Corte di Giustizia, adita da intellettuali ed accademici “euroscettici”, una decisione su ricorsi pendenti presso tali Corti a proposito della legittimità costituzionale di dispositivi finanziari come l’*European Stability Mechanism* e il *Fiscal Compact*,

la cui istituzione sarebbe stata per i ricorrenti sottratta in linea di principio ai Parlamenti nazionali, ancorché quello berlinese l'avesse approvata con la prescritta maggioranza qualificata. Dall'esito di tali giudizi faceva dipendere (o quantomeno si riteneva fortemente condizionato) l'ulteriore percorso della costruzione istituzionale europea, con la salvezza della sua moneta comune. La sentenza è stata poi resa (*BundesVerfassungsgericht*, cioè Tribunale Costituzionale federale, 12 settembre 2012, n. 67), in modo da consentire un via libera al Fondo, sebbene condizionando l'eventuale suo approvvigionamento ulteriore – rispetto alla dotazione inizialmente prevista di centonovanta miliardi di euro – all'approvazione delle Camere che compongono il Parlamento tedesco [De Petris, Di Martino].

È cioè possibile che la riluttanza e la neghittosità dei decisori politici sia il frutto una strategia adottata per minimizzare i costi elettorali (comunque notevoli) del complesso dei problemi sul tappeto: rovesciare sulla sede tecnica, apparentemente neutrale, il peso di sciogliere nodi in un modo che – comunque vada a finire la vicenda – sconterà una certa dose di impopolarità, salvando l'irresponsabilità politica dei rappresentanti eletti sul tema controverso.

Può darsi che sulle decisioni di fine vita le scarse norme pur esistenti nel codice penale e in quelli deontologici degli operatori professionali coinvolti bastino al riguardo, considerando che una legge eticamente impegnativa imporrebbe comunque a qualcuno opzioni che non condividesse e valutata positivamente la maggiore plasticità della giurisprudenza nell'aderire ai singoli e sempre diversi casi: il *common law* presenta in proposito vantaggi di sistema.

Nell'ambito del diritto di famiglia – e quindi ad esempio anche contrattuale e successorio – non è però auspicabile che assemblee rappresentative consapevolmente scelgano di eludere ancora compiti regolativi, imponendosi sulla fin qui seguita “tolleranza (*in realtà*) repressiva” prevalenti e palesi esigenze di certezza e stabilità dell'ordinamento di settore.

Tra i padri del liberalismo giuridico, Beccaria riteneva opportuno lasciare la «greca libidine» (anche per la difficoltà, altrimenti, di provarla in giudizio) alla sfera del lecito giuridico. Lo stesso pensava Bentham. Il politico bresciano Giuseppe Zanardelli (appunto

un liberale, che affidò pochi anni dopo al senatore Giorgio Arco-  
leo, costituzionalista siciliano di cattedra napoletana, di redigere  
anche un progetto di legge sul divorzio rimasto privo di esito) nota-  
va nel 1899, presentando la relazione al suo progetto di riforma del  
codice penale, che in questo caso «riesce più utile l'ignoranza del  
vizio che non sia per giovare al pubblico esempio la cognizione del-  
le pene che lo reprimono». Il legislatore penale non doveva insom-  
ma fare altro che tollerare, bastando la Chiesa cattolica a darsi cari-  
co del costume [Winkler – Stazio, su cui si veda anche la recensio-  
ne di Dolcini].

Quello odierno è insomma, come allora, un atteggiamento di  
«elegante repressione» *per silentium?* [Bolognini]. Probabilmente  
questo aspetto è tipico (in questo come in altri campi) della nostra  
prevalente cultura nazionale diffusa, ma è tuttavia realistico preve-  
dere che non potrà essere ulteriormente mantenuto a lungo.

Quando e come se ne uscirà da parte del legislatore, tuttavia, è  
interrogativo da lasciare all'evoluzione dei tempi, consapevoli peral-  
tro che - nell'epoca del pluralismo e del relativismo delle morali - la  
Chiesa di Roma, in cui del resto non manca un dibattito in argo-  
mento [Si vedano ad esempio, per contrapposte posizioni, Rodrí-  
guez Luño, che illustra la tesi ufficiale della Congregazione della  
Dottrina della Fede e *Aggiornamenti Sociali*] non è più l'unica  
agenzia di formazione etica delle coscienze e l'unica custode auto-  
rizzata di una «millenaria tradizione», la cui attuale cogenza cultu-  
rale è in realtà messa in dubbio.

Del resto, in un'età di trasformazioni profonde, l'unico modo  
lungimirante per salvaguardare un deposito di concezioni che si  
abbia in animo di conservare nel nucleo fondante è quello di sapere  
al tempo stesso che cosa si può davvero portare nel futuro e che co-  
sa invece va abbandonato alle discussioni degli storici e alle nostal-  
gie del passato che non ritorna [Il complesso delle discussioni, nelle  
diverse voci e posizioni, può essere utilmente seguito attraverso i  
volumi collettanei – richiamati in appendice e ai quali si rimanda –  
“*Amore che vieni, amore che vai*”, *La «società naturale» e i suoi  
“nemici”*, *Unioni e matrinoni same-sex*].



Detto in termini diversi: le resistenze strenue (come il sonno della ragione) producono solo mostri. *Hic Rhodus, hic salta*.

### *Bibliografia richiamata*

G. ALPA, *Dignità personale e diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, I, 43 ss.; “*Amore che vieni, amore che vai*”. *Unioni omosessuali e giurisprudenza costituzionale*. Atti del Seminario del 25 maggio 2010 all’Università di Napoli Federico II, a cura di S. Prisco, Napoli, 2012; C. ARNSPERGER - P. VAN PARIJS, *Quanta disuguaglianza possiamo accettare?*, trad. it., Bologna, 2010; R. BALDUZZI, *Il d.d.l. sui diritti e i doveri delle persone stabilmente conviventi: modello originale o escamotage compromissorio?* in *Quad. Reg.*, 1-2/2007, in memoria di Fausto Cuocolo, 39 ss. (a); ID., *Introduzione*, in *Famiglie e rapporti di convivenza tra costituzione e legislazione ordinaria*, a cura dello stesso e di I. Savo, Roma, 2007, 7 ss. (b); M. BARBAGLI, voci *Famiglia (Sociologia)* e *Matrimonio*, in *Encl. Scienze Sociali*, Roma, rispettivamente III, 1993, 767 ss. e V, 1996, 582 ss.; M. BARBERA, *L’eguaglianza come scudo e l’eguaglianza come spada*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2002, I, 805 ss.; Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, trad. it., Roma - Bari, 2003; C. BERGONZINI, *Artt. 29/31*, in *Commentario breve alla Costituzione*, 2<sup>a</sup> ed., a cura di S. Bartole - R. Bin, Padova, 2008, 302 ss. (a); ID., *Il convitato di pietra: la posizione del Parlamento sulle unioni omosessuali*, in *La «società naturale» e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*. Atti del Seminario di *Amicus Curiae*, Ferrara, 26 febbraio 2010, a cura di R. Bin. G. Brunelli - A. Guazzarotti - A. Pugiotto - P. Veronesi, Torino, 2010, 35 ss. (b); R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium Iuris*, 10/2000, 1066 ss.; E -W. BÖCKENFÖRDE, *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione*, Brescia, 2006, 68; S. BOLOGNINI, *Diritto e omosessualità tra Ottocento e a Seconda guerra mondiale*, in *Le unioni tra persone dello stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario e comparato*, a cura di D. Bilotta, Milano - Udine, 2008, 41 ss.; M. BONINI BARALDI, *Politiche pubbliche e vita privata: la discriminazione basata sull’orientamento sessuale*, in *Lessico delle discriminazioni: tra società, diritto e istituzioni*, a cura di Th. Casadei, Reggio Emilia, 2008, 139 ss. (a); ID., *La famiglia de-genera. Matrimonio, omosessualità e Costituzione*,

Milano - Udine, 2010 (b); L. CALAFÀ, *Le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, a cura di M. Barbera, Milano, 2007, 171 ss. (a); ID., *Nuovi modelli di azioni positive nell'attuazione delle politiche di antidiscriminazione razziale ed etnica*. Presidenza del Consiglio dei Ministri. Dipartimento per i Diritti e le Pari Opportunità. Ufficio Nazionale Antidiscriminazione Razziale, Roma, gennaio 2007, in *www.labdi.it* (b); V. CAPORRELLA, *La famiglia nella Costituzione italiana. La genesi dell'articolo 29 e il dibattito della Costituente*, in *Fare e disfare famiglia, Dossier*, in *www.storicamente.org*, 6/2010; F. P. CASAVOLA, *Famiglia e diritti*. Relazione alla Conferenza Nazionale della Famiglia, Firenze, 24 - 26 maggio 2007, in *Riv. studi fam.*, 2/2007, 8 ss.; P. CASTO, *La famiglia fra la Costituzione e i cambiamenti della società*, in *Segni e Comprensione*, 66/2008, 115 ss.; L. CASSETTI, *Il diritto di "vivere con dignità" nella giurisprudenza della Corte Interamericana dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, cit, I, 645 ss.; S. CECCANTI, *Costituzioni, famiglie, convivenze in Europa*, in *www.federalismi.it*, 7/2006 (a); ID., *Azioni positive (diritto comparato)*, in *Il Diritto. Enciclopedia Giuridica del Sole 24 Ore*, 2, Milano, 2007, 375 ss. (b); P. CHIASSONI, *La grande elusione: Tecnica e cultura nella giurisprudenza sul matrimonio omosessuale*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, cit, I, 863 ss.; G. L. CONTI, *La struttura naturalmente liquida della famiglia*, in *La «società naturale» e i suoi "nemici"*, cit., 65 ss.; F. COVINO, *La natura precettiva del principio del riequilibrio dei sessi nella rappresentanza politica*, in *Rivista AIC*, 3/2012, al sito *www.associazionedeicostituzionalisti.it*; A. CRISCUOLO, *Famiglia legittima, figli naturali, adozioni e rapporti di fatto*, Palazzo della Consulta, intervento all'incontro trilaterale della Corte costituzionale italiana con i Tribunali costituzionali della Spagna e del Portogallo, Roma, Palazzo della Consulta, 8 ottobre 2010, in *www.cortecostituzionale.it/Documentazione*; A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002 (a); ID., *Discriminazioni, eguaglianza e azioni positive: il "diritto diseguale"*, in *Lessico delle discriminazioni*, cit., 189 ss. (b); ID., *Omosessualità e Costituzione: la tormentata ipotesi del matrimonio tra persone dello stesso sesso davanti alla Corte Costituzionale*, in *La «società naturale» e i suoi "nemici"*, cit., 101 ss. (c); C. DANISI, *Il principio di non discriminazione dalla Cedu alla Carta di Nizza: il caso dell'orientamento sessuale*, in

*www.forumcostituzionale.it*, 2 dicembre 2009, (a); ID., *La tutela regionale contro le discriminazioni fondate sull'identità sessuale e l'identità di genere*, in *Le Regioni*, 1/2011, 181 ss. (b); A. D'ATENA, *I nuovi statuti regionali ed i loro contenuti programmatici*, relazione al convegno ISSiRFA :CNR, *I nuovi statuti delle Regioni ad autonomia ordinaria*, Roma, 4. luglio 2005, in versione aggiornata all'aprile 2007, in *www.issirfa.it*; A. DE PETRIS, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul Meccanismo Europeo di Stabilità e sul Fiscal Compact. Una guida alla lettura*, in *www.federalismi.it*, 18/2012; A. DI MARTINO, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul Meccanismo Europeo di Stabilità e sul Fiscal Compact. Una lettura alla luce della giurisprudenza precedente*, ivi; E. DOLCINI, *Omosessualità, omofobia, diritto penale. Riflessioni a margine del volume di M. Winkler e G. Strazio, L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, 2011, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, all'url *www.statoechiese.it*, n. 16/2012; D. D'ORSOGNA, *Note su uguaglianza e differenza nella disciplina delle autonomie territoriali*, in *Studi in onore di L. Mazzaroli*, Padova, 2007, II , 299 ss.; E. FALLETTI, *Il matrimonio come diritto fondamentale per le persone omosessuali tra uguaglianza, riservatezza e autodeterminazione*, in *La «società naturale» e i suoi "nemici"*, cit., 121 ss; L. FERRAJOLI, *L'uguaglianza e le sue garanzie*, in *Le ragioni dell'uguaglianza. Atti del VI Convegno della facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Milano - Bicocca*, a cura di M. Cartabia e T. Vettor, Milano, 15 - 16 maggio 2008, Milano, 2009, 25 ss.; G. FERRARA, *La pari dignità sociale (appunti per una ricostruzione)*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Milano, 1974, 1089 ss.; G. FINOCCHIARO, *Personalità (diritto alla)*, in *Dig. Disc. Privatistiche, sezione civile*, Agg., Torino, 2010, 721 ss.; G. M. FLICK, *Minoranze ed uguaglianza: il diritto alla diversità e al territorio come espressione dell'identità nel tempo della globalizzazione*, in *Pol. Dir.*, 1/ 2004, 3 ss.; L. GARLATI, *La famiglia tra passato e presente*, in *Diritto della famiglia*, a cura di S. Patti e M. G. Cubeddu, Milano, 2011, 1 ss.; P. GRASSI, *Prospettive sulla laicità*, in *Forme del bene condiviso*, a cura di L. Alici, Bologna, 2007, 351 ss.; P. GROSSI, *La dignità nella Costituzione italiana*, in *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per Giovanni Grottanelli de' Santi*, a cura di A. Pisaneschi e L. Violini, II, Milano, 2007, 1357 ss.; J. HABERMAS *I fondamenti prepolitici dello Stato liberale*, in J. RATZINGER - J. HABERMAS, *Etica, Religione e Stato liberale*, trad it e cura di M. Nicoletti,

Brescia, 2005, 31 ss.; A. J. KUPER, voce *Parentela*, in *Enc. Scienze Sociali*, cit., VI, 1996, 459 ss.; N. IRTI, *La giuridificazione del bios*, in *Scritti in memoria di V. Sgroi*, a cura di G. Giacobbe, Milano, 2008, 375 ss. e in *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Atti I Convegno SISDC, Capri, 7/9 aprile 2005, Napoli, 2006, *Relazione introduttiva*, 1003 ss.; A. LOJODICE, *Valori costituzionali e diritto naturale: spazi per gli argomenti dell'interpretazione*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, cit., III, 1949 ss.; *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, a cura di M. D'Amico, con la collaborazione di S. Catalano e S. Leone e con un'intervista di C. Molinari a E. Bonino, Torino, 2011; *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale*. Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti Costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta, 30 settembre - 1° ottobre 2007, a cura di M. Bellocci e P. Passaglia, in [www.cortecostituzionale.it/Documentazione](http://www.cortecostituzionale.it/Documentazione); *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*. Atti del Seminario di *Amicus Curiae*, Ferrara, 26 febbraio 2010, a cura di R. Bin. G. Brunelli - A. Guazzarotti - A. Pugiotto - P. Veronesi, Torino, 2010; *La tutela della dignità dell'uomo. Lezioni volterrane 2006*, a cura di E. Ceccherini, Napoli, 2008; *Le disuguaglianze sostenibili nei sistemi autonomistici multilivello*. Atti del Convegno di studi di Copanello, organizzato dalle Università di Catanzaro e di Reggio Calabria, 1 - 2 luglio 2005, a cura di F. Astone, M. Caldarera, F. Mangano, A. Romano Tassone, F. Saitta, Torino, 2006; *Leggere il mutamento nella società di fine millennio*, a cura di F. A. Roversi-Monaco, A. Varni e C. Bottari, Firenze, 2006; S. MANCINI, *Il potere dei simboli, i simboli del potere: laicità e religione alla prova del pluralismo*, Padova, 2008; M. MANETTI, *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Napoli, 2012, II, 1573 ss.; *Manuale di diritto europeo della non discriminazione* (a cura dell'Agenzia europea per i diritti fondamentali e della Cedu - Consiglio d'Europa, Vienna - Stasburgo, 2010 (agg. al luglio 2010), in [fra.europa.eu/fra Website](http://fra.europa.eu/fra Website)); I. MASSA PINTO, *A proposito di diritto costituzionale e tradizione: sulla famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 11 luglio 2008 (a); ID., *«Fiat matrimonio!».. L'unione omosessuale all'incrocio del dialogo tra Corte Costituzionale, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e Corte di Cassazione: può una sentenza della Corte di Cassazio-*

ne attribuire a (un inciso di) una sentenza della Corte Europea il potere di scardinare una «consolidata e ultramillenaria tradizione» (superando anche il giudicato costituzionale?), in *Rivista AIC*, n. 2/2012, al sito [www.associazionedeicostituzionalist.it](http://www.associazionedeicostituzionalist.it) (b); I. MASSA PINTO - C. TRIPODINA, *Le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio. Tecniche argomentative impiegate dalla Corte Costituzionale per motivare la sentenza n. 138/2010*, in *Dir. Pubbl.*, 1- 2/2910, 471 ss.; E. MAZZARELLA, *I Dico difficili da dire*, in *Vita, politica, valori. Sensibilità individuali e sentire comunitario*, Napoli, 2010, 45 ss.; T. MAZZARESE, *Eguaglianza, differenze e tutela dei diritti fondamentali. Nuove sfide e crisi dello Stato costituzionale di diritto*, in *Lessico delle discriminazioni*, cit., 207 ss.; G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. Dir.*, 1/2011, 45 ss.; M. MONDELLO, *La famiglia fondata sul matrimonio e le famiglie*, in *Teoria e tecnica della regolazione sociale*, Quaderno 2010: *Reciprocità e alterità: la genesi del legame sociale*, in [www.lex.unict.it/tcrs](http://www.lex.unict.it/tcrs); S. NICCOLAI, *Principio di pari dignità sociale e giudizio di costituzionalità. Appunti per una ricerca*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, cit., III, 2223 ss.; M. C. NUSSBAUM, *Disgusto e umanità. L'orientamento sessuale di fronte alla legge*, con un saggio di V LINGIARDI, *Classificazioni sospette* e un intervento di N. Vassallo, Milano, 2011; L. PALAZZANI, *Il matrimonio istituzione di diritto naturale. La questione dell'identità di genere e della diversità sessuale nella famiglia*, in *Studi in onore di G. Giacobbe*, a cura di G. dalla Torre, Milano, 2010, 675 ss.; L. PASOTTI, *Il principio d'eguaglianza: Costituzione e Carta di Nizza a confronto*, in *Riv. Sc. Sup. Econ. e Fin.*, 4/2005, 188 ss.; P. PASSAGLIA (a cura di), *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in alcuni Stati europei*, paper, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), Roma, marzo 2010; G. PINO, *Teorie e dottrine dei diritti della personalità. Uno studio di meta-giurisprudenza analitica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, I/2003, 237 ss.; A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità. Un'introduzione*, Roma, 2007; F. POLITI, *La tutela della dignità dell'uomo quale principio fondamentale della Costituzione Repubblicana*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, cit., III, 2661 ss.; S. PRISCO, *Laicità. Un percorso di riflessione*, II ed., Torino, 2009; A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei "casi": la famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio"*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2008 (a); ID., *Una lettura non reticente della*

sent.138/ 2010: *il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, cit., III, 2897 ss. (b); E. RAFFIOTTA, *Appunti in materia di diritto all'identità personale*, in *www.forum costituzionale.it*, 26 gennaio 2010; C. RAGNI, *La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Schalck e Kopf*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3/2010, 639 ss. ; G. RAZZANO, *Il concetto di costituzione in Franco Modugno, fra positivismo giuridico e "giusnaturalismo"*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, cit., III, 2771 ss.; *Riconoscere le unioni omosessuali? Un contributo alla discussione*, in *Aggiornamenti Sociali*, 6/ 2008, 421 ss.; P. RIDOLA, *La dignità dell'uomo e il "principio libertà" nella cultura costituzionale europea*, in *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 77 ss. e anche in *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali. Saggi e casi di studio*, a cura di R. Nania, Torino, 2012, 61 ss. ; M. G. RODOMONTE, *Equilibrio di genere, atti politici e Stato di diritto nella recente sentenza n. 81 del 2012 sulla equilibrata presenza di donne e uomini nella Giunta della Regione Campania*, in *www.federalismi.it*, 13/2012; S. RODOTÀ, *Privacy e costruzione della sfera privata*, ora in ID., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 101 ss.; A. RODRÍGUEZ LUÑO, *Il riconoscimento legale delle unioni omosessuali Profili etico-politici*, ne *L'Osservatore Romano*, 1° agosto 2003; E. ROSSI, *La Costituzione e i Dico, ovvero della difficoltà di una disciplina legislativa delle convivenze*, in *Pol. Dir.*, 1/2008, 107 ss.; S. ROSSI, *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 18 giugno 2007; A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. Dir.*, 1991, 343 ss.; A. RUGGERI, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro ("innaturale") pretesa a connotarsi come famiglie*, in ID., *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XIV, Torino, 2011, 1 ss.; M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, cit., IV, 3123 ss.; R. SABATO, *I diritti delle persone di orientamento omosessuale alla luce della giurisprudenza delle Corti europee, dopo l'intervento della Corte costituzionale italiana*, in *"Amore che vieni, amore che vai"...*, cit, 121 ss.; A. SCHUSTER, *Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio*, in *www.forumcostituzionale.it*, 10 aprile 2012; A. SPADARO, *Il problema del "fondamento" dei diritti "fondamentali"*, in *Dir e Soc.*, 3/1999, 453 ss. e in *I diritti fondamentali oggi*, Pa-

dova, 1995, 235 ss.; P. STANZIONE, *Sesso e genere nell'identità della persona*, Relazione al 60° Convegno U.G.C.I su *Identità sessuale e identità della persona*, Palermo, 9 - 11 dicembre 2010, in [www.comparazione.ediritto.civile.it](http://www.comparazione.ediritto.civile.it); D. TEGA, *Discriminazione e diritto antidiscriminatorio: considerazioni istituzionali (a partire dal diritto costituzionale italiano)*, in *Lessico delle discriminazioni*, cit., 42 ss.; R. TOMMASINI, *La famiglia di fatto*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, vol IV, tomo I, a cura di T. Auletta, Torino, 1999, 499 ss.; V. TONDI DELLA MURA, *Le coppie omosessuali tra l'artificio delle parole e il vincolo (elastico?) della libertà*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 17/2010; *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138/2010: quali prospettive?*, a cura di B. Pezzini e A. Lorenzetti, Napoli, 2011; F. VARI, *Famiglia, unioni more uxorio e altre forme di convivenza tra diritto degli Stati membri dell'Unione europea e diritto comunitario*, in *Persona*, 43/2005, al sito [www.revistapersona.com.ar](http://www.revistapersona.com.ar); M. WINKLER - G. STRAZIO, *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, Milano, 2011





L'Italia, il diritto e le unioni affettive stabili  
di carattere non tradizionale.  
Un panorama di problemi e di possibili soluzioni

*Felice chi è diverso  
essendo egli diverso.  
Ma guai a chi è diverso  
essendo egli comune*

SANDRO PENNA

*Appunti 1938 - 1949, in Poesie, Garzanti, Milano, 1989*

SOMMARIO: 1. Premessa problematica. – 2. La strategia del “silenzio repressivo” del legislatore italiano nella materia e la necessaria supplenza dei giudici. Alcuni esempi recenti. – 3. L’universo lgbti e gli enti territoriali in Italia. a) Gli interventi regionali. – 4. *Segue*: b) Lo spazio dei Comuni. – 5. *Segue*: Il diritto e la convivenza. Alcuni esempi normativi e giurisprudenziali che riconoscono rilievo al fenomeno. – 6. La via privatistica dei patti di convivenza. – 7. Cenni al dibattito sull’irrelevanza dell’orientamento sessuale per l’affidamento dei figli e sull’omogenitorialità.

1. *Premessa problematica*

Lo scritto che ci si accinge a leggere era nelle intenzioni completato, quando – rivedendolo definitivamente, prima di licenziarlo per la pubblicazione – l’autore della sua parte più estesa è stato colto da dubbi che, *melius re perpensa*, ritiene invece intellettualmente più onesto sottoporre in premessa al lettore senza dissimularli, perché valuti anche alla luce di essi le ulteriori osservazioni nelle quali si imbatte.

Il titolo scelto per riassumerne il senso in una formula di sintesi potrebbe infatti essere interpretato come l’assunzione incontrovertibile di due dati in realtà altamente problematici: quello di unioni familiari “affettive” e assieme, almeno nell’intento, come tali “stabili”, il che sarebbe oltretutto un ossimoro, attesa la volatilità della

caratteristica fondata sul sentimento, contrapposta alla ricercata lunga durata temporale del rapporto.

In realtà, l'universo fenomenico della famiglia e delle relazioni parentali è stato ed è esplorato su scala comparata dai esperti di molteplici discipline, ad esempio da antropologi, sociologi, storici, oltretutto da ogni vivente umano in ragione della propria esperienza diretta.

I risultati di tali contributi (e del "vissuto" personale di ciascuno) non possono essere ignorati da un'indagine sia pure centrata come la presente sulla dimensione giuridica<sup>1</sup>, che deve dunque averne consapevolezza, lasciandosene attraversare e sollecitare.

Si mostra in tale modo all'osservazione preliminare il carattere poliforme – nel tempo e nello spazio – della formazione sociale indagata: la famiglia quale denotato di tribù e clan, ovvero come poliginica, poliandrica, poli o monogamica (ciascuna con le sue varietà), ed inoltre endo od esogamica, etero od omogamica.

Ci si può inoltre imbattere, all'esame analitico della letteratura, nella convinzione della funzionalità di unioni riconducibili a formazioni sociali familiari a logiche prevalenti di produzione economica e di riproduzione generazionale, ovvero a quella di identificazione di senso e di scambio di solidarietà e domanda di sicurezza, o ancora in ipotesi nelle quali la scelta della o del *partner* non è per costume libera, ma imposta<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> In quest'ultima prospettiva, un'indagine recente fa il punto proprio sul problema centrale che in questo paragrafo si prova ad introdurre, cioè il rapporto tra l'unione personale di coppia fondata sull'*affectio* e la dimensione istituzionale della famiglia, il che porta l'autrice a perimetrare piuttosto le differenze che le analogie tra le due situazioni: si veda F. BIONDI, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, relazione al convegno *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Catania, 7-8 Giugno 2013, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it)

<sup>2</sup> Può, ai nostri limitati fini di prima e mera apertura di campo, essere qui bastevole il riferimento al classico e ineludibile C. LÉVI STRAUSS, *Le strutture elementari della parentela*, trad. it., 3<sup>a</sup> ed., Milano, 1978; nonché sinteticamente a M. BARBAGLI, *Famiglia (sociologia)*, in *Enc. delle Scienze Sociali*, Roma, III, 1993, 767 ss.; ID., *Matrimonio*; *ivi*, V, 1996, 582 ss.; A. J. KUPER, *Parentela*, *ivi*, VI, 1996, 459 ss.; in una prospettiva di orientamento specificamente cattolico, si vedano A. CICU, A. M. MOSCHETTI, A. DANESE, G. P. DI NICOLA, *Famiglia*, in *Enciclopedia*

In tale complessiva ottica, si può notare come l'affettività e la stabilità tra i membri di una unione tra persone del tipo "famiglia" siano insomma variabili che, per quanto si possano desiderare in astratto, possono tuttavia in concreto mancare senza stravolgerne per questo il carattere di struttura primaria di socializzazione e inculturazione, solo poi giuridicamente confermata (nella formula – invero non priva di ambiguità – della nostra Carta Costituzionale, ad esempio e com'è noto, essa è una "società naturale fondata sul matrimonio"): chi ignora del resto secoli di grande letteratura e tristi dati di cronaca continuamente riproposti su di essa come possibile luogo (anche) di "inferno quotidiano"?

Il diritto a «perseguire la ricerca della felicità» ha alle spalle una lunga vicenda, ma conosce in Occidente esplicite verbalizzazioni di valore costituzionale che sono relativamente recenti.

Perfino gli slittamenti di vocabolario apparentemente innocui lo segnalano: come ha osservato una fine analisi di storia della fami-

*filosofica*, Milano, 2006 - 2010, 6, 3946 ss.; A. M. MOSCHETTI, A. DANESE, G. P. DI NICOLA, *Matrimonio*, *ivi*, 10, 7136 ss.; C. LUNGI, *Parentela*, *ivi*, 12, 8308 ss. e alla discussione dei problemi e alle indicazioni della letteratura sui rispettivi argomenti contenute nelle voci stesse. L'esame comparato, sincronico e diacronico, delle forme e dei modi di costituirsi e di stabilizzarsi socialmente delle unioni tra le persone, a scopo riproduttivo e/o di mutuo aiuto, che si trae da queste (e da altre) letture, conferma in sintesi l'irriducibile relatività delle soluzioni e assieme i pochi (e generalissimi) tratti loro comuni, connessi anche a dosi elevate di ritualizzazione simbolica. Non vi è qui lo spazio per sviluppare un filone diverso – e il discorso finirebbe per portare comunque troppo lontano, rispetto al più limitato orizzonte di queste pagine – ma forse il tramonto, ormai evidente in Occidente, della struttura e dell'immagine della famiglia tradizionale è un altro dei segni che una studiosa sensibile a problematiche multiculturali e di genere segnala (nel suo caso con riferimento a pratiche manipolatorie del corpo femminile, col rinvio a E. GRUENBAUM, *The female circumcision controversy. An anthropological perspective*, Philadelphia, 2001) quali incrinature nella struttura "patriarcale" del diritto, intendendo la parola come indicativa di un atteggiamento di «oppressione dell'uomo sulla donna» e «controllo degli anziani sui giovani», che appunto «ha uno dei suoi assi portanti nella concezione della prole come proprietà e possesso»: le espressioni appena richiamate sono di I. RUGGIU, *La risoluzione Onu del 2012 per l'eliminazione delle mutilazioni genitali femminili. una lettura problematica*, in *Studium Iuris*, 7- 8/2014, 866 ss. (la citazione *ivi*, 873).

glia, «la distinzione tra *famigliare* e *familiare* (...), orienta ulteriori specifici percorsi di indagine storica. È *famigliare* quanto attiene al sostantivo famiglia, all'evocazione di legami di consanguineità, di genitorialità e parentela, marcando con essa un'appartenenza stretta. Sono famigliari, in questo senso, per esempio, le abitudini contratte nell'infanzia, i ricordi, i drammi, i segreti. Mentre è *familiare* ciò che si riferisce alla dimensione dei sentimenti. Le relazioni familiari e ogni altro affetto, pensiero, gioco, indicano la presenza di qualcosa che riconduce a quanto è noto, conosciuto, carezzevole. Diventa familiare un posto di lavoro, un negozio, un saluto. È, quindi, familiare chi o che cosa, pur non avendo legami di stretta parentela con noi, ne possiede però i tratti "buoni"... Incrociando aspetti *famigliari* e aspetti *familiari* si dilata lo spazio d'indagine relativo alle connessioni tra individuo, famiglia società civile e Stato»<sup>3</sup>.

Seguendo ancora tale suggestione, può in particolare dirsi che (nel segmento *occidentale* e *attuale* della famiglia: è questo il limite dell'osservazione qui compiuta e ogni sua ulteriore dilatazione finirebbe per generalizzare forse indebitamente esperienze tipiche di una sola area geo-culturale) la famiglia "classica", cioè eterosessuale, tende a de-istituzionalizzarsi, quanto a relazioni tra i *partners*, divenute «continuamente rinegoziabili» e al limite recidibili, mentre la relazione di maternità o paternità non è superabile, una volta instauratasi: «Il vincolo genitore-figlio assume una nuova valenza, in quanto permette di poter definire la famiglia e riconoscerla come soggetto sociale, facendo leva su una relazione che faccia del legame di convivenza un'istituzione. In questa ottica, la storia generazionale, il succedersi delle generazioni, appaiono non più centrati sul patto coniugale, ma sul "*nuovo patto di filiazione*". Un patto che, al contrario della relazione di coppia che è continuamente sot-

<sup>3</sup> D. CALANCA, *Percorsi di storia della famiglia*, in *StoriaeFuturo*, rivista online, n. 5 (ottobre 2004). Di notevole interesse è anche la lettura del *Dossier 6/ 2010* di *StoricaMente*, laboratorio di storia *open access*, dal titolo *Fare e disfare famiglia. Relazioni di coppia in Italia in età moderna e contemporanea*, a cura di R. Sarti. *Ivi*, sul carattere "moderno" del "matrimonio d'amore", M. LANZINGER, *La scelta del coniuge. Tra amore romantico e matrimoni proibiti*.

toposta a contrattazione ed è diventata reversibile, è una relazione non negoziabile: laddove il legame di coppia si de-istituzionalizza, il legame genitore-figlio diventa la nuova istituzione sociale»<sup>4</sup>.

Una «nuova istituzione sociale» anch'essa, beninteso, sottoposta a tensioni, nel quale il rapporto cui si riferisce la citazione può perfino venire negato dall'uno o dall'altro degli interessati (ed inoltre risultare addirittura assente, nel caso in cui la mediazione tecnologica rompa del tutto il legame riconoscibile di "genitorialità/figliolanza" implicato dalla riproduzione naturale), ma gli ordinamenti giuridici in tale eventualità apprestano strumenti di solidarietà "imposta", a favore del soggetto "debole" del rapporto, quando sia abbisognevole di assistenza.

Orbene, in un contesto del genere – quello cioè di relazioni interpersonali progressivamente ridotte ad una configurazione elementare e "nucleare", fondate sul sentimento concreto, più che sul modello astratto, sulla deformalizzazione, più che sull'istituzionalizzazione (ultima metamorfosi della famiglia borghese occidentale) – quanto l'unione eterosessuale avverte ormai sempre più spesso quale vincolo volontaristico, occasionale e non strettamente necessario (a maggiore ragione dove, come in Italia, il processo di equiparazione dei figli naturali a quelli legittimi è ormai compiuto, anche nel senso del rilievo giuridico di una solidarietà parentale più ampia, in presenza della legge 219/2012, ispirata al principio dell'unicità dello stato filiale e del D. lgs. 154/2013), viene recuperato come istanza di una parte delle sensibilità delle persone omosessuali: per loro – all'opposto che nel mondo dei rapporti più intimi tra individui di sesso diverso – l'obiettivo è oggi quello di una stabilizzazione e del riconoscimento giuridico di una progettualità che non riguarda per di più solo i *partners*, ma si spinge a rivendicare anche un altro modo di proiettarsi nel tempo oltre loro stesse, nel legame – per l'appunto – intergenerazionale.

Come in seguito si vedrà meglio, del resto, la tecnica consente ormai la dissociazione (della quale la giurisprudenza prende atto) tra profili diversi – e normalmente tra loro uniti – delle figure geni-

<sup>4</sup> Ancora D. CALARCA, *Ibidem*

toriali<sup>5</sup> e peraltro questo sviluppo finisce per fare rivivere in chiave moderna un uso sociale in realtà molto antico, diffuso ad esempio in Italia meridionale, vale a dire l'allevamento di un minore da parte di altra famiglia del parentado priva di eredi, "come se" questi fosse parte naturale della prima.

Un giurista che si trovi a vivere e ad operare in questa epoca di fortissima accelerazione antropologica ha dunque davanti a sé tre strade: quella di resistere alle novità in nome di un pensiero fermo alla percezione di una essenza ontologica a-storica dell'unione familiare, rischiando così di apparire come l' "ultimo giapponese" schierato a difesa dell'ordine imperiale desacralizzato dopo la seconda guerra mondiale, o come un astronomo tolemaico attardato, in tempi di copernicanesimo trionfante; quella di assecondare ogni novità sempre e comunque, facendosi aedo di mode anche transitorie, senza nemmeno saperne riconoscere la caducità; ovvero quella di affrontare il nesso tra *vetera et nova* provando ad osservare il mutamento in corso con spirito critico e proponendosi di comprendere quanto di invariato passi attraverso le maglie della dinamica storica e quanto del passato resti invece consegnato ai suoi archivî.

## 2. La strategia del "silenzio repressivo" del legislatore italiano nella materia e la necessaria supplenza dei giudici. Alcuni esempi recenti

La particolarità dell'approccio italiano ai problemi giuridici della biopolitica in generale e della bioetica in particolare risiede nel fatto che, nonostante il carattere di ordinamento di *civil law* del suo sistema normativo, si registra tuttora un'assenza – o una scarsa e controversa presenza – di leggi in tale vasto e problematico campo e una prevalente disciplina delle questioni che l'attraversano da

<sup>5</sup> Si veda in generale A. CORDIANO, *Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive*, relazione al convegno *Lo statuto della Matrigna. Figli, padri e madri nelle famiglie ricomposte*, organizzata dall'Ossevatorio Nazionale sul diritto di Famiglia - sezione di Verona, 29 novembre 2011, in [comparazionedirittocivile.it](http://comparazionedirittocivile.it).

parte della giurisprudenza, atteggiamento vicino piuttosto all'approccio "per casi" tipico di un ordinamento di *common law*.

Le leggi in materia, se ed ove esistenti, hanno spesso indotto giudici ordinari e amministrativi a sollevare censure circa la loro presunta illegittimità costituzionale, laddove non ne fossero possibili preve interpretazioni di conformazione a Costituzione (*test* che in primo luogo occorre che essi facciano, prima dell'eventuale promovimento del giudizio di costituzionalità) e si sono registrate quindi successive decisioni della Corte Costituzionale al riguardo. Un esempio evidente di tale *modus procedendi* è ad esempio rinvenibile nel notevolissimo contenzioso sviluppatosi intorno alla disciplina positiva della fecondazione assistita, regolata com'è noto dalla l. 40/2004 e sulla quale (in modo costante, ma specialmente dopo la sentenza 162/2014 della Corte Costituzionale, che ne ha reso possibile la variante eterologa<sup>6</sup> e in attesa delle determinazioni ulteriori del ministero della Salute e del Parlamento al riguardo, ma ancor più dopo il caso – occorso all'ospedale "Pertini" di Roma – della

<sup>6</sup> Si vedano, per i primi commenti (qui indicati secondo l'ordine alfabetico dei cognomi dei rispettivi autori), F. ANGELINI, *L'insostenibile irragionevolezza di un divieto: la Corte Costituzionale torna sulla legge n. 40 del 2004 e apre all'eterologa*, in *Dirittoeconomia*, Menabò 6/2014, online, 30 luglio 2014; C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *Confronti Costituzionali*, 17 giugno 2014; G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*; F. GIRELLI, *Bastano le garanzie interne per dichiarare l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa*; A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*; S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*; F. PERRINI, *La legge 40/2004: la sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale e i principali orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo*; A. RUGGERI, *La Consulta apre all'eterologa, ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte Edu*; G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*; V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, tutti, dal terzo in poi – anche se, in alcuni casi, originariamente pubblicati altrove – reperibili in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

cosiddetta doppia fecondazione medicalmente assistita (*pma*) “eterologa per errore”, sulla quale un cenno è alla fine del presente lavoro), il dibattito è tornato vivacissimo.

Si è parlato perciò di tolleranza attraverso la scelta consapevole del “silenzio repressivo” del legislatore<sup>7</sup>, o quantomeno – in una diversa e più benevola valutazione del fenomeno – della volontà che le opzioni più incisive in merito siano affidate all’evoluzione del costume, senza che questo implichi dunque necessariamente uno sfavore verso soluzioni più “aperte”, ma lasciandone la responsabilità

<sup>7</sup> Così, ad esempio, G. DALL’ORTO, *La “tolleranza repressiva” dell’omosessualità. Quando un atteggiamento legale diviene tradizione*, in *Omosessuali e Stato*, Bologna, 1988, 37 ss. Al di là delle valutazioni polemiche di segno politico sui “ritardi” del legislatore, siffatto atteggiamento culturale segnala il carattere tuttora controverso delle questioni bioetiche nel dibattito pubblico nazionale. Il rinvio della decisione concreta al giudice, caso per caso, se per un verso appare aderire alle particolarità di ciascuna fattispecie e quindi rende palese la resistenza culturale (fermandosi a tale via) ad ipotesi di normazione generale e astratta in materia, dall’altro palesa anche in questo campo il più ampio problema della crisi della legge, in un paradigma teorico che la rende instabile (rispetto alla sua configurazione classica), dato il suo sempre possibile controllo di costituzionalità, innescato dalla dialettica tra giudice *a quo* e Corte Costituzionale e che si traduce in pratica nella tecnica ermeneutica del bilanciamento tra principi, idoneo a “saltare” la vincolatività della mediazione legislativa in nome dell’interpretazione “per valori” e quindi a manipolare interpretativamente il testo della legge stessa o a farne del tutto a meno. Per una recentissima rimediazione del problema e una proposta di uscita dall’*impasse*, si vedano le stimolanti riflessioni di R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva “quantistica”*, Milano, 2013. Sul tema del continuo carattere incrementale dell’affermazione di “nuovi” diritti o del superamento sempre più ampio di fattori di “incapacitazione”, in favore di soggetti in precedenza esclusi dall’effettivo loro godimento e quindi anche del mutamento antropologico che questa tendenza asseconda, nell’ambito della cultura occidentale, nonché sul ruolo essenziale della giurisprudenza transnazionale e delle *lobbies* per il sostegno a tale dinamica, può molto utilmente leggersi, di recente, la ricca prima sezione monografica del numero 1/201233 di *Etica & Politica* e *ivi*, sul *capability approach*, per cui attraverso un riconoscimento concreto dei diritti non tanto si è *ab initio*, ma “si diventa persone” – secondo la formula esposta da M. NUSSBAUM, *Diventare persone*, trad. it, Bologna, 2001 – in particolare E. GREBLO, *Capacità e diritti umani*, 563 ss., che ovviamente trae spunto da riflessioni seminali di Bobbio, Ferrajoli, Luhman, Sen e altri e – già precedenza e molto criticamente – *Il traffico dei diritti insaziabili*, a cura di L. Antonini, Soveria Mannelli, 2008.



di condividerle al progressivo e necessariamente lento formarsi di un consenso sociale diffuso verso le differenti pratiche, prima (o in luogo di) di tradurne gli equilibri e le mediazioni raggiunte in formali disposizioni normative.

In particolare è notoria l'assenza di leggi nazionali di carattere complessivo in materia di diritti delle coppie di fatto in quanto tali (invero tanto etero, quanto omosessuali; per singole fattispecie si veda invece la breve rassegna compiuta oltre, al paragrafo 5) e dei singoli componenti della stessa, il che implica appunto la forzata supplenza del giudice sul tema, giacché tale organo statale non può dichiarare di non sapere o volere decidere su una questione controversa a lui sottoposta (tecnicamente, non può "opporre il *non liquet*"), se sia sollecitato da istanze di riconoscimento dei diritti in funzione antidiscriminatoria<sup>8</sup>.

Tanto premesso, si possono ricordare alcune conclusioni contenute in recenti arresti giurisprudenziali che hanno riguardato il settore indagato.

Secondo la sentenza 138/2010 della Corte Costituzionale<sup>9</sup>, il pa-

<sup>8</sup> Si indicano qui (e lo si farà, salvo rilevanti eccezioni, per l'intero lavoro) solo i più recenti contributi complessivi sulla materia, a scienza di chi scrive, in una letteratura che invero è ormai molto ampia e ripercorrendo la quale si potranno rinvenire i contributi precedenti: M. M. WINKLER - G. STRAZIO, *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, Milano, 2011; R. TORINO, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali nel diritto comparato, europeo e italiano*, Torino, 2012; F. MANNELLA, *I "diritti" delle unioni omosessuali. Aspetti problematici e casistica giurisprudenziale*, Napoli, 2013. Ulteriori riferimenti specifici sono nelle note che seguono, con riguardo ai richiami di volta in volta opportuni.

<sup>9</sup> Le indicazioni bibliografiche e webliografiche sarebbero innumerevoli. Si rinvia per tutte almeno a *La "società naturale" e i suoi 'nemici'*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi, Torino, 2010; *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza n. 138 del 2010: quali prospettive?*, a cura di B. Pezzini e A. Lorenzetti, Napoli, 2011; P. CHIASSONI, *La grande elusione. Tecnica e cultura nella giurisprudenza sul matrimonio omosessuale*, in *Scritti in onore di F. Modugno*, Napoli, 2011, I, 863 ss.; F. DAL CANTO, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla "aspirazione" al matrimonio al "diritto" alla convivenza*, *ivi*, II, 1195 ss.; A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, *ivi*, III, 2697 ss.; A. SPADARO, *Matrimonio "fra gay": mero problema di ermeneutica costituzionale - come tale risolubile dal*

radigma costituzionale del matrimonio presupposto dall'art. 29 Cost. è quello eterosessuale, come da plurisecolare tradizione del Paese. Spetta al legislatore – nel senso che è suo onere – apprestare tutela alle unioni di fatto e ai diritti individuali al loro interno, *ex art. 2* della Costituzione, per i riflessi che questo ha anche al di là dei rapporti familiari presenti, ad esempio quanto alle successioni ereditarie; nel frattempo, i giudici di merito e di legittimità, oltretutto la stessa Corte Costituzionale, sono tenuti a tutelare diritti specifici, di cui accertino – ove investiti delle rispettive questioni – l'intervenuta lesione, in singoli casi concreti.

A tenore della successiva sentenza della Corte di Cassazione 4184/ 2012, giacché l'Italia aderisce al sistema della Cedu (che obbliga, in forza dell' art. 117, comma I, Cost la sua legislazione, statale e regionale, a venire esercitata “nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”, sicché è quindi tenuta – fra l'altro – ad osservare il principio di non discriminazione di cui al suo art. 14, tanto per i diritti a contenuto patrimoniale quanto per quelli non – o non principalmente e solo – patrimoniali, come ad esempio quelli abitativi, o alla salute, o derivanti dalla posizione di lavoro, o previdenziali), si deve tenere presente che quel sistema riconosce come diritti distinti, ma fra loro collegati, quelli a formare una famiglia e a contrarre matrimonio secondo le leggi nazionali (in particolare *ex art. 12*; nella Carta dei Diritti fondamentali dell'UE lo stesso principio è accolto dall'art. 9), nonché il diritto alla vita privata e familiare, *ex art. 8* sempre della Cedu.

Orbene, secondo l'orientamento della Corte di Strasburgo, il matrimonio contratto all'estero in Paesi il cui ordinamento nazionale lo consente (che è appunto una forma, sebbene non l'unica possibile, di “vita familiare”) è pertanto atto esistente, anche se, per

*legislatore ordinario e dalla Corte, re melius perpensa - o serve una legge di revisione costituzionale?*, intervento al convegno *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit, in *www.gruppodipisa.it* e - se si vuole - ad “*Amore che vieni, amore che vai*”... . *Unioni omosessuali e giurisprudenza costituzionale*, a cura di S. Prisco, Napoli, 2012.

motivi di ordine pubblico interno, non è trascrivibile per il nostro ordinamento.

Dagli atti internazionali e comunitari sopra citati risulta che è infatti riservata ai singoli legislatori nazionali la scelta di dare o negare ingresso al diritto alla richiesta di pubblicazioni matrimoniali, o alla trascrizione di atti di matrimoni omosessuali legittimamente contratti, laddove gli ordinamenti giuridici lo permettano.

“Allo stato delle cose”, in particolare, l’interpretazione consolidata di tale clausola impedisce – osserva la Cassazione – di ritenere legittime tali pretese, ma il legislatore medesimo potrebbe diversamente valutarne il contenuto in futuro, giacché la nozione di “ordine pubblico” è mobile, non statica. Esso non è cioè vincolato alla “tradizione giuridica” del Paese al riguardo, mentre – ove ciò invece fosse, secondo l’assunto della sentenza della Corte Costituzionale sopra richiamata, quanto alla sintesi del contenuto dispositivo – il negozio matrimoniale concluso sarebbe non solo invalido, ma addirittura inesistente<sup>10</sup>.

Più di recente, una pronuncia molto discussa (e, al momento in cui si aggiorna questo scritto al dato, annullata dalla corte di Appello di Firenze per un vizio di forma, cioè per non essere stato evocato in giudizio dai ricorrenti il sindaco quale ufficiale di governo e rappresentante dello Stato, ma quale capo della comunità locale e peraltro non essendosi lui costituito nemmeno in tale seconda veste<sup>11</sup>) – resa dal Tribunale di Grosseto con propria ordinanza del 3

<sup>10</sup> Si leggano, in argomento e fra i molti, R. CATALDO, *Diritto alla “vita familiare” per le coppie omosessuali: verso il riconoscimento del diritto al matrimonio?* in *Forum di Quaderni Costituzionali* e soprattutto *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, a cura di R. Torino, Roma, 2013.

<sup>11</sup> Si vedano infatti tra i primi commenti A. M. BENEDETTI, *Giurisprudenza creativa o illusoria? Prima riflessione su Tribunale di Grosseto: a proposito di trascrizione del matrimonio omosessuale celebrato all'estero*, in *Diritto Civile Contemporaneo*, 2/ 2014, online; F. BILOTTA, *Questo matrimonio s'ha da trascrivere!*, in *www.diritticomparati.it*, 10 aprile 2014; G. BIAGIONI - E. DI NAPOLI, *Il provvedimento del Tribunale di Grosseto sul riconoscimento dei matrimoni same-sex: prime riflessioni*, in *www.Sidi-isil.org*, 18 aprile 2014. Sul vizio formale (mancata notifica dell’atto introduttivo al Sindaco nella qualità spiegata nel testo), si veda M. G., *Trascrizione matrimoni all'estero: tutto da rifare?* in *www.articolo29.it*, 24 settem-

aprile 2014 – ha ritenuto che non esista un impedimento di diritto positivo a trascrivere nei registri di stato civile il matrimonio di persone omosessuali validamente contratto all'estero, perché: a) non è testualmente prescritto in Italia dal Codice Civile il presupposto della diversità di esso fra i nubendi per contrarlo, né b) vi sono ostacoli di ordine pubblico interno a ritenere insussistente il valido matrimonio omosessuale contratto all'estero, in quanto la Cedu (come si è appena visto) avrebbe conferito alla parola significato più ampio di quello da noi finora accolto, sicché il giudice ben può ordinare in conclusione all'ufficiale comunale competente a tenere i ricordati registri di procedervi e questi ne è obbligato.

Il Tribunale di Reggio Emilia, con ordinanza del 9 febbraio 2013, ha ritenuto illegittimo il decreto di espulsione di uno straniero, coniugato con un'italiana e successivamente al matrimonio divenuto transessuale, ove risulti provato che la convivenza permanga effettiva e il matrimonio non sia stato contratto all'esclusivo scopo di ottenere, per lo straniero stesso, la cittadinanza italiana<sup>12</sup>.

Molta eco ha ricevuto un'altra vicenda, che potrebbe essere foriera di interessanti sviluppi giuridici, originatasi presso il Tribunale di Modena con una decisione che è stata riformata dalla Corte d'Appello di Bologna ed è quindi approdata alla Corte di Cassazione, che ha sollevato a sua volta (con ordinanza 14329/2013) questione di legittimità costituzionale di alcune norme della legge sulla rettificazione del sesso e di quelle ad esse collegate della legge sullo stato civile.

Nella specie, dopo un matrimonio eterosessuale, il marito aveva iniziato un percorso di cambiamento del sesso. Rettificata sui registri dello stato civile e degli atti di matrimonio la nuova attribuzione di genere, l'ufficiale comunale competente aveva disposto inoltre anche la cessazione degli effetti civili del matrimonio medesimo e

bre, 2014, che dà anche notizia di due decreti del Tribunale di Milano dal contenuto opposto a quello della decisione toscana). Si veda però ora la competenza della decisione da parte dello stesso Tribunale.

<sup>12</sup> Si vedano R. CATALDO, op. e loc. cit; M. G. STIGLIANO, *Si al permesso di soggiorno per transessuale straniero coniugato con un'italiana*, nonché il testo del provvedimento, in *www.immigratibiz*, 5 marzo 2013.

ciò senza che i coniugi (che accettavano invece la nuova condizione) avessero tuttavia procurato di fare “coprire” l'intervenuto mutamento del sesso di uno di loro da sentenza passata in giudicato, com'è invece richiesto dall'art. 31, VI comma., del d. lgs.150/2011, con rinvio in tale ipotesi alla l. 898/1970, sullo scioglimento degli effetti civili del matrimonio: un caso dunque, di “divorzio imposto”, per sopravvenuta identità di sesso tra i membri della coppia.

La Corte Costituzionale, con sentenza 170/2014, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982 n. 164 – cioè di alcune norme della legge in materia di rettificazione del sesso, nonché quella di norme connesse e consequenziali del codice civile – con riferimento all'art. 2 Cost., “nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che comporta lo scioglimento del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, la cui disciplina rimane demandata alla discrezionalità di scelta del legislatore”.

Nonostante tale riconfermata riserva, è fondamentale il cuore della motivazione (punto 5.1 del *Considerato in diritto*) che si riporta di seguito, per la sua evidente importanza anche *pro futuro*.

*“La situazione (...) di due coniugi che, nonostante la rettificazione dell'attribuzione di sesso ottenuta da uno di essi, intendano non interrompere la loro vita di coppia, si pone, evidentemente, fuori dal modello del matrimonio – che, con il venir meno del requisito, per il nostro ordinamento essenziale, della eterosessualità, non può proseguire come tale – ma non è neppure semplicisticamente equiparabile ad una unione di soggetti dello stesso sesso, poiché ciò equivarrebbe a cancellare, sul piano giuridico, un pregresso vissuto, nel cui contesto quella coppia ha maturato reciproci diritti e doveri, anche di rilievo costituzionale, che, seppur non più declinabili all'interno del modello matrimoniale, non sono, per ciò solo, tutti necessariamente sacrificabili”.*

Seguono, nel ragionamento dell'organo di garanzia costituzionale, il richiamo alla propria precedente giurisprudenza sopra ri-

cordata, vale a dire alla sent. 138 /2010 e il nuovo e pressante invito al legislatore, nei termini di una *dovuta* attuazione – per questa parte – dell’art. 2 Cost, ricorrendosi perciò nell’occasione ad una decisione che tecnicamente è classificabile come “additiva di principio”, quale la sentenza anteriore non era: qui sta insomma il punto di avanzamento giurisprudenziale, cioè nel ribadire la riserva della materia al legislatore, ma al tempo stesso – di fronte al suo silenzio e all’inattività dispositiva che persistono – nel “metterlo in mora” esplicitamente e non in via implicita e criptica<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Per i primi commenti si vedano M. M. WINKLER *La Corte costituzionale si pronuncia sul caso del divorzio “imposto”: luci e ombre* in *www.articolo29*, 13 giugno 2014; B. PEZZINI, *La Corte costituzionale applica una condizione risolutiva al matrimonio del transessuale*; in *Confronti Costituzionali*, 14 giugno 2014; ID., *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in *www.articolo29.it*; 14 giugno 2014; A. RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, in *www.consultaonline.it*, 2014; F. SAITTO, *Rettificazione di sesso e “paradigma eterosessuale” del matrimonio: commento a prima lettura della sent. n. 170 del 2014 in materia di “divorzio imposto”*, in *www.diritticomparati.it*, 16 giugno 2014; F. BIONDI, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio “imposto”: un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 24 giugno 2014; G. BRUNELLI, *Quando la Corte smarrisce la funzione di “giudice dei diritti”: la sentenza n. 170 del 2014 sul c. d. “divorzio imposto”*, in *www.articolo29.it*, 26 giugno 2014; C. SALAZAR, *Amore non è amore se muta quando scopre un mutamento*, in *www.confronticostituzionali.it.*, 27 giugno 2014; M. DI BARI *Commento “a caldo” della sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale: quali prospettive?*, in *Osservatorio Rivista AiC*, giugno 2014; P. VERONESI *Un’anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”: il “caso Bernaroli” nella sentenza n. 170/2014*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 6 luglio 2014; P. BIANCHI, *Divorzio imposto: incostituzionale, ma non troppo...*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 7 luglio 2014; D. FIORATO - D. FERRARI *La Consulta davanti alla nozione giuridica di matrimonio: il formarsi di un giudicato costituzionale? (osservazioni a prima lettura della sentenza 170/2014)* in *La nuova giustizia civile*, 2/ 2014, 117 ss.. L’intero n. 1/2014 (cui si rinvia qui, con un richiamo che assume forma necessariamente sintetica) di *GenIUS*, rivista telematica semestrale sull’orientamento sessuale e l’identità di genere, reperibile in *www.articolo29.it*, è dedicato a *Mutamento di genere e divorzio imposto: il diritto all’identità di genere e al matrimonio*. In sede europea, in un caso solo apparentemente analogo a quello italiano e deciso pochissimo tempo dopo di esso, quello di cui alla pronuncia della *Grande Chambre* della Cedu del 16 luglio 2014

Il Tribunale di Siena, con sentenza del 12 giugno 2013, ha dal suo canto ritenuto da ultimo – constando tre soli, sporadici precedenti in termini – che la rettificazione del sesso e del nome sia possibile anche senza previa sottoposizione ad intervento chirurgico,

su ricorso 37359/2009, la Corte si è espressa nel senso di escludere la violazione del diritto convenzionale in un “divorzio imposto” dal verificarsi medesimo presupposto di fatto, ma la differenza decisiva è che nell’ordinamento in relazione al quale era sorta la questione è disponibile la via della conversione del (precedente) matrimonio in unione civile registrata, ai sensi del *Finnish Act on Confirmation of the Gender of a Transsexual Act*. Nel caso di specie, la coppia rifiutava tuttavia la conversione del matrimonio in un istituto dagli effetti grosso modo analoghi (dettata da un approccio dell’ordinamento interno definito dai primi commentatori “sostanzialistico”, quanto ai diritti fondamentali che nel nuovo tipo di unione sarebbero stati salvaguardati, anche nei confronti della figlia nel frattempo nata), per motivi religiosi, profondi e comuni ai singoli componenti. La *Grande Chambre* registra che manca ancora un “consensus” continentale comune e conferma lo spazio del margine di apprezzamento nazionale su temi del genere. Sul rifiuto della “conversione” del matrimonio – richiesto invece fermamente da parti del medesimo sesso – in un istituto dagli effetti sostanzialmente analoghi, la fattispecie ricorda da vicino il caso *Schalk e Kopf c. Austria* (ric. n. 30141/2004), sul quale – tra i molti – può leggersi G. REPETTO, *Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero: la negazione “virtuosa” di un diritto*, in *Rivista AiC*, 2 luglio 2010. Per i commenti iniziali sul caso finlandese si vedano invece P. PUSTORINO, *Corte europea dei diritti dell’uomo e cambiamento di sesso: il caso Hämäläinen c. Finlandia*, 27 luglio 2014 e S. FALCETTA, *Hämäläinen c. Finland: un approccio sostanzialistico unidirezionale?*, 4 agosto 2014, entrambi in *www.articolo29.it*. Già prima della decisione della Corte Costituzionale sulla questione sottoposta alla Corte di Cassazione, in generale, R. DAMENO, *Le persone transgenere. Le identità e i diritti*, CIRSDIG, Università di Messina, *working paper* n. 51, *online ad locum*; ID., *Percorsi dell’identità. I diritti fondamentali delle persone transgenere. Una riflessione socio-giuridica*, Roma, 2014 e, nello specifico, A. LORENZETTI, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, 2013; L. FERRARO, *Transessualismo e Costituzione: i diritti fondamentali in una lettura comparata*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1/2013: *Dialoghi sulla dignità umana*, 13 ss.; M. GATTUSO, *Cassazione: viola la Costituzione il divorzio imposto per il cambio di sesso*, in *articolo29*, 6 giugno 2013; ID., *Matrimonio, identità e dignità personale: il caso del mutamento di sesso di uno dei coniugi*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2012, 3, 1076 ss.; S. GROSSO, *Lo scioglimento automatico del matrimonio a seguito di rettifica di sesso nell’ordinanza di remissione alla Corte costituzionale: “soluzione obbligata” o pilatesca*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 12 maggio 2014.

richiesto solo se questo si renda necessario affinché l'interessato consegua uno stabile equilibrio psico-fisico<sup>14</sup>.

La recentissima sentenza 2400/2015 della Corte di Cassazione – allineandosi a Corte Costituzionale, 138/2010 – conferma che nell'ordinamento giuridico italiano (nonostante il silenzio testuale dell'art. 29 della Costituzione e del codice civile, che pure presuppone implicitamente la diversità di sesso, quando si riferisce alla coppia coniugala come a “marito” e “moglie”) non si può contrarre matrimonio omosessuale (la questione era nata da una nuova richiesta, respinta, di pubblicazioni matrimoniali di una coppia gay).

La decisione ribadisce, tuttavia, che: *«nucleo affettivo-relazionale che caratterizza l'unione omoaffettiva, invece, riceve un diretto riconoscimento costituzionale dall'art. 2 Cost. e mediante il processo di adeguamento e di equiparazione imposto dal rilievo costituzionale dei diritti in discussione, può acquisire un grado di protezione a tutela equiparabile a quello matrimoniale in tutte le situazioni nelle quali la mancanza di una disciplina legislativa determina una lesione di diritti fondamentali scaturenti dalla relazione in questione»*.

### 3. L'universo lgbti e gli enti territoriali in Italia. a) Gli interventi regionali

Data la situazione appena sintetizzata, bisogna chiedersi se invece vi sia – e quale allora, in ipotesi, sia – il livello di “copertura” normativa regionale nell'ambito qui considerato, ove si ritenga di potere superare in via interpretativa la riserva alla legge esclusiva dello Stato delle leggi in materia di “cittadinanza, stato civile e ana-

<sup>14</sup> Trib. Siena, sent. 412/2013, testo in *www.intersexioni.it*. Sulla sentenza Cass. civ. 2400/2015 si vedano. Nota redazionale, *Cassazione: no alle pubblicazioni, ma sì ad «un grado di tutela equiparabile a quello matrimoniale»*, in *www.articolo29.it* 9 febbraio 2015; M. WINKLER, *Unioni tra persone dello stesso sesso: la Corte di Cassazione chiude il cerchio*, in *Quotidiano giuridico IPSOA*, online, 12 febbraio 2015.



grafi”, di cui all’art. 117, comma II, lettera i della Carta Costituzionale, nonché di “ordinamento civile e penale” (ivi, lettera l):

Con riferimento agli *Statuti* – non in quelli originari degli anni ’70 del Novecento, poveri di assunti di tipo non meramente organizzativo, ma in quelli cosiddetti di “seconda generazione”, successivi alla riforma del titolo V della Costituzione (2001; gli Statuti sono stati riformulati nel biennio 2004/2005 e la Corte Costituzionale, con sentenza 304/2002, ne enfatizza il valore di “vertice” delle – politicamente *sovra-quotate*, rispetto a quanto si riteneva in precedenza – “fonti di diritto regionale”) – sono contenute dichiarazioni di principio antidiscriminatorie, rilevanti anche per le coppie di fatto etero e omosessuali e per le persone con peculiari identità di genere, ad esempio: divieti di discriminazioni sanitarie, sul lavoro, nell’ammissione a graduatorie per l’accesso a case popolari, se motivati sulla base di preferenze sessuali o di genere, impegni a sviluppare in generale una cultura del monitoraggio e dell’integrazione delle differenze umane, rispettosa di orientamenti individuali specifici<sup>15</sup>.

Dopo impugnative – da parte del Governo – di alcuni Statuti, miranti a fare ritenere illegittime tali dichiarazioni per incompetenza, in quanto esse sarebbero state da riservare semmai ad un’unitaria e omogenea disciplina legislativa nazionale di principio sullo stato delle persone, la Corte Costituzionale (sentenze 2/2004, relativa alla Regione Calabria; 372, 378 e 379/2004, riguardanti rispettivamente le Regioni Toscana, Umbria ed Emilia Romagna) ha invece ritenuto possibile che i sopra ricordati Statuti rinnovati contenessero siffatte opzioni assiologiche, qualificandole però come non immediatamente vincolanti, né programmatiche<sup>16</sup> (e quindi, in

<sup>15</sup> Un quadro dei lavori preparatori aggiornati all’epoca è in *Il punto sulle unioni di fatto regione per regione* in [www.forumfamiglie.org](http://www.forumfamiglie.org), voce non firmata.

<sup>16</sup> E. COLOMBO, *Significati e prospettive del riconoscimento degli Statuti regionali di Toscana, Emilia e Umbria in materia di coppie di fatto*, in *Iustitia*, 2005, 193 ss.; C. E. GALLO, *Il valore delle disposizioni di principio contenute negli statuti regionali*, n *Foro amm.*, 2004, 3375 ss.; T. GROPPI, *Per Emilia-Romagna, Toscana e Umbria la Consulta indica i limiti agli statuti. E colpisce la pretestuosità delle censure avanzate dal Governo*, in *Dir. e Giust.*, 47/ 2004, 28 ss.

senso tecnico-giuridico, operativi, ma ad effetti differiti e da incrementare via via nell'attuazione), bensì come meri intenti, aventi in sostanza carattere politico-ideologico *pro futuro*, quanto alle politiche da sviluppare auspicabilmente nelle diverse comunità territoriali e cioè come un *tertium genus*, sotto il profilo dell'efficacia.

Circa lo svolgimento degli Statuti attraverso la *legislazione*, la Regione Toscana, l. 63/2004, riconosce che prestazioni e servizi ricompresi nell'ambito delle materie di sua competenza devono erogarsi senza discriminazioni di genere ed orientamento sessuale; introduce specifici sostegni sul lavoro a persone esposte per tali motivi a pratiche di esclusione sociale; vieta discriminazioni soggettive in ordine alla vigilanza sulle scelte di fine vita, quanto all'individuazione di chi designa o è designato a farlo all'interno di una relazione di affidamento delle specifiche volontà in ordine alla cure mediche da accettare o rifiutare, ove si perda autonomia di decisione e riconosce specifico sostegno psicologico a chi decida di intraprendere un percorso di rettificazione di genere; vieta ad esercenti di servizi pubblici, turistici, commerciali, trattamenti discriminatori per motivi di orientamento sessuale o identità di genere; impegna il Corecom a vigilare sulla qualità e correttezza delle trasmissioni radiotelevisive in tale ambito e ad assicurare spazi di informazione adeguata ai portatori di specifico interesse in materia.

La Corte Costituzionale (sentenza 253/ 2006) ha dichiarato, su ricorso del Governo per assunta violazione delle competenze regionali – che la regione assumeva invece di avere rispettato, essendosi mossa al loro interno – infondate le censure, quanto agli interventi in materia di istruzione e formazione (in cui le disposizioni della legge individuavano indirizzi e impegni), accogliendo tuttavia le altre, attributive in via diretta di diritti e vantaggi.

In esecuzione dei predetti indirizzi (“salvati”, quanto a legittimità costituzionale), la regione ha quindi promosso campagne di informazione e sensibilizzazione anti-omofobiche, tavoli di consultazione permanenti con espressione dell'associazionismo *lgbti*, un Osservatorio sulle dinamiche fenomeniche e i problemi di tale universo, prevedendo la Giunta di finanziarlo con proprio contributo.

La Regione Liguria, con legge 52/2009 e la Regione Marche,

con legge 8/ 2010 hanno approvato in seguito normative che intervengono in entrambi i casi espressamente, con tratti fra loro simili, sulla tematica delle discriminazioni di genere ed orientamento sessuale.

Per evitare censure come quelle che avevano portato al parziale annullamento della legge toscana in precedenza richiamata, pur avendo ad oggetto ampî settori materiali (istruzione, formazione professionale, inserimento al lavoro, servizi abitativi pubblici, salute, vigilanza sulla correttezza delle trasmissioni radiotelevisive sulle problematiche di interesse), precisano di limitarsi ad adattare agli atti di competenza regionale l'applicazione di principî costituzionali, ma restando ciascuna regione nell'ambito delle proprie competenze materiali.

Impugnata dal Governo la legge ligure, le censure avanzate (sostanzialmente analoghe a quelle che avevano sorretto l'impugnativa contro la legge toscana) sono state tuttavia dichiarate infondate dalla Corte Costituzionale (sentenza 94/2011).

La legge marchigiana, in particolare, ha spiccato carattere programmatico di futuri interventi.

Risultano allo stato pendenti proposte di legge analoghe delle Regioni Piemonte ed Emilia-Romagna e, più in generale, le due regioni si segnalano per l'adozione di politiche di erogazione dei servizi che da esse dipendono chiaramente antidiscriminatorie.

In particolare, la Regione Emilia-Romagna, con legge 24/2009 (la legge finanziaria regionale) aveva disposto (tra l'altro) che i servizi anche privati dovessero essere forniti in condizioni di parità a singoli e *ad ogni forma di convivenza*, anche col dichiarato intento di dare applicazione su scala regionale alle nozioni di discriminazione diretta e indiretta (da contrastare e superare entrambe), derivate dalla normativa e dalla giurisprudenza dell'Unione Europea (direttive 2000/43/CE, 2000/78/CE, 2006/54/CE, la prima relativa al principio della parità di trattamento fra persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, la seconda statuente un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, la terza relativa all'attuazione del princi-

pio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e di impiego).

Impugnata tale legge dal Governo per assunto tentativo di ampliare surrettiziamente le tipologie delle unioni tutelabili – in sospetta violazione della riserva allo Stato delle norme di Stato civile, appunto per il richiamo alla necessità di tutela “ad ogni forma di convivenza” – il ricorso dell’Esecutivo è stato dichiarato infondato (quindi scendendo nel merito) per le censure relative alla parità di trattamento, in quanto le relative norme sono semplici repliche di principi posti da fonti comunitarie e inammissibile per la parte (connessa, ma ai fini del presente lavoro più interessante) sulla tutela delle altre forme di convivenza, perché la Consulta ha ritenuto che il motivo di ricorso era stato enunciato senza alcuna argomentazione e dunque per un motivo di forma (sent. 8/2011).

Sul piano ancora regionale, ma non legislativo, si è creata una “Rete nazionale contro le discriminazioni nelle pubbliche amministrazioni” (*Ready*), per fare emergere le problematiche al riguardo della popolazione *lgbti* e si sono approvate risoluzioni antiomofobiche da parte dei Consigli regionali di Valle d’Aosta e Veneto.

In generale, permanendo l’inerzia o una controversa azione in tale direzione del legislatore nazionale, è rilievo comune in dottrina che il livello istituzionale territoriale substatuale – attesa l’applicazione di *best practices* che deve necessariamente conseguire al ruolo di primo impatto di enti locali e regioni nell’ambito dell’applicazione del principio di sussidiarietà verticale e orizzontale, nel secondo caso in ragione del dialogo in essere con l’associazionismo esponenziale dell’universo *lgbti*, coinvolto in chiave partecipativa nella fase istruttoria di procedimenti di decisioni pubbliche) – risulta più reattivo alle sollecitazioni dell’ambiente sociale e nel dialogo antidiscriminatorio con l’Unione Europea di quanto accade per le istituzioni statali centrali<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Per questo paragrafo si sono tenuti presenti, oltre agli autori citati nella nota precedente, spec. A. BOVE, *Le convivenze familiari nel diritto regionale*, in *Le convivenze familiari. Diritto vivente e proposte di riforma*, a cura di F. Bocchini, Torino, 2006, p. 425 ss., a cura di F. Bocchini, Torino, 2006; V. BARELA, *Logiche locali per una tutela della famiglia di fatto: parallelismo con l’esperienza spagnola*, in

In questo senso, di rilievo è la legge della Regione Puglia 19/2006, rubricata “Disciplina del sistema integrato dei servizi sociali per la dignità e il benessere delle donne e degli uomini di Puglia”, che istituisce servizi a rete in tema di diritti sociali, da fornire – rendendoli effettivi – a cittadini impegnati anche in forme di convivenza molteplici (art. 27, c. 2: sono presi in considerazione come aventi titolo agli interventi soggetti legati tra loro da vincoli “di parentela, affinità, adozione, tutela e ... altri ... solidaristici, purché aventi una coabitazione abituale e continuativa e dimora nello stesso Comune”, chiarendosi che “per coabitazione abituale e continuativa s’intende quella tra due o più persone che perduri da almeno due anni». Ne derivano (come è stato notato) significative conseguenze in tema, ad esempio, di diritto all’assegno di cura per la convivenza con familiare disabile, all’accesso alla mediazione familiare o alla graduatoria per gli asili-nido<sup>18</sup>.

*www.comparazionedirittocivile.it*, 2010 (anche se, peraltro, il proposto parallelismo non può evitare di tenere conto del risalente riconoscimento spagnolo del *derecho privado* c. d. *foral*); C. DANISI, *La tutela regionale contro le discriminazioni fondate sull’orientamento sessuale e sull’identità di genere*, in *Le Regioni*, 1/2011, 181 ss.; ID., *La discriminazione fondata su orientamento sessuale e identità di genere: l’approccio delle Regioni italiane tra input europei e sensibilità locali*, in *Profili attuali del principio di non discriminazione tra Unione europea e Regioni italiane*, a cura di A. Pitino, Roma, 2012, 193 ss.; F. VIGLIONE, *Il principio di non discriminazione nei rapporti tra privati: quali spazi per la legislazione regionale?*, in *Le Regioni*, 1 - 2/2012, 192 ss.; A. MUSIO, *Del diritto regionale della famiglia o del diritto di famiglia regionale*, relazione al convegno *Persona e comunità familiare*, Salerno, 28 - 29 settembre 2012, in *www.comparazionedirittocivile.it*.

<sup>18</sup> Periodici rapporti annuali che operano un monitoraggio delle politiche regionali in termini e quindi una loro valutazione, che sfocia in una graduatoria, in base ad indici di apertura a norme e prassi amministrative di non discriminazione tra persone e coppie in relazione al genere e inoltre di contrasto a pratiche omofobe, sono redatte a cura dell’*Arcigay* e pubblicate sul sito *online* dell’associazione. Manca allo stato la pubblicazione ufficiale in sito del Rapporto 2014, del quale è possibile avere notizie di fonte giornalistica: si veda, ad esempio, *La Sicilia sempre più gay friendly, Veneto e Lombardia in coda*, in *www.siciliainformazioni.it*, 25 agosto 2014.

#### 4. Segue: *b) Lo spazio dei Comuni*

Nel rinnovato – e oggi in via di ulteriore revisione – titolo V della Carta Costituzionale, gli enti locali sub-regionali (o meglio: i Comuni, essendo le Province interessate intanto da un movimento riformatore che dovrebbe condurre alla loro scomparsa) diventano il primo livello di ricostruzione e di ri-orientamento – dal basso verso l'alto e dalla periferia verso il centro – dell'ordinamento giuridico, quanto ad esercizio di funzioni e poteri di amministrazione pubblica, alla luce del “principio di sussidiarietà”, che si richiamava appena sopra.

Si osserva dunque a questo livello un variegato panorama di attività di supporto dell'associazionismo a *single issue*, con interventi concreti e monitoraggio da parte degli enti locali, in funzione di sostegno assistenziale e culturale di istanze particolari, anche quanto all'universo fenomenico *lgbti*, oltretutto, specificamente, con l'introduzione – su base regolamentare e attraverso deliberazioni dei rispettivi Consigli – di “Registri delle convivenze”<sup>19</sup> (con funzione non autonomamente costitutiva di nuovo diritto, ma certificatoria di una situazione di fatto preesistente) delle coppie e più in generale anche di una pluralità di persone anagraficamente conviventi, etero ed omosessuali e con scopo di scambio non solo di affetto e vita sessuale, ma anche di solidarietà e mutuo aiuto oblativo, che hanno riscosso maggiore o minore successo concreto presso i destinatari.

Persiste infatti sovente lo scetticismo verso l'effettivo valore pratico di tali strumenti, quando non la “diffidenza” verso tecniche di possibile “schedatura”, attesa la persistente mancanza di un quadro di riferimento normativo delle garanzie di livello regionale e nazionale.

<sup>19</sup> Fra i molti, R. ROMBOLI - E. ROSSI, *I registri comunali delle unioni civili e i loro censori*, in *Foro It.*, 1996, III, 527 ss.; A. ROTELLI, *I registri delle unioni civili*, in *PersonaeDanno*, 2 novembre 2005; L. IMARISIO, *Il registro delle unioni civili*, intervento al convegno annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa” *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Catania 7- 8 giugno 2013, con esame analitico della giurisprudenza amministrativa, nel *web* al sito dell'associazione, come prima cit..

Si avverte infine in proposito anche il variabile grado di presenza e maturazione di esperienze locali specifiche, in rapporto al differente grado di intensità della “cultura civica” e dei legami sociali di volta in volta percepiti, accanto a persistenti resistenze di taluni enti esponenziali di comunità locali ad adottare incisive politiche di integrazione reale di orientamenti e stili di vita minoritari<sup>20</sup>.

Assumono comunque rilievo, in tema, le recentissime disposizioni del Sindaco di Napoli (23 giugno 2014) e di quello di Bologna (21 luglio 2014), in sostanza assai simili nella motivazione, che, richiamando in particolare – ma non solo – i principî della sentenza della Corte di Cassazione del 2012 in precedenza ricordata, ma anche di quella grossetana richiamata in precedenza, ordinano ai rispettivi uffici di stato civile la trascrizione dei matrimoni omosessuali che siano stati validamente contratti all'estero, secondo la *lex loci*<sup>21</sup> (competente a disporre, secondo l'art. 28 della legge

<sup>20</sup> Nell'impossibilità di riassumere in una mera valutazione sintetica la varietà di opzioni e risultati raggiunti o degli arresti subiti, si rinvia al volume - fondamentale per la registrazione del progresso (e delle difficoltà) delle *best practices* sul tema - *DisOrientamenti. Discriminazione ed esclusione sociale delle persone LGBT in Italia*, a cura di C. D'Ippoliti e A. Schuster, Roma, 2011 (reperibile anche nel *web* al sito dell'Ufficio di cui si dice subito sotto), che contiene il rapporto della ricerca svolta nel 2010 dalla *Associazione Avvocatura per i diritti LGBT - Rete Lenford* per conto dell'UNAR, cioè dell'*Ufficio nazionale antidiscriminazioni razziali* (e in realtà anche contro pratiche di discriminazione motivate da genere ed orientamento sessuale), che ha sede presso il Dipartimento per le Pari Opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri, e che si è concentrata soprattutto su quattro regioni meridionali del Paese, oggetto del cosiddetto *Obiettivo Convergenza* dell'Unione Europea (cioè Campania, Calabria, Puglia e Sicilia), finanziatrice della ricerca medesima (il rapporto è reperibile anche nel *web* al sito dell'Ufficio). Utile sul piano documentario è altresì la scheda analitica, redatta con riferimento a fonti giornalistiche particolareggiate, rinvenibile nel sito *web wikipink, l'enciclopedia lgbt italiana* (ultima consultazione effettuata il 3 aprile 2014). Da ultimo, una più aggiornata e rapida panoramica, sempre giornalistica, della situazione è nel *Dossier* – che contiene anche una mappa del contesto internazionale e schede su alcuni ordinamenti stranieri – di E. SERRA, *Matrimoni gay e unioni civili. Il federalismo dei Comuni italiani*, in *Corriere della Sera*, mercoledì 30 luglio 2014, ove si mette in evidenza, nell'assenza di una legge nazionale di riferimento, il *fai-da-te*, caso per caso, delle autonomie locali.

<sup>21</sup> I testi dei provvedimenti si leggono in *www.articolo29.it*.

218/1995, di riforma del diritto internazionale privato), beninteso, peraltro, “non come atti aventi valore di matrimonio per la legge italiana, ma come atti esteri che non vengono riconosciuti dalla nostra legge nazionale”<sup>22</sup>.

Sulla questione specifica è in corso – nel momento in cui questo lavoro è licenziato per la stampa – una vivacissima polemica tra il Ministro dell’Interno [che, con propria circolare ai prefetti, ha ricordato la mancanza di una legge nazionale uniforme in materia, sicché le decisioni sindacali sono da ritenere illegittime, *ex art.* 117, 2° comma, della Carta Costituzionale, per la riserva esclusiva a tale fonte di norme relative a diversi profili rilevanti in materia e cioè: per la lettera i), “cittadinanza, stato civile e anagrafi”; per la lettera l), “ordinamento civile e penale”; per la lettera m), “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”] e alcuni “primi cittadini”, tra i quali si è finora distinto – per la risonanza mediatica della sua decisione di procedere a trascrivere tali unioni – quello della Capitale.

##### 5. Segue: *Il diritto e la convivenza. Alcuni esempi normativi e giurisprudenziali che riconoscono rilievo al fenomeno*

Se si è sopra detto della peculiarità italiana sul piano della normazione “eteronoma” (nazionale o regionale) di rango legislativo, cioè che essa è assente, o largamente deficitaria, un accenno va riservato ad una soluzione diversa, non fondata dunque su una forma di disciplina giuspubblicistica delle unioni affettive non tradizionali, come altrove è da tempo possibile: si pensi solo – per brevità e riferendosi a Paesi territorialmente vicini al nostro – alle diverse soluzioni dei *Pacs* francesi (di modello invero almeno originariamente “contrattuale” e aperta tanto a coppie di fatto eterosessuali, quanto a unioni del medesimo sesso, poi lì affiancata ad un’apertura non determinata dal genere del matrimonio) o alla *Lebenspartnerschaft*

<sup>22</sup> Il chiarimento virgolettato è in M. G., *Trascrizione*, cit.



*tsgesetz* tedesca (di modello “organico” ed esclusivamente per coppie omosessuali)<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> Per il quadro transalpino si veda, di un'autrice francese, M. REVILLARD, *Droit international privé et communautaire: pratique notariale*, pref. di P. LAGARDE, 7<sup>a</sup> ed., Paris, 2010, 101 ss. (pagine appunto dedicate a *Les couples non mariés en droit international privé: le Pacs, les partenariats enregistrés et l'union de fait*), dopo che nel 2005 il congresso notarile di Nantes aveva dedicato la sua sessione alle *Familles sans frontières en Europe*). Nella dottrina italiana, *ex multis*, da un lato M. TIMOTEO, «*Il Pacte civil de solidarité; mariage bis o contract?*», in *Contratto e Impresa*, 2001, 683 ss. (mentre parla di “doppia via francese: *Pacs* e *mariage homosexuel*” A. M. LECIS, *Le unioni di persone dello stesso sesso in Francia: dai Pacs alla sentenza sul mariage homosexuel*, in *Ianus*, 4/2011, cit., 219 ss.; di rilievo è in realtà l'intero numero della rivista, cui pertanto si rimanda, dal tema generale *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso nei giudizi di legittimità costituzionale: una prospettiva comparata*) e dall'altro F. SAITTO; «*Particolare tutela del matrimonio, principio di uguaglianza e garanzia di istituto: le unioni civili davanti al Tribunale costituzionale federale tedesco*, *ivi*, 4/2011, 109 ss.; ID., *La giurisprudenza tedesca in materia di eingetragene Lebenspartnerschaft tra garanzie d'istituto e Abstandsgebot. Spunti di comparazione con la sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale italiana*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 17 marzo 2011. Con sguardo più generale e fra i molti, per contributi recenti sul tema, con riguardo all'Italia F. CAGGIA, voce *Famiglia (dir. civ.)* in *Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, diretta da S. Patti, Bergamo, 2007, VI, 314 ss.; per un esame anche comparato G. FERRANDO, nel volume della stessa e di A. QUERCI, *L'invalidità del matrimonio e il problema dei suoi effetti*, Milano, 2007, 86 ss. (ov'è affrontato anche il problema della non riconoscibilità giuridica – in una cultura occidentale comunque basata su monogamia e uguaglianza fra le parti – del matrimonio eterosessuale, ma poligamico, ad esempio islamico). Da ultimo, si veda A. PERA, *Il diritto di famiglia in Europa. “Plurimi e simili” o “plurimi e diversi”*, Torino, 2012, con ampia analisi comparata e osservazioni sulla circolazione dei modelli (e sui suoi impedimenti, per diversità dei contesti ordinamentali ed extralegali). Ulteriori panoramiche comparate delle soluzioni in termini sono - tra le altre - nei volumi collettanei *Matrimonio, matrimoni*, a cura di F. Brunetta d'Usseaux - A. D'Angelo, Milano, 2000 e *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, a cura di D. Amram e A. D'Angelo, *Quaderni della Riv. di Dir. Civ.*, Padova, 2011. Di interessante lettura è la ben documentata tesi comparata di dottorato di ricerca, XXI ciclo, in co-tutela italo-spagnola (correlatori i professori L. Chieffi della Seconda Università di Napoli e F. Balaguer Callejón dell'Università di Grenada) di V. CAROLLO, *La famiglia nel sistema giuridico dell'Unione europea: la famiglia di fatto alla luce della giurisprudenza comunitaria*, 2009, reperibile in italiano con *abstract* in spagnolo nel sito [www.ugr.es](http://www.ugr.es). Tra i contributi di minore mole, A. G. ANNUNZIATA - R. F. IANNONE,

Si tratta della normazione che può essere posta nel merito in essere dai soggetti interessati – conviventi non coniugati o non coniugabili, di qualunque genere essi siano – attraverso vincoli fondati sull'autonomia privata, secondo una linea indicata da sempre, ma oggi ripresa con particolare intensità di proposta, dal notariato, che consente di porre un contingente rimedio ad un vuoto di disciplina che resta tuttavia ingiustificabile, continuando il legislatore ad eludere allo stato il dilemma dell'estensione dell'istituto matrimoniale a coppie non “canoniche”, ovvero di una peculiare, ma differente, disciplina loro riservata.

Prima ancora di spendere (nel paragrafo che seguirà) qualche considerazione al riguardo, va sottolineato come – per vero – la mancanza in Italia di una disciplina legislativa organica della situazione di fatto designata nell'esperienza comune quale “convivenza”

*Verso la tutela giuridica delle famiglie omosessuali?*, commento a Tribunale di Ferrara, (ord.) 16 dicembre 2009, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 5/2010, 344 ss.; A. SCHUSTER, *Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio*, in *Forum Quad. Cost.*, 10 aprile 2012; M. G. LUCCIOLI, *Giurisprudenza delle Corti (GGE, Cedu, Corte Costituzionale, Corte di Cassazione) sui profili esistenziali della famiglia*, relazione al Convegno *Persona e comunità familiare*, cit. (si segnala al lettore che l'autrice è Presidente del Collegio della Corte di Cassazione, I Civ., che ha emesso la sentenza 4184/ 2012, sopra ricordata); V. SCALISI, *“Famiglia” e “famiglie” in Europa*, relazione al medesimo convegno, cit.; T. DE PASQUALE, A. A. GENNA, L. LORELLO, *Diritto pubblico delle relazioni familiari e processo di europeizzazione dei diritti*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 5 / 2012, 787 e ss.; V. VALENTI, *Verso l'europeizzazione del diritto nazionale di famiglia? (Brevi osservazioni a margine del caso Hay, Corte di Giustizia UE. C-267/12, sent. 12 dicembre 2013)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 24 febbraio 2014. Documentano rispettivamente, infine, l'evoluzione normativa interna e della giurisprudenza costituzionale di due Paesi territorialmente vicini al nostro (benché, nel caso spagnolo, attraversata da dissensi esplicitati nell'organo di giustizia costituzionale) verso l'estensione dell'istituto matrimoniale indipendentemente dal sesso, U. ADAMO, *Il matrimonio omosessuale in Spagna dalla l. n. 13/2005 alla s TC 198/2012*, in *www.gruppodipisa.it*. e A. ROMANO, *I voti particolari nella sentenza n. 198 del 2012 del Tribunal Constitucional spagnolo tra approcci alla relazione affettiva e dinamiche dell'interpretazione costituzionale*, in *Nómos*, 3/2013, 1 ss. e M. R. DONNARUMMA, *Le mariage homosexuel en France, la tradition républicaine et les questions de société, ivi*, 1/1014, 1 ss. e già A. M. LECIS, cit..

non implica anche che, in casi specifici, detta condizione concreta non assuma rilievo giuridico, legislativo o giurisprudenziale<sup>24</sup>.

Quanto al primo piano (quello legislativo), alcune parificazioni sono ad esempio disposte dal codice civile: in materia di assegnazione della casa familiare, ove l'assegnatario sia anche il soggetto a cui sono affidati i figli, l'art. 337-*sexies* dispone che tuttavia detto diritto "viene meno nel caso che l'assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o *conviva more uxorio* o contragga nuovo matrimonio". Ulteriormente, in caso di misure contro abusi e violenze del coniuge o di altro convivente, ai sensi dell'art. 342-*bis* le due posizioni sono, come si vede, normativamente equiparate e, quanto alla scelta dell'amministratore di sostegno, a mente dell'art. 408, questa può cadere, da parte del giudice tutelare e ove l'interessato non vi abbia provveduto, anche (tra l'altro), oltre che su un soggetto legato all'interessato da vincoli di stretta parentela, su "persona stabilmente convivente" e l'istanza di interdizione o

<sup>24</sup> Per un quadro comparato, si veda S. CACACE, *Nella buona come nella cattiva sorte? Riflessioni in materia di convivenza senza matrimonio in Italia e non solo, in Liber Amicorum per F. D. Busnelli, Il diritto civile fra principi e regole*, I, Milano, 2008, 77 ss. Per la parte esemplificativa che segue in rapporto all'ordinamento italiano, nel presente paragrafo, nonché per gli svolgimenti specifici del successivo, ci si riferisce anche a CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *La convivenza. Regole e tutele della vita insieme*, marzo 2014, *online ad locum*, e già in precedenza anche *I contratti di convivenza*, a cura di E. Moscati - A. Zoppini, Torino, 2002. nonché a D. MURITANO - A. PISCHETOLA, *Accordi patrimoniali tra conviventi e attività notarile*, Milano, 2009 e a R. BASSETTI, *Contratti di convivenza e di unione civile*, Torino, 2014 (per l'estensione alle unioni omosessuali di tali accordi si veda, nei secondi, 12 ss., nel terzo 48 ss.), nonché di recente, specificamente per le unioni definite dagli Autori "famiglie eterodosse", a G. DE ROSA - E. CALÒ, *Riflessioni del notariato sul diritto di famiglia e delle successioni alla luce dei nuovi modelli sociali, Quad. della Fond. It. Not.*, 2013, *online ad locum* e più in generale F. DELL'AVERSANA, *il "regime patrimoniale" della famiglia di fatto*, in *Vita Notarile*, 2/ 2012, 989 ss. Un ulteriore, esauriente esame complessivo dell'evoluzione della problematica specifica in dottrina e in giurisprudenza, al quale può perciò rinviarsi per comodità di sintesi, è in A. MASCIA, *L'unione more uxorio e l'autonomia negoziale: come se fosse un matrimonio?* in *www.Diritto.net*, anche per l'aggiunta di esemplificazioni ulteriori che considerano sempre – sotto profili di volta in volta richiamati dall'autore – l'equiparazione tra coniugio e convivenza.

di inabilitazione, *ex art.* 417 del codice civile, può essere del resto promossa – tra l’altro – dalla *persona stabilmente convivente*.

Se si guarda alla legislazione extra-codicistica (quella che una volta veniva definita “speciale”, ritenendola residuale – come oggi più non è – rispetto alla disciplina del codice), si rinviene ancora una disposizione in tema di prelievi e di trapianti di organi e tessuti, l’art. 3 della legge 91/1999, a tenore della quale le informazioni che riguardano l’intervento possono essere fornite (tra l’altro) al “*convivente more uxorio*” dell’interessato, o – nell’art. 5 della L. 40/2004, in materia di fecondazione assistita – si trova disposto che alle relative tecniche possano accedere “coppie di maggiorenti di sesso diverso, coniugate o *conviventi*, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi”.

A proposito di norme in materia di alienazione degli immobili di proprietà degli Istituti autonomi per le case popolari, l’art. 1, comma 598, della legge 266/2005 prevede dal suo canto che il diritto all’esercizio del diritto di opzione all’acquisto vada riconosciuto con priorità “all’assegnatario unitamente al proprio coniuge, qualora risulti in regime di comunione dei beni”, ovvero, in caso di sua rinuncia e nell’ordine, al coniuge in regime di separazione dei beni, “al convivente *more uxorio*, purché la convivenza duri da almeno cinque anni” e solo dopo ai figli (prima ai conviventi, poi ai non conviventi).

Sul piano processual-penalistico, infine, da un lato si può rammentare la facoltà dei congiunti di astenersi dal deporre contro l’imputato, *ex art.* 199 c. p. p., estesa anche a chi “pur non essendo coniuge dell’imputato, come tale *conviva o abbia convissuto* con esso”, limitatamente a quanto da lui appreso durante la convivenza stessa e dall’altro l’art. 30 della legge 354/1975 sull’ordinamento penitenziario, ove si statuisce che “nel caso di imminente pericolo di vita di un familiare o di un *convivente*, ai condannati e agli internati può essere concesso dal magistrato di sorveglianza il permesso di recarsi a visitare, con le cautele previste dal regolamento, l’infermo”.

Di incisivo (e progressivamente più intenso) rilievo è stata poi l’opera della giurisprudenza, in ordine al riconoscimento di taluni diritti patrimoniali specifici ai conviventi.

Si ricorda così che la Corte Costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 6, legge 27 luglio 1978, n. 392, “nella parte in cui non prevede il subentro – nel contratto di locazione al conduttore che abbia cessato la convivenza – dell'altro convivente al quale siano stati affidati i figli, come peraltro è previsto dalla legge in caso di separazione dei coniugi” (sent. 404/ 1988) e ha ritenuto che, ove venga meno una convivenza *more uxorio*, dalla quale siano nati figli ancora minori o, se maggiorenni, tuttavia economicamente non autosufficienti, la casa fino ad allora comune debba venire assegnata al genitore affidatario, avendo come criterio prioritario l'interesse dei figli (sent.166/1998; anche per la sentenza 308/2008 dal “contesto normativo e giurisprudenziale emerge il rilievo che non solo l'assegnazione della casa familiare, ma anche la cessazione della stessa, è stata sempre subordinata, pur nel silenzio della legge, ad una valutazione, da parte del giudice, di rispondenza all'interesse della prole” e questo anche ove cessi una convivenza *more uxorio*).

Significativo altresì il caso deciso dalla Corte Costituzionale con sentenza 203/1997, dopo la quale restò statuito – dichiarandosi quindi costituzionalmente illegittimo l'art. 4, comma 1, della legge 30 dicembre 1986, n. 943, in materia di collocamento e di trattamento dei lavoratori extracomunitari immigrati e contro le immigrazioni clandestine – che il genitore extracomunitario di un minore che risieda legalmente in Italia con l'altro ha il diritto di ricongiungersi con la famiglia, anche se padre e madre non sono tra loro sposati, né intendano farlo, sempreché chi si ricongiunge alla famiglia possa da noi godere di normali condizioni di vita.

Molte le pronunce anche della Corte di Cassazione. In una si è riconosciuto il diritto al risarcimento da illecito da cui è scaturito un evento mortale anche a chi conviveva *more uxorio* col defunto e provi che il rapporto si traduceva in stabilità di vita e in reciproca assistenza morale e materiale (III civ., sent. 23725/ 1998); in altro caso, essa ha ritenuto applicabile ai conviventi l'istituto dell'impresa familiare di cui all'art. 230 *bis* c.c., valutando che un'attività lavorativa che si dipana anche coinvolgendo conviventi *more uxorio* non è in genere inquadrabile nello schema giuridico del rapporto di lavo-

ro subordinato (Lav., sent. 5632/ 2006) ed ancora che la normale offerta di denaro e beni al proprio convivente *more uxorio*, in quanto espressione di un atteggiamento di solidarietà morale socialmente apprezzabile, non può formare oggetto di domanda giudiziale di restituzione (I civ., sent. 1277 /2014).

Ancora – e di recente – si è affermato che “la convivenza *more uxorio*, quale forma sociale che dà vita a un autentico consorzio familiare, determina sulla casa di abitazione dove si svolge e si attua il programma di vita in comune, un potere di fatto basato su di un interesse proprio del convivente ben diverso da quello derivante da ragioni di pura ospitalità, tale da assumere i contenuti tipici di una detenzione qualificata, conseguendone l’illegittimità di un’estromissione violenta o clandestina dall’unità abitativa” (Cass., II civ., 7/2014, nel caso della convivente di un soggetto lungodegente in ospedale, estromessa dalla casa di abitazione dai fratelli del compagno, uno dei quali aveva concesso comodato al germano ammalato l’appartamento)

Talora, poi, la lunga protrazione della convivenza opera addirittura nel senso di creare una situazione di fatto “ostativa alla dichiarazione di efficacia nella Repubblica italiana delle sentenze definitive di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici, per qualsiasi vizio genetico del matrimonio accertato e dichiarato dal giudice ecclesiastico nell’ordine canonico, nonostante la sussistenza della convivenza coniugale”, data la dissociazione del matrimonio-atto dal matrimonio-rapporto, cui consegue la validità del secondo anche dopo la nullità religiosa del primo (com’era già stato ad esempio affermato da Cass., 1343/ 2011<sup>25</sup>): si veda in termini, da ultimo, SS. UU. Civ., 16379/ 2014. Non ci si può insomma liberare facilmente di un matrimonio in precedenza dichiarato nullo, se dopo tale dichiarazione la convivenza tra ex coniugi si è comunque protratta a lungo e questo – com’è evidente – a tutela della parte più debole e a protezione delle esigenze solidaristiche, anche verso i figli, nonché della proiezione sociale della situazione cui si era data

<sup>25</sup> V. CARBONE, *Validità del «matrimonio rapporto» anche dopo la nullità religiosa del «matrimonio-atto»*, in *Fam. dir.*, 2011, 235 ss.

– ma soprattutto mantenuta nel tempo – vita: sempre di più il fatto plasma (nel negozio di carattere familiare) il diritto e ne sana perfino il vizio originario.

#### 6. *La via privatistica dei patti di convivenza*

La via diversa alla quale si accennava sopra è riemersa da noi più di recente come idonea a disciplinare (secondo chi la sostiene) rapporti tra conviventi, in assenza di strumenti giuridici cogenti di natura giuspubblicistica, onde attribuire ad essi diritti e doveri certi di carattere patrimoniale, attraverso accordi, ad effetti perlopiù reciproci, di carattere privatistico.

Così si esprime al riguardo la richiamata guida del *Consiglio nazionale del notariato*<sup>26</sup>:

“Nel caso di unione fondata sul matrimonio la legge stabilisce i diritti e i doveri reciproci dei coniugi, anche con riferimento ai rapporti patrimoniali, sia durante la convivenza sia dopo la sua eventuale cessazione (per morte di uno dei coniugi ovvero per separazione o cessazione degli effetti civili del matrimonio).

Nel caso di convivenza, la mancanza di una disciplina organica assimilabile a quella per i coniugi crea invece una situazione di precarietà, che assume particolare rilevanza proprio nel caso in cui cessi la convivenza stessa. Spetta pertanto ai conviventi supplire al vuoto normativo, disciplinando i reciproci rapporti patrimoniali con le convenzioni più adeguate alle loro esigenze.

Per i conviventi gli strumenti negoziali (tutti gli atti, compresi i contratti, con i quali si può disporre dei propri diritti, come il testamento) e contrattuali (atti con i quali due o più persone regolamentano i loro rapporti) messi a disposizione dall'ordinamento assumono pertanto un rilievo fondamentale, perché – se realizzati durante la convivenza – permettono di evitare, nel momento in cui essa dovesse cessare (per volontà delle parti o per decesso), situazioni di alta criticità e litigiosità.

<sup>26</sup> *La convivenza, cit.*, 10.

Si tratta di un'attività negoziale che appare in quest'ottica irrinunciabile per i conviventi, al fine di assicurarsi quel minimo di tutela reciproca che per i coniugi è garantita dall'ordinamento, un'attività di supplenza indispensabile per colmare il vuoto legislativo".

In generale, infatti, deve ricordarsi che, sulla base del I comma dell'art. 1322 del codice civile, "le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto *nei limiti imposti dalla legge*" (sicché ad esempio, in base all'art 458 del medesimo codice, sono vietati – e quindi nulli, se fossero stati stipulati – i cosiddetti "patti successorî", ma ci si può peraltro – come è previsto dall' art. 456 – determinare liberamente in ordine alla c. d. "quota disponibile" dell'eredità, cioè quella che non lede i diritti degli eredi "legittimari", come definiti dagli artt. 536 ss.), cioè porre in essere contratti già tipizzati dal legislatore, eventualmente modellandoli sulle proprie esigenze, ma – e di più – è comunque sempre possibile (art. 1322, II comma) "concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, *purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*".

A tale schema – dichiaratamente generale e molto variabile in concreto nei contenuti – si riconducono anche i cosiddetti "contratti di convivenza", anche se può utilizzarsi altresì un contratto tipico come il negozio di destinazione di beni, *ex art. 2645-ter* del codice civile (restando fuori dell'esame qui condotto l'analisi di quanto pregevole sia la fattura tecnica, da molti invero criticata, della disposizione e di quanto l'istituto in esso previsto sia riconducibile al *trust* anglosassone – o ne sia un "frammento" – e quanto invece se ne differenzi), con sottrazione di un bene alla garanzia patrimoniale generale dei creditori<sup>27</sup>.

Fin dal 1993, la Cassazione (III civ., sent.6381) aveva comunque avuto modo di stabilire (e questo è il punto di passaggio tra la

<sup>27</sup> V. SCADUTO, *Gli interessi meritevoli di tutela: "autonomia privata delle opportunità" o "autonomia privata della solidarietà"* in *Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata* in *Quad. Fond. it. Not.*, 1/2007, *online ad locum*.



rassegna sinteticamente svolta nel paragrafo che precede e le riflessioni che seguiranno) che “la convivenza *more uxorio* tra persone in stato libero non costituisce causa di illiceità e, quindi, di nullità di un contratto attributivo di diritti patrimoniali (nella specie, comodato) collegato a detta relazione, in quanto tale convivenza, ancorché non disciplinata dalla legge, non contrasta né con norme imperative, non esistendo norme di tale natura che la vietino, né con l'ordine pubblico, che comprende i principî fondamentali informativi dell'ordinamento giuridico, né con il buon costume, inteso, a norma delle disposizioni del codice civile (vedi artt. 1343, 1354), come il complesso dei principî etici costituenti la morale sociale di un determinato momento storico, bensì ha rilevanza nel vigente ordinamento per l'attribuzione di potestà genitoriali nell'ipotesi disciplinata dall'art. 317 *bis* del codice civile, come nella normativa della legge 27 luglio 1978, n. 392, in ordine alla successione nel contratto di locazione”.

Nella giurisprudenza di merito si rinviene del resto una risalente statuizione per cui i conviventi *more uxorio* possono validamente stipulare tra loro un contratto con cui costituiscono un diritto di usufrutto di immobile con reciproco beneficio, senza corrispettivo, giacché esso si fonda sul presupposto della convivenza medesima (Trib. Savona, 2001<sup>28</sup>), il che era un auspicabile superamento di quelle iniziali tendenze che costruivano le convivenze *more uxorio* come rapporti (solo) di reciproca ospitalità, non munendo di azione i conflitti che nascessero dalle loro crisi, perché aventi fonte in “obbligazioni naturali”<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> M. DOGLIOTTI, *La forza della famiglia di fatto e la forza del contratto. Convivenza more uxorio e presupposizione*, nota a Tribunale Savona 7 marzo 2001, in *Famiglia e Diritto*, 5/ 2001, 529 ss.

<sup>29</sup> Secondo – ad esempio – l'emblematica decisione della Pretura di Vigevano, 10 giugno 1996, ricordata criticamente da A. MASCIA, op. cit. e che appunto rifletteva tali orientamenti, “la convivenza *more uxorio* genera un rapporto di ospitalità reciproca; è, perciò, inammissibile l'azione di reintegrazione, ex art. 1168 c.c., proposta dal convivente non proprietario nei confronti del convivente proprietario, al fine di essere riammesso nell'abitazione ove si è svolta la relazione familiare di fatto”. A lungo la giurisprudenza ha invero ravvisato uno dei tratti differenziali tra la famiglia *de jure* e quella *de facto* nella maggiore stabilità (e quindi, per così dire,

In un costume sociale che si evolve, insomma, “tutto ciò che non è vietato è permesso”, secondo quello che è del resto il carattere “naturale” del diritto privato, il cui assetto moderno – pur negli adattamenti nazionali via via ricevuti – è, a partire dalla stessa idea di una sistemazione codicistica, nella matrice (di ispirazione illuminista, individualista e liberal-borghese) del *Code Napoleon*<sup>30</sup>.

Il punto dolente è, peraltro, che agli omosessuali è oggi giuridicamente “permesso poco” nel nostro Paese, in termini di equiparazione per legge ordinaria – nel godimento di diritti scaturenti dalla relazione personale – ai soggetti eterosessuali. Il tipo “negoziato matrimoniale” non è a loro accessibile da noi, esiste cioè un impedimento soggettivo a utilizzarlo.

Sulla dinamica di selezione sociale e poi di disciplina giuridica degli interessi così si esprime un autorevole civilista:

“Alla tipicità legale (...) si perviene attraverso la tipicità sociale, rappresentata dalla tipicità giurisprudenziale, perché è a livello di giudizio che si manifestano le reali esigenze dei traffici e i reali problemi che il legislatore è tenuto a risolvere con una disciplina uniforme. Il tipo giurisprudenziale per divenire legale presuppone allora una reiterazione di comportamenti, una pratica generale che, pur se non assurta a consuetudine, ne potrebbe costituire la base, dettando già una regola. Restano così fuori da questo capo i soli comportamenti individuali o comunque ancora i comportamenti non socialmente generalizzati, quei comportamenti che, dal punto di vista della tipicità, sono stati qualificati come socialmente *imma-*

“serietà di intenti” sulla prosecuzione del rapporto) della prima rispetto alla seconda, carattere che è peraltro – a tacere di ulteriori considerazioni – del tutto venuto meno con l’introduzione dell’istituto del divorzio.

<sup>30</sup> Si veda, per la segnalazione di “nodi” della materia che devono formare oggetto di imprescindibile valutazione (dal valore in sé della idea stessa di codificazione ai limiti della sua impronta liberal-borghese, dalle diverse tecniche codificatorie alle tendenze alla “decodificazione” e alla prevalenza di legislazione speciale e di settore nella disciplina dei rapporti interprivati e infine al rilievo di altre forze extragiuridiche nella regolazione dei rapporti di convivenza umana), l’illuminante e problematica sintesi storico-critica di P. RESCIGNO, *Introduzione al Codice civile*, Roma - Bari, 1991, spec. 11 ss., 44 ss., 62 ss., 86 ss., 240 ss.

turi e di cui si vorrebbe sostenere la non meritevolezza, ex art. 1322, II comma”<sup>31</sup>.

La Corte di Cassazione (III civ., 2288/2004) ha ritenuto in proposito che “possono dirsi diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico, ex articolo 1322, comma 2, del codice civile, tutti i contratti atipici non contrari alla legge, all’ordine pubblico e al buon costume”.

“Ordine pubblico”, “buona fede”<sup>32</sup>, “buon costume” e altri simili sintagmi<sup>33</sup> sono, come noto, “clausole generali”, cioè strumenti di deliberata e

<sup>31</sup> F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, XII ed., Napoli, 1986, 809, che cita sull’immaturità sociale E. BETTI, *La tipicità dei negozi giuridici romani e la cosiddetta atipicità del diritto odierno*, in *Annali della Facoltà giuridica di Macerata*, 1966, 7 ss. Il corsivo è testuale.

<sup>32</sup> Sul punto può esemplificativamente vedersi, per una recente indagine interordinamentale ad ampio spettro, I. MUSIO, *Breve analisi comparata sulla clausola generale della buona fede*, in *www.comparazioneediritto.civile.it*.

<sup>33</sup> Potrebbe apparire singolare la notizia *Ansa* del 12 agosto 2014, che si riporta testualmente di seguito, indice di un mutamento che la cultura antropologica corrente (orientata ad essere “politicamente corretta”) prova ad imporre a formule tradizionali del linguaggio giuridico: “L’espressione ‘buon padre di famiglia’ è scomparsa dal Codice civile francese. La formula, che era utilizzata in diversi articoli per indicare il comportamento di una persona attenta e prudente (per esempio riguardo all’affitto di un bene dello Stato), è stata infatti giudicata ormai ‘obsoleta’ e soprattutto ‘sessista’. D’ora in poi si parlerà di comportamento ‘ragionevole’ o di persona che si comporta ‘in modo ragionevole’”. In realtà, i *gender studies* mettono da tempo in luce le pratiche discriminatorie e “ideologiche” dissimulate attraverso l’uso di un linguaggio apparentemente neutro. Fece a suo tempo molto discutere il pionistico volumetto di A. SABATINI (con M. Mariani, E. Billi, A. Santangelo), *Il sessismo nella lingua italiana*, edito dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 1987. Più specificamente, sui nessi tra genere, diritto e linguaggio e la necessità di adottare un vocabolario giuridico pro-egualitario, si veda già M. L. BALAGUER CALLEJÓN, *Género y lenguaje: presupuestos para un lenguaje jurídico igualitario*, in UNED, *Revista de Derecho Político*, n. 73 (2008), 71 ss. Di recente, per panorami di riflessioni italiane che contengono anche ricche indicazioni bibliografiche e webliografiche, F. BARONCELLI, *Il linguaggio non offending come strategia di tolleranza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXIV, 1994, 11 ss.; D. CENCI, *Linguaggio e discriminazione. I compiti delle istituzioni forensi*, in *Diritto e formazione*, n. 3/2011, 455 ss.; S. CAVAGNOLI, *Linguaggio giuridico e lingua di genere: una simbiosi possibile*, Alessandria, 2013; *Diritto e genere. Analisi interdisciplinare e comparata*, a cura di S. Scarponi, Padova, 2014. Sulla

saggia “apertura” (si parla appunto in genere, presso i Tedeschi, di

necessità che in materia di diritto di famiglia si realizzi un’integrazione anche di linguaggio (oltretutto di approcci tecnico-culturali di ordinamenti diversi quanto a soluzioni dei medesimi problemi, di cui il primo è mediatore e sul rilievo, quindi, del diritto comparato, nonché dell’importanza che la traduzione linguistica sia affidata ad un operatore consapevole), richiama in particolare l’attenzione S. PATTI, *Un linguaggio giuridico condiviso per l’Europa: il diritto della famiglia*, relazione al seminario di studi *Verso un linguaggio giuridico condiviso per l’Europa: lingue, significati, categorie*, Padova 13 - 15 dicembre 2007, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2/2008, 103 ss. Il diffondersi di questa sensibilità anche semantica tra i giuristi (si vedano ad esempio R. SACCO, *Lingua e diritto*, trad. it., in *Ars interpretandi*, 5/ 2000, 119 ss. e il bel volume collettaneo *Il linguaggio giuridico: prospettive interdisciplinari*, a cura di G. Garzone e F. Santulli, Milano, 2008, in cui il saggio di D. ANTELMINI, *Vaghezza, definizioni e ideologia nel linguaggio giuridico*, offre in particolare – assieme ad opportuni chiarimenti teorici e rinvii bibliografici – anche alcuni appropriati esempi comparati di metaforizzazioni e “scivolamenti”, con intenti di attenuazione fenomenica, del legislatore in tema di impiego di nozioni rilevanti in bioetica, da “eutanasia” a “procreazione”) è un’ulteriore prova delle tensioni che – nella materia qui indagata – assediano la “tradizione”, concetto (lo stesso non a caso richiamato da Corte Cost., 138/2010, di cui sopra nel presente lavoro, in funzione di limite al mutamento nell’interpretazione del paradigma costituzionale del matrimonio), che è in realtà artificiale e manipolabile a fini di potere di gruppo e di legittimazione sociale. Interessanti osservazioni in questa direzione sono quelle di I. MASSA PINTO, *Diritto costituzionale e tradizione: a proposito della famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 11 luglio 2008 (tema poi sviluppato con ampiezza di svolgimenti in ID., *La superbia del legislatore di fronte alla «natura delle cose»*, Torino, 2012), di I. RUGGIU, *L’argomento culturale sotteso alla sent. 138/2010*, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza n. 138 del 2010*, cit., 161 ss. e di L. CONTE, *La sentenza costituzionale n. 138/2010: alcuni profili linguistici di interesse giuridico*, *ivi*, 207 ss. Su una tematica, infine, connessa e cioè per un quadro complessivo recente delle repressioni penali dei comportamenti omofobici che, se penalmente sanzionati, vengono qualificati, con espressione anglosassone, “*hate crimes*” (che comprendono al loro interno anche l’*hate speech*), ossia quei crimini commessi nei confronti di determinati soggetti a cagione della loro appartenenza ad un particolare gruppo sociale, identificato in base alla razza, alla etnia, alla religione, all’*orientamento sessuale*, all’*identità di genere*”, si veda L. GOISIS, *Omofobia e diritto penale: profili comparatistica*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 16 novembre 2012 (gli ultimi due corsivi sono nostri). Ulteriori, recenti contributi che consentono una valutazione complessiva del dibattito sull’*hate speech* in generale (benché in riferimento ad un ambito

saggia “apertura” (si parla appunto in genere, presso i Tedeschi, di *Veltilbegriffen*, concetti-valvola) di un ordinamento giuridico altrimenti del tutto – e oggi insostenibilmente – auto-referenziale e chiuso agli impulsi che provengono dalla realtà etico-sociale, attraverso l'etero-integrazione creativa (quand'anche non solo non si dica tale, ma anzi occulti tale carattere) del giudice, che ricorre – autorizzato dal legislatore – a simili canoni valutativi del fatto per attenuare la rigidità dell'ordito normativo<sup>34</sup>.

Tanto ricordato sul piano delle premesse teoriche, il punto in comune tra la condizione eterosessuale e quella omosessuale va in realtà ritrovato “saltando di livello”, per così dire, nella gerarchia delle fonti e dunque innanzitutto a partire dal combinato disposto degli assunti di principio della Carta Costituzionale: l'art. 2 (“La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”) e l'art. 3, I comma (“Tutti i cit-

materiale estraneo, sebbene contiguo, a quello del presente lavoro) e sugli atteggiamenti in proposito del diritto – attesa la delicatezza della questione, per la necessità di distinguere tra comportamenti in danno dell'altrui e manifestazioni (seppure discutibili sul piano del costume) di pensiero - sono quelli di R. C. POST, *La disciplina dell'hate speech tra considerazioni giuridiche e sociologiche*, in *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, a cura di D. Tega, Roma, 2011, e *ivi* anche spec. P. TANZARELLA, *L' hate speech nella più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, 151 ss.; G. ABBADESSA, *Tutela penale dalla discriminazione e diritto penale discriminatorio: casi e problemi*, 181 ss.; A. GUAZZAROTTI, *Eguaglianza e pari dignità*, 196 ss..

<sup>34</sup> Per un'analisi recente e il ricco esame del confronto dottrinale in argomento, si veda V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010 e già prima ID., *Osservazioni sulla semantica delle clausole generali*, in *Etica & Politica*, VII, 1/ 2006, 1 ss. Nel giudizio del prefatore del volume, A. GENTILI, XV, “Il prezzo di questa tecnica è ovviamente l'ampio spazio di decisione così lasciato al giudice. Ma anche questo rovescio è a suo modo una medaglia, perché in un mondo moderno in cui la legge è spesso compromesso, e il compromesso difficile, la soluzione verbale inaugurata con la clausola generale consente quegli aggiustamenti caso per caso che possono favorire l'equilibrio degli interessi, e quindi la coesione sociale”, in tal modo rendendo ragione teorica delle osservazioni che aprono il presente lavoro.

tadini hanno pari dignità sociale e sono uguali di fronte alla legge, senza distinzione di sesso”, interpretato evolutivamente, alla luce della normazione comunitaria, come attuale necessaria indistinguibilità di fronte alla legge di opzioni motivate dal genere e dall’orientamento sessuale).

In tale chiave vanno allora riconsiderati i bisogni di vita che a partire da questa omologazione in dignità, funzionale all’autonomo sviluppo della personalità individuale di ciascuno<sup>35</sup>, si deducono: ad esempio quelli abitativi, di salute, assistenziali e previdenziali, ma anche e forse innanzitutto di mutuo accudimento e – profilo ancora più controverso – quelli di proiezione futura del progetto di convivenza, attraverso l’affidamento di minori, la filiazione naturale – sia pure ottenuta con strumenti tecnologici – o l’adozione (sul punto si veda brevemente oltre).

Qui sta dunque la linea di frattura rispetto alla sistemazione codicistica della nozione di famiglia, che è quella “fondata sul matrimonio” eterosessuale, di cui all’art. 29 della Costituzione, che infatti pochi anni dopo ne riprendeva l’architettura, ma che oggi va inquadrata in un “contenitore” più ampio, in cui sono ricomprese sia tale forma risalente, sia – quali altre specie rilevanti di unioni umane – quelle etero od omosessuali legittimabili in base all’art. 2, altrettante manifestazioni degli interessi della comunità elementare interpersonale che la costituisce e dei singoli soggetti che ne fanno parte, secondo una linea argomentativa che ha determinato la necessaria rilettura conformatrice dell’assetto ricevuto dalla tradizione

<sup>35</sup> Sia permesso di rinviare, per sviluppi di queste considerazioni, a S. PRISCO, *Una nuova problematica frontiera dell’uguaglianza*, in *Comunità omosessuali. Le scienze sociali sulla popolazione LGBT*, Milano, 2013, 52 ss; il nesso tra “dignità... causa dell’uguaglianza e presupposto di libertà”, nel senso che “le persone sono uguali perché condividono una medesima natura, la condizione umana, che trova espressione giuridica nella dignità” è argomentato da ultimo in C. PICCOCCHI, *La dignità come rappresentazione giuridica della condizione umana*, Padova, 2013 (le citazioni rispettivamente a pp. 237 e 243).

da parte della dottrina e della giurisprudenza più sensibili (e ormai invero diffuse, cioè tanto vetero-continentali, quanto nazionali<sup>36</sup>).

La sentenza 138/2010 della nostra Corte Costituzionale fu in proposito molto cauta. Chi scrive osservò appunto a suo commento nell'immediatezza della decisione, se è permesso ricordarlo, che si trattava peraltro di "una sentenza (...) prudente, che tiene conto di una certa e classica tradizione storico-culturale, ma che al tempo stesso non è per nulla 'chiusa', come ad una prima e superficiale lettura potrebbe sembrare e che soprattutto, ne sono convinto, non sarà l'ultima pronuncia della giustizia costituzionale in argomento. Essa non fa calare una pietra tombale, insomma, su una discussione che merita di essere proseguita: a partire da qui, piuttosto, il cammino inizia oggi. La strada si apre, non viene affatto sbarrata"<sup>37</sup>.

"Nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost. – si legge in essa alla fine del paragrafo 8 del "Considerato in diritto" – spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità (che non vuol dire beninteso omissione o rinvio *ad libitum* del necessario intervento, è appena da precisare, come la successiva sentenza 170/2014 ha poi

<sup>36</sup> Si veda – per una rassegna analitica recente delle tendenze di mutamento giurisprudenziale in materia – R. CONTI, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dei giudici di merito*, relazione all'incontro di studi *Vecchie e nuove 'famiglie' nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, Catania, 29 maggio 2014, in [www.magistraturademocratica.it](http://www.magistraturademocratica.it). Una vigorosa difesa del punto di vista tradizionale sulla necessaria alterità sessuale di coppia e del suo fondamento su vincoli religiosi e/o sul prevalente sentimento sociale come presupposto naturalistico – e quindi esso solo giuridicamente riconoscibile – della famiglia (espressione perciò non ampliabile, secondo l'A., a comprendervi tipi diversi di convivenze e di unioni) è in G. GAMBINO, *Le unioni omosessuali: un problema di filosofia del diritto*, Milano, 2007, spec. 156 ss.

<sup>37</sup> S. PRISCO, intervento alla tavola rotonda, in "Amore che viene, amore che vai"... *Giurisprudenza costituzionale e unioni omosessuali*, cit., XXVI: il volume è stato edito due anni dopo, ma il seminario che ne raccoglie gli atti fu organizzato e tenuto a poco più di un mese dalla pronuncia. Un riconoscimento in tale senso viene del resto anche da V. PETRI, *Discriminazioni in base all'orientamento sessuale (matrimonio e convivenza). Il diritto fondamentale non giustiziabile*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), 27 giugno 2011, che pure taccia di "reazionaria" la decisione, comparandola nello specifico alla coeva evoluzione in materia dell'ordinamento spagnolo.

ben ribadito chiarito, di fronte alla permanente “svagatezza” del legislatore, *n. d .a.) individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, (tuttavia, n. d .a.) restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze more uxorio: sentenze n. 559 del 1989 e n. 404 del 1988). Può accadere, infatti, che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza”.*

L'evoluzione giurisprudenziale successiva sembra dare ragione all'impressione di allora di una diga malcerta, che invece di chiudere le paratie apriva piuttosto la via all'alluvione che si è successivamente constatata.

La domanda che un giuspubblicista si pone allora, di fronte all'evidente pluriformità oggi dovunque osservabile – quantomeno nell'Occidente euro-americano – dei modelli antropologici di famiglia, intesa nel suo senso più largo e necessariamente generico di formazione sociale composta da individui spontaneamente unitisi su base affettivo-solidaristica e con intenti di durata del rapporto, è se lo scopo di una protezione patrimonialistica del convivente legato da un sodalizio affettivo tendenzialmente stabile (nei limiti, ovviamente, della speranza di durata nel tempo che qualsivoglia relazione umana assume) – etero od omosessuale che esso sia – possa venire protetto anche nelle forme di cui si sta discutendo in questo paragrafo, giacché ritenuto “meritevole di tutela”.

La dottrina civilistica ha osservato che dal 1942 ad oggi una sola sentenza avrebbe dichiarato un contratto atipico lecito, ma immeritevole di tutela<sup>38</sup>. E un grande comparatista<sup>39</sup> rileva che “la giurisprudenza (...) non ha ancora trovato l'occasione per trovare nullo un contratto *ex art.* 1322; e, se ha avventurosamente invocato

<sup>38</sup> F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter*, in *Giust. Civ.*, 2006, II, 165 ss. L'A. cita App. Milano, 29 dicembre 1970, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, 81, peraltro cassata da Cass. 2 luglio 1975, n. 2578 (in *Tem*, 1977, 133).

<sup>39</sup> R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, I, nel *Trattato di diritto civile* diretto dal primo, Torino, 2004, 850.



l'articolo, lo ha adoperato come puro schermo, per colpire contratti visibilmente contrari ai buoni costumi, o altrimenti viziosi”.

Il punto è dunque se un comportamento ormai mediamente diffuso e socialmente in via di sempre più larga accettazione (o – direbbe Betti – di *maturazione*: s'intende riferirsi alla convivenza omosessuale, della quale qui si tratta; *a fortiori* l'osservazione varrebbe del resto per quella eterosessuale o *more uxorio*, sulla quale si è appunto formata la giurisprudenza ormai risalente che prima si ricordava) sia “immeritevole di tutela” (questo è il limite di ammissibilità dei contratti atipici, in base all'art. 1322, II comma, c. c., sopra richiamato), per inidoneità “dello strumento elaborato dai privati ad assurgere a modello giuridico di una tipizzazione degli interessi, vista l'assenza di una preventiva opera di tipizzazione legislativa, intesa come mera tipizzazione di schemi”<sup>40</sup>, o meglio – almeno in questo caso – perché questa tipizzazione trova invece insuperabili “limiti” legali di liceità della causa (per contrarietà al buon costume e /o all'ordine pubblico, come si esprime l'art. 1343 c.c., atteso che il tipo astratto “matrimonio” esiste, ma ne è impossibile in concreto la percorribilità giuridica nel nostro ordinamento – non però secondo concetto, tant'è che altri ordinamenti la riconoscono – per identità sessuale dei nubendi, onde deve esplorarsi la praticabilità di altra forma giuridica per soddisfare l'interesse da proteggere).

La risposta – per quanto riguarda chi scrive – è proprio nella fluida dinamica dei rapporti sociali, prima per motivi di un costume che per sua natura stessa si sviluppa, anche in ragione delle possibilità scientifiche e tecnologiche, non restando cioè mai identico a se stesso e poi del diritto che il mutamento non può che registrare, il che fa sì che *già oggi* la giurisprudenza costituzionale e, in una fase ancora iniziale, ma progredente, quella di legittimità e di merito riconoscano legittimità sostanziale alla convivenza anche omosessuale: non solo esse non la criminalizzano, ma la prima ritiene ormai addirittura inammissibilmente ritardatario – come si è prima ricor-

<sup>40</sup> Così, per la definizione generale, F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, cit., 816.

dato – il legislatore che non la tuteli in una qualche forma, sia pure restando nella sua discrezionalità il non ricondurla al matrimonio<sup>41</sup>.

### 7. Cenni al dibattito sull'irrelevanza dell'orientamento sessuale per l'affidamento dei figli e sull'omogenitorialità

Quanto all'omogenitorialità, il dibattito in materia è in Italia agli inizi, rispetto al panorama straniero, benché non possa dirsi nemmeno da noi inesplorato da un'agguerrita e ormai abbastanza ampia dottrina<sup>42</sup>, ove lo si paragoni allo sviluppo risalente formatosi a proposito del necessario, preliminare riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali, tema in ordine al quale è lungo (benché finora inconcludente) l'elenco dei disegni di legge presentati finora<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> Come è stato osservato cioè da R. ROMBOLI, nell'*Introduzione* al dibattito a più voci *La legge spagnola sul matrimonio tra persone dello stesso sesso e la tutela de convivenze omosessuali in Italia*, in *Foro It*, V, 2005, 256 ss., non si tratta quindi di affermare che si è in presenza di una discriminazione perché i due modelli siano equiparabili, nel senso di affermare che essa c'è se non è riconosciuto il matrimonio ad entrambi i tipi di unione, ma di chiedersi semmai perché diritti riconosciuti alla coppia coniugata secondo il paradigma eterosessuale non possano in ipotesi estendersi - in ragione dei valori costituzionali prevalenti - a coppie del medesimo sesso, da ritenere appunto (alla stregua del diritto vivente) meritevoli di tutela.

<sup>42</sup> Agli AA. citati alle note che seguono, in ragione della specificità dei richiami, possono premettersi in generale R. BOSISIO - A. VINCENTI, *We are family! Fare ricerca sulle famiglie omoparentali*, in *Unioni e matrimoni same-sex...*, cit., 231 ss.; A. LORENZETTI, *Filiazione e omogenitorialità: necessità di trattamento omogeneo o persistenza del paradigma eterosessuale?*, *ivi*, 241 ss.; *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, a cura di A. Schuster, Milano - Udine, 2011; M.M. WINKLER - G. STRAZIO, *L'abominevole diritto*, cit., 193 ss; M. SAPORITI, *Omogenitorialità, famiglia e "mero pregiudizio"*, in *Ragion Pratica*, 1/2014, 247 ss.

<sup>43</sup> Testi e relazioni delle proposte di legge presentate sul tema a partire dalla XIV Legislatura sono reperibili nel sito [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it) (per un commento ormai risalente su taluni progetti, aggiornato all'epoca, si può leggere S. TROILO, *I progetti di legge in materia di unioni di fatto: alla ricerca di una difficile coerenza con i principi costituzionali*, in *Forum di Quderni Costituzionali*, 12 settembre 2008), ove si può leggere anche l'articolato presentato al Senato della Repubblica, in seconda Commissione (Giustizia), in data 2 luglio 2014 e quale testo unificato delle

Si discute tra gli esperti della opportunità o meno di aprire tale possibilità a coppie omofile, ai fini dell'equilibrio psicologico e del corretto sviluppo della prole, che secondo i più si gioverebbe piuttosto di una coppia genitoriale "classica", conclusione però oppugnata da altri.

In assenza di una soluzione legislativa al riguardo – riferita a una filiazione naturale e al successivo ingresso del bambino o della bambina in una siffatta unione familiare, o ad un'adozione – diversamente da quanto accade in taluni ordinamenti<sup>44</sup>, può peraltro dirsi che la giurisprudenza italiana di merito – e ormai anche quella della Corte di Cassazione – è comunque orientata a non ritenere rilevante la circostanza dell'orientamento sessuale, nei casi di affidamento di figli minori, anche in via esclusiva (in genere le controver-

proposte di legge pendenti nella XVII Legislatura su *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, dalla relatrice in materia, sen Cirinnà, del Partito Democratico. Il testo tiene conto dello stato del dibattito dottrinale e giurisprudenziale italiano – quale si è cercato di riepilogare nel presente lavoro – ma esplicitamente escludendo l'adozione da parte di coppia omogenitoriale.

<sup>44</sup> Per un esempio recente, M. M. WINKLER, *Omogenitorialità e non discriminazione* Nota a margine della sentenza della Corte Suprema dell'Iowa del 3 maggio 2013 nel caso *Gartner v. Iowa Department of Public Health*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), giovedì 4 luglio 2013, cui vanno almeno aggiunti i richiami di giurisprudenza Cedu (spec. a partire dall'emblematico caso *Salgueiro da Silva Mouta versus Portugal*, 21 dicembre 1999, su ricorso n. 33290/96) e straniera, nonché di legislazione e giurisprudenziali già presenti in G. OBERTO, *Problemi di coppia, omosessualità e filiazione*, Relazione al convegno *Rapporto di filiazione e omosessualità*, organizzato dall'associazione *Avvocatura per i diritti LGBT*, Roma 27-28 novembre 2009, nel *web, ad situm auctoris*, indi anche quelli che si leggono in J. LONG, *I giudici di Strasburgo socchiudono le porte dell'adozione agli omosessuali*, Nota a Corte europea dei diritti dell'uomo, 22 gennaio 2008, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 676 ss., in M. M. WINKLER - G. STRAZIO, *op. e loc. cit.* e in D. AMRAM, *Omogenitorialità: le questioni rilevanti e quelle irrilevanti* (nota a Tribunale di Genova, 30 ottobre 2013), in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 25 novembre 2013. Per una ulteriore, recente decisione della Cedu in termini sul caso *X e altri contro Austria*, ricorso n. 19010/2007, si veda a commento A. M. LECIS COCCO-ORTU, *La Corte europea pone un altro mattone nella costruzione dello statuto delle unioni omosessuali: le coppie di persone dello stesso sesso non possono essere ritenute inidonee a crescere un figlio*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 15 marzo 2013.

sie erano nate dalla censura relativa alla presenza di un orientamento omosessuale manifestatosi in un genitore già co-affidatario, dopo una separazione legale o di atteggiamenti dichiaratamente omofobi di un genitore e, in un caso, dal conflitto tra due donne, prima affettivamente legate e poi separate, in ordine al diritto di visita dell'una ai figli biologici dell'altra), dovendosi semmai valutare la capacità educativa e di relazione del genitore o della genitrice rispetto all'equilibrio psicologico dei figli e al loro benessere complessivo, essendo insomma essenziale tenere conto del primario interesse di questi ultimi<sup>45</sup>.

Il “cavallo di troia” per una più ampia soluzione, di tipo normativo, potrà in ipotesi essere (e del resto può diventare attraverso il ricorso a tale tecnica un *leading case* anche quello – oggetto della sent. 170/2014 prima richiamata – della coppia divenuta di componenti del medesimo sesso dopo il matrimonio, in ragione della transessualità del marito, di cui occorre – secondo la Corte Costituzionale – non trascurare il riconoscimento giuridico del pregresso “visuto”) la necessità di provvedere al superiore interesse di figli già

<sup>45</sup> Commenti e rassegne puntuali della casistica sono, in generale, in D. AMRAM, *Corte di Cassazione e giurisprudenza di merito: alla ricerca di un contenuto per l'interesse superiore del minore*, nota a Cass. civ. Sez. I Sent., 18 giugno 2008, n. 16593, in *Famiglia e Diritto*, 12/ 2008, 1106, ss. e - per le problematiche specifiche dell'omogenitorialità - in F. BILOTTA, *Una decisione contraddistinta da un profondo rispetto per l'interesse del minore*, nota a Trib. Min. Milano, 2 novembre 2007, in *Famiglia e minori*, 3/ 2008, 88 s.; ancora in D. AMRAM, *Omogenitorialità: le questioni rilevanti e quelle irrilevanti*, cit.; in A. RUGGERI, *Noterelle in tema di affido di minori a coppie di omosessuali*, in *www.diritticomparati.it*, 18 dicembre 2013 (questo punto è sviluppato come *trait-d'union* tra ordinamenti di *civil law* e di *common law* sotto il profilo di una lettura evolutiva della famiglia in “*Strane*” idee sulla famiglia, loro ascendenze teoriche ed implicazioni di ordine istituzionale, comunicazione al convegno *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., in *www.gruppodipisa.it*) e da ultimo (anche in tale caso con un riepilogo generale sull'evoluzione europea dell'istituto matrimoniale e dell'evoluzione di taluni ordinamenti a proposito della nozione di famiglia) in I. GRIMALDI, *Affido dei minori a coppie gay e lesbiche: le recenti evoluzioni della giurisprudenza italiana*, in *www.articolo29.it*, 4 maggio 2014.

oggi inseriti in unioni parentali affettive non tradizionali<sup>46</sup>, a meno che non continui la tendenza italiana a lasciare prevalenza – in un modo che rivela peraltro sempre di più la sua palese inadeguatezza regolatoria – alla specificità della soluzione giudiziale puntuale, di volta in volta ottenuta, in applicazione diretta di regole pretorie dedotte da principî costituzionali senza – o con snella e “a maglie larghe” – mediazione legislativa di supporto.

Nuove ed urgenti leggi in materia dovrebbero procedere in ogni caso dall'acquisita consapevolezza che l'evoluzione tecnico-

<sup>46</sup> Il più recente provvedimento in tale senso è la sentenza del Tribunale dei Minori di Roma 299/2014 (se ne legga il testo in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), con nota di M. GATTUSO, *Tribunale per i minorenni di Roma: sì all'adozione del figlio del partner ed al doppio cognome, l'omogenitorialità è “sana e meritevole di essere riconosciuta”*), che ha riconosciuto - in una coppia di omosessuali di sesso femminile, prima conviventi e poi anche coniugate in Spagna (ma il cui matrimonio non può allo stato, per quasi unanime giurisprudenza, essere riconosciuto come tale in Italia nemmeno come unione registrata, come si evince da quanto ricordato sopra nel testo) - il diritto all'adozione da parte della madre non biologica della bambina della quale l'altra era diventata per comune decisione madre con fecondazione assistita, con una pronuncia che ha già suscitato ampio dibattito di stampa (si segnala qui, tra i molti, il dibattito sul *Mattino* del 30 agosto 2014 tra M. ADINOLFI, *È un segno del progresso* e A. BARBANO, *No, è una doppia trappola*, in cui le contrapposte posizioni vengono argomentate approfonditamente e con chiarezza). Il Tribunale ha disposto in tale senso (*ex art. 44, lettera d, l. 184/1983, come modificata dalla legge 149/2001*) “nel superiore interesse” della bambina medesima, ben socializzata all'interno di tale unione (“socievole e serena”, nonché “accettata dai compagni con spontaneità”, secondo i rapporti dell'assistente sociale), con effetto pratico che richiama l'istituto della *stepchild adoption* dell'ordinamento inglese (e di altri veterocontinentali), cioè, letteralmente, l'“adozione del figliastro”. Il medesimo sito *online* citato riferisce di una sentenza analoga della Corte Costituzionale colombiana (assunta con voti di dissenso), rinviando al sito del giornale *El Tiempo* del 28 agosto 2014. Il punto essenziale, come virgolettato, della decisione è che “se pueden comprometer los derechos constitucionales de los niños, cuando el Estado se abstiene de reconocer jurídicamente las relaciones de afecto y solidaridad, sólidas y estables, entre niños que tienen una única filiación, y los compañeros permanentes del mismo sexo del progenitor, con el que comparte la crianza, cuidado y manutención del menor” (si tratta anche in tale fattispecie del caso di un'adozione indiretta, in una coppia femminile omosessuale, da parte della compagna della madre biologica di due bambine).

scientifica rende oggi possibile una pluralizzazione di figure e ruoli genitoriali (sui piani genetico, biologico, sociale), con dissociazione dei singoli profili, in precedenza uniti e riferiti ad una coppia genitoriale tradizionale, con presunzione codicistico-legislativa di loro coincidenza<sup>47</sup>.

<sup>47</sup> Tale è infatti l'assunto testualmente affermato, tra gli altri rilevanti, nella motivazione, che può leggersi – tra le molte fonti *web* accreditate – in [www.ricercagiuridica.com](http://www.ricercagiuridica.com): e in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), dell'ordinanza 8 agosto 2014 del Tribunale civile di Roma, I civ., est. Albano, su ricorso n. 50935/2014, ex art. 700 c. p. c., nel noto caso della procreazione medicalmente assistita (*pma*) c. d. “doppia eterologa per errore”: *“Il rapporto di filiazione ed il conseguente ‘diritto all’identità personale’ si è andato sempre più sganciando nel nostro ordinamento dall’appartenenza genetica, potendosi rinvenire, grazie anche al rilievo ‘rivoluzionario’ delle nuove tecniche riproduttive, diverse figure genitoriali; ‘la madre genetica’ (la donna cui risale l’ovocita fecondato), ‘la madre biologica’ (colei che ha condotto la gestazione), e la madre sociale (colei che esprime la volontà di assumere in proprio la responsabilità genitoriale); il padre genetico ed il padre sociale. Figure che possono anche di fatto non coincidere. Mentre il concetto di famiglia si è andato, dal canto suo, sempre più sganciando dal dato biologico e genetico degli appartenenti, venendo concepita sempre più come luogo degli affetti e della solidarietà reciproca, prima comunità ove si svolge e sviluppa la personalità del singolo; d’altra parte millenaria filosofia dell’uomo ha identificato nella famiglia l’archetipo della comunità sociale”*. Precisa al riguardo un altro punto centrale nella motivazione della medesima ordinanza: *“Se è vero che la famiglia è sempre più intesa come comunità di affetti piuttosto che come istituzione posta a tutela di determinati valori, incentrata sul rapporto concreto che si instaura tra i suoi componenti, ne deriva che al diritto spetta di tutelare proprio quei rapporti, ricercando un equilibrio che permetta di bilanciare gli interessi in conflitto, avendo sempre come riferimento il prevalente interesse dei minori coinvolti”*. Prima di questa pronuncia cautelare, interrogativi di non trascurabile peso, in proposito, erano stati peraltro avanzati in via astratta da S. AGOSTA, *Tra paradigma biologico ed affettivo: il divieto di fecondazione eterologa sul filo del rasoio di Ockham*, rielaborazione di una comunicazione al Convegno *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Catania, 7 - 8 giugno 2013, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it) e - più recentemente ed in riferimento al caso - da A. RUGGERI, *Fecondazione involontariamente eterologa per scambio di provette: di chi il figlio?*, in *Confronti Costituzionali*, 5 maggio 2014.

(*Testo chiuso il giorno 31 agosto 2014, salvo minimi aggiornamenti successivi, segnalati ad loca*).

(\*) La riflessione è stata concepita essenzialmente come un *report* destinato in via principale a documentare ad un pubblico di lettori stranieri il panorama di problemi e di possibili soluzioni italiane sul tema oggetto di indagine, nonché il livello di apertura da parte della cultura giuridica italiana al contesto europeo e comparato di riferimento. Essa è stata comune agli Autori, in costante dialogo, ma Marina Monaco ha scritto specificamente i paragrafi 3 e 4, Salvatore Prisco ha uniformato il testo e ha scritto la parte rimanente. Nel volume citato tra le “fonti”, *ultra*, un'altra parte del *report* – qui non riportato – è stata scritta da Fulvia Abbondante





## La dignità del malato tra pluralismo delle morali ed etica di Stato

1. Secondo una battuta inglese ripresa da molti, con minime varianti, “la vita è una malattia ereditaria mortale, a trasmissione sessuale, con prognosi infausta nella totalità dei casi in cui si manifesta”.

Chi scrive spera che questo approccio dissacrante a un tema enorme possa essergli perdonato. L’ironia è infatti semplicemente un codice comunicativo a cui si ricorre spesso quando l’oggetto del discorso mette inquietudine, in chi lo fa e in chi lo ascolta. Si ricorderà ad esempio che nel *sequel* del film *Amici miei* di Mario Monicelli, di fronte alla scomparsa di uno dei membri dell’allegria brigata, i sopravvissuti improvvisano ai suoi funerali un ennesimo scherzo. Comportamento inopportuno e quasi blasfemo? Piuttosto, un modo di esorcizzare – da parte di chi temporaneamente resta in questo mondo – una realtà ineluttabile, il timore della quale sconvolge.

Forse, peraltro, non è la fine di tutto (per chi lo lascia; il tutto in realtà ci sopravanza, come la perennità del genere umano incorpora del resto le singole vite...) ciò che infonde più angoscia. Ancora di recente, Umberto Veronesi ha osservato che non la morte impaurisce, ma semmai il morire e questa è una posizione classica, già presente com’è noto nell’Epicuro della *Lettera a Meneceo* (laddove il filosofo nota che il saggio non la teme, perché, quando essa c’è, non ci siamo più noi e viceversa), o in Seneca, il quale invita a considerare che – in realtà – *cotidie morimur*.

La specie umana si distingue dalle altre animali perché dotata di razionalità e dunque per la consapevolezza della fragilità e peribilità di chi ad essa appartiene. I sistemi religiosi offrono la prospettiva consolatoria di una proiezione dell’individuo oltre l’orizzonte del “finito” ed egualmente fanno talune etiche non religiose, nell’ottica delle opere e dei ricordi che al singolo sopravvivono (la foscoliana

“eredità di affetti”, ad esempio, che sola può non fare disperare – per il poeta – della comune sorte della destinazione all’“urna” tombale).

Il diritto – mediante l’istituzionalizzazione dei legami familiari e gli istituti di protezione sociale – risponde appunto, a sua volta, al bisogno di sicurezza in vita e a quello di proiezione simbolica del soggetto al di là della morte: anche così si spiegano, fra l’altro, le norme sulla trasmissione del patrimonio ereditario o l’esistenza di fondazioni che sono rivolte a perpetuare il nome di chi originariamente le aveva costituite, ovvero ancora di imprese che fanno continuare nel corso del tempo (talora conservandone l’impronta onomastica nella ragione sociale, talaltra in forma impersonale) l’intuizione e lo spirito di iniziativa economica dei loro creatori.

Se vivere è per tutti difficile, in effetti, a più forte ragione lo è approssimarsi lucidamente alla soglia finale dell’esistenza. Sul piano psicologico, il che significa prendere congedo dai legami affettivi e dai beni materiali, nonché da quel tanto di estimazione sociale che si è costruita. E su quello fisico, perché il corpo invecchia e soffre.

Il diritto può molto, al riguardo, ma non è certo onnipotente. Gli istituti prima ricordati apprestano, come si è detto, qualche rimedio al dolore spirituale del distacco, ma nulla potrebbero se la diffusione di una cultura della solidarietà non “oliasse” i rapporti interpersonali, se tra gli uomini non operasse cioè “la forza dell’empatia”, com’è stata definita: occorre insomma guardarsi dall’illusione oltranzistica che le norme giuridiche bastino da sole a strutturare e a far operare vincoli sociali, pur aprendosi a questo punto il ben noto rischio dei possibili “conflitti di lealtà” tra differenti sistemi normativi, giacché essi talora coincidono nella qualificazione di pregevolezza o disvalore dei comportamenti umani e talaltra no.

Il favore per le cure palliative che l’ordinamento giuridico eventualmente presenti produce poi effetti sul secondo piano ricordato, quello dell’addolcimento (almeno, se non dell’eliminazione) del dolore fisico.

Come è oggi acquisita da tempo la consapevolezza che l’esecuzione penale va governata dal diritto, perché esso non può

arrestarsi all'irrogazione della condanna ad una pena detentiva con sentenza passata in giudicato, così la scienza medica è infatti divenuta conscia che, laddove non vi è più spazio per interventi rivolti a recuperare un accettabile grado di benessere fisico orientato alla guarigione da una malattia, si apre il campo del "curare in vista della morte", per così dire: l'obiettivo non è insomma più quello di mantenere la buona "qualità della vita", ma appunto quello di assecondare pietosamente il processo inevitabile del morire, di accompagnare con rispetto e sollecitudine chi si accinge a compiere quello che, con espressione metaforica, si definisce "l'ultimo viaggio".

Ricerche scientifiche accreditate dimostrano, del resto, che tra ricorso alla palliazione e richiesta di trattamenti eutanasi da parte del malato terminale esiste una proporzione inversa. Non si discute perciò adesso dei secondi; il tema evocato è diverso, come ognuno vede.

In questa materia, peraltro, "tutto si tiene". Ecco perché da taluno si paventa che, aperto uno spiraglio, ci possa inoltrare lungo un "pendio scivoloso" (*slippery slope*).

In Italia ci si è dati, dopo un lungo dibattito e pionieristiche (nonché a volte anche contrastate) decisioni regionali in merito, una legge-quadro nazionale, la n. 38/2010, che prevede una "rete" articolata di *hospices* pubblici, di centri diversi e di interventi di cura possibili anche al domicilio del malato.

Il punto decisivo, in proposito, appare quello – sul quale insistono molto gli operatori coinvolti – di dare effettività al sistema, ad oggi appena creato e dunque in via di concreta strutturazione, munito quindi di risorse economiche e di efficienza organizzativa.

Per raggiungere l'obiettivo, peraltro, deve essere innanzitutto avviato con decisione il superamento di una cultura "doloristica", che ha sovente dominato in passato (essenzialmente per influsso di una lettura e di una prassi ispirate al cattolicesimo ed in tal senso orientate), quasi che – dal parto alla malattia e alla fine della vita – la sofferenza fisica imposta sia stigma nobilitante, strumento di salvezza dell'animo e di purificazione dal peccato.

Come il diritto laico moderno rifiuta però l'antica identificazione tra questo e il reato, così esso non può tuttavia essere ritenuto

disponibile ad accogliere, in modo cogente per tutti, una specifica propensione religiosa in tal senso, che avrebbe invece – ed a tutto concedere – valore unicamente per chi ritenesse di accoglierla.

È un dato di fatto, peraltro, che sottoporre ammalati terminali a talune terapie analgesiche mediante farmaci a base oppiacea potrebbe affettarne la morte.

In proposito – ed è significativo che questo accadesse in un tempo in cui la sensibilità cattolica era ancora largamente dominante nel nostro Paese e da parte di un Pontefice che pur viene giudicato dagli storici delle vicende vaticane come non particolarmente aperto al confronto con la modernità – deve registrarsi la posizione espressa da Pio XII in un discorso tenuto ad un ormai lontano convegno della Società italiana di Anestesiologia, nel 1957.

Assumeva perfino il Papa regnante, in tale circostanza, che – fermo il divieto dell'eutanasia attiva – la narcosi indotta per “evitare al paziente dolori insopportabili”, ove tra questa “e l’abbreviamento della vita non esiste alcun nesso causale diretto”, deve ritenersi lecita, pur se egli invitava contemporaneamente la scienza a domandarsi se l’effetto antidolorifico non potesse ottenersi con altri mezzi e a contenere allo stretto necessario la somministrazione del farmaco.

Morale cattolica, deontologia medica, ordinamento giuridico generale convergono del resto anche quanto all’illiceità dell’accanimento terapeutico, cioè circa il divieto di cure sproporzionate rispetto alla ragionevole speranza di un giovamento per il malato.

Ha fatto così molto discutere un articolo giornalistico in termini del Cardinale Martini dopo il caso Welby (continuiamo il confronto con le posizioni ufficiali o molto autorevoli della Chiesa cattolica, perché è da essa che vengono appunto obiezioni decise alla legittimazione della più ampia autonomia decisionale del malato terminale o in condizione vegetativa prolungata, ovvero di chi – in ipotesi, un fiduciario – si esprima per lui nell’attualità).

È altresì molto interessante una recentissima decisione della Corte di Cassazione (IV sezione penale, n. 13746/2011), che ha affermato il principio in forza del quale deve ritenersi inibita

un'operazione chirurgica non in grado di recare al malato cui siano stati pronosticati pochi mesi di vita un'apprezzabile speranza di migliorare la propria condizione, perfino quando l'interessato vi abbia consentito (nella specie, una signora affetta da tumore al pancreas con diffuse metastasi, che – avendo figlie piccole – desiderava prolungare, sia pure di poco e in condizioni critiche, la sopravvivenza, mentre in realtà venne appunto a morte in conseguenza di un accertato errore medico compiuto nell'occasione).

Più ampia è stata invece l'apertura all'autodeterminazione del paziente incapace in ordine all'interruzione di trattamenti di sostegno vitale nella nota vicenda di cui ad una sentenza della Suprema Corte federale tedesca dello scorso 25 giugno 1910 (2 StR 454/09).

In quel caso una signora aveva disposto che le si staccasse il tubo di alimentazione e a sua figlia un avvocato – prima per questo condannato, poi assolto, ma perché durante lo svolgersi della vicenda era intervenuta una modifica legislativa in senso facoltizzante dell'art. 1901 del BGB – aveva consigliato appunto di procedervi, dopo l'opposizione della clinica (inizialmente invece favorevole al distacco).

Sia pure attraverso slittamenti *in continuum*, che, nella pluralità e diversità dei casi, non consentono di distinguere sempre con nettezza tra le fattispecie, il limite fenomenico massimo possibile – in termini di legittimazione giuridica – è quello dell'eutanasia cosiddetta “passiva”.

Non dunque il dare la morte attivamente o cooperare al suicidio altrui, sia pure per motivazioni pietose – che potranno, nell'eventuale sede processuale, valutarsi peraltro come attenuanti del comportamento, quale azione guidata nel caso da “motivi di particolare valore morale e sociale” – ma al più il lasciar morire, non insistendo in cure mediche (specificamente terapeutiche, oppure no: nella pratica, perfino la somministrazione di idratazione e alimentazione artificiali può infatti talora integrare questa ipotesi) sproporzionate rispetto al fine della cura.

Questo è per il nostro ordinamento il discrimine, che com'è noto altri in Europa – Svizzera, Olanda, Belgio – hanno superato, sia

pure accordando l'eutanasia attiva sotto riserva della verifica rigorosa dei presupposti per accedervi.

*“Non mi si è mai aperto il ventre – proseguì – e Dio sa se lo avrei voluto, ma ho imparato da sola che ai figli bisogna dare lo schiaffo e la carezza, e il seno, e il vino della festa, e tutto quello che serve, quando gli serve. Anche io avevo la mia parte da fare, e l’ho fatta” “E quale parte era?” “L’ultima. Io sono stata l’ultima madre che alcuni hanno visto”.*

Il teso e drammatico dialogo rivelatore che in *Accabadora*, di Michela Murgia, contrappone Bonaria Urrai e la “fill’e anima” – cioè sostanzialmente adottiva – Maria Listru, conferma una volta di più l’imprescindibilità della buona letteratura nel rendere ragione dei fatti storici e dei dilemmi morali dell’individuo, dei quali soltanto essa (al di là del mero e freddo discorso tecnico-medico o tecnico-giuridico) è capace di cogliere le dimensioni universali ed assieme esemplari, facendo risuonare corde emotive profonde nell’animo del lettore.

2. Tornando peraltro al piano delle valutazioni razionali e giuridico-filosofiche, in una società eticamente variegata è difficilmente giustificabile, a ben guardare – sul piano logico e teorico – l’intento di sottoporre a disciplina formale (mediante atti di un’Assemblea rappresentativa) opzioni che un migliore avviso dovrebbe lasciare piuttosto alle dinamiche e ai tormenti della coscienza personale, anche se trasmesse a chi è vicino al sofferente nella “penombra” e nel “lasciato intuire” di una comunicazione non verbalizzata.

Qualunque ipotetica scelta sostanziale contenesse al riguardo, una legge assestata su un piano assiologico “forte” rischierebbe infatti di fare violenza ai convincimenti di chi tale assunto non condividesse.

Per alcuni la vita può ben ridursi nell’essenza alla pura sopravvivenza biologica, è cioè da salvaguardare in linea di principio – sulla base di motivazioni di etica laica o di fede religiosa (per i credenti in Lui l’*imitatio Christi*) – come bene indisponibile, per altri conta decisamente la proiezione sociale autonoma dell’esistenza, mancando la possibilità della quale essa non sarebbe più (secondo l’espressione comune) “degnata di essere vissuta”.

L'etica – come esperienza individuale di una normatività non generalizzabile, anche se comunicabile e/o proponibile *ad exemplum*, ma insomma non imponibile coattivamente – non è tuttavia facilmente riducibile (*rectius*: è tendenzialmente irriducibile) alla legge in senso tecnico-giuridico, che è piuttosto strumento di standardizzazione di decisioni, dominato nel metodo dall'applicazione del principio maggioritario e presidiato nel merito da quella del principio di uguaglianza.

La norma giuridica è strumento tipico (e tipico) – in definitiva – della “ragione del maggior numero”, con cui la comunità impone al singolo il proprio modello unificante di composizione dei conflitti tra valori, pur avendo sperabilmente – in un assetto democratico – preso in considerazione le sue: in materia di scelte etiche, una tecnica frequente per comporre valori dei più e istanze minoritarie è il riconoscimento dell'obiezione di coscienza praticabile dall'interessato.

Di fronte alle decisioni sulla fine della *propria* vita (e solo di essa), tuttavia, non altro che il singolo può essere sovrano “nello e sullo stato di eccezione”, per dirla nella logica che Schmitt applicava al corpo (non fisico, ma) politico: quale altra situazione potrebbe infatti essere più straordinaria di questa?

Da un lato, sotto questo profilo, non esistono infatti davvero “casi tra loro uguali” e perciò *normalizzabili*: anche se in situazioni esteriormente e all'apparenza identiche o analoghe, insomma, può infatti accadere in questa materia che ognuno possa determinarsi nell'intimo (e deve quindi poterlo legittimamente fare con proiezione esterna) in modo diverso, in conformità al proprio sentimento di se stesso.

Dall'altro lato, proprio siffatto rilievo porta a negare che possa validamente darsi ingresso in tale circostanza a decisioni maggioritarie vincolanti per l'intera collettività.

Ecco perché non si tratta tanto, nella presente situazione italiana e ad avviso di chi scrive, di chiedersi se il disegno di legge Calabrò sulle “dichiarazioni anticipate di trattamento” - attualmente in discussione alla Camera dei Deputati – presenti o meno aspetti criticabili.

Quanti non lo apprezzano, com'è noto, concentrano essenzialmente le loro censure su due aspetti.

Il primo è che si definiscono una volta per tutte come trattamenti di sostegno vitale da assicurare (e non già quali cure mediche, ancorché non terapeutiche, come invece si vorrebbe dagli oppositori, conseguendone pertanto la rinunziabilità) l'idratazione e l'alimentazione artificiali. Si pretende cioè di vincolare la libertà della ricerca scientifica e il valore sperimentale dei risultati che di volta in volta essa raggiunge e supera, in un processo senza termine, alla definizione e prescrizione normativa formalizzata e imposta una volta per tutte.

Il secondo è l'ulteriore scelta di non rendere vincolante per il medico curante – riducendola invece alla manifestazione, da lui motivatamente superabile, di un semplice “orientamento” del malato in merito e con ciò attenuando in via interpretativa la più stringente previsione della Convenzione di Oviedo al riguardo – la manifestazione di volontà circa la prosecuzione o meno delle cure, compiuta dall'interessato (previo consenso informato: ma anche di questa nozione la letteratura anglosassone mostra oggi i limiti) allorquando era ancora presente in lui la capacità di intendere e di volere.

Ferma allora, per chi scrive, la condivisione nel metodo e nel merito delle valutazioni critiche appena richiamate sull'atto normativo in materia che si sta discutendo in sede parlamentare in Italia, il vero è che bisognerebbe invece chiedersi più radicalmente – alla luce dei dubbi teorico-generalmente avanzati in precedenza – *se qualsivoglia legge, qualunque ne fosse cioè il contenuto prescrittivo (su una scala che andasse da un massimo di chiusura a un massimo di liceità facoltizzante nella disponibilità della propria vita da parte del paziente in previste condizioni critiche irreversibili), possa validamente pretendere di regolare in modo intrusivo il vissuto esperienziale intimo di una persona.*

A questo punto è peraltro il caso di enunciare, sia pure con l'apodittica brevità imposta dalle solite e tiranniche esigenze di spazio, alcune precisazioni essenziali:

- a) Diffidare, nel caso che ne occupa, della norma eteronoma



scritta non vuol dire affatto ritenere che la materia non sia presidiata da regole, bensì affidarsi preferibilmente e com'è chiaro a quelle espresse dal costume sociale.

b) Valorizzare l'autodeterminazione dell'interessato (o dei soggetti a lui più vicini, per consuetudine familiare o di amicizia, alla cui interpretazione – differita nel tempo – della propria volontà egli si fosse affidato, non potendo esprimerla direttamente nell'attualità) non significa accoglierne anche un capriccio immotivato, che non trovi fondamento nelle pratiche migliori e rigorosamente validate della scienza medica, o assecondare in modo acritico momenti di stanchezza o all'opposto attese miracolistiche che comprensibilmente si manifestino durante il lungo decorso della malattia (si ricordi la decisione della Cassazione richiamata in precedenza).

Se la salute è oggetto di un "fondamentale diritto dell'individuo", ma anche di un "interesse della collettività", *ex art. 32* della Costituzione, l'interrogativo da porsi attiene semmai a quale sia la effettiva comunità cui il malato deve fare riferimento per sentirsi vincolato almeno ad interpellarla, quando assume una decisione potenzialmente irreversibile circa la fine (o la prosecuzione alle condizioni date) della propria vita.

Non può qui venire in rilievo l'indistinta collettività umana dei consociati, ma solo quella "prossima", fatta delle relazioni affettive e amicali che una persona ha costruito in vita. Sarebbe astratta e vana ogni diversa ricostruzione, mentre quella qui proposta trae conferma dal riconoscimento codicisticamente canonizzato dei vincoli di solidarietà familiare, al limite imposta.

La differenza è che qui si parla di comunità affettiva (e, del resto, la sociologia della famiglia sottolinea l'ormai irriducibile pluri-formità delle sue specie).

c) V'è un motivo ulteriore per diffidare di una legge formale in materia: essa "anestetizzerebbe", per così dire, il valore morale della scelta da compiere nell'approcciarsi a tematiche di fine vita. Sarebbe cioè forte e realistico il rischio di "assolversi" da parte di un soggetto che, adempiendo in un qualsiasi ruolo alle volontà espresse in un senso o nell'altro in un documento da un ammalato soffe-

rente, ritenesse perciò stesso di avere scansato, con la sanzione penale, anche ogni valutazione etica sulla propria condotta.

Proprio perché il reato non è però il peccato e viceversa (libero poi il singolo di ritenere esistente la sovrapposizione tra i piani), non può pretendersi di proceduralizzare in un *iter* giuridico-formale e così risolvere senza altri “costi” il “salto di qualità” necessariamente implicato dalla scelta compiuta e dunque la sua valutazione pluriforme.

Si può dire sul punto anche in questo modo: non basta la liceità giuridica ad eliminare dubbi, tormenti, rimorsi sul piano etico e/o religioso.

Per essere ancora più chiari (si spera) e riprendendo la suggestione schmittiana di cui si diceva prima, se – nell’ottica del Maestro di Plettenberg – la vera caratteristica del “sovrano” è la possibilità di sospendere la normatività ordinaria, vale anche la reciproca: sull’eccezione non si può *normare* (in senso giuridico), men che mai *normalizzarla* (in fatto e statisticamente); se questo fosse possibile, l’eccezionalità infatti cesserebbe. Essa può dunque darsi in fatto, ma deve comunque rimanere riconoscibile in quanto tale.

d) Infine, se si potrebbe discutere circa la correttezza di un controllo di merito da parte della giurisprudenza circa opzioni incidenti sull’indirizzo politico, che in altri termini – e salvo il controllo di legalità – deve per quanto possibile restare al riparo da interdizioni giudiziarie e nella disponibilità di una maggioranza di governo cui va riconosciuto il potere-dovere ad effetto il programma sulla cui base è stata eletta e che deve realizzare, l’opposto accade nelle materie “di coscienza”.

Qui il possibile ruolo contro-maggioritario del giudice va valorizzato, proprio in funzione di argine ad un’eventuale “invasione di campo” della maggioranza dl momento e l’irrisolvibile pluralismo delle decisioni *ex post facto*, rese in sede contenziosa, appare come funzionalmente aderente ad una corretta fotografia del campo problematico che viene osservato, percorso come esso è da irriducibile pluralismo etico, condizione che va difesa rispetto a quella di una forzata (e dunque) falsa uniformità assiologica.

3. A tutto concedere, allora, una legge sui “casi estremi” (la cui richiesta sale intensa soprattutto dal mondo degli operatori pratici del settore, comprensibilmente bisognosi di certezze e protocolli, anche se forse troppo fiduciosi nella possibilità di definirne criteri “blindati”, perché in primo luogo a loro dovrebbe essere chiaro che scienza e tecnica sono mobili per loro stessa natura) può dunque concepirsi al più solo come rivolta a rafforzare una semplice linea direttiva: lasciare che l’individuo, *adeguatamente informato e in contemplazione responsabile del proprio patrimonio di solidarietà, affetti ed impegni umani*, decida di e su se stesso.

Il che è quanto dire, in fondo, che in tema vanno privilegiate piuttosto, in via regolatoria, le già previste fattispecie del codice penale (sia pure da rileggere in modo costituzionalmente orientato, rispetto a quando furono originariamente enunciate) sull’incriminazione dell’omicidio del consenziente e del suicidio assistito, quelle del codice di deontologia medica e il consolidarsi – pur lento e tormentato – della giurisprudenza generale e settoriale (cioè endoprofessionale) formatasi su di essi, con riferimento ad opzioni che possono anche essere consegnate ad un documento scritto, di principio e sempre rivedibile finché è possibile farlo, *benché questo non sia strettamente necessario, in presenza di chiari e comprovati indici di quale sia l’atteggiamento del soggetto al riguardo*.

Non appare tuttavia prudente desumere tale direzione della volontà dal semplice richiamo a “stili di vita” dell’interessato, che potrebbero al più concorrere con altri indici non equivoci a definire la sua posizione in merito.

Non serve nulla di meno, ma non occorre nulla di più.

Stella polare deve essere in argomento, per sintetizzare e concludere, il principio di *autodeterminazione solidale*, cioè la scelta – fatta nel tempo felice della pienezza di vita per quando non vi fosse più coscienza di sé, pur com’è ovvio periodicamente verificabile, alla luce di possibili mutamenti di idee del soggetto interessato e dei progressi tecnico-scientifici – di che cosa sia, per ciascuno e solo per lui, l’idea della *dignità della propria persona*.

Questa parola ha una storia filosofica ricca e risalente, che non si avrebbe modo e spazio per ripercorrere qui in modo esauriente.

Essa indica in sintesi la posizione eminente del soggetto, per caratteristiche intrinseche o qualità che l'hanno nel divenire arricchita, in assoluto o in rapporto ad altre entità, personali e naturali.

La sua traduzione in termini giuridici – trascurata o relegata dalla cultura del positivismo nell'iperuranio delle nozioni indeterminate, astratte e perciò inutilizzabili – è stata in seguito progressivamente recuperata dal costituzionalismo democratico, ora appunto come valore assoluto, indisponibile e non bilanciabile con altri, matrice di diritti ed obblighi (secondo l'assunto chiarissimo – ad es. – dell'art. 1 GG), ora nella relazione di un soggetto coi suoi simili (è il caso della Costituzione italiana, che la richiama in tal senso negli artt. 3, I comma, 36 e 41) e in tal caso come caratteristica di soggetti spesso deboli, in cui è stata storicamente negletta, onde ne è seguita un'istanza riparatoria e di riequilibrio: così ad esempio è stato relativamente ai diritti dei lavoratori, o con riferimento a donne e bambini, ovvero ad appartenenti a razze o ad etnie prima discriminate.

Più di recente, il richiamo alla dignità sul piano giuridico si è arricchito di declinazioni ulteriori proprio in forza del dibattito bioetico ed oggi è, com'è noto, a fondamento complessivo ed esplicito di atti formali, anche internazionali e comunitari.

L'art. 32 della Costituzione, solitamente invocato nella materia qui indagata – ma l'autodeterminazione è in realtà il risultato dell'intero catalogo dei diritti fondamentali dell'individuo, peraltro non a-sociali, per così dire, ma vissuti in dialettica con gli altri, simili e non: chi scrive, da cinofilo, è consapevole che perfino il proprio cane dipende da lui per la propria sopravvivenza, sicché non prenderebbe mai una decisione su se stesso che non tenesse in considerazione anche questa particolare proiezione della sua responsabilità – reca invece la menzione del “rispetto della persona” come limite ai trattamenti sanitari in ipotesi imponibili con legge (in sede di lavori preparatori, invece, la parola “dignità” vi era appunto compresa).

Va osservato che, a prescindere dalle scelte di vocabolario, sul piano teorico i concetti espressi nelle disposizioni ricordate sono equivalenti e soprattutto non decisivi per trarre un'indicazione pre-

scrittiva univoca dal termine di volta in volta impiegato: possono cioè ritenersi salvaguardati dignità e rispetto tanto da chi (nel campo in questa sede analizzato) scelga di sopravvivere fino al termine naturale dei suoi giorni, sia da chi ritenga di non venire rispettato e di non trovarsi in una condizione dignitosa, ove la sua mera sopravvivenza sia assicurata da interventi artificiali esterni che non gli consentano autonomia.

Il vero è che – nel prisma della “dignità” – confluiscono sentimenti di se stessi non oggettivabili nella medesima e cioè per tutti unica misura, per quanto sopra osservato circa il “politeismo dei valori” oggi registrabile, che dunque anche per tale decisivo motivo non può venire coartato, ma si definisce compiutamente in e da ciascuno (come va ribadito), in ragione della “pesatura” dei propri affetti e impegni umani che egli ritenga di valutare liberamente, gli unici verso cui si è in effetti davvero “responsabili” e i soli che correlativamente possono giocare un ruolo dialettico nell’opzione tra la *cura* (medica) e il *prendersi cura* (umano), nell’accompagnare cioè gli ultimi momenti della vita di una persona in condizione terminale e/o meramente vegetativa.

## *Abstracts*

The thread that unites the essays in this book (already published individually and reproduced here together) is a proposed “discursive bioethics”, attentive to the “narrative of the case” that – like other similar ones, but at the time same irreducibly different in its existential uniqueness – suggests spontaneously, from time to time, the concretely feasible solution on the juridical level, in a context in which the law is of course necessary, but should be used in a particularly “mild” form, id est as a force that governs how people live together in society in a way that is neither unique, nor “front-line”.

## Fonti

*Aborto e autodeterminazione della donna: profili problematici*  
Relazione alle Giornate italo-spagnole di bioetica "Questioni di inizio vita. Fecondazione assistita e aborto nel dibattito bioetico" (Napoli, Università Federico II, 26 - 27 giugno 2014), in *www.comparazioneediritto.civile.it* e in corso di pubblicazione in versione ridotta a stampa nel volume degli *Atti*, in *Quaderni del Centro Italiano di Ricerca Bioetica* - Napoli, Mimesis, Milano - Udine, 2015.

*Obiezione di coscienza all'aborto e risposte dell'ordinamento giuridico. Una (amichevole) replica a Salvatore Curreri*  
in *Confronti Costituzionali*, online, 21 luglio 2014

*Come legiferare in materie eticamente sensibili*  
in *Confronti costituzionali*, 4 agosto 2014 (con un'integrazione successiva)

*Il genere e i suoi diritti. Una nuova problematica frontiera dell'uguaglianza in Comunità Omosessuali. Le scienze sociali sulla popolazione lgbt*, a cura di F. Corbisiero, Franco Angeli, Milano, 2013, 52-76.

*L'Italia, il diritto e le unioni affettive stabili di carattere non tradizionale. Un panorama di problemi e di possibili soluzioni* (con MARINA MONACO).  
in *Rivista di Biodiritto/ BioLaw Journal*, on line, 2/2014, 253-280, in *Over the rainbow City. Toward a new LGBT citizenship in Italy*, a cura di F. Corbisiero, McGraw Hill, Milano, 2015, 105-135 (traduzione inglese semplificata a cura di Adrian Bedford), in una versione che comprende anche un contributo di F. ABBONDANTE.

*La dignità del malato tra pluralismo delle morali ed etica di Stato*  
Intervento al Convegno *Il diritto alla fine della vita. Decisioni, principi, casi* (Napoli, Università Federico II, 19 - 21 maggio 2011), ora nel volume omonimo, a cura di A. D'Aloia, E.S.I., Napoli, 2012, 67-76.

Finito di stampare nel mese di maggio 2015  
presso la *Vulcanica Print* - Torre del Greco (Na)