

# GenIUS

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

**Direzione scientifica**

Daniel Borrillo, Gilda Ferrando, Stefano Rodotà, Robert Wintemute

**Direzione editoriale**

Marco Gattuso, Giuseppina Palmeri, Paolo Veronesi

**Comitato di redazione**

Angioletta Sperti, Denise Amram, Francesco Deana, Luca Paladini, Chiara Ragni, Angelo Schillaci

**Redazione**

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

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

*Diritto Costituzionale:* Ilaria Rivera, Francesco Saitto, Angioletta Sperti

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

*Diritto Civile:* Stefano Celentano, Ines Corti, Leonardo Lenti, Guido Noto La Diega, Giuseppina Palmeri, Stefania Stefanelli, Anna Maria Tonioni, Monica Velletti

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

*Diritto del Lavoro:* Laura Tomasi

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

**Referees**

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

**Rivista scientifica rilevante ai fini dell'Abilitazione Scientifica Nazionale**

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

Codice ISSN 2384-9495

Direttore responsabile: Beppe Ramina

Impaginazione: Samuele Cavadini

# Sommario

## Focus: Violenza, Vulnerabilità, in-Visibilità

a cura di *Giuseppa Palmeri*

- 6 *Giuseppa Palmeri*: Introduzione
- 8 *Paolo Veronesi*: Corpi e questioni di genere: le violenze (quasi) invisibili
- 23 *Maria Giulia Bernardini*: (In)visibili? La vulnerabilità alla violenza di chi non ha l'età
- 35 *Angelica Bonfanti*: Matrimoni forzati, infantili e precoci e tutela dei diritti umani in Europa: considerazioni di diritto internazionale privato
- 48 *Maria Rosaria Marella, Sveva Stancati*: Donne e migrazioni: il nodo del lavoro di cura
- 65 *Sara De Vido*: Della tratta di donne e ragazze nel diritto internazionale ed europeo: riflessioni sulla nozione giuridica di "sfruttamento sessuale" alla luce della sentenza *S.M. c. Croazia* della Corte europea dei diritti umani
- 81 *Daniel Borrillo*: Omofobia: violenza, vulnerabilità e invisibilità

## Interventi

- 91 *Francesca Saccomandi*: Spesso non binarie, sempre non conformi: la "piena depatologizzazione" delle soggettività trans
- 108 *Roberta Dameno*: Il corpo è lo specchio dell'anima? La stigmatizzazione e la criminalizzazione delle persone "grasse" sulla base del loro aspetto fisico è anche una questione di genere?
- 120 *Giacomo Viggiani*: Il letto di Procuste. Appunti per una grammatica della discriminazione

## Commenti

- 131 *Frances Hamilton*: *NH v Lenford*: One Further Step in the Continuing Evolution of Sexual Orientation Non-Discrimination Rights Before the European Union
- 147 *Marco Poli*: Maternità e surrogazione nel progetto di riforma nel Regno Unito: quando la *volontà* non basta
- 164 *Rosaria Piroso*: L'impronta (v-)etero-patriarcale e adultocentrica nel diritto di famiglia italiano. Alcune riflessioni teorico-giuridiche a partire dal "ddl Pillon"
- 186 *Elena Caruso, Marco Fisicaro*: Aborto e declino democratico in Polonia: una riflessione a margine della sentenza del Tribunale costituzionale del 22 ottobre 2020

## Osservatorio documenti

*a cura di Alexander Schuster*

- 208 **Italia:** Decreto legislativo 28 febbraio 2021, n. 39 (Attuazione dell'articolo 8 della legge 8 agosto 2019, n. 86, recante semplificazione di adempimenti relativi agli organismi sportivi), pubblicato nella Gazz. Uff. 19 marzo 2021, n. 68.
- 209 **Italia:** Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), articolo 19
- 211 **Regione Campania:** Legge regionale 7 agosto 2020, n. 37 (Norme contro la violenza e le discriminazioni determinate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere e modifiche alla legge regionale 16 febbraio 1977, n. 14 (Istituzione della Consulta regionale femminile), pubblicata nel B.U. Campania 10 agosto 2020, n. 161.
- 217 **Unione Europea:** Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 marzo 2021 sulla proclamazione dell'Unione europea come zona di libertà per le persone LGBTIQ (2021/2557(RSP)), P9\_TA(2021)0089
- 223 **Unione Europea:** Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni del 12 novembre 2020, Unione dell'uguaglianza: strategia per l'uguaglianza LGBTIQ 2020-2025, COM(2020) 698 final

## Osservatorio decisioni

*a cura di Alexander Schuster*

- 242 **Cassazione civile, sez. I:** Ordinanza 15 dicembre 2020, n. 28646
- 258 **Corte di appello di Milano, sez. lavoro:** Sentenza 28 ottobre 2020-9 febbraio 2021, n. 803
- 266 **Corte costituzionale:** Sentenza 9 marzo 2021, n. 32
- 278 **Corte costituzionale:** Sentenza 9 marzo 2021, n. 33
- 290 **Cassazione, Sezioni unite civili:** Sentenza 31 marzo 2021, n. 9006

---

*Focus*

*Violenza, Vulnerabilità, in-Visibilità*

*Giuseppa Palmeri\**

## Introduzione

Nell'ambito della programmazione dell'annuale convegno di GenIUS, lo scorso anno si era provveduto ad organizzare per fine marzo, presso l'Università di Palermo, un Convegno dal titolo *Violenza, Vulnerabilità, in-Visibilità*.

Purtroppo l'intervenuta emergenza sanitaria ha impedito lo svolgimento dell'incontro di studio. Era l'inizio del primo lungo lockdown, momento in cui non era ancora intervenuta la riorganizzazione delle attività su piattaforme digitali ed erano ancora poco diffusi i webinar.

La forzata rinuncia ad uno scambio in presenza delle riflessioni degli studiosi che erano stati coinvolti nell'iniziativa non ha fatto tramontare l'idea di discutere del tema. Per questa ragione si è chiesto ai relatori di convertire il loro intervento orale in una relazione scritta da pubblicare in questa Rivista, appello cui hanno aderito in molti.

Il presente Focus raccoglie le riflessioni di questi studiosi di discipline diverse con l'obiettivo di mettere a fuoco il tema delle violenze perpetrate nei confronti di coloro che vengono percepiti come "diversi", "vulnerabili", "invisibili".

Le sempre più diffuse forme di violenza che si manifestano nella società civile, segno di una pratica delle relazioni umane improntate sulla prevaricazione piuttosto che sul rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali di ciascun individuo, stanno alla base dell'idea di confrontarsi su una tematica così vasta e delicata, che impone un dialogo instancabile e una seria riflessione interdisciplinare in un momento di dilagante emersione di vari fenomeni di intolleranza sociale.

Il susseguirsi di cambiamenti sociali e culturali ha portato, infatti, a una profonda modificazione delle relazioni interpersonali e di genere all'interno di società sempre più multietniche, che impone di svolgere una riflessione sul rapporto fra diversità, eguaglianza e non discriminazione.

Proprio per questo si era pensato ad un incontro di studi volto ad indagare il profilo dell'effettività dei diritti fondamentali ed anche a verificare se e come la prospettiva di genere sia in grado di agire da discriminante.

L'idea era di dedicare una specifica attenzione sia al rapporto tra differenze individuali, culturali e disuguaglianze sociali sia alla differenza di genere nell'osservazione della complessità dei ruoli ricoperti dalle donne, il tutto in funzione della verifica dell'attuale tenuta del binomio universalità dei diritti-omogeneità di diritti.

Nell'articolazione dei contributi si è pensato, quindi, di scandagliare la violenza in molte delle sue diverse forme: di genere, all'identità individuale e/o di gruppo, sul corpo. Nel passaggio dal Convegno al Focus è, però, rimasto fuori un profilo, pure particolarmente importante, qual è quello del linguaggio, dell'incidenza della sua apparente neutralità o, all'opposto, della sua palesata aggressività. Come è stato efficacemente osservato "parlare non è mai neutro"; le parole definiscono l'orizzonte in cui viviamo. Il lessico ha la forza di isolare una categoria e di additarla come bersaglio. La violenza verbale è in grado, infatti, di generare violenza negli schemi mentali e nell'immaginario collettivo.

Il Focus, nel tentativo di lasciare affiorare la complessità della materia, accoglie sei contributi dedicati rispettivamente alla tratta delle donne, ai matrimoni forzati, al lavoro di cura, alla violenza in relazione al fattore età (minori e anziani), alla violenza sul corpo delle persone transgender e intersex, all'omofobia.

In particolare, nella prospettiva del diritto internazionale, Sara De Vido svolge una indagine sull'evoluzione della nozione di "sfruttamento sessuale" nella prassi internazionale ed europea, prendendo in esame anche la sentenza 25 giugno 2020, *S.M. c. Croazia*, della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani, al fine di giungere a una possibile definizione giuridica di sfruttamento sessuale che ponga l'attenzione pure sull'elemento dell'assenza del consenso.

Angelica Bonfanti affronta, invece, il delicato tema dei matrimoni forzati, infantili e precoci, pratiche diffuse al livello mondiale ed anche in Europa. L'Autrice pone l'accento sulla necessità di un approccio giuridico equilibrato, che sappia combattere in maniera efficace questi fenomeni, senza tuttavia inasprire, come può avvenire nei casi concreti, gli effetti negativi proprio in termini di protezione dei

\* Ordinaria di Diritto privato, Università di Palermo.

diritti delle vittime coinvolte. A questo fine, dopo avere inquadrato le diverse pratiche, lo scritto dà conto della disciplina vigente negli ordinamenti europei e delle connesse problematiche di diritto internazionale privato.

Il lavoro di cura e il suo appannaggio a carico delle donne viene indagato da Maria Rosaria Marella e Sveva Stancati, le quali dopo un excursus storico sull'approccio del legislatore civilista in ambito di lavoro domestico e relazioni familiari, abbracciando una prospettiva di analisi femminista del diritto e dei fenomeni sociali, sottolineano come ancora oggi la distribuzione del lavoro di riproduzione sociale segua andamenti ben delineati sotto il profilo del genere. Neppure il fenomeno sempre più diffuso dell'esternalizzazione del lavoro di cure, infatti, è stato in grado di scardinare la rigida divisione dei ruoli per ciò che concerne l'attività di accudimento; al contrario l'ha perpetuata e trasposta nel relativo rapporto di lavoro subordinato. Le Autrici focalizzano la loro attenzione sull'incidenza e sulle criticità che comporta il progressivo assorbimento del settore dell'accudimento ad opera di caregiver migranti. La vulnerabilità economica, la precarietà giuridica ed i pregiudizi culturali cui spesso le soggettività migranti sono esposte finiscono infatti per incidere negativamente sulla relazione di lavoro, che unisce all'ordinaria contrapposizione di interessi tra datrice di lavoro e lavoratrice il peso di una conflittualità etnica, censitaria e di classe interna al genere stesso.

Il Focus si snoda poi sul nesso che lega (in)visibilità, vulnerabilità e violenza, nella specifica declinazione che esso assume in riferimento alle persone minori ed anziane, ossia in relazione al fattore età. In questa direzione, la filosofa del diritto Maria Giulia Bernardini pone come sfondo alla propria riflessione la letteratura che ha messo in luce il carattere *strutturale* assunto dal fenomeno della violenza nei confronti di determinati soggetti e gruppi (spesso indicati come "vulnerabili"), segnalando come la questione riguardi, prima ancora che il piano giuridico, quello socio-culturale, poiché è in tale sede che la violenza riceve una sua prima legittimazione. In proposito si sottolinea come l'attenzione teorica e giurisprudenziale, nei suoi sviluppi più recenti, si sia concentrata proprio sulla *condizione* di particolare vulnerabilità in cui versano taluni soggetti e sui processi esogeni della sua creazione che si traducono nella violazione dei diritti fondamentali. In tale prospettiva, la violenza è considerata una forma di "vulnerabilità patogena".

Il tema della violenza viene pure indagato con riferimento ad azioni invasive sul corpo dei singoli motivate dall'errata percezione di talune vicende legate all'identità sessuale e di genere, non affrontate con adeguate misure antidiscriminatorie; azioni che finiscono per dare vita, spesso inconsapevolmente e persino nella buona fede di chi si rende strumento attivo di queste condotte, ad autentiche e istituzionalizzate violenze sui corpi e sulla libertà morale delle persone coinvolte in tali episodi. Attraverso la lente del costituzionalista, Paolo Veronesi analizza, quindi, alcune forme di violenza, quasi "invisibili" alla maggioranza dei consociati, attinenti al tema del genere e da esso determinate. Si tratta di violenze spesso neppure percepite come tali, poiché tuttora ritenute un "bene", una "liberazione" per le persone che vi vengono immancabilmente sottoposte (transgender e intersex, ad esempio), in quanto non conformi alle identità sessuali e di genere maggiormente consolidate. Applicando coordinate teoriche e giuridiche già sviluppate in altri lavori, l'Autore mette in luce le evidenti aporie di un simile modo d'agire, sottolineando, contemporaneamente, l'approccio comportamentale (e giuridico) più consoni ai principi costituzionali.

Nell'ultimo saggio, Daniel Borrillo, docente di diritto privato dell'Università di Parigi-Nanterre, si confronta con la questione dell'omofobia, sottolineando come la recente preoccupazione per l'ostilità nei confronti dei gay e delle lesbiche abbia modificato il modo in cui tale questione è stata finora affrontata. Si tratterebbe di un cambiamento al contempo epistemologico e politico. Epistemologico, perché l'attenzione si concentra non tanto sulla conoscenza o comprensione dell'origine e del funzionamento dell'omosessualità, quanto sull'analisi dell'ostilità suscitata da questa specifica forma di orientamento sessuale. Politico, poiché non è più la questione omosessuale ma proprio quella omofobica che viene affrontata in quanto tale. L'Autore si sofferma sulla doppia dimensione dell'omofobia – quale rifiuto irrazionale, (affettivo) da una parte, e costruzione ideologica (cognitiva) dall'altra – ritenendo indispensabile distinguere l'omofobia psicologica (individuale) dall'omofobia cognitiva (sociale).

Tutti i contributi si addentrano in un percorso volto a svelare le svariate forme in cui la violenza e le discriminazioni di genere e di orientamento sessuale si manifestano nei diversi ambiti sociali.

Il Focus, pur non esaurendo i tanti profili chiamati in causa dalla tensione tra diritti fondamentali, differenze e non discriminazione, intende offrire una prima analisi di un tema cruciale negli attuali ordinamenti costituzionali, con l'ambizione di ospitare in futuro ulteriori contributi che alimentino il dibattito giuridico-filosofico contemporaneo. Tra i profili da sviluppare vi è certamente il rapporto tra linguaggio e sopraffazione. Essendo la lingua il collante della società, il suo deteriorarsi è indice dell'alterarsi dei legami sociali e della struttura stessa dello stare insieme. La lingua, infatti, incorporando una visione del mondo, non soltanto manifesta e riflette il nostro modo di pensare ma finisce, pure, con il condizionarlo.

Paolo Veronesi\*

## Corpi e questioni di genere: le violenze (quasi) invisibili

### Sommario

1. Carte in tavola (e “mani avanti”...): il problema costituzionale delle non percepite violenze sui corpi. – 2. L’ambito dell’indagine: i *transgender* e le persone intersessuali. – 3. Il corpo “al centro”. – 4. Segue: quale approccio (teorico) al tema. – 5. Segue: quale approccio va (più correttamente) applicato nell’ordinamento italiano? – 6. Il “diritto”: la disciplina del fenomeno *transgender* come modello. – 7. Il “rovescio”: l’approccio (antitetico) alle vicende delle persone intersessuali. – 8. Conclusioni.

### Abstract

L’intervento prende in esame la tendenza a ritenere del tutto naturali e scontate azioni alquanto invasive sul corpo dei singoli motivate dall’errata percezione di talune, delicatissime questioni attinenti al genere e all’identità sessuale. Vere e proprie violenze (nient’affatto percepite come tali) che possono letteralmente devastare la vita di chi vi viene sottoposto. Applicando coordinate teoriche e giuridiche che l’autore ha già sviluppato altrove, si mettono in luce le evidenti aporie di un simile modo d’agire, sottolineando, contemporaneamente, quale altro approccio comportamentale (e giuridico) sarebbe invece decisamente più consono ai principi costituzionali.

*The essay examines the tendency to consider completely natural and taken for granted rather invasive actions on the body of individuals motivated by the misperception of certain delicate issues related to gender and sexual identity. Specifically, the events involving transexuals and the phenomenon of surgery on intersex babies are analyzed. In some cases it has been or is still true violence (not at all perceived as such) that can literally devastate the lives of those who are subjected. Applying theoretical and juridical coordinates of a constitutional nature that the author has already developed elsewhere, the evident aporias of such a way of acting are highlighted, underlining, at the same time, which other behavioural (and juridical) approach would be decidedly more in keeping with constitutional principles.*

\* Professore Ordinario di Diritto costituzionale presso l’Università di Ferrara.  
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.



## 1. Carte in tavola (e “mani avanti”...): il problema costituzionale delle non percepite violenze sui corpi

La tesi dalla quale intendo procedere – e che svilupperò di seguito in modo alquanto sintetico – è che la non corretta percezione di talune peculiari vicende legate all'identità sessuale e di genere<sup>1</sup> – non affrontate con adeguate misure “antidiscriminatorie”<sup>2</sup> e nella logica di una sincera “antisubordinazione”<sup>3</sup> – abbia costituito (e spesso costituisca ancora) – *pur se involontariamente, anche inconsapevolmente e persino nella buona fede di chi si rende strumento attivo di questi atteggiamenti* – il veicolo di autentiche e (ciò che è peggio) istituzionalizzate violenze sui corpi e sulla libertà morale delle persone direttamente coinvolte (loro malgrado) in tali episodi.

Rimarranno, dunque, del tutto al di fuori della trattazione i comportamenti palesi e le inequivoche (spesso macroscopiche) violenze di carattere omofobico e transfobico, che di frequente assurgono ai tristissimi onori della cronaca quotidiana. In queste fattispecie manca infatti l'involontarietà, l'inconsapevolezza, l'eventuale “buona fede” di chi agisce, oltre che – spesso – il carattere (potremmo dire) istituzionale dell'azione violenta: si tratta infatti di comportamenti vietati e “teoricamente” punibili in base alle norme già messe a disposizione dell'ordinamento (siano esse più o meno idonee allo scopo)<sup>4</sup>.

Si porranno invece sotto la lente alcune forme di violenza di certo attinenti al tema del “genere” (e da esso determinate), ma decisamente più “sottili” rispetto a quelle appena evocate, oltre che quasi “invisibili” alla maggioranza dei consociati. Si tratta infatti (spesso) di violenze neppure percepite come tali, poiché le azioni, le imposizioni e i divieti che di volta in volta (e concretamente) le producono, sono stati o vengono tuttora ritenuti (dai più) sostanzialmente “naturali”, “scontati”, “ovvi”, persino un “bene” e una “liberazione” per le persone che vi vengono immancabilmente sottoposte in quanto non conformi alle identità sessuali e di genere più consolidate.

Si tratta, dunque, violenze praticate con straordinaria naturalezza dalla “maggioranza” sociale del momento – spesso a prescindere dagli steccati ideologici o politici che la abitano – sul corpo di taluni di noi, assumendo, in tali casi, il singolo corpo che vi viene sottoposto le suggestive sembianze simboliche di un'intera “minoranza”<sup>5</sup>.

Già da questi accenni s'intuisce l'interesse intrinsecamente costituzionale per un simile stato di fatto, oltre che il portato delle libertà e dei numerosi diritti fondamentali che vi risultano coinvolti (risultandone violati)<sup>6</sup>. Tale interesse procede anche oltre le singole vicende personali di chi assume, di volta in volta, il ruolo di “vittima”, posto che tutti noi, lungo l'arco della nostra vita e nell'esercizio delle nostre libertà, non possiamo in alcun modo pretermettere di essere (anche e) costantemente corpi esposti allo sguardo, al pensiero, al giudizio e all'azione degli altri e del diritto<sup>7</sup>. Ed è sempre attraverso il corpo di ciascuno che si realizzano, di volta in volta, la personalità di chi lo abita, ovvero l'umiliazione,

1 Si dà ovviamente per acquisita la distinzione (e correlazione) tra identità sessuale e identità di genere: per tutti, si v., ad esempio, B. Pezzini, *Costruzione del genere e Costituzione*, in B. Pezzini (a cura di), *La costruzione del genere. Norme e regole*, Bergamo University Press, Bergamo 2012, spec. p. 17.

2 In palese e più tradizionale violazione dell'art. 3, comma 1, Cost.

3 Cfr. B. Pezzini, *L'uguaglianza uomo-donna come principio antidiscriminatorio e come principio antisubordinazione*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, vol. III, Napoli, Jovene, 2009, p. 1141 ss., ossia con misure calibrate sulla necessaria valorizzazione dei diversi modi di assumere e di vivere la propria più “naturale” identità sessuale e di genere.

4 Sull'opportunità di introdurre una disciplina penale in materia di omo-transfobia (e sulle critiche – ragionate e non ideologiche – mosse da chi non lo ritiene invece consigliabile) si v. l'ampio e non monocorde *focus* ospitato in questa *Rivista*, 2015, n. 1, p. 6 ss. Il punto sulla situazione è disegnato da G. Viggiani, *Quando l'odio (non) diventa reato. Il punto sul fenomeno dei crimini d'odio di matrice omotransfobica in Italia*, pubblicato online first in questa *Rivista* (16 giugno 2020), e destinato a *GenIus* 2020, n. 1.

5 Va peraltro sottolineato che l'essere corporei è una qualità che caratterizza ciascuno di noi: in quanto tali, siamo potenzialmente esposti, «in qualsiasi momento, al *vulnus*». Tale circostanza «caratterizza l'umano in tutta la sua esistenza»: v. O. Guarraldo, *La vulnerabilità come paradigma fondativo*, in O. Giolo - B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma, Carocci, 2018, p. 57

6 Per un catalogo ragionato si v. A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, Franco Angeli, 2013, p. 16 s. (a proposito del transessualismo).

7 W. Tommasi, *Relazioni, dipendenza e vulnerabilità*, in O. Giolo - B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., p. 101.

l'offesa, la negazione delle libertà, la violazione della dignità<sup>8</sup>, il palese o intimo "ferimento" di chi viene fatto oggetto di attenzioni negative<sup>9</sup>.

In questi non sempre evidenti (e quindi assai diffusi) "lapses collettivi" affiora pertanto la profonda pericolosità di simili fenomeni, così come la conferma del loro retaggio squisitamente storico-culturale e politico-simbolico. In quanto tali, è dunque assai difficoltoso che i singoli e le istituzioni ne prendano autonomamente coscienza: da ciò scaturisce l'estrema complessità delle operazioni sociali, normative e giurisdizionali che ne possono determinare il superamento nel "breve termine". Con tutto ciò che questo inevitabilmente comporta sulla qualità dell'esistenza di chi vi viene sottoposto per lunghi tratti della propria vita<sup>10</sup>.

## 2. L'ambito dell'indagine: i *transgender* e le persone intersessuali

Poste queste premesse, esaminerò in estrema sintesi – a mo' d'introduzione a un discorso che meriterebbe ben altri approfondimenti e più ampi sviluppi – *due esempi assolutamente antitetici* nella loro evoluzione (o mancata evoluzione) storico-giuridica. In quanto tali essi assurgono, insomma, a veri e propri "modelli" dei ben diversi approcci che il nostro ordinamento (e chi lo abita) è in grado di assumere sui "terreni tematici" appena indicati.

Tali esempi consentono altresì di rilevare il grado di violenza che lo stesso sistema giuridico può (pur per lungo tempo, e più o meno inconsapevolmente) legittimare, ma testimoniano altresì come – una volta che ne venga finalmente percepita la portata – l'ordinamento stesso sia comunque in grado (più o meno velocemente) di allentarne o eliminarne la presa.

Da un lato, si esaminerà dunque il lento, certo faticoso ma sostanzialmente virtuoso cammino che ha accompagnato il riconoscimento legale della condizione delle persone transessuali e *transgender*<sup>11</sup>: un approdo raggiunto in Italia nonostante il ritardato riconoscimento dell'opportunità (e, in taluni casi, della necessità) che il "cambio di sesso anagrafico" avvenga anche a prescindere dall'invasiva azione di un chirurgo<sup>12</sup>.

Di contro – ed esattamente all'opposto – si accennerà invece alla continua (e talvolta drammatica) attualità degli interventi chirurgici neonatali sulle persone intersessuali. Vicende, queste ultime, sostanzialmente sommerse, praticamente non comprese nella loro gravità e quindi ignorate dall'ordinamento e dalla stessa opinione pubblica: sia l'uno che l'altra li assumono, cioè, quali pratiche sostanzialmente conformi alla "natura delle cose" e a "ciò che è bene"<sup>13</sup>. Da questo scaturisce la loro perniciosa "invisibilità".

- 
- 8 B. Pastore, *Soggettività giuridica e vulnerabilità*, in O. Giolo - B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., p. 134.
- 9 E. Pariotti, *Vulnerabilità e qualificazione del soggetto: implicazioni per il paradigma dei diritti umani*, in O. Giolo - B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., p. 147. Significativa è altresì l'etimologia della parola "*vulnus*", la quale ha inizialmente contrassegnato la ferita fisica, lo "strappo" del corpo, per poi assumere connotazioni traslate, quale ferita dell'anima: G. Maragno, *Alle origini (terminologiche) della vulnerabilità: vulnerabili, vulnus, vulnerare*, in O. Giolo - B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., p. 18 e p. 22.
- 10 E il ritardo, su questi terreni, si traduce irrimediabilmente in dolorosissime vicende personali che possono talvolta protrarsi per l'intera esistenza delle vittime designate. Il fattore "tempo" è dunque sempre essenziale per ridurre lo stato di soggezione della platea dei conculcati e per l'effettiva "resa" dei diritti costituzionali che loro competono: insomma, esso non è mai una variabile innocua.
- 11 L'uso dei termini "transessuale" e "*transgender*" è spesso accompagnato da precisazioni, quando non da polemiche. Probabilmente, il termine più corretto è il secondo, comprensivo anche di coloro che sono ancora "in transito" o che non faranno mai questo passo: si rinvia ad A. Lorenzetti, *Diritti in transito*, cit., p. 20.
- 12 Una "presa di coscienza", attenta ai "particolari" e calibrata sulle concrete esigenze della singola persona, che – va detto – finalmente attecchisce anche in altri settori (del tutto diversi) dell'ordinamento nei quali l'approccio di genere senz'altro "fa la differenza" ma, per lungo tempo, non è stato compreso nella sua centralità: si pensi alla c.d. "medicina di genere", la quale costituisce un tipico tentativo di rimuovere la subordinazione del "femminile" (e delle sue peculiarità anche corporee e fisiologiche, nient'affatto limitate alla sfera genitale e riproduttiva) a un preteso (e praticato) universale "maschile": F. Rescigno, *Medicina di genere e autodeterminazione femminile: un percorso giuridico accidentato*, in B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto di genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Giappichelli, Torino 2019, p. 206 ss. Si v. inoltre F. Signani, N. Natalini, C. Vagnini, *Minori Gender Variant. Il ruolo che un'Azienda sanitaria può (deve?) svolgere*, in questa *Rivista*, 2019, n. 2, p. 74.
- 13 Sulla tutt'altro che unitaria definizione di ciò che è "natura", e, quindi, sulla solo apparente monoliticità di tale concetto, si rinvia alle illuminanti specificazioni di N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. di Comunità, Milano 1965, p. 169,

### 3. Il corpo “al centro”

Come che sia, è dunque il *corpo* il luogo in cui queste “aperture” e questi “attacchi” (pur non compresi dai più come tali) vengono a spiegarsi e a incidere.

Nulla di sorprendente in tutto ciò.

Da sempre è noto come il corpo costituisca, per definizione, il più fisico dei momenti di conflitto tra le libertà dell’individuo e il *modus operandi* del potere latamente inteso.

Il corpo è insomma il necessario “strumento” che il soggetto manovra per giungere alla realizzazione di sé, posto che esso incarna (necessariamente) il “territorio” sul quale agiscono (o vengono coartati) i diritti riconosciuti a ciascuno; anche perché le esperienze umane «totali» sono tali in quanto (appunto) vissute «dall’inizio alla fine attraverso il corpo»<sup>14</sup>.

Esiste insomma (sempre e immancabilmente) una “dimensione corporea” dei diritti della persona<sup>15</sup>, così come – di risulta – il corpo costituisce altresì il primo obiettivo sul quale il cui potere di qualunque specie (temporale o religioso, legittimo o illegittimo) indirizza le sue mire (consentendo, vietando, imponendo, “castrando”). Perché – in definitiva – ogni comando e ogni divieto (anche i più flebili) contengono, in loro stessi, la minaccia di una potenziale aggressione (anche solo simbolica) ai corpi di chi non li osservasse (o addirittura, nei casi più gravi, una concreta minaccia di morte)<sup>16</sup>.

Non a caso, le due fattispecie appena prese a modello di ben più ampi “movimenti” sotterranei presenti nell’ordinamento, sono, appunto, interamente vissute attraverso il corpo di chi le subisce, configurandosi – peraltro – come tipici esempi di vicende umane “totali” e “profonde” per chi è costretto a sopportarne la morsa sulla propria carne e sul proprio modo d’essere.

I regimi giuridici di alcune delle vicende che hanno come protagonista il corpo – comprese quelle assunte a oggetto di queste riflessioni minime – costituiscono, quindi, un sempre più significativo indice della qualità dell’ordinamento di volta in volta sotto osservazione. Essi si ripercuotono infatti sullo stesso concetto di “persona” e sulla portata applicativa del “principio personalista” in esso adottati e implementati<sup>17</sup>. Contemporaneamente, tali regimi definiscono le quote di “pluralismo” che l’ordinamento mostra così di avere effettivamente “metabolizzato”: più esse sono elevate, più apparirà indiscussa la sua natura democratica.

Riproponendo una chiave di lettura già illustrata più diffusamente altrove<sup>18</sup>, gli ordinamenti rivelano così, nel loro rapporto con le più delicate questioni riguardanti i corpi e il genere di coloro che li abitano, due ben diversi atteggiamenti. Questi “tipi ideali”, però, di norma convivono nel medesimo momento storico, sicché le questioni attinenti a quest’ambito di disciplina possono essere affrontate seguendo, caso per caso, le coordinate dell’uno o dell’altro approccio. Gli ordinamenti possono quindi percepire in tempi (anche considerevolmente diversi) le discriminazioni (e le violenze) da loro prodotte sui corpi di chi vi fosse sottoposto, anche quando la “matrice” di quelle stesse opzioni risulti essere la medesima (come accade, appunto, con il “genere”).

Spesso esiste insomma un “disallineamento” nell’applicazione delle medesime coordinate concettuali e giuridiche, sicché la peculiarità di taluni fenomeni (pur indiscutibilmente apparentati tra loro) può venire metabolizzata con tempistiche assai diverse. Mutando la fattispecie e i suoi ingredienti cambia insomma anche la percezione sociale dei diritti e dei principi che dovrebbero comunque applicarsi nei vari casi (o la fattiva volontà di perseguirli).

p. 172 ss., p. 190.

- 14 Si rinvia, a mo’ di significativo esempio, a quanto efficacemente osserva Annie Ernaux nel suo volume *L’evento*, Roma, L’Orma ed., 2019, p. 110, ove l’autrice ragiona autobiograficamente di una sua drammatica esperienza tipicamente legata al *gender* e al corpo (un aborto praticato quando era una studentessa universitaria alle prime armi, nel contesto di un ordinamento, quello francese, che giuridicamente ancora lo vietava): si tratta di un documento a dir poco agghiacciante, pur nella glaciale lucidità con la quale la scrittrice lo traduce in parole.
- 15 P. Zatti, *Il corpo e la nebulosa dell’appartenenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, p. 13.
- 16 Si rinvia alle sempre affascinanti osservazioni di E. Canetti, *Massa e potere*, Milano, Adelphi, 1981, p. 365 ss.
- 17 È stata la stessa Corte costituzionale ad affermare che – comprensibilmente – “il corpo umano” non può essere considerato «avulso dalla persona» (sent. n. 18/1986), e che la libertà personale è la libertà della persona di disporre del proprio corpo (sent. n. 471/1990), mentre ogni restrizione nell’esercizio dei diritti «è tanto più allarmante... in quanto... invade la sfera corporale della persona» (sent. n. 283/1996).
- 18 Si fa riferimento a quanto sviluppato nel mio *Il Corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza delle norme*, Milano, Giuffrè, 2007, *passim*.

#### 4. Segue: quale approccio (teorico) al tema

Per illustrare questi diversi atteggiamenti si possono dunque mettere a frutto le formule e un modello euristico che ho già sfruttato altrove, rinviando, cioè, a un approccio “dal basso” ovvero “dall’alto”<sup>19</sup>.

“Dal basso” è un’impostazione assai attenta alla concreta e complessa dinamica delle singole fattispecie alle quali occorre che l’ordinamento fornisca un’equilibrata risposta, comprendendone e facendosi carico delle sue ineludibili peculiarità. Essa si concentra dunque su una visione assai “concreta” della “persona” e dei suoi problemi, mettendo in conto un uso anche non standardizzato dei diritti fondamentali a essa riconosciuti, essendo ciò finalizzato alla sua specifica “fioritura”<sup>20</sup>. Questo approccio declina, quindi, in modo assai inclusivo lo stesso “principio pluralista”, evitando il rischio che, su questioni assai intime e pervasive, venga di fatto a configurarsi una deleteria e “totalitaria tirannia dei valori” di qualcuno sugli altri<sup>21</sup>.

Si tratta, del resto, di un “atteggiamento ordinamentale” che via via sta affiorando sempre più spesso (ma non senza fatica) in numerosi meandri dell’attività legislativa e – soprattutto – in sempre più numerosi luoghi della giurisprudenza costituzionale, chiamata a “tamponare” le approssimazioni semplicistiche, le generalizzazioni o le lacune della prima.

Si pensi al filone di decisioni (in costante crescita) in cui la Corte calca sempre più spesso l’accento sull’esigenza che le pene siano proporzionate, personalizzate e individualizzate<sup>22</sup>: così è avvenuto, per esempio, nella copiosa giurisprudenza intervenuta in materia di concessione dei benefici penitenziari e con riguardo alla necessità di un’opportuna graduazione della reazione sanzionatoria<sup>23</sup>. Si rifletta inoltre sulle recenti pronunce che hanno contrastato l’eccessiva genericità dei presupposti di applicazione delle misure di prevenzione<sup>24</sup>, oppure all’attualissima sentenza costituzionale che ha imposto un serio esame del “contesto” e un’attenta valutazione diacronica dell’atteggiamento del singolo condannato all’ergastolo (o ad altra pena “ostativa”) ai fini della sua ammissione al beneficio del “permesso premio” (e che di sicuro solleciterà altre *quaestiones* con riguardo ad altri istituti ora preclusi a questa tipologia di carcerati)<sup>25</sup>.

Le medesime osservazioni valgono però anche in altri settori: si pensi a quanto si è andati progressivamente stabilendo per l’individualizzazione dei trattamenti sanitari e per il ruolo sempre più decisivo attribuito alla volontà del paziente capace e informato *contra* le forme di paternalismo medico

19 Alludo ancora a P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione*, cit., spec. p. 7 ss. Per un approccio analogo si v., più di recente, M.G. Bernardini, *Dalla responsabilità alla democrazia abilitante: prospettive (non troppo) future su etica della cura e vulnerabilità*, in O. Giolo - B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., p. 276.

20 R. De Monticelli, *La questione morale*, Milano, Raffaello Cortina, 2010, p. 148.

21 Ci si riferisce (evidentemente) al celebre saggio di C. Schmitt, *La tirannia dei valori*, Milano, Adelphi, 2008 (1960). Nella giurisprudenza costituzionale questa preoccupazione è nitidamente espressa, ad esempio, nelle sentenze costituzionali nn. 1/2013, 85/2013 e n. 20/2017.

22 Così, in materia di giustizia minorile, la Corte ha ribadito assai spesso la «necessità di valutazioni, da parte dello stesso giudice, fondate su prognosi individualizzate in funzione di recupero del minore deviante» (sentt. nn. 109/1997, 143/1996, 182/1991, 128/1987, 222/1983, 46/1978), o addirittura su «prognosi particolarmente individualizzate» (sent. n. 78/1989). Ciò in base all’esigenza di una «specifica individualizzazione e flessibilità del trattamento che l’evolutività della personalità del minore e la preminenza della funzione rieducativa richiedono» (sent. n. 125/1992).

23 Da ultimo, particolarmente significativa è la sentenza n. 149 del 2018 (in materia di ergastolo inflitto a chi abbia partecipato, anche molto lateralmente, a un sequestro di persona conclusosi con la morte del sequestrato); molte sono peraltro le pronunce della Corte che sanciscono la necessaria progressività trattamentale, il rifiuto degli automatismi e la conseguente flessibilità nell’inflizione delle pene (di v., ad esempio, la n. 57 del 2013, n. 48 del 2015, n. 239 del 2014 e n. 76 del 2017). Di contro, si v. però – più di recente – la sentenza n. 188 del 2019 (maggiormente possibilista nel valutare automatismi di carattere ostativo).

24 Sulla più recenti pronunce in materia v. M. Pelissero, *Gli effetti della sentenza De Tommaso sulla disciplina delle misure di prevenzione dopo le recenti posizioni della Corte costituzionale*, in *Studium Iuris* 2019, n. 10, p. 1148 ss.

25 Si v. la fondamentale (per non dire epocale) sent. n. 253/2019 (già citata).



autoritativamente usuali nel recente passato<sup>26</sup>; per le valutazioni circa il *best interest of the child*<sup>27</sup>; per le considerazioni della Corte costituzionale circa il rapporto tra l'età degli adottati e degli adottandi<sup>28</sup>. Episodi in cui la Consulta ha recisamente respinto i comodi (ma spesso incongrui) automatismi normativi praticati in passato.

Tutti esempi, quelli sin qui elencati, dai quali si evince l'esigenza costituzionale per cui la scelta finale di volta in volta in rilievo debba essere rimessa a chi davvero si posiziona nel luogo più prossimo a quello in cui si manifesta il vissuto del diretto interessato (davanti a un giudice, oppure al cospetto di un operatore sanitario), rifuggendo le semplificazioni decise ben più lontano da quelle dinamiche e dalla visuale di chi ne può compiutamente cogliere la peculiare fisionomia.

“Dall'alto” è invece l'atteggiamento in cui prevale – al contrario – un'idea astratta, rigida, eterodeterminata e preconfezionata della persona, dei suoi interessi e di ciò che dev'essere ritenuto un “bene per lei”. Al punto da imporre su di essa e sul suo stesso corpo – anche quando non siano affatto in discussione diritti o interessi altrui – fatti, pratiche, divieti *contra* la sua personale volontà, pur costituzionalmente legittima. Il personalismo viene così declinato in una forma decisamente più asfittica ed “estraniata”, insterilendo, al contempo, molte radici del corrispondente principio pluralista: da ciò il frequente debordare di un simile atteggiamento verso i lidi dell'illegittimità. Specie quando si prenda infine coscienza della posta effettivamente in gioco in ciascuna delle fattispecie di volta in volta sotto esame: un percorso che, però, spesso richiede tempo e molta pazienza.

## 5. Segue: quale approccio va (più correttamente) applicato nell'ordinamento italiano?

Vi sono precisi segnali che attestano come l'ordinamento costituzionale italiano prediliga decisamente un approccio “dal basso” e richieda pertanto un simile atteggiamento in chi è chiamato a manovrarlo in concreto con riguardo ad alcune fattispecie attinenti alle scelte e alla vita (concreta) dei singoli.

Ne elenco di seguito solo alcuni.

In primo luogo, viene in rilievo la centralità costituzionale del già citato *principio personalista* (e, pertanto, la priorità dei diritti della persona rispetto alle volontà statuali indirizzate a quest'ultima). Lo Stato diventa così uno “strumento” che deve costantemente agire per la realizzazione della persona<sup>29</sup>, e non già il contrario, come invece si teorizzava e praticava senza scrupoli durante il ventennio<sup>30</sup>. Quest'idea – un autentico capovolgimento teorico e pratico rispetto al passato – emerge sin dagli artt. 2 e 3 della Costituzione e si dipana poi, del tutto coerentemente, per l'intera sua Prima parte.

Nella stessa direzione preme altresì il *principio pluralista* – anch'esso declinato in più luoghi della Carta – il quale costituisce (di fatto) il rovescio della medaglia sulla quale è riportata l'effigie dello stesso principio personalista. La sua “ragione sociale” è infatti rinvenibile nell'idea per cui le differenze e le divisioni non sono più «considerate dai moderni – diversamente dagli antichi e dai loro nostalgici – come pericolosi rischi di dissoluzione del corpo politico, bensì come opportunità»<sup>31</sup>. Tale principio esprime pertanto la necessità della pacifica coesistenza – all'interno del medesimo ordinamento – di una pluralità di punti di vista culturali, religiosi, politici, esistenziali ecc., come tipico e ineliminabile ingrediente

26 Si rifletta sulla successione rappresentata dalla sent. n. 282/2002 (e altre) in materia di consenso informato; sulla legge n. 219/2017 – che costituisce un precipitato delle precedenti vicende Welby ed Englaro (relative a pur diversi casi di rifiuto di trattamenti sanitari essenziali per la vita – e sulla più recente sentenza costituzionale n. 242/2019 sul “caso Cappato” (che ha legittimato talune, circoscritte ipotesi di aiuto al suicidio in presenza di malattie irreversibili e di intollerabili sofferenze fisiche e psicologiche del malato).

27 Ad esempio, si v. la sent. n. 7/2013, ove la Corte ribadisce che l'automatismo della perdita della potestà genitoriale, quale pena accessoria conseguente al delitto di soppressione di stato del bambino, è incostituzionale in quanto preclude al giudice di valutare l'effettivo interesse del minore nel caso concreto, di ponderare il comportamento positivo comunque messo in atto dai genitori e di fornire il giusto rilievo al principio – personalista – della finalità rieducativa della pena.

28 Sentt. nn. 303/1996, 349/1998.

29 Della circostanza per cui la Costituzione delinea una “funzionalizzazione” dello Stato «alla massima tutela dei singoli» ragiona, ad esempio, G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 304.

30 Secondo il noto motto mussoliniano “Tutto nello Stato, niente al di fuori dello Stato, nulla contro lo Stato”, di cui si ritiene abitualmente ispiratore il giurista di regime e Guardasigilli Alfredo Rocco.

31 M. Barberis, *Liberalismo, Costituzionalismo, pluralismo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2006, p. 88.

di una società che si vuole democratica. Esso presiede alla necessaria «riscoperta del molteplice»<sup>32</sup> in tutte le sue forme; atteggiamento che costituisce un dato sempre più caratterizzante la nostra epoca (persino nei contrasti che esso suscita). Anche tale assunto è peraltro ricavabile dall'art. 2 (e molti altri) della nostra Carta.

Su questa scia, nella nota sentenza n. 161/1985 – e come sottolineato altresì dalla più recente sent. n. 221/2015 – la Corte costituzionale afferma dunque che la legge n. 164/1982, consentendo la rettificazione anagrafica del nome e il mutamento chirurgico dei tratti sessuali per le persone transessuali, «si colloca... nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori di libertà e dignità della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie e anomale»<sup>33</sup>. Un perfetto sunto delle idee personalista e pluralista che tracciano l'asse portante della nostra Costituzione e segnano, in realtà, la temperatura di ogni autentica democrazia. Un'idea di dignità che, in questo caso, viene opportunamente declinata nella sua versione squisitamente “soggettiva”, essendosi finalmente compreso che – almeno su questo tema<sup>34</sup> – debba prevalere l'interesse del singolo (del suo corpo e della sua vita), su quello della comunità intrisa di abitudini, di tradizioni mal comprese nella loro pretesa rigidità e finanche di pregiudizi trasformati in false necessità<sup>35</sup>.

## 6. Il “diritto”: la disciplina del fenomeno *transgender* come modello

Proprio il modo in cui l'ordinamento si è progressivamente atteggiato nei confronti delle persone transessuali e *transgender* costituisce il primo esempio che intendo trattare a mo' di esempio e “modello”<sup>36</sup>. Si tratta infatti di un caso in cui il sistema giuridico (e dei poteri costituzionali), sia pure a fatica, talvolta a malincuore e non senza ritardi, è infine giunto a una sempre più decisa aderenza a un vero approccio “dal basso”, progressivamente riducendo le violenze compiute sui singoli (e sottese ai tradizionali divieti e alle conseguenti aspettative), nonché ampliando le possibilità che le condizioni di vita delle persone coinvolte vedano, con ciò, significativi miglioramenti.

Le tappe di un simile percorso sono piuttosto note, potendosi dunque procedere qui di seguito per sintesi.

Uno dei primi casi in cui si ebbe conferma che il “campo da gioco” dei principi personalista e pluralista (oltre che quello d'uguaglianza e del diritto all'autodeterminazione ancora *in fieri*) andava acquistando uno spazio sempre più ampio nel delicato settore esistenziale dell'identità di genere e della corrispondente realtà dei corpi (e della psicologia) dei diretti interessati, si ebbe con la famosa (e già menzionata) sent. n. 161/1985. In quella circostanza la Corte respinse i rilievi d'illegittimità promossi avverso la legge n. 164/1982 – tra le prime, in Europa, a porsi il problema di questa condizione esistenziale – sancendo apertamente che il diritto alla salute della persona transessuale impone di assicurare a quest'ultima «l'esigenza fondamentale» di «far coincidere» il suo «soma con la psiche», anche mediante «il ricorso all'operazione chirurgica»<sup>37</sup> (come, appunto, la legge aveva finalmente ammesso, scandendo il percorso giuridico che consentiva di giungere a tale esito e alla conseguente rettificazione anagrafica del nome).

La Corte sottolineava altresì come solo in tal modo si potesse effettivamente garantire ai transessuali «l'affermazione della loro personalità», aiutandoli «a superare l'isolamento, l'ostilità e l'umiliazione che troppo spesso li accompagnano nella loro esistenza» e dando voce – come già si rammentava – a «una

32 B. Pastore, *Soggettività giuridica e vulnerabilità*, in O. Giolo - B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., p. 128.

33 Punto 4 del *Considerato in diritto* (corsivo non testuale).

34 Lo stesso deve ribadirsi con riguardo al tema del fine-vita, specie alla luce delle recenti pronunce della Corte costituzionale in materia di aiuto al suicidio del malato sofferente e inguaribile: si v. l'ord. n. 207/2018 e la successiva (e già citata) sent. n. 242/2019 (resa nel c.d. “caso Cappato”). La Corte ha invece esplicitamente utilizzato un concetto “oggettivo” di dignità nella sent. n. 141/2019, in materia di favoreggiamento e reclutamento di soggetti volontariamente dediti alla prostituzione: su tale pronuncia v., tra gli altri, T. Padovani, *Il pettine sdentato. Il favoreggiamento della prostituzione all'esame di costituzionalità*, in questa *Rivista*, 2019, n. 2, p. 146 ss.

35 Il dibattito sul significato da attribuire al concetto di dignità è praticamente sterminato. Si è tentato di ricostruirne le coordinate (almeno parzialmente) in P. Veronesi, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, in *Quad. cost.* 2014, n. 2, p. 315 ss.

36 Una dei primi costituzionalisti a occuparsi *funditus* del problema è stata senz'altro B. Pezzini, *Transsexualismo, salute e identità sessuale*, in *Rass. dir. civ.* 1984, p. 465 ss.

37 Punto 3 del *Considerato in diritto*.

civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori di libertà e dignità della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie e anomale»<sup>38</sup>. Un approccio, dunque, autenticamente “personalista” e “dal basso”, perciò attento alle concrete esigenze dei singoli, oltre che decisamente “pluralista” nelle sue aperture.

Nella specifica circostanza la Corte non tracciava tuttavia il perno del proprio responso chiamando in causa, anche solo lateralmente, il diritto all'autodeterminazione degli interessati – un principio la cui portata era, all'epoca, ancora da mettere del tutto a fuoco<sup>39</sup> – concentrandosi invece su una più “rotonda” e comprensiva idea del loro diritto alla salute psico-fisica. Essa ammetteva dunque che, in tali casi, il “bene” dei singoli si potesse raggiungere operando ciò che, per altre voci della giurisprudenza, erano vere e proprie mutilazioni sessuali. Non sfugge certo che il ragionamento sposato dalla Corte comunque presupponeva (almeno) che gli interessati si “autodeterminassero” a trattamenti sanitari così invasivi ma (per loro) efficacemente liberatori; tuttavia i parametri utilizzati nel giudizio erano esclusivamente calibrati sul fronte del diritto alla salute.

La Consulta superava in tal modo la netta chiusura che essa stessa aveva tracciato con la sua precedente sent. n. 98/1979: una decisione d'infondatezza in cui la Corte riteneva che non fosse affatto in gioco, per le persone transessuali, un problema di identità sessuale, né – dunque – di salute e di autodeterminazione, ma solo una questione di libertà nello svolgimento di “comportamenti sessuali” che non necessitava di particolari riconoscimenti. Un vero e proprio “pregiudizio” che, nel 1985, viene definitivamente soppiantato, anche grazie alla ben diversa sensibilità e al più corretto inquadramento della fattispecie operato dalla legge n. 164, intervenuta nel frattempo (1982).

L'evidente violenza allora nascosta nei meandri dell'ordinamento – e sostanzialmente assorbita anche nel primo atteggiamento praticato dalla Consulta – consisteva dunque nel vietare e nel non porsi affatto il problema di configurare le modalità con le quali i singoli – per usare le parole che la Corte adottò poi nel 1985 – potessero adeguare i loro corpi alla psiche e al genere di più intima appartenenza, giungendo così a una rettifica anagrafica del proprio sesso in modo da realizzare più agevolmente loro stessi nelle concrete e più varie relazioni sociali in cui si fossero trovati immersi.

Con il lento trascorrere del tempo (anche sotto la pressione via via meno silente dei diretti interessati, della dottrina e di sensibili frange della giurisprudenza)<sup>40</sup> si è infine giunti a percepire che la stessa, ineludibile imposizione di un intervento chirurgico correttivo dei tratti sessuali ai fini della rettificazione anagrafica del nome poteva essa stessa tradursi in un atto di violenza “antipersonalistica”.

Più di recente, la stessa Consulta ha così finalmente respinto l'idea per cui l'intervento chirurgico, in tali situazioni, sarebbe sempre e comunque imprescindibile<sup>41</sup>. L'aggiornata lettura della Carta – sulla scia di non poche esperienze straniere, oltre che degli approdi delle scienze mediche e affini<sup>42</sup> – ha infatti consentito un'opportuna “interpretazione conforme” delle disposizioni legislative – la Corte adotta infatti una “semplice” interpretativa di rigetto – riconoscendo all'autodeterminazione individuale un “peso” ben più sensibile rispetto al passato. Si è quindi esclusa la severa pretesa che la persona transessuale, per rettificare il proprio nome e completare la propria identità, debba necessariamente sottoporsi a una modifica chirurgica del corpo.

E se, nel 1985, la Corte aveva dunque calcolato l'accento sul diritto alla salute *tout court* – pur con l'implicito rilievo attribuito alle autonome scelte dell'interessato – oggi il quadro dei diritti fondamentali applicabili nella fattispecie viene ulteriormente arricchito da più evidenti e limpidi richiami al diritto ad autodeterminarsi. Il «riconoscimento del diritto all'identità di genere» viene quindi assunto «quale elemento costitutivo del diritto all'identità personale, rientrando a pieno titolo nell'ambito dei diritti fondamentali della persona (art. 2 Cost. e art. 8 della CEDU)». Da ciò discende l'affermata «esclusione del carattere necessario dell'intervento chirurgico ai fini della rettificazione anagrafica», rimettendo «al

38 Punto 4 del *Considerato in diritto*.

39 Si rinvia alla ricostruzione proposta in P. Veronesi, *Fisionomia e limiti del diritto fondamentale all'autodeterminazione*, in *BioLaw Journal – Special issue* n. 2/2019, p. 27 ss.

40 Sull'ondivago atteggiamento della giurisprudenza sul punto, pur maggioritariamente orientata a ritenere essenziale l'azione chirurgica si v. A. Lorenzetti, *Diritti in transito*, cit., p. 62 ss.

41 Così nella sent. n. 221/2015. Per una bibliografia praticamente completa dei numerosi commenti a tale pronuncia si rinvia a S. Stefanelli, *Responsabilità genitoriale e tutela del minore intersessuale*, in questa *Rivista*, 2018, n. 1, p. 24, nota 30.

42 Per averne un significativo saggio si rinvia a P. Valerio, C. Scandurra, F. Mezza, *Transfobia e pressione sociale*, in questa *Rivista*, 2020, n. 2, spec. p. 84 ss.

singolo la scelta delle modalità attraverso le quali realizzare, con l'assistenza del medico e di altri specialisti, il proprio percorso di transizione»<sup>43</sup>.

L'autodeterminazione del soggetto pare, così, quanto meno sottolineata e potenziata alla luce del suo diritto a perseguire la propria identità personale, sessuale e di genere<sup>44</sup>, assumendo cioè a riferimento il concreto contesto e l'ambiente psicologico in cui si pone la richiesta del singolo.

Che i tempi fossero peraltro maturi per questo passo in avanti – da tempo invocato dalla dottrina, ma avversato da buona parte della giurisprudenza<sup>45</sup> – lo si comprese in una di poco precedente pronuncia della Cassazione civile<sup>46</sup>. Innovando al diritto vivente sin lì consolidato – e “brandendo” con decisione i principi costituzionali – la Cassazione affermava infatti che la scelta di sottoporsi alla modifica dei tratti sessuali dev'essere sempre l'esito di «un processo di autodeterminazione verso l'obiettivo del mutamento di sesso».

Le pronunce costituzionali successive alla citata sent. n. 221/2015 meglio calibrano gli argomenti ospitati nella decisione. Nella sent. n. 180/2017 la Consulta ribadisce pertanto che l'intervento chirurgico “risolutivo” non è (più) indispensabile, anche se «va [comunque] escluso che il solo elemento volontaristico possa rivestire prioritario o esclusivo rilievo ai fini dell'accertamento della transizione»<sup>47</sup>. L'autodeterminazione (assunta in sé o come profilo immanente ai vari diritti coinvolti) viene insomma portata sempre più nitidamente allo scoperto, benché contemporaneamente circoscritta mediante la ribadita (e prima forse troppo sfumata) necessità che la procedura veda comunque il fattivo coinvolgimento oltre che il controllo di esperti e di un giudice.

In conclusione, dal ritenere del tutto “naturale” che non si potessero in alcun modo modificare i corpi (e men che meno i registri anagrafici) per realizzare l'identità della persona transessuale che l'avesse assolutamente invocato e voluto – considerando addirittura aberrante una simile richiesta<sup>48</sup> – si giunge quindi, nella tappa intermedia collocata nel 1985, ad affermare che il desiderio del transessuale di modificare il proprio corpo (e il proprio nome) costituisce espressione del suo «naturale modo d'essere», nonché – proprio di recente – a consentire che, in molti casi, l'intervento sul corpo possa anche non essere affatto necessario al fine di mutare il proprio nome e la propria identità nel “mondo”. Che questa violenza – quando tale sarebbe – non si debba, cioè, compiere<sup>49</sup>.

È una parabola che del resto si riscontra anche in altre e ben diverse vicende, pur sempre imparentate con il tema in discorso<sup>50</sup>.

Si pensi alla via via più precisa (e recentissima) presa di coscienza della necessità di approntare una medicina autenticamente “di genere”. Anche nell'evolvere di questo fenomeno e di una simile

43 Punto 4.1 del *Considerato in diritto*. Per la tesi che l'autodeterminazione evocata dalla Corte nella sent. n. 221 renderebbe l'intervento chirurgico meramente eventuale v. A. Schuster, *La rettificazione di sesso: criticità persistenti*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it) (13 luglio 2017). A. Lorenzetti, *Corte costituzionale e transessualismo: ammesso il cambiamento di sesso senza intervento chirurgico ma spetta al giudice la valutazione*, in *Quad. cost.* 2015, n. 4, p. 1006 ss., sottolinea, invece, come la Corte esiga l'ineludibilità di un «rigoroso» accertamento dei giudici, ai quali spetta peraltro la parola definitiva. La soluzione della Corte si affianca del resto a quella già assunta dalla Corte di Strasburgo nel caso Y.Y c. Turchia, 10 marzo 2015, n. 14793/2008.

44 Sul diritto all'identità personale come «diritto a essere sé stessi» si rinvia alla citata sent. n. 13/1994.

45 Si v. A. Lorenzetti, *Il cambiamento di sesso anagrafico e le sue condizioni: la necessità o meno dell'intervento chirurgico. Brevi riflessioni sulla situazione attuale e suoi prossimi sviluppi*, in questa *Rivista*, 2015, n. 1, p. 175 ss.

46 Corte di Cassazione, Sezione I civ., 20 luglio 2015, n. 15138.

47 Punto 5.2 del *Considerato in diritto*. Cfr. altresì Corte Costituzionale, ordinanza del 13 luglio 2017 n. 185. Sulla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia – la quale pare esaltare «il profilo del diritto all'autodeterminazione, essendo la persona... che deve decidere quali sono le modifiche fisiche che ritiene adeguate per soddisfare la propria aspirazione e il proprio benessere fisico-psichico» – v. S. Patti, *Il transessualismo tra legge e giurisprudenza della Corte Edu (e delle Corti costituzionali)*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2006, p. 145.

48 Per la giurisprudenza anteriore alla legge n. 164/1982 e alla Corte Costituzionale, sentenza del 23 maggio 1985, n. 161 si v., ad esempio, le massime riportate da P. D'Addino Serravalle, P. Perlingieri, P. Stanzone, *Problemi giuridici del transessualismo*, Napoli 1981, p. 55 ss., p. 94 ss. Più diffusamente si cfr. altresì A. Lorenzetti, *Diritti in transito*, cit., p. 26 ss.

49 Sullo stato dell'arte in materia, sulle nuove e più collaudate terapie cliniche ora disponibili, nonché sulla discussione (comprensiva dei profili positivi e negativi) che accompagna le più recenti acquisizioni farmacologiche e psicologiche sul tema, si rinvia ai numerosi contributi specialistici ospitati nel *Focus* dedicato a *I minori gender variant: aspetti e punti di vista*, ospitato su questa *Rivista*, cit., p. 69 ss.

50 Ma anche con riguardo all'esperienza delle stesse persone transessuali, l'approccio descritto nel testo ha conosciuto ulteriori applicazioni in vicende “collaterali” a quelle qui direttamente prese in esame: si pensi al tema dell'imposizione del divorzio ai coniugi originariamente eterosessuali ma poi divenuti *same-sex* (a causa della presa di coscienza della propria identità da parte di uno di essi): è quanto trova espressione nel c.d. “caso Bernaroli”, deciso, con una suggestiva additiva di principio, tramite la sentenza Corte Costituzionale, 11 giugno 2014, n. 170.



sensibilità vediamo, infatti, la più completa realizzazione dei principi personalista, pluralista, di tutela della salute della persona concreta, di antidiscriminazione e di antisubordinazione; assieme a ciò rileva la sempre più puntuale presa di coscienza della violenza (recondita) sui corpi femminili che l'atteggiamento sin qui prevalso ha provocato e determina.

Così, per secoli, al centro dello studio delle malattie e delle corrispondenti terapie è stato sempre collocato il corpo dell'uomo; i risultati così raggiunti venivano poi applicati all'intera popolazione (anche femminile)<sup>51</sup>. Un atteggiamento grossolano che – però – si percepiva come naturale, innocuo, non problematico. Solo negli ultimi decenni si è compresa la violenza sottesa a un simile modo di fare e di pensare, oltre che la necessità di individuare il miglior trattamento sanitario possibile per il malato e la malata, considerando e prendendo in carico la specificità dei singoli pazienti sotto il profilo del loro genere di appartenenza (e della loro specifica fisiologia).

Analoghe osservazioni potrebbero formularsi con riguardo a quanto autorevolmente sancito nella sentenza n. 151/2009, ossia nella prima pronuncia che ha iniziato l'opera di positiva demolizione e di autentico "ribaltamento" della legge n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita<sup>52</sup>. Come leggere, altrimenti, l'accertata incostituzionalità dell'obbligo decisamente "violento" (indirizzato al corpo delle donne) di un unico e contemporaneo impianto di *tutti* gli embrioni prodotti nelle particelle di fecondazione artificiale (e comunque nel numero massimo di tre) – accompagnandolo con il contestuale divieto di crioconservazione degli stessi – senza che venissero in nessun modo prese in considerazione le condizioni di salute riproduttiva della donna e della coppia, le caratteristiche cliniche dell'utero della prima, la sua struttura fisica e psicologica, la sua debolezza fisiologica ecc.<sup>53</sup>

Nella stessa parabola concettuale si colloca anche la sentenza n. 96/2015, la quale – superando un altro (assurdo) divieto "ideologico" contenuto nella legge n. 40 – ha reintrodotta la possibilità di svolgere la diagnosi preimpianto sugli embrioni da utilizzare a fini procreativi<sup>54</sup>.

## 7. Il "rovescio": l'approccio (antitetico) alle vicende delle persone intersessuali

Esattamente agli antipodi rispetto a questi esempi di progressivo adeguamento del sistema giuridico a un approccio concreto e "dal basso" al corpo (e alle volontà) dei singoli, in ragione della loro identità sessuale e di genere, si colloca invece il caso (persino drammatico) del trattamento abitualmente riservato alle persone intersessuali.

Più precisamente, con l'espressione persone "intersex" si evoca la particolare condizione di quei soggetti che, non potendo, alla nascita, «essere univocamente ascritte all'uno o all'altro sesso, sfuggono alla regola binaria per cui ogni individuo deve alternativamente [e immediatamente] essere riconosciuto come maschio o femmina»<sup>55</sup>. Con un linguaggio patologizzante e, per questo, criticato da molti, si ragiona al proposito anche di "Disturbi della differenziazione sessuale".

Le variabili sono numerosissime<sup>56</sup>. In estrema (e brutale) sintesi, può dirsi che rarissimi sono i casi di ermafroditismo. Accade invece (più spesso) che le persone *intersex* presentino alla nascita genitali ap-

51 Sul tema della "medicina di genere" si v. già gli accenni riportati *supra* alla nota 12.

52 Per un'attenta ricostruzione delle vicende giurisprudenziali che hanno condotto alla radicale metamorfosi della legge n. 40/2004 si rinvia, per tutti, a F. Angelini, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 91 ss.; S. Agosta, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Aracne, Roma 2020, *passim*; S. Agosta - L. D'Andrea - G. D'Amico (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita: bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, Editoriale scientifica, Napoli 2017, *passim* e A. D'Aloia, *L'(ex) 40*, in *Quad. cost.*, 2015, n. 4, p. 997 ss.

53 Si v., tra gli altri, S. Agosta, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (19 settembre 2009).

54 Tra i numerosissimi commenti a tale pronuncia – nella stragrande maggioranza favorevoli agli argomenti usati dalla Corte – si v., ad esempio, e per tutti, I. Pellizzone, *L'accesso delle copie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza n. 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (4 novembre 2015).

55 B. Pezzini, *La condizione intersessuale in Italia: ripensare la frontiera del corpo e del diritto*, in *Resp. medica - diritto e pratica clinica*, 2017, p. 444.

56 Per un elenco di tali eventualità si rinvia a L. Monaco, A. Comeni, *I corpi delle persone intersex e il proibizionismo sull'identità*, in F. Gallo, M. Perduca (a cura di), *Proibisco ergo sum*, Roma, Fandango, 2017, p. 72. Cfr. anche B. Pezzini, *La condizione interses-*

parentemente definiti, ma acquistino poi, con il passare degli anni, tratti del sesso opposto. Oppure che esse rivelino caratteristiche gonadiche o cromosomiche sostanzialmente atipiche rispetto al loro sesso visibile. O, ancora, che presentino contemporaneamente tratti sessuali maschili e femminili. Non è neppure infrequente che, per talune fenomenologie più lievi, gli interessati non vengano mai a conoscenza della loro sotterranea condizione biologica.

Per lungo tempo il tema dell'intersessualismo è stato del tutto ignorato dal diritto; tradizionalmente, lo si è affrontato come un problema di mera "messa a norma" dei corpi dei neonati, da risolvere frettolosamente e precocemente mediante interventi chirurgici "estetico-correttivi" dei genitali, senza troppo badare al loro recupero funzionale né alla reale identità di genere percepita dal diretto interessato (sul quale si agiva quando ancora non poteva averla né poteva essere consultato al riguardo). Spesso (se non sempre) è purtroppo ancora così<sup>57</sup>.

Com'è però (finalmente) emerso grazie a una serie di testimonianze, di iniziative e di ricerche<sup>58</sup>, l'applicazione pratica di un tale atteggiamento ha generato indicibili e perpetue sofferenze nella vita delle persone sottoposte a simili "aggiustamenti" chirurgici.

È apparso così finalmente chiaro (almeno a taluni) che il trattamento delle persone *intersex* si è svolto (e spesso continua ancora a svolgersi) in plateale spregio di numerose norme e principi di origine costituzionale e sovranazionale<sup>59</sup>: a tal proposito, la maggioranza – ancora una volta – ha imposto le sue troppo grossolane convinzioni alla minoranza del caso, causando non pochi danni sui corpi, sulla psiche e sulla vita sociale dei componenti di quest'ultima.

Perché – come già si sarà compreso – gli intersessuali incarnano (perfettamente) i tratti tipici di almeno alcune minoranze storiche (le più vituperate tra l'altro): anche per questo essi pongono sotto i riflettori del giurista un tipico problema di diritto costituzionale<sup>60</sup>, benché siano state (sin qui) sostanzialmente rarissime le pronunce giurisdizionali su tali fattispecie<sup>61</sup>.

Essi, infatti, (1) sono senz'altro pochi (anche se più di quanto non si creda)<sup>62</sup>; (2) non sono immediatamente distinguibili dai componenti della maggioranza (e, quindi, sono ancor più "pericolosi" per la psicologia di massa e la "purezza" di quest'ultima); (3) sono stati a lungo silenti (scarse sono anche le cause da essi avviate)<sup>63</sup>; (4) l'intervento chirurgico precoce su tali soggetti ha così determinato (almeno sulla superficie dei corpi) la cancellazione della variante *intersex* nella popolazione<sup>64</sup> (che è quanto si è spesso desiderato e si è cercato di realizzare proprio con riguardo a talune minoranze).

Per "tradizione", ciò che dunque più rileva, nei primi frangenti dell'esistenza di tali soggetti, ai fine del corrispondente intervento "correttivo" operato su di essi, è (1) la mera apparenza dei corpi; (2) più di preciso, il primo sguardo (non necessariamente attento) ai genitali del neonato, con la ferma convinzione che essi corrispondano immancabilmente al suo sesso cromosomico e psichico, come di norma (ma non sempre) accade; (3) la valutazione della teorica facilità con la quale la loro incerta fisionomia potrà

suale in Italia, cit., p. 445 ss. e A. Lorenzetti, *Frontiere del corpo, frontiere del diritto: intersessualità e tutela della persona*, in *BioLaw Journal*, 2015, n. 2, p. 111 s.

57 Qualche anno fa giunse sulla stampa una vicenda siciliana, opportunamente rammentata da G. Viggiani, *Appunti per un'epistemologia del sesso anagrafico*, in questa *Rivista*, 2018, n. 1, p. 32 s. Nel caso, assunto un disallineamento tra sesso fenotipico e cromosomico nel neonato, si fece prevalere il sesso cromosomico, senza tener conto del fenotipo, e dunque «asportando i genitali femminili e abbozzando quelli maschili» in via chirurgica.

58 Si pensi, ad esempio, alla puntuale testimonianza di A. Comeni, *La condizione intersessuale: una testimonianza*, in questa *Rivista*, 2018, n. 1, 12 ss. Si v. altresì, di A. Comeni, L. Monaco, *I corpi delle persone intersex e il proibizionismo sull'identità*, cit., p. 73. Nel 2012 si è inoltre dato vita a una federazione internazionale che raccoglie le associazioni intersex di numerosi Paesi europei: OII Europe (Organization Intersex International Europe): si v. il sito <https://oiieurope.org/>.

59 Si v., ad esempio, G. Cerrina Feroni, *Intersessualismo: nuove frontiere*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2015, n. 2, p. 335.

60 Rinvio, più diffusamente, al mio *Se il potere plasma i corpi: le persone intersex tra antidiscriminazione e antisubordinazione*, in B. Pezzini - A. Lorenzetti (a cura di), *70 anni dopo*, cit., p. 181 ss.

61 La scarsità di cause giudiziarie per risarcimento del danno è, innanzi tutto, determinata dal fatto – più volte sottolineato in dottrina – che, in questi casi, la prescrizione scatta automaticamente (le persone intersex vengono infatti "trattate" in tenerissima età). Nelle banche dati si trovano così citate solo le seguenti pronunce: Trib. minorenni di Pescara, 29 luglio 1993 (nomina di un curatore speciale per il rapido svolgimento delle operazioni chirurgiche su un minore intersex a fronte dell'indecisione dei genitori) e Tribunale di Bari, sez. III, 25 giugno 2012, n. 2295 (risarcimento dei danni materiali e morali subiti dai genitori di un neonato a causa di un'errata diagnosi e sulla conseguente assegnazione del sesso).

62 Circa il 2% della popolazione, per qualcuno il 4%: si v. i dati raccolti da A. Lorenzetti, *Frontiere del corpo, frontiere del diritto*, cit., p. 110 e nota 4.

63 Nelle banche dati si trova così traccia solo delle pronunce già citate *supra* alla nota 61.

64 Come osserva A. Comeni, *La condizione intersessuale: una testimonianza*, cit., p. 14.

essere corretta chirurgicamente venendo indirizzata verso il “maschile” o il “femminile”; (4) finanche l’ansia (dei medici e dei genitori) di ribadire al più presto il consueto e rassicurante modo d’essere sessuato (e di genere) di ogni singolo componente della società, ritenendo (anche in buona fede) che sia un bene, per questi soggetti, comprendere sin da subito “da che parte stare”<sup>65</sup>.

Molto spesso, i chirurghi e i genitori ragionano dunque secondo criteri meramente estetici e di prestazione virile<sup>66</sup>: usando, cioè, il parametro maschile come criterio di riferimento (e la grandezza del fallo, o di ciò che appare tale, come misura del tutto). Da qui – pare – l’uso di un apposito “fallometro” da utilizzare a questo scopo, riversando il tutto in una banale questione di centimetri<sup>67</sup>. Anche in queste valutazioni il genere maschile (con i suoi “attributi”, le sue certezze e le sue spavalderie) è diventato, dunque, *standard* di riferimento<sup>68</sup>.

Non siamo invece – medici e genitori, e neppure noi tutti (pur se quasi certamente benintenzionati) – attrezzati a prendere atto che anche la persona intersessuale è un prodotto della natura, in quanto esiste “in natura” e vive una situazione che, per il diretto interessato (o per molti di loro), può dirsi (almeno in taluni casi) “normale” e da preservare<sup>69</sup>; al contrario, forzare subito (con una violenza istituzionalizzata, non percepita come tale, oltre che assunta quasi fosse indiscutibilmente “buona” e “necessaria”) i corpi di questi soggetti entro uno dei due modelli conosciuti senza valutare la complessa realtà di ciascuno di essi – e senza attendere che i dubbi meglio si chiariscano, che le persone crescano e che magari esse stesse si esprimano al riguardo – non costituisce affatto una scelta preordinata al loro benessere e, spesso, somiglia tanto a un gioco di dadi (con un margine di errore che pare aggirarsi, secondo alcune stime, attorno al 40%)<sup>70</sup>.

Ribaltandosi le coordinate del principio personalista e dello stesso principio pluralista – cardini del nostro sistema costituzionale – il soggetto *intersex* viene quindi sottoposto a decisioni altrui e a manipolazioni irreversibili (e per nulla terapeutiche) del suo corpo; lo si “forza” così – per il suo preteso “bene” – nel calco del modello dominante.

In tali vicende, il *best interest* del minore viene quindi calibrato (sia pure in buona fede) non già sulle reali esigenze del singolo – che potrebbero consistere nell’essere lasciato in pace o nell’essere indirizzato verso un sesso diverso da quello deciso da altri – bensì al fine di ribadire – senza le opportune soluzioni di continuità – assunti, attese, tradizioni e abitudini della società che lo accoglie<sup>71</sup>. *Contra* l’idea personalistica – tradotta *in primis* negli artt. 2 e 3 Cost. – non è quindi l’autorità ad agire per il bene del singolo, ma il corpo della persona a essere piegato alle esigenze culturali della società in nome di una pretesa “normalità” da garantire senza indugi.

Nell’ordine, un simile (frettoloso) decidere non consente dunque – com’è evidente – alcun coinvolgimento del minore nelle scelte che così intimamente lo riguardano; ribadisce un potere sostanzialmente assoluto dei medici (sempre più mitigato, in altri contesti, dall’imporsi della cultura del consenso informato e del declino del modello paternalista)<sup>72</sup>; consente ai genitori di recuperare i loro più tradizionali e impositivi ruoli di un tempo.

65 A. Lorenzetti, *Frontiere del corpo, frontiere del diritto*, cit., p. 118.

66 S.J. Kessler, *La costruzione medica del genere: il caso dei bambini intersessuati*, cit., p. 111.

67 Frequente è il richiamo al suo utilizzo pratico. Tale strumento aiuterebbe a stabilire se le dimensioni del pene del neonato siano idonee a qualificarlo davvero tale, ovvero a rivelare l’esistenza di un clitoride fuori norma: v. G. Viggiani, *Appunti per un’epistemologia del sesso anagrafico*, cit., p. 34.

68 B. Pezzini, *La condizione intersessuale in Italia*, cit., p. 444.

69 A. Lorenzetti, *Frontiere del corpo, frontiere del diritto*, cit., p. 120.

70 G. Viggiani, *Appunti per un’epistemologia*, cit., p. 37.

71 Tale principio costituisce un asse portante di numerose pronunce della giurisprudenza interna e della Corte Edu, le quali calibrano su di esso molte loro decisioni (particolarmente delicate sono le sempre più numerose pronunce in materia di genitorialità delle persone omosessuali o dei nati a seguito di gravidanza per altri). Sui rischi derivati da un suo utilizzo assai disinvolto, non necessariamente meditato e bilanciato, v. L. Giacomelli, *(Re)interpretando il best interest of the child: da strumento di giustizia sostanziale a mera icona linguistica?*, in F. Giuffrè - I. Nicotra (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, p. 467 ss. ed E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio del best interest of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, FrancoAngeli, 2016.

72 Si v., in particolare, le inequivoche sentenze costituzionali n. 438/2018 e n. 253/2019: nella prima di queste pronunce si legge pertanto che «il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto» ex artt. 2, 13 e 32 Cost. La Corte precisa inoltre che esso svolge una «funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all’autodeterminazione e quello alla salute». Per una ricostruzione più articolata del progressivo imporsi di questo diritto fondamentale si rinvia a P. Veronesi, *Fisionomia e limiti del diritto fondamentale all’autodeterminazione*, cit., p. 34 ss., e alla bibliografia ivi citata.

Si abbandonano invece del tutto a loro stessi il principio del *favor minoris* e la sempre più complessa/articolata configurazione dei “doveri” che i genitori devono assumere nei confronti dei figli, la quale è si è formata mediante una lettura sempre più attenta e aggiornata degli artt. 30 e 31 Cost.<sup>73</sup>, oltre che dell’art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea<sup>74</sup> (in altri contesti costantemente e attentamente applicati)<sup>75</sup>.

Il minore subito “plasmato” dal chirurgo vede così vulnerato il suo diritto fondamentale all’autodeterminazione ex artt. 2, 13 e 32 Cost.<sup>76</sup>, incidendosi in tal modo sul suo futuro esistenziale e, quindi, sulla sua identità, ovvero sul suo “diritto a essere se stesso”<sup>77</sup>.

Si rende poi estremamente difficoltoso (se non impossibile), *pro futuro*, l’esercizio dell’ulteriore “diritto fondamentale” di queste persone di disporre della propria libertà sessuale, ossia di «uno degli essenziali modi di espressione della persona umana»<sup>78</sup>.

Si viola in tal modo anche l’art. 8 CEDU, il quale accoglie – come precisato dalla giurisprudenza di Strasburgo – una nozione estesa di vita privata, comprendente l’integrità fisica e psichica, il diritto di coltivare relazioni umani confacenti, il diritto allo sviluppo individuale, il diritto all’autodeterminazione e di avere (o no) figli<sup>79</sup>: profili travolti dagli interventi di cui si tratta.

Tutto questo avviene inoltre senza che lo stato di salute del soggetto effettivamente lo richieda (violandosi, dunque, anche l’art. 32 Cost.). Anzi, paradossalmente, queste azioni generano spesso un deterioramento dell’integrità fisica e psichica del soggetto, con effetti nefasti proprio sulla sua vita di relazione e sul suo diritto alla salute<sup>80</sup>. In tali eventualità, l’idea ormai universalmente accettata della salute quale completa valutazione benessere psico-fisico del soggetto, viene, quindi, accantonata. Da queste pratiche riemerge, invece, l’antiquata idea per cui la salute sarebbe un dato oggettivo, esterno e misurabile, la cui specifica valutazione spetta insindacabilmente e paternalisticamente ad alcuni esperti, gli unici autorizzati a operare come essi ritengono opportuno sui corpi dei malati.

Di contro, vale la pena riportare la cruda testimonianza dei “sopravvissuti” a simili azioni, i quali cominciano finalmente a farsi “indocili”, portando allo scoperto la concreta crudeltà di ciò che altri hanno deciso “per” loro e “su” di loro, scopercchiando il vaso di Pandora delle sofferenze che li colpiscono, avanzando “visioni alternative” del loro essere, finalizzate a realizzare nuove forme di emancipazione personalistica anche attraverso il diritto<sup>81</sup>: un comportamento assolutamente necessario per avere un certo qual rilievo sociale e far entrare le proprie istanze nelle “agende” che contano. Così, dopo un lungo silenzio, abbiamo appreso che le mutilazioni genitali neonatali subite dalle persone *intersex* generano sterilità, dolore cronico, perdita importante o totale di sensibilità genitale, incontinenza urinaria e/o fecale, scompensi ormonali, ripetuti interventi chirurgici, terapie ormonali perpetue, stigma sociale nel compimento di banali azioni della vita quotidiana, oltre che abbandono scolastico per bullismo e pro-tratte ospedalizzazioni<sup>82</sup>.

73 A. Lorenzetti, *La problematica dimensione delle scelte dei genitori sulla prole: il caso dell’intersessualismo*, in F. Giuffrè, I. Nicotra (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., p. 485.

74 In cui si valorizza – appunto – la necessità che tutti coloro che vengano coinvolti in «atti relativi ai bambini» agiscano «per il loro benessere» e operino secondo la regola che «l’interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente». Rilievo assume inoltre la Convenzione Onu sui diritti del fanciullo.

75 Sul tema dei rapporti giuridici tra genitori e figli-minori intersessuali si v. S. Stefanelli, *Responsabilità genitoriale e tutela del minore intersessuale*, cit., p. 17 ss.

76 Si v., *in primis*, Corte Costituzionale, sentenza del 23 dicembre 2008, n. 438 e sentenza del 30 luglio 2009 n. 253.

77 Corte Costituzionale, sentenza del 3 febbraio 1994, n. 13.

78 Corte Costituzionale, sentenza del 18 dicembre 1987, n. 561.

79 Si v., ad esempio, la nota sentenza Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, sentenza del 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ricorso n. 25358/12.

80 A. Lorenzetti, *Il “trattamento” giuridico della condizione intersessuale*, cit., 8.

81 T. Casadei, *La vulnerabilità in prospettiva critica*, in O. Giolo - B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., p. 88.

82 A. Comeni, *La condizione intersessuale: una testimonianza*, cit., p. 13. V. anche la casistica e la bibliografia riportata da G. Cerrina Feroni, *Intersessualismo: nuove frontiere*, cit., p. 308, e le “narrazioni” raccolte da M. Balocchi, *L’invisibilizzazione dell’Intersessualismo in Italia*, paper per il Convegno “Lo spazio della differenza”, Università di Milano-Bicocca, 20-21 ottobre 2010 (disponibile on-line).



Appare evidente l'analogia di tali pratiche con la pernicioso vicenda delle mutilazioni genitali femminili<sup>83</sup>: anche in questi casi emerge la pervicacia di talune sedimentate tradizioni e la difficoltà di sradicarle; l'azione si svolge sui corpi di bambine in età precoce, dando così seguito alla decisione che altri (e il gruppo cui esse appartengono) assumono su di loro; gli stessi genitori credono, anche in queste vicende, di agire per il bene delle figlie e per la loro compiuta accettazione nella comunità<sup>84</sup>. Si tratta, com'è noto, di fattispecie che hanno suscitato non poco raccapriccio nell'opinione pubblica e tra i giuristi: nel caso delle persone *intersex*, al contrario, tutto (o quasi) tace. È peraltro chiaro il motivo di un simile atteggiamento: le conseguenze aberranti che i soggetti *intersex* subiscono sono il frutto di decisioni che appartengono alla *nostra* cultura e alla *nostra* "visione del mondo", non già alle coordinate mentali e culturali di *altri* soggetti a noi apparentemente "estranei" o quanto meno "lontani"<sup>85</sup>.

Va da sé che occorrerebbe invece ribaltare la prospettiva con cui affrontare (tutte) queste fattispecie, transitando da un approccio autoritario e "dall'alto" a un atteggiamento che dia progressivamente vita, in questi casi, a un diritto sempre più "mite"<sup>86</sup> e "gentile"<sup>87</sup>. Un approccio che non forzi, cioè, i singoli entro un modello assunto da altri e appreso come indiscutibile, ma – al contrario – si faccia carico della complessità del reale, offrendo le soluzioni più idonee alle concrete esigenze delle varie fattispecie valutate nella loro singolarità, procedendo, cioè, nel più pieno rispetto dei principi personalista e pluralista<sup>88</sup>: è quanto è accaduto, proprio nel riferirsi alla condizione *intersex*, con l'avanzatissima legislazione sul tema licenziata a Malta<sup>89</sup>.

Verso le persone *intersex* (tuttora) non si applica, quindi, ciò che alla Corte costituzionale premeva di sottolineare nella sua già citata e fondamentale sentenza sul transessualismo<sup>90</sup>. Se così si può dire, il dato positivo – per i transessuali – è di affrontare da adulti le maglie e le resistenze del potere (potendo far sentire la loro voce); alle persone *intersex* non è invece quasi mai data questa possibilità<sup>91</sup>. Con tutto ciò che ne scaturisce.

## 8. Conclusioni

Con questi ultimi accenni torniamo all'esempio di partenza (del tutto opposto nei suoi esiti).

I due tragitti sui quali si è concentrata l'attenzione confermano le premesse da cui si sono prese le mosse.

83 Cfr. G. Brunelli, *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogia (e limiti) di una legge*, in S. Bernardi, B. Pastore, A. Pugiotto (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto oggi: un percorso interdisciplinare*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 203 ss.

84 Da qui l'approvazione, in Italia, della legge n. 7/2006, che pur non ha mancato di suscitare critiche sia d'impostazione, sia operative: si v. quanto già riportato, poco dopo la sua approvazione, in *Il corpo e la Costituzione*, cit., p. 303 ss.

85 Come giustamente rileva L. Giacomelli, *Quando la vita infrange il mito della "normalità": il caso dei minori intersessuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 599 s., l'Occidente grida allo scandalo di fronte alle pratiche di m.g.f. adottate in alcuni Paesi islamici, eppure distoglie lo sguardo a fronte degli altrettanto "eversivi" interventi chirurgici di forzata "normalizzazione" praticati nei nostri ospedali.

86 Secondo la nota formula usata da G. Zagrebelsky, *Il diritto mite: legge, diritto, giustizia*, Torino 1992.

87 Come si è efficacemente definito il gruppo di ricerca e di approfondimento biogiuridico coordinato dal Prof. Paolo Zatti.

88 In questa direzione, maggiormente ponderata, si pone il Documento del Comitato Nazionale di Bioetica, *I disturbi nella differenziazione sessuale dei minori (25 febbraio 2010)*, pp. 16, 18, 19, nel quale si sottolinea come occorra sempre sincerarsi che gli «interventi medici e chirurgici siano posti in essere solo di fronte ad una reale, attuale e imminente minaccia per l'integrità fisica del soggetto e a fronte di indici empirici o predittivi certi, non forzando il paziente verso una normalizzazione sociale». Fondamentale è dunque che «ogni scelta in questa peculiare situazione sia adeguatamente ponderata, valutando caso per caso, in funzione del riconoscimento dell'identità sessuale nell'ambito di una considerazione globale del soggetto». La scelta del medico e dei genitori dev'essere quindi dettata dall'esclusivo interesse del minore, poggiare su «criteri obiettivi (emergenti da complete indagini diagnostiche)» e finalizzata alla «maggiore armonia possibile» tra tutti i fattori che incidono sull'identità sessuale. Nei casi «più difficili (ossia i casi in cui non emergono dati obiettivi per la assegnazione sessuale) può non essere opportuno passare immediatamente a interventi chirurgici demolitivi e/o ricostruttivi, perché potrebbero rivelarsi non compatibili con l'effettiva evoluzione della identità sessuale».

89 A. Lorenzetti, *Il "trattamento" giuridico della condizione intersessuale*, cit., p. 9.

90 La qui più volte richiamata Corte Costituzionale sent. n. 161/1985.

91 G. Viggiani, *Appunti per un'epistemologia*, cit., p. 36 s.

Ossia: possono senz'altro convivere sincronicamente, con riguardo ai temi della "violenza di genere" (e della violenza "non percepita" sui corpi di chi vive particolari esperienze di genere), atteggiamenti e approcci ben diversamente calibrati, pur all'interno del medesimo ordinamento giuridico. Approcci che, con qualche semplificazione, ho definito "dal basso" (ossia attenti alla concretezza e improntati a una declinazione "aperta" del personalismo e del pluralismo), ovvero "dall'alto" (ossia astratti, sostanzialmente ideologici, per nulla problematici).

Ma anche gli approdi provvisoriamente virtuosi ai quali si giunge praticando la prima strada, spesso devono poi essere rimessi in discussione o riassestati man mano che le conoscenze scientifiche o la percezione dei fenomeni prima dati per naturali non evidenzino la necessità di ulteriori adattamenti e "passi in avanti"<sup>92</sup>. In taluni casi, poi, l'arretratezza di un approccio giuridico sostanzialmente (anche se sottilmente) violento e radicale sui corpi altrui, persiste a dispetto della progressiva emersione della sua abnormalità in altri contesti certamente limitrofi.

Proprio il caso delle persone *intersex* – con il quale si è chiuso l'*excursus* sopra proposto – conferma insomma che, per la Costituzione, l'interpretazione costituzionale e la stessa produzione normativa, ci sarebbe ancora molto lavoro da svolgere in tali ambiti. Addirittura, per talune fattispecie, il terreno da arare sembra sostanzialmente vergine e tutto da "dissodare". Perché un dato è certo: quei corpi così invasi, mutilati e vituperati sono troppo carichi di senso, di emozioni, di simboli, di sofferenze concretamente vissute per poter semplicemente scomparire dalle nostre riflessioni solo perché "pochi" di noi vengono colpiti dal maglio di una violenza invisibile ai più<sup>93</sup>. Queste sono infatti – come già si scriveva *supra* – tipiche "esperienze umane totali" di persone che vengono così annichilite, colpendo e deprivando – di risulta – anche chi crede di essere al riparo: perché – come ricordava Simone de Beauvoir – «la presenza nel mondo implica... il porsi di un corpo che sia contemporaneamente una cosa del mondo e un punto di vista sul mondo»<sup>94</sup>. Il "mondo" può dunque arricchirsi e completarsi solo muovendo e proteggendo il modo d'essere (anche corporeo) di ciascuno: purtroppo molti, nello stesso mondo, sono tuttora sordi a questo richiamo.

92 Emblematico quanto pronunciato di recente dalla Corte costituzionale tedesca, la quale ha dichiarato l'illegittimità della norma che imponeva la registrazione anagrafica del sesso maschile o femminile anche per le persone che non sentano di appartenere a questa alternativa: cfr. C.M. Reale, *Il binarismo di genere non è costituzionalmente necessario e viola i diritti fondamentali, storica sentenza del Bundesverfassungsgericht*, in *Quad. cost.*, 2018, p. 218 ss. e F. Brunetta D'Usseaux - D. Ferrari, *La condizione intersessuale dalla "normalizzazione" alla dignità? Linee di tendenza dal diritto internazionale alla Corte costituzionale tedesca*, in questa *Rivista*, 2018, n. 2, p. 131 ss. Per una più ampia ricostruzione comparatistica delle variabili sul tema ormai emergenti in numerosi Paesi di cultura occidentale si rinvia a quest'ultimo scritto nonché a G. Cerrina Feroni, *Intersessualismo: nuove frontiere*, cit., p. 311 ss.

93 G. De Luna, *Il corpo del nemico ucciso*, Torino, Einaudi, 2006, p. 6.

94 S. De Beauvoir, *Il secondo sesso*, Milano, Il Saggiatore, 2002 (1949), p. 36.

Maria Giulia Bernardini\*

## (In)visibili? La vulnerabilità alla violenza di chi non ha l'età

### Sommario

1. Diritto, violenza, invisibilità: una prospettiva *critica*. - 2. "Non ho (ancora o più) l'età"? Il soggetto (socialmente) dominante. - 3. Le persone minori e anziane: il controverso rapporto con il parametro giuridico. - 4. Violenza e vulnerabilità in relazione all'età: molti "vuoti" e pochi "pieni".

### Abstract

All'interno della riflessione giuridica, il tema della violenza ha un rilievo cruciale. In particolare, la letteratura critica ha messo in luce il carattere *strutturale* assunto da tale fenomeno nei confronti di determinati soggetti e gruppi (spesso indicati come "vulnerabili"), ponendo in rilievo come la questione, prima ancora che il piano giuridico, riguardi quello socio-culturale, poiché è in tale sede che la violenza riceve una sua prima legittimazione. Nei suoi sviluppi più recenti, l'attenzione teorica e giurisprudenziale si è concentrata sulla *condizione* di particolare vulnerabilità in cui versano taluni soggetti e sui processi esogeni della sua creazione che si traducono nella violazione dei diritti fondamentali. In tale prospettiva, la violenza può dunque essere considerata una forma di "vulnerabilità patogena". Assumendo questo quadro teorico-concettuale di sfondo, l'Autrice riflette sul nesso che lega (in)visibilità, vulnerabilità e violenza, nella specifica declinazione che esso assume in riferimento alle persone minori ed anziane (ossia in relazione al fattore "età").

*In the legal debate, violence has a significant importance. Critical literature, in particular, has highlighted the structural character assumed by this phenomenon with regard to certain subjects and groups (often referred to as "vulnerable"), highlighting how the issue, even before the legal field concerns the socio-cultural one, since there it receives its first legitimation. In its most recent developments, the theoretical and jurisprudential attention has focused on the condition of particular vulnerability in which certain subjects find themselves and on the exogenous processes of its creation which result in the violation of their fundamental rights. In this perspective, violence can therefore be considered a form of "pathogenic vulnerability". Assuming this theoretical-conceptual background, the Author reflects on the link among (in)visibility, vulnerability and violence, in the specific declination that it assumes in reference to children and elderly people (i.e. in relation to "age").*

*You don't see something  
until you have the right metaphor to let you perceive it.*

Robert S. Shaw

\* Assegnista di ricerca in Filosofia del Diritto, Università degli Studi di Ferrara.  
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

## 1. Diritto, violenza, invisibilità: una prospettiva critica

Il rapporto tra diritto e violenza è notoriamente ambivalente, quando non contraddittorio: se da un lato una delle funzioni precipue del diritto è proprio quella di evitare il compimento di atti violenti – intesi in primo luogo, seppur non esclusivamente, come uso arbitrario della forza – da parte dei consociati, d'altro canto il suo carattere autoritativo ha indotto taluni a ritenere che la violenza possa essere considerata parte del diritto stesso, o almeno di talune sue manifestazioni, quali ad esempio le tecniche (repressive) di risoluzione dei disagi sociali<sup>1</sup>. In questa prospettiva, il diritto (*rectius*, alcuni suoi settori, primo fra tutti quello penale) sarebbe violento in quanto produce conseguenze violente su taluni soggetti e corpi<sup>2</sup> e in ragione del fatto che, di norma, si disinteressa degli effetti prodotti. In un'ottica critica, diviene allora necessario cercare di contrastare tali effetti.

Più in generale, il tema della violenza assume un rilievo cruciale all'interno della riflessione giuridica, in ragione del fatto che esso «ancora permane intriso di confusioni teoriche e pratiche, che nascono dalla sovrapposizione irrisolta tra i temi della forza e della violenza nella loro collocazione nella sfera pubblica e privata»<sup>3</sup>. Si tratta, come è noto, di ambiti che solo una lettura ormai *anacronistica* (o, si potrebbe azzardare, *ideologica*<sup>4</sup>) permette di leggere in termini dicotomici o di netta separazione. Invero, ormai da tempo, oltre ad avere individuato la natura *politica* dei confini tra pubblico e privato<sup>5</sup>, la riflessione (filosofico-)giuridica (peraltro, non unicamente quella ascrivibile al novero delle teorie critiche) ha messo in rilievo la *continuità* delle due sfere, sì da richiamare l'attenzione sulla necessità di riconoscere la rilevanza rivestita dalle relazioni di potere all'interno tanto della sfera pubblica, quanto di quella privata. In quest'ottica, vengono in rilievo le asimmetrie di potere esistenti tra soggetti (di norma, in quanto riconducibili a specifici gruppi sociali), e la violenza può essere interpretata come una tra le modalità di esercizio del potere stesso, finalizzata al mantenimento di una relazione gerarchica tra i soggetti<sup>6</sup>. Emergono così almeno due questioni fondamentali, tra loro strettamente interconnesse, relative alla specificità dei soggetti e dei corpi coinvolti all'interno delle dinamiche di potere, e che si riflettono anche sulla visibilità di questo fenomeno: si tratta, in altri termini, di comprendere chi occupi la posizione di sovra-ordinazione e chi quella di soggezione.

Al riguardo, è possibile registrare alcune costanti: incarnando l'Altro<sup>7</sup>, donne, minori, persone disabili, anziane, di etnia diversa da quella occidentale, non stanziali, non cristiane o con identità di genere non riconducibili al paradigma eterosessuale si trovano infatti assai più di frequente ad occupare il secondo polo della relazione, sicché finiscono per subire l'esercizio del potere da parte di chi sia di volta in volta identificato come soggetto "dominante". Ed è un potere che, per l'appunto, non di rado viene esercitato in modo violento, tanto che può considerarsi "violenza" ogni forma di abuso di potere e controllo estrinsecantesi in un sopruso fisico, sessuale, psicologico, economico.

Non è un caso, dunque, che la letteratura critica sul tema della violenza sia già molto ricca, e che da tempo abbia messo in luce il carattere *strutturale* assunto da tale fenomeno nei confronti di determinati

- 1 Per un primo inquadramento di alcune rilevanti questioni, a partire dall'approfondimento del pensiero di Walter Benjamin, cfr. C. Menke, *Law and Violence*, in *Law & Literature*, 2010, 22, 1, pp. 1 ss.; in un'ottica filosofico-politica, si veda inoltre V. Fabbrizi, *On law, power and violence: from Christoph Menke to Hannah Arendt. A critical analysis*, in *Philosophy kitchen*, 2017, 4, pp. 22 ss. e A. Catania, G. Preterossi (a cura di), *Forme della violenza, violenza della forma*, Napoli, ESI, 2007. Il convincimento in oggetto è diffuso nell'ambito dell'approccio critico al diritto, relativamente al quale rimando almeno al classico G. Minda, *Postmodern legal movements. Law and jurisprudence at century's end*, New York, New York University, 1995, nonché ai più recenti B. Bix, *Jurisprudence: theory and context*, London, Sweet & Maxwell, 1996 ed E. Christodoulidis, R. Dukes, M. Goldoni (eds.), *Research handbook on critical legal theory*, Glasgow, Edward Elgar Publishing, 2019; cfr. anche M.G. Bernardini, O. Giolo (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pisa, Pacini, 2017.
- 2 O. Giolo, *Oltre la critica. Appunti per una contemporanea teoria femminista del diritto*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2015, 15, 2, pp. 63 ss., p. 76.
- 3 *Ivi*, p. 73.
- 4 Questa, ad esempio, l'impostazione del pensiero neoliberale; tra i contributi più recenti sul punto, segnalo O. Giolo, *Il diritto neoliberale*, Napoli, Iovene, 2020.
- 5 Cfr. almeno J. Tronto, *Moral boundaries: a political argument for an ethics of care*, New York, Routledge, 1993.
- 6 Con le parole di Hannah Arendt: «[f]enomenologicamente è vicina alla forza individuale, dato che gli strumenti della violenza, come tutti gli altri strumenti, sono creati e usati allo scopo di moltiplicare la forza naturale finché, nell'ultimo stadio del loro sviluppo, possono prendere il suo posto» (H. Arendt, *Sulla violenza*, Parma, Guanda, 1996 [1969], p. 41).
- 7 La letteratura sul tema dell'alterità e su quella che può essere considerata – parafrasando G.A. Stella, *Stella, negri, froci, giudei & co.: l'eterna guerra contro l'altro*, Milano, Rizzoli, 2009 – una "eterna guerra contro l'altro", praticata ricorrendo alla violenza in ogni sua manifestazione, è notoriamente fluviale, sicché non è possibile darne conto in questa sede.



soggetti e gruppi (sovente indicati come “vulnerabili”)<sup>8</sup>, ponendo altresì in rilievo come la questione, prima ancora che il piano giuridico – o oltretutto il piano giuridico – riguardi quello socio-culturale, poiché è in tale sede che la violenza riceve una sua prima legittimazione<sup>9</sup>.

Ai fini del riconoscimento (che chiaramente costituisce la precondizione per l’individuazione di efficaci strumenti di contrasto) dei casi di violenza, la messa in questione della distinzione tra pubblico e privato assume peraltro un’importanza peculiare. La presenza di uno spazio chiuso, sottratto allo sguardo delle istituzioni – che, nonostante le criticità cui si accennava in apertura, mantengono comunque il ruolo di tutela dei diritti – favorisce infatti l’insorgenza e la perpetuazione delle dinamiche violente e, celandole, rende più difficile intervenire<sup>10</sup>. Per questo motivo, la sinergia tra attori pubblici e privati diviene fondamentale per individuare i fattori sistemici della violenza e contrastarli.

Non è un caso, allora, che ormai da qualche tempo lo studio delle relazioni tra (in)visibilità, vulnerabilità e violenza abbia acquisito un’importanza crescente – seppur in gran parte ancora settoriale – all’interno della riflessione (filosofico-)giuridica.

La significatività di un tema che pone rilevanti questioni socio-culturali oltretutto giuridiche e l’inadeguatezza non solo degli strumenti normativi di prevenzione e contrasto di cui attualmente disponiamo, ma sovente perfino delle stesse categorie concettuali di cui ancora facciamo uso per cogliere la vastità e complessità di queste interazioni, hanno infatti portato un numero sempre maggiore di studiosi e studiosi a richiamare l’attenzione sull’urgenza di affrontare in modo sistematico le sfide poste da tale oggetto di indagine. Purtroppo, di norma quest’ultimo diviene infatti *visibile* secondo una logica ancora “emergenziale”, a causa della particolare efferatezza di alcuni casi di cronaca, o perché sul piano pubblico è resa nota la vastità della loro diffusione, magari in occasione di “giornate” specificamente dedicate. Sovra-esposizione (perlopiù mediatica) e invisibilità si intrecciano, dunque, senza riuscire a restituire appieno il carattere *strutturale* assunto dal fenomeno della violenza.

L’invisibilità di quest’ultimo, generata e al contempo favorita dalla carenza di dati al riguardo<sup>11</sup> e dal fatto che atti di violenza siano perpetrati perlopiù all’interno di spazi chiusi, rimanda così anche all’invisibilità dei soggetti nei cui confronti gli atti di violenza sono praticati.

In quest’ottica, l’invisibilità può allora essere interpretata come una forma acuta di discriminazione<sup>12</sup>, che si caratterizza per una esclusione di tipo strutturale e si nutre degli stereotipi socialmente diffusi. Tra essi, figura anche il “marchio” della vulnerabilità al quale si è fatto cenno in precedenza, inteso nella sua accezione “classica”, ossia quale attributo di un soggetto (il “soggetto vulnerabile”) che non corrisponde all’immagine del Soggetto (“forte”, o senza altra connotazione), in quanto manchevole di una o più caratteristiche che sono proprie di quest’ultimo.

Non a caso, di recente il termine “vulnerabilità” è stato oggetto di un’importante opera di ri-semantizzazione, diretta ad affrancarlo dai connotati essenzialisti, passivizzanti e stigmatizzanti che a lungo

8 In particolare, ove esercitata su donne e minori. All’interno di una bibliografia assai ricca, nell’ambito della letteratura italiana cfr. almeno i recenti L. Re, E. Rigo, M. Virgilio (a cura di), *Le violenze maschili contro le donne*, numero monografico della *Rivista Studi sulla questione criminale*, 2019, 1-2; B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), *La violenza di genere dal Codice rosso al Codice Rocco. Un itinerario di riflessione plurale attraverso la complessità del fenomeno*, Torino, Giappichelli, 2020.

9 Ad esempio, le norme di genere che veicolano un concetto stereotipato di mascolinità, dove quest’ultima è associata alla dominanza maschile, favoriscono l’adozione di atteggiamenti violenti all’interno della cerchia familiare, che si traduce in primo luogo nel compimento di atti di violenza nei confronti della partner e di maltrattamenti nei confronti delle persone minori.

10 Ciò non toglie, invero, che la violenza possa essere agita anche sui “confini”: si pensi a fenomeni quali il *trafficking* e ai processi migratori, in particolare a quelli intrapresi dalle persone minori straniere non accompagnate.

11 Si tratta, a onor del vero, di dati dei quali è difficile venire in possesso, proprio per la peculiarità del tema e la comprensibile difficoltà delle vittime a rendere “visibile” la propria esperienza. Almeno in Italia, la maggior parte dei dati disponibili è relativa alla violenza di genere, ma negli anni non sono mancati tentativi di raccogliere dati in relazione ad altri soggetti. Ad esempio, nel giugno di quest’anno l’ISTAT ha proseguito nel solco di precedenti studi effettuando un’indagine conoscitiva di approfondimento relativa al tema della violenza tra persone minori e a danni di bambine/i e adolescenti, presentando evidenze empiriche in tema di *stalking* con vittime minori e di reati a sfondo sessuale a danno di minori, al fine di supportare i lavori della Commissione parlamentare per l’infanzia e l’adolescenza (Istat, *Indagine conoscitiva sulle forme di violenza tra i minori e ai danni di bambini e adolescenti*, giugno 2020). Parimenti, l’elevato numero di morti registrato all’interno delle strutture residenziali e semi-residenziali durante il *lockdown* ha rivelato la necessità di acquisire un maggior numero di dati in relazione alla condizione di coloro che vi sono ospitati, sollecitando a porre attenzione a questioni che in genere hanno costituito oggetto di confronti pubblici in modo episodico, a causa del compimento, al loro interno, di atti di violenza quali – tra gli altri – percosse, contenzione o abbandono.

12 H. Honneth, A. Margalit, *Recognition*, Proceedings of the Aristotelian Society, 2001, Supplementary Volume 75, pp. 111 ss.

l'hanno contraddistinto<sup>13</sup>, e che all'interno del discorso giuridico sembrano ancora diffusi, laddove nei confronti dei (soli) soggetti vulnerabili non solo si ammette, ma è finanche richiesta l'adozione di un approccio paternalistico e di protezione da parte di istituzioni che, in tal modo, si rivelano *responsive*<sup>14</sup>. Negli ultimi anni, in particolare, la riflessione critica sulla vulnerabilità ha permesso di fare emergere i rischi connessi all'operare della *presunzione* concernente il fatto che *taluni* soggetti (perlopiù appartenenti a gruppi storicamente discriminati, esclusi e/o oppressi) siano vulnerabili e, in quanto tali, vadano protetti<sup>15</sup>.

Tra questi, il mancato o non pieno riconoscimento dell'*agency* individuale (dunque, dei diritti di autodeterminazione ed autonomia) assume certamente un'importanza peculiare, soprattutto ove si traduca nella mancanza di riconoscimento della capacità (giuridica e/o d'agire) del soggetto<sup>16</sup>. L'ascrizione al novero dei "soggetti vulnerabili" è infatti suscettibile di produrre, nei fatti, una cesura tra il Soggetto (non vulnerabile), nei confronti del quale l'ordinamento liberale ha il preciso compito di tenere un atteggiamento anti-paternalista, e quelli vulnerabili, che invece sembrano *richiedere* l'adozione di un simile approccio, appunto in ragione della propria intrinseca vulnerabilità, e in tal modo finiscono per risultare titolari di una soggettività "affievolita". Inoltre, l'adozione di una concezione essenzialista di vulnerabilità porta anche a nascondere il rapporto sussistente tra vulnerabilità e potere «o ancor meglio tra vulnerabilità e soggezione, che rende la vulnerabilità intrinsecamente connessa ai rapporti di dominio e alla nozione di violenza»<sup>17</sup>.

Nei suoi sviluppi più recenti, il tentativo di superare gli inconvenienti cui dà origine l'impiego della concezione di vulnerabilità in oggetto ha portato a concentrare l'attenzione teorica e giurisprudenziale sulla *condizione* di vulnerabilità in cui versano taluni soggetti, nonché sui *processi di creazione* della vulnerabilità (c.d. vulnerabilità patogena) – che si concretano nella "vulnerazione" dei diritti fondamentali – oltretutto sui *luoghi* che favoriscono, ammantandole del velo dell'invisibilità, l'instaurazione di queste dinamiche. È dunque in questa prospettiva che mi muoverò per riflettere sul nesso tra (in)visibilità, vulnerabilità e violenza, nella specifica declinazione che esso assume in relazione all'età. Di norma, minori e anziani sono infatti considerati (gruppi di) "soggetti vulnerabili"<sup>18</sup> e, pur nella difficoltà di fare emergere dati a riguardo, le cronache narrano di numerosi casi violenza perpetrati nei loro confronti. Prima svolgere alcune considerazioni su tali aspetti, può essere utile riflettere brevemente sulla instabilità della categoria "età" e su quale sia l'età del soggetto-parametro dominante.

13 Tale riscatto è avvenuto a partire dal "vulnerability turn", sul quale cfr. L. Burgourgue-Larsen, *La vulnérabilité saisie par la philosophie, le sociologie et le droit. De la nécessité d'un dialogue interdisciplinaire*, in Ead. (sous le direction de), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014, pp. 237 ss. Negli ultimi anni, il dibattito in oggetto è stato caratterizzato da un vivace fermento; senza alcuna pretesa di esaustività, all'interno dell'ampia letteratura internazionale si veda M. Fineman, *The Vulnerable Subject and the Responsive State*, in *Emory Law Journal*, 60, 2010, pp. 151-275, C. MacKenzie, W. Rogers, S. Dodds (eds.), *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, New York, 2014. Nella riflessione italiana, cfr. B. Pastore, O. Giolo (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma, Carocci, 2018 e A. Furia, S. Zullo (a cura di), *La vulnerabilità come metodo*, Roma, Carocci, 2020.

14 Emblematico, al riguardo, il noto testo R.E. Goodin, *Protecting the vulnerable: a reanalysis of our social responsibilities*, Chicago, University of Chicago Press, 1985.

15 Si tratta peraltro di rischi che di norma vengono acuiti dal fatto che, in relazione a quelli che vengono individuati come "soggetti vulnerabili", sovente si fa ricorso a parole come "vulnerabilità", "debolezza" e "fragilità" quasi esse fossero sinonimi, mentre tali non sono: alla vulnerabilità pertiene infatti una dimensione relazionale (si è vulnerabili in relazione a qualcosa o qualcuno) che invece sembra assente qualora ci si riferisca alla debolezza e alla fragilità.

16 A mio avviso, la tematizzazione della relazione tra vulnerabilità (ontologica) e capacità costituisce la linea di studio più interessante del dibattito sul tema, e forse una delle poche che appaiono idonee a produrre conseguenze giuridicamente apprezzabili, a partire dal ripensamento della soggettività giuridica e, appunto, della nozione di capacità. Tra la letteratura più recente in tema di soggettività giuridica (con particolare attenzione al soggetto di diritto privato e al profilo di costituzionalizzazione della persona), si veda ad esempio F. Bilotta, F. Raimondi (a cura di), *Il Soggetto di diritto. Storia ed evoluzione di un concetto nel diritto privato*, Napoli, Jovene, 2020.

17 S. Zullo, *Lo spazio sociale della vulnerabilità tra pretese di giustizia e pretese di diritto. Alcune considerazioni critiche*, *Politica del diritto*, 2016, 3, pp. 475-508, p. 479; F. Pizzolato, *Il governo politico del potere economico nella dimensione Costituzionale*, in Id. (a cura di), *Libertà e potere nei rapporti economici. Profili giuspubblicistici*, pp. 47-76, Milano, Giuffrè, 2010, in particolare pp. 61 ss.

18 Anche se non sarà oggetto di analisi in questo contributo, è opportuno sottolineare come, soprattutto a seguito delle crisi economiche che influiscono in modo significativo sulla precarizzazione lavorativa, anche i giovani siano considerati con sempre maggiore frequenza "soggetti vulnerabili".

## 2. “Non ho (ancora o più) l’età”? Il soggetto (socialmente) dominante

Sin dall’epoca antica, la vita degli esseri umani è stata convenzionalmente suddivisa in stadi legati all’età: se ne *La retorica* Aristotele ne individuava tre (gioventù, maturità e vecchiaia)<sup>19</sup>, verso la fine del Seicento, con la scomparsa delle grandi epidemie, il decremento del tasso di mortalità infantile favorì l’enucleazione di un’ulteriore fase, l’infanzia, che nel corso dei secoli ha acquisito una sempre maggiore autonomia rispetto alla gioventù. Né, invero, il processo di moltiplicazione e specificazione degli stadi che precedono la maturità (ossia l’età adulta) pare potersi circoscrivere unicamente a tali fasi, come emerge chiaramente se solo si prende in considerazione l’adolescenza, ossia quel periodo di transizione tra l’infanzia e l’età adulta che precede la gioventù<sup>20</sup>.

Lo stesso processo si registra, invero, in relazione allo stadio dell’età cronologicamente successivo alla maturità. Il progressivo allungamento della vita media che si è verificato negli ultimi decenni, causa dell’aumento dell’aspettativa di vita e del noto fenomeno dell’invecchiamento della popolazione mondiale, ha infatti portato ad individuare vari “tipi” di vecchiaia, anch’essi riconducibili in primo luogo ad una suddivisione per stadi<sup>21</sup>. Non a caso, sempre più di frequente si è soliti fare riferimento non alla vecchiaia come categoria unitaria e unificante, bensì ad una “terza” e ad una “quarta” età o, in alternativa, gli individui vengono ascritti alla categoria dei “giovani anziani”, degli “anziani” o dei “grandi anziani”<sup>22</sup>.

Questa tendenza definitoria e classificatoria, quasi ossessiva nella sua opera di moltiplicazione degli stadi (e degli stati) esistenziali, finisce dunque per ingenerare una significativa confusione in relazione alla *age identity* dell’individuo, sia perché quest’ultima appare irriducibile al mero dato anagrafico (ad esempio, il solo riferimento all’età di una persona nulla dice in relazione alla sua condizione psicofisica), sia perché mutano continuamente le categorie identitarie nelle quali taluno può decidere di *riconoscersi* e alle quali sovente si ricorre per *riconoscerlo*, influendo sulla visibilità della sua soggettività. Nelle relazioni intersoggettive, del resto, l’età costituisce un criterio di giudizio primario<sup>23</sup>, che viene impiegato per categorizzare le persone e di norma assurge a base giustificativa di considerazioni legate alla capacità di un soggetto e alla sua adeguatezza a rivestire un determinato ruolo sociale. Tuttavia, questa operazione non è affatto semplice, per una pluralità di ragioni.

In primo luogo, non potendosi opporre ad un processo di invecchiamento che, nonostante i progressi raggiunti dalla tecnica, presenta ancora un carattere universale, in relazione all’età le persone cambiano la loro appartenenza categoriale *in modo involontario* nel corso del tempo, sicché diventa ancora più arduo stabilire a quale categoria possa meglio essere ricondotta la condizione esistenziale di ciascuno. Inoltre, la *soglia* di passaggio tra i vari stadi è una variabile fortemente dipendente dalla cultura e dal contesto, sicché la valutazione dell’età di un individuo – in particolare, ove diretta ad attestarne la gioventù o la vecchiaia, e dunque a stabilire l’*adeguatezza* della sua età – di norma dipende dalle finalità perseguite (a partire da quelle lavorative). Pertanto, non è infrequente che le riflessioni relative all’età spesso mettano in rilievo dei “non ancora” e dei “non più”, ossia dei “troppo” che rivelano l’eccezione rispetto alla norma, l’inadeguatezza di chi non abbia la *giusta età*, la sua mancata corrispondenza rispetto ad un parametro di riferimento che certamente è presente, ancorché non esplicitato e del quale, in un’ottica critica, è possibile individuare l’antropologia sottesa.

Tra i suoi connotati, ai fini che qui interessano è sufficiente mettere in rilievo proprio l’età: il soggetto-parametro è l’individuo adulto (maschio), la cui personalità è già formata, e dunque è più completa

19 Aristotele, *Rhetorica*, II, 12-14, 1388 b-1390 b, trad. it. di M. Donati, Retorica, Milano, Mondadori, 1966.

20 Più ampiamente, cfr. R. Bodei, *Generazioni. Età della vita, età delle cose*, Roma-Bari, Laterza, 2015.

21 Un altro criterio classificatorio può essere quello relativo all’autonomia: si pensi alla differenza tra *healthy aging* e non-auto-sufficienza, sul quale cfr. brevemente *infra*.

22 Pur consapevole che vecchiaia e anzianità non sono sinonimi e che, anzi, coloro che hanno riflettuto specificamente su tale condizione esistenziale hanno esplicitamente rifiutato ogni riferimento all’anzianità considerando quest’ultima un prodotto dell’ideologia neoliberale (a tal proposito, si vedano Simone de Beauvoir e Norberto Bobbio), per semplicità in questa sede mi avvarrò di entrambi i termini, senza con ciò aderire all’impostazione neoliberale che vede l’esaltazione del (solo) soggetto anziano *healthy* e consumatore. L’analisi di tale critica esula dunque dall’oggetto del presente lavoro. Sul punto, più ampiamente, cfr. S. de Beauvoir, *La terza età* (1970), Torino, Einaudi, 2002, e N. Bobbio, *De senectute e altri scritti autobiografici*, Torino, Einaudi, 1996. Si noti, inoltre, che l’allungamento dell’aspettativa di vita risente in modo significativo anche della variabile geografica: ad esempio, se nel 2017 la speranza di vita nell’Unione europea era di 83,5 anni per le donne e di 78,3 anni per gli uomini, in Africa era 61 anni per gli uomini e 64 per le donne. Pertanto, quando ci riferiamo al rapido invecchiamento della popolazione, di norma intendiamo il contesto occidentale.

23 Cfr. A. Mucchi Faina, *Troppo giovani, troppo vecchi. Il pregiudizio sull’età*, Laterza, Roma-Bari 2013, p. 4.

e socializzata. Si tratta di un soggetto razionale, ritenuto in grado di coniugare energia e competenza, nonché – fattore decisivo ai fini del riconoscimento della piena soggettività – di contribuire attivamente al sistema produttivo<sup>24</sup>. Tale capacità gli permette, peraltro, di raggiungere più facilmente una posizione apicale all'interno della società, sì da favorire l'instaurazione di una relazione asimmetrica tra chi presenta le caratteristiche appena individuate e chi, difettando di una o più di esse, non è (considerato) in grado di soddisfare i requisiti richiesti dal parametro di riferimento, ad esempio perché si ritiene non abbia ancora una personalità completamente formata, o perché non è (ancora o più) in grado di cooperare al benessere sociale attraverso lo svolgimento di un'attività produttiva.

A livello socio-culturale, gli effetti di questo sistema di potere sono molteplici; tra essi, assume particolare rilievo l'impatto prodotto dalla "mancanza" di volta in volta rilevante sulla soggettività di chi si trovi nella condizione di soggezione, cui in precedenza ho fatto riferimento parlando di "soggettività affievolita", e che è stato efficacemente messo in rilievo dalla giurista statunitense Catharine MacKinnon quando, in relazione al carattere sessuato del soggetto-parametro, si poneva il celebre interrogativo: «are women human?»<sup>25</sup>.

Il dubbio (chiaramente retorico) relativo alla piena umanità delle donne – e, estendendo il pensiero di MacKinnon, dei vari soggetti non paradigmatici – deriva dal fatto che la presenza del soggetto-parametro porta a riconoscere i tratti distintivi della "piena umanità" unicamente a chi ne incarna le caratteristiche. Ed è appunto la presenza di tale sistema di potere che impedisce di rispondere in modo compiutamente affermativo alla domanda posta da MacKinnon sulla (piena) umanità, declinata chiaramente in riferimento all'età.

La questione, invero, è complessa, a causa della compresenza di immagini confliggenti legate tanto alla minore età, quanto alla vecchiaia; i due percorsi, peraltro, non viaggiano perfettamente in parallelo. Per quanto riguarda i/le minori<sup>26</sup>, senza spingersi agli estremi del fenomeno dei c.d. "feral children", basti pensare a come gli studi condotti nell'ambito delle scienze psicologiche e sociali abbiano rivelato che è ancora diffusa un'immagine stereotipata delle bambine e dei bambini, secondo la quale tali individui sarebbero carenti degli attributi pienamente umani che si acquisiscono con la socializzazione, ossia linguaggio, socievolezza, intelligenza<sup>27</sup>. Specularmente, anche gli stereotipi relativi alla vecchiaia socialmente più diffusi inducono ancora a ritenere che il crescente deterioramento delle capacità cognitive e relazionali dovuto alla senescenza – capacità considerate fondamentali per il riconoscimento dell'umanità – incida *inevitabilmente* sulla lucidità della persona anziana<sup>28</sup>, rendendola manipolabile, e ingeneri in essa un regresso all'età infantile, così favorendo la perdita dei caratteri di piena umanità (in tal modo, dunque, al "non ancora" relativo alla persona minore si sostituisce il "non più" che contraddistingue quella anziana)<sup>29</sup>.

24 Questa, ad esempio, è notoriamente l'antropologia politica assunta da John Rawls come base della sua teoria della giustizia. Cfr. J. Rawls, *Una teoria della giustizia* (1971), Milano, Feltrinelli, 2008.

25 C. MacKinnon, *Are Women Human? And Other International Dialogues*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2006.

26 Come già in relazione alla dialettica anzianità/vecchiaia, per semplicità espositiva nel prosieguo del lavoro farò (anche) uso dell'espressione "minori". Giova però osservare che questo sostantivo contiene già in sé un richiamo ad un parametro di riferimento, rivelando così la mancata corrispondenza e l'inferiorità: minore rispetto a chi? Inoltre, mentre questo termine qualifica i soggetti al di sotto dei diciotto anni nell'ordinamento italiano, esso di norma non compare nei testi delle convenzioni internazionali.

27 Cfr. S. Loughnan, N. Haslam, *Animals and Androids: Implicit Associations Between Social Categories and Nonhumans*, in *Psychological Sciences*, 2008, 18, pp. 116-121.

28 Non si tratta di contestare il fatto che la senescenza *possa* comportare il declino di talune capacità, ma la fondatezza delle presunzioni che vi rinvengano un carattere di necessità.

29 Cfr. A. Mucchi Faina, *op. cit.*, p. 17. Ancora negli anni Settanta del Novecento, Simone de Beauvoir si chiedeva infatti «i vecchi sono degli esseri umani?» e a rispondere che «a giudicare dal modo con cui sono trattati nella nostra società, è lecito dubitarne. Per questa società, essi non hanno le stesse esigenze e gli stessi diritti degli altri membri della collettività: a loro si rifiuta anche il minimo necessario. Gli anziani vengono deliberatamente condannati alla miseria, ai tuguri, alle malattie, alla disperazione» (S. de Beauvoir, *La terza età* cit.). Se le parole della filosofa francese sembravano già di perdurante attualità prima della pandemia, la "strage degli anziani" avvenuta nei mesi scorsi all'interno delle residenze socio-assistenziali di tutto il mondo non fa che confermare l'importanza di sollevare questi interrogativi, al fine di predisporre strategie dirette al miglioramento delle condizioni di vita di tali individui, che passano necessariamente anche per il riconoscimento della loro piena soggettività.



### 3. Le persone minori e anziane: il controverso rapporto con il parametro giuridico

Orbene, questo mancato (adeguato) riconoscimento ha interessato anche la sfera giuridica, al cui interno, in modo non dissimile da quanto accade nel più ampio contesto sociale, il Soggetto paradigmatico è notoriamente costituito dall'uomo adulto.

Se anche l'età costituisce uno degli elementi in relazione ai quali le fonti normative prevedono sovente un divieto di discriminazione<sup>30</sup>, tuttavia in questo contesto la *visibilità* della condizione esistenziale delle persone minori e di quelle anziane appare sensibilmente diversa.

Innanzitutto, nel primo caso il diritto stabilisce esplicitamente un'età di passaggio tra status (la fissazione della maggiore età). Al contrario, esso tace nel secondo: una volta raggiunta l'adulthood, l'età rileva infatti al più come requisito per ottenere determinati benefici, ma dal punto di vista giuridico il suo progredire non comporta alcun cambiamento di status.

Inoltre, anche l'evoluzione dei dibattiti relativi alle rappresentazioni delle soggettività delle persone minori e anziane, che si riverberano sull'esplicito riconoscimento del loro "diritto ad avere diritti" (nonché sui tipi di diritti di cui sono riconosciuti titolari) non è la medesima.

Per quanto concerne le persone minori, storicamente si è assistito ad un percorso che ha portato, almeno formalmente, al compiuto superamento dell'idea di una loro non-soggettività, che in realtà era diffusa all'interno della sfera giuridica anche fino a tempi relativamente recenti. Lo testimonia, ad esempio, la vicenda di Mary Ellen Wilson, che alla fine dell'Ottocento riuscì ad ottenere tutela dagli abusi perpetrati dalla famiglia affidataria unicamente perché un noto attivista dell'epoca, Henry Bergh, contribuì a rendere nota la sua storia facendo appello alla normativa allora esistente a tutela dei diritti – non dei bambini, nonostante in quegli anni iniziassero già ad essere adottate le prime legislazioni sul tema, ma – degli animali<sup>31</sup>. Ancora oggi, del resto, la diffusione di prassi come quella dello sfruttamento e del lavoro minorile, nonché di fenomeni come – tra gli altri – la tratta delle persone minori, matrimoni precoci (c.d. "spose bambine"), o forme più o meno mascherate di "schiavitù"<sup>32</sup>, ripropongono il tema del mancato riconoscimento della piena soggettività di tali individui, in particolare ove declinato secondo una prospettiva di genere.

A ben vedere, tuttavia, in questi casi il problema attiene in primo luogo al profilo dell'effettività dei diritti fondamentali e umani, non a quello della loro titolarità, che pare oggi godere di consenso diffuso, almeno a seguito dell'entrata in vigore della *Convenzione Onu sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza* (CRC), ultima tappa internazionale del processo culturale che ha portato all'esplicito riconoscimento della titolarità dei diritti umani in capo alle e ai minori e ha favorito l'affermazione di una visione complessa della loro soggettività<sup>33</sup>. All'interno della CRC si cerca infatti di coniugare il riconoscimento della

30 Si tratta di un divieto che non è sempre esplicito. Ad esempio, nell'art. 3 della Costituzione italiana non è possibile individuare un esplicito divieto di discriminazione in ragione dell'età, che andrà dunque presa in considerazione attraverso la clausola "ogni altra condizione". All'interno della Carta costituzionale, del resto, l'età viene più volte in rilievo in riferimento alle persone minori, non a quelle anziane (per un primo inquadramento, cfr. P. Passaglia, *I minori nel diritto costituzionale*, 2010, in *Persona e danno* [https://www.personaedanno.it/dA/bef1e1aada/allegato/AA\\_019215\\_resource1\\_orig.pdf](https://www.personaedanno.it/dA/bef1e1aada/allegato/AA_019215_resource1_orig.pdf)). Al contrario, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sussiste uno specifico divieto di discriminazione in ragione dell'età (art. 21), e sono prese in considerazione sia la soggettività delle persone minori (art. 24), sia quella delle persone anziane (art. 25).

31 Tra i contributi che legano le rappresentazioni culturali dell'infanzia e i diritti dei bambini, con riferimento alla letteratura italiana e senza alcuna pretesa di esaustività si rimanda almeno a I. Fanlo Cortes, *Bambini e diritti. Una relazione problematica*, Torino, Giappichelli, 2008; M. Lalatta Costerbosa, *Il bambino come nemico. L'eccezione humboldtiana*, Roma, DeriveApprodi, 2019; P. Ronfani, *I diritti del minore. Cultura giuridica e rappresentazioni sociali*, Milano, Guerini Scientifica, 1995, nonché il più recente *I diritti dei bambini: vecchie e nuove questioni*, in *Sociologia del diritto*, 2013, 2, pp. 107-130. Infine, per un *excursus* storico e interdisciplinare che fa specifico riferimento violenza nei confronti delle e dei minori, cfr. M. Polo, *Le violenze contro i minori: cause e conseguenze*, in *Psychofenia*, 2017, 35-36, pp. 185-208.

32 Anche se il focus è più ampio rispetto a quello della condizione del/la minore, un'interessante indagine relativa alle forme di schiavitù antiche e contemporanee, interpretate come processi di de-umanizzazione, cfr. M. Simonazzi, Th. Casadei (a cura di), *Nuove e antiche forme di schiavitù*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018. Un focus specifico sulle persone minori vittime di tratta e sfruttamento in Italia è quello di Save the Children, nel Rapporto 2018 dal titolo *Piccoli schiavi invisibili*.

33 Ad esempio, nel preambolo della Convenzione de l'Aja del 29 maggio 1993 in materia di adozione internazionale, il riferimento è alle persone minori come persone e soggetti di diritti, in grado di compiere autonomamente le proprie scelte.

capacità<sup>34</sup> delle persone minori (cfr., in particolare, il diritto all'ascolto di cui all'art. 12<sup>35</sup>) con la speciale protezione dovuta in ragione della specifica vulnerabilità, e di affrancare altresì tali soggetti dall'associazione esclusiva allo *status filiationis*<sup>36</sup>.

Al contrario, il dibattito relativo al riconoscimento della soggettività delle persone anziane appare maggiormente "polarizzato", tanto che anche il confronto relativo all'opportunità che le Nazioni Unite adottino una specifica convenzione a tutela dei loro diritti sembra essersi arenato<sup>37</sup>, principalmente a causa della difficoltà di individuare i "confini" del gruppo in questione e di ravvisare al suo interno una qualche omogeneità.

In particolare, osta al raggiungimento del consenso necessario all'elaborazione di una convenzione specificamente dedicata al riconoscimento dei diritti umani l'incapacità di considerare in modo unitario (ossia, appunto, come facenti parte di un unico "gruppo") coloro che sono interessati da un processo di "invecchiamento attivo" e coloro i quali, al contrario, si trovano in una condizione di non autosufficienza. Mentre nel primo caso è ormai un dato acquisito come lo scopo del diritto e delle istituzioni sia quello di promuovere al massimo grado l'autonomia delle persone<sup>38</sup>, nel secondo si incontrano maggiori resistenze culturali in relazione al riconoscimento dei diritti su un piano di eguaglianza, soprattutto per quanto concerne i diritti di autonomia e – ancora una volta – la presunzione relativa alla capacità degli individui. Ciò è tanto più vero, peraltro, ove la soggettività dei cui diritti si discute sia quella delle persone che sono ospiti di strutture di *long term care*<sup>39</sup>. Al riguardo, è certamente opportuno segnalare come, anche a seguito dell'approvazione della *Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità*, sia in atto un generale processo culturale di rivalutazione della capacità in senso universale, recepito anche da attenta giurisprudenza, che sta portando al riconoscimento della soggettività e dei diritti di autonomia

- 
- 34 Si pensi alla valorizzazione della capacità di discernimento e della capacità negoziale delle persone minori, come parte di un più ampio processo teso a riconoscere a tali soggetti un ruolo attivo nel caso in cui debba essere presa una decisione che li riguarda.
- 35 Di norma, il diritto all'ascolto è inteso come manifestazione del diritto alla libertà di espressione e di quello di *agency*. Si tratta di una previsione che assume un'importanza fondamentale, laddove per il suo tramite chi è minore è esplicitamente riconosciuto quale soggetto di diritto ed attore sociale, dunque titolare del "diritto ai diritti".
- 36 In relazione ai profili summenzionati, cfr. in particolare artt. 31-40 CRC; la violenza è definita all'art. 19 CRC. Con specifico riferimento all'ordinamento italiano, è stato osservato che solo con l'entrata in vigore del d. lgs. 154/2013 ha avuto luogo la ri-concettualizzazione teorica della soggettività giuridica della persona minore, attraverso l'affrancamento dalla sua qualificazione esclusivamente come membro dello *status filiationis* (S. Vantin, *Ordine sociale, gerarchie familiari e soggetti di diritto nella società globale. I diritti dei minori e la sfida del pluralismo*, in *Jura Gentium*, 2015, <https://www.juragentium.org/forum/infanzia/it/vantin.html>). Più ampiamente, cfr. l'analisi di L. Fadiga, *Da figlio a bambino: il fanciullo come persona titolare di diritti*, in *Jura Gentium*, 2015, <https://www.juragentium.org/forum/infanzia/it/fadiga.html>. Non sono tuttavia certa che, in relazione allo specifico tema della violenza, l'affrancamento dallo *status filiationis* possa dirsi definitivamente compiuto: assai spesso, infatti, il riferimento è alle donne e ai/alle minori, il che suggerisce – sembra – a considerare la relazione tra madri e figli (le une e gli altri, vittime di violenza), anziché le distinte soggettività.
- 37 Diversamente, dal 2015 è in vigore la Convenzione inter-americana sui diritti delle persone anziane. Per un'introduzione, cfr. F. Seatzu, *Sulla convenzione dell'organizzazione degli stati americani sui diritti delle persone anziane*, in *Anuario Español de derecho internacional*, 2015, 31, pp. 349-366.
- 38 Tale valorizzazione è considerata funzionale anche alla prevenzione di abusi e maltrattamenti. Tra i documenti più rilevanti, elaborati principalmente dalla piattaforma AGE, cfr. la *Carta europea dei diritti e delle responsabilità degli anziani bisognosi di assistenza e di cure a lungo termine*, [https://www.age-platform.eu/sites/default/files/EU%20Charter%20-%20Accompanying%20Guide\\_IT.pdf](https://www.age-platform.eu/sites/default/files/EU%20Charter%20-%20Accompanying%20Guide_IT.pdf)
- 39 A questo proposito, va dato conto del fatto che un'importante opera di monitoraggio e di tutela dei diritti fondamentali è compiuta dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute e private della libertà personale, al fine di evitare che tali strutture possano configurarsi come moderne "istituzioni totali" e che sia rispettata la loro libertà di scelta. Sembra allora necessario riflettere in modo più approfondito sulla "libera condizione" di tali soggetti, nonché sui requisiti formali e sostanziali in cui essi formano la loro volontà, e sul relativo ruolo svolto dal diritto. Su tali aspetti, cfr. almeno il recente A. Facchi, O. Giolo, *Libera scelta e libera condizione. Un punto di vista femminista su libertà e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2020; per alcune riflessioni introduttive sulle questioni più significative poste dalla declinazione del tema della libertà all'interno delle strutture di *long term care*, cfr. M.G. Bernardini, *Luoghi di "cura", libertà, diritti. Riflessioni minime su segregazione e istituzionalizzazione nella società contemporanea*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2019, 49, 2, pp. 417-432.

degli individui di norma considerati più “vulnerabili”<sup>40</sup>, in un’ottica convergente con quella espressa da Stefano Rodotà attraverso il ricorso al concetto di «autonomia presidiata»<sup>41</sup>.

Significative novità si registrano peraltro anche all’interno delle narrazioni, ancora diffuse all’interno della sfera giuridica, che fanno riferimento alle persone minori ed anziane considerandole “soggetti vulnerabili”, e che l’ordinamento è tenuto a proteggere in ragione della loro particolare condizione<sup>42</sup>. Anche in questo contesto, infatti, si può individuare una tendenza crescente ad affrancare il termine “vulnerabilità” da una concezione “passivizzante” della soggettività, laddove sempre più di frequente più che (o, talvolta, oltretché) alla vulnerabilità intrinseca il riferimento è alla *condizione* di speciale o particolare vulnerabilità<sup>43</sup>. In quest’ottica, l’attenzione è posta ai processi esogeni di creazione della vulnerabilità (che si traducono anche nella violazione dei diritti fondamentali), nonché ai luoghi in cui tali accadimenti si verificano<sup>44</sup>. Poiché ciò si riscontra anche analizzando i dibattiti ed i documenti normativi in cui viene affrontato lo specifico tema della violenza, quest’ultima può allora essere considerata una forma di vulnerabilità patogena e, come tale giustificare alcune considerazioni sull’articolazione del nesso esistente tra quest’ultima, l’(in)visibilità delle persone minori ed anziane e la loro condizione di vulnerabilità.

#### 4. Violenza e vulnerabilità in relazione all’età: molti “vuoti” e pochi “pieni”

L’emergenza pandemica, soprattutto nei primi mesi di *lockdown*, ha purtroppo richiamato l’attenzione pubblica su un tema in realtà già noto, che tuttavia si è aggravato nei mesi appena trascorsi: si tratta del “vuoto” relativo all’assenza di adeguata consapevolezza concernente la relazione tra violenza, invisibilità ed un’età che, a causa del suo “troppo”, non può essere considerata come paradigmatica e, come tale, viene legata alla vulnerabilità<sup>45</sup>. Il fenomeno, chiaramente, è complesso, per le diverse *forme*

40 All’interno della CRPD, infatti, l’art. 12 riconosce la capacità (giuridica e d’agire) universale e l’art. 19 il diritto alla vita autonoma e indipendente. Soprattutto con riferimento alla disabilità, cfr. anche M.G. Bernardini, *L’ambigua capacità. Riflessioni minime sulla rinnovata attualità di un dibattito e primi tentativi di chiarificazione concettuale*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2020, 1, pp. 43-62. Per quanto concerne l’ordinamento italiano, una significativa pronuncia giurisprudenziale che va nel senso della rivalutazione della soggettività capace è l’ordinanza n. 4709/2018 della Corte di Cassazione; per un commento, cfr. M. Di Masi, *Ads, “gap” cognitivi e senilità: la Cassazione presidia l’autodeterminazione degli autosufficienti*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2018, 2, pp. 307-319.

41 S. Rodotà, *La vita e le regole*, Milano, Feltrinelli, p. 22.

42 Proprio ricorrendo al paradigma della vulnerabilità, Jonathan Herring sfida la concezione dominante, in base alla quale bambine e bambini non possono avere gli stessi diritti degli adulti in ragione della loro “speciale vulnerabilità”, mettendo in discussione la presunzione di competenza relativa agli adulti. Cfr. J. Herring, *Vulnerability, childhood and the law*, Dordrecht, Springer, 2018.

43 Ad esempio, nel caso delle persone minori, la legge 47/2017 reca disposizioni in materia di misure di protezione degli individui minori stranieri non accompagnati, motivando la specifica cura all’art. 1, comma 2 «in ragione della loro condizione di maggiore vulnerabilità». In questo caso, il rischio della categorizzazione sembra remoto, perché la vulnerabilità è individuata in considerazione di un fattore relazionale, ossia la mancanza di accompagnamento. Si noti, inoltre, che sul piano internazionale il Comitato per i diritti del fanciullo ha abbandonato il riferimento a “gruppi vulnerabili di bambini”, a favore dell’espressione “bambini in situazioni vulnerabili”, proprio per dare enfasi alla situazione relazionale in cui si trova il minore; per una disamina più articolata e il riferimento ai documenti rilevanti, cfr. F. Ippolito, *Vulnerability as an emergent principle in international law of human rights?*, in *Ars interpretandi*, 2019, 2, pp. 63-93.

44 Con specifico riguardo alla tutela processuale penale (nonché all’inadeguatezza del sistema processuale italiano in relazione alle persone minori), si sofferma su tale mutamento di prospettiva F. Trapella, *La tutela del vulnerabile. Regole europee, prassi devianti, possibili rimedi*, in *Archivio Penale*, 2019, 3, pp. 1 ss.

45 Anche se non si pone specifica attenzione alla violenza, approfondisce alcune rilevanti questioni che afferiscono alla relazione tra condizioni di vulnerabilità e pandemia V. Lorubio, *La considerazione delle persone vulnerabili tra forti proclami internazionali e deboli risposte interne, durante la prima fase di vigenza delle misure di contrasto al Covid-19*, in *DPCE online*, 2020, 2, pp. 2615-2641.

in cui esso può estrinsecarsi<sup>46</sup>, la pluralità dei *soggetti* che possono realizzare le relative condotte (attive o omissive)<sup>47</sup>, nonché in ragione differenti *luoghi* (fisici o virtuali) in cui queste ultime si concretizzano.

Chiaramente, il “vuoto” concerne in primo luogo l’assenza di dati: *si sa*, in un modo in realtà impreciso e con stime che sicuramente peccano per difetto a causa della difficoltà di effettuare rilevazioni ufficiali del fenomeno, che sono aumentati i casi di violenza (fisica e *online*) e che l’invisibilità di tali accadimenti è stata favorita dal confinamento generalizzato. Il “vuoto”, inoltre, riguarda anche la tutela offerta dall’ordinamento: alla già strutturale difficoltà di prevenire e contrastare il fenomeno in oggetto (derivante principalmente da ragioni culturali che pongono un problema di *conoscenza* e di *consapevolezza* anche tra gli stessi soggetti che partecipano alle dinamiche violente e tra gli operatori), da difficoltà relative all’emersione del “sommerso”, da difficoltà di “messa in rete”<sup>48</sup> e dallo strutturale sotto-finanziamento del settore, si sono aggiunte infatti altre criticità. Tra queste, l’interruzione dei servizi di prevenzione e contrasto della violenza, che è stata registrata in modo pressoché generalizzato durante la pandemia e ha certamente esacerbato la condizione di vulnerabilità sia delle persone minori, sia di quelle anziane<sup>49</sup>.

Al riguardo, giova osservare come – almeno fino alla pandemia – l’invisibilità non sembri avere riguardato allo stesso modo le condizioni esistenziali delle persone minori e di quelle anziane. In relazione alle prime, nonostante molto resti ancora da fare soprattutto per quanto concerne l’aspetto della prevenzione, va infatti riconosciuta l’importante opera dell’associazionismo di settore – e, su impulso “dal basso”, anche delle istituzioni e degli organismi internazionali e nazionali<sup>50</sup> – in relazione alla raccolta dei dati, alla diffusione della consapevolezza sull’esistenza del fenomeno, nonché all’individuazione di strumenti (anche normativi) che consentano di *prevenire* oltretutto (o prima che) di contrastare le molteplici forme di violenza<sup>51</sup>. È opportuno segnalare come, in tali casi, sempre più spesso sia opportunamente posta un’attenzione speciale al genere: l’intersezione tra genere e minore età espone infatti maggiormente al rischio di subire una violenza di natura sessuale<sup>52</sup>, e amplifica altresì in modo significativo la portata dell’oppressione, dell’esclusione e della discriminazione sofferte<sup>53</sup>. Alla luce di quanto

- 
- 46 Si pensi, tra le altre, alla violenza psicologica, sessuale, fisica, economica, o all’abbandono. Se non mi sembra che queste forme di violenza colpiscano unicamente le persone minori o quelle anziane, altre paiono commesse principalmente nei confronti delle/i minori, come la violenza assistita.
- 47 Si tratta, come è noto, di familiari, *care-givers* professionali o non professionali e, soprattutto nel caso delle persone minori, di “pari” (anche nel caso della violenza “tra pari”, tra l’altro, la variabile di genere assume un rilievo significativo, in quanto le modalità stesse in cui è esercitata la violenza sono differenti; prevale, in particolare, quella psicologica).
- 48 A titolo di esempio, basti pensare che per ragioni di *privacy* i sistemi informativi della sanità, delle forze dell’ordine e dei servizi sociali non sono collegati, sicché risulta ancora più arduo individuare i casi di violenza.
- 49 Per quanto riguarda le persone minori, l’attenzione alla violenza è stata specifica: cfr. il documento dell’UNICEF, *Protecting children from violence in the time of COVID-19*, agosto 2020. In relazione alle persone anziane, il tema della violenza è invece venuto in rilievo all’interno di un contesto più ampio, testo a porre attenzione sulla titolarità, in capo a questi soggetti, dei diritti umani, nonché a rimarcare la perdurante presenza della discriminazione strutturale nota come “ageismo”; cfr. almeno il Policy Brief delle Nazioni Unite *The impact of Covid-19 on older people*, maggio 2020.
- 50 *Ex multis*, cfr. almeno UN Committee on the Rights of the Child, General Comment n. 13, *The right of the child to freedom from all forms of violence*, 18 aprile 2011; il recente Autorità garante per l’infanzia e l’adolescenza, *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza: conquiste e prospettive a trent’anni dall’adozione*, Roma 2019 (sulla violenza, si veda in particolare il contributo di A. Leandro, C. Zonile, *La tutela da ogni forma di violenza*, pp. 258-272).
- 51 Si noti come, a seguito degli scandali mediatici recentemente occorsi (tra essi, il c.d. “caso Bibbiano”), nell’ordinamento italiano si sia ulteriormente diffusa la consapevolezza relativa alla necessità di intervenire sul sistema della difesa dei diritti delle persone minori, al fine di innalzare il grado di tutela. A questo processo va altresì ascritto il dibattito relativo alla riforma dell’art. 403 c.c. in materia di intervento della pubblica autorità a favore dei minori, oggetto di una (controversa) proposta di legge risalente al 2017 (atto Camera 4299), di recente sollecitata – appunto a seguito del “caso Bibbiano” – anche dall’Autorità Garante Nazionale per l’infanzia e l’adolescenza.
- 52 Al contrario, l’appartenenza di genere non sembra incidere in modo significativo sulla probabilità di essere vittime di violenza “in generale”: se i bambini sono un po’ più a rischio di subire punizioni corporali, la disparità di genere penalizza invece fortemente le bambine nel caso di violenze sessuali. Per un approfondimento della situazione italiana e globale, cfr. almeno il dossier *Terre des Hommes* (a cura di), *La condizione delle bambine e delle ragazze nel mondo 2019*, nonché E. Bernacchi, A. Fabris, M. Zelano, *Studio multi-paese sui drivers della violenza all’infanzia. Rapporto Italia*, Istituto degli Innocenti, Firenze, 2016.
- 53 Come è noto, questo accade laddove i soggetti nei cui confronti vengono agiti atti violenti o discriminatori sono portatori di molteplici identità discriminate ed oppresse (c.d. “intersezionalità”). La riflessione in tema di intersezionalità, notoriamente inaugurata da Kimberlé Crenshaw, vanta una diffusione sempre maggiore anche all’interno del contesto italiano; cfr., in particolare, B. Bello, *Intersezionalità. Teorie e pratiche tra diritto e società*, Milano, Franco Angeli 2020. S un particolare tipo di violenza intersezionale, in cui rilevano età, genere e disabilità, cfr. M.G. Bernardini, *Giustizia vs diritto? A proposito dei diritti delle*



osservato, e nonostante in pratica il fenomeno della violenza sulle e tra le persone minori costituisca purtroppo ancora un sommerso, non sembra dunque che si possa parlare di una completa invisibilità del fenomeno.

Al contrario, non pare che lo stesso possa dirsi in relazione alle persone anziane, per le quali la pandemia ha dunque funzionato in modo ancor più significativo come catalizzatore di attenzione pubblica, principalmente a causa dello scandalo delle RSA che ha portato alla “strage silenziosa” di un’intera generazione. Anche se è un fenomeno tutt’altro che nuovo, la violenza nei confronti di questi individui è infatti divenuta oggetto di analisi rigorose solo in tempi molto recenti, principalmente nell’ambito degli studi relativi alla salute pubblica e in quelli di rilevanza penalistica; si ritiene infatti che gli studi sul tema scontino un ritardo di almeno vent’anni rispetto a quelli che hanno ad oggetto la violenza su donne e minori<sup>54</sup>.

Si comprende allora meglio come alla tendenziale invisibilità del tema si accompagni la consapevolezza relativa al fatto che si tratta di una questione che pone rilevanti sfide in tema di tutela dei diritti umani, anche in ragione del processo di invecchiamento globale<sup>55</sup>. Si pensi, ad esempio, che le stime ufficiali più recenti cui fa riferimento la letteratura relativa al fenomeno sono sostanzialmente quelle pubblicate nel 2011 dalla WHO, che ne ha fornito anche la pressoché unica definizione, ponendo l’accento – oltre che sulle forme più conosciute di violenza – anche sull’incuria, sull’abbandono e sulle gravi forme di perdita di dignità e di rispetto sovente esperite da tali individui<sup>56</sup>. Tali violazioni si verificano, in particolare, all’interno del contesto familiare e delle strutture residenziali e semi-residenziali (le strutture di *long term care*), che non a caso di recente sono state definite «manicomi nascosti»<sup>57</sup>, sì da richiamare l’attenzione sul fatto che quelle pratiche che venivano compiute all’interno delle istituzioni manicomiali e che, soprattutto nel periodo basagliano, in Italia suscitavano tanto scandalo perché apertamente lesive dei diritti umani – prima fra tutte, la contenzione – continuano ad essere praticate ancora oggi. Come è facile intuire, si tratta di violazioni dei diritti che risentono in modo significativo di una connotazione di genere, a causa dell’interazione tra l’ageismo e il sessismo, che rendono la violenza agita nei confronti delle donne anziane ancor più facilmente invisibile, in ragione dell’ostilità culturale a considerarle non solo come soggetti, ma anche come sessuati<sup>58</sup>.

Ancora una volta, allora, emergono i diversi “vuoti” che contribuiscono all’invisibilità di tali fenomeni: attingono alla consapevolezza socio-culturale della loro esistenza, nonché alla piano della tutela, che si estrinseca primariamente nell’incapacità di agire sul piano della prevenzione<sup>59</sup>.

In quest’ottica, può accogliersi con favore il fatto che attualmente sia all’esame delle Camere un disegno di legge che mira a prevenire e contrastare le condotte di maltrattamento e di abuso a danno delle persone minori e anziane all’interno delle strutture pubbliche e private<sup>60</sup>. Ed è fondamentale, al fine di garantire una tutela effettiva, che significative risorse siano investite sul piano di una formazione che non sia diretta unicamente a far acquisire consapevolezza in relazione alle varie forme di violenza che possono essere agite (elemento comunque fondamentale nell’ottica della prevenzione e del contrasto),

donne con disabilità in E. Urso (a cura di), *Leggi, diritto, giustizia ed etica: un dialogo tra storia e presente*, Libellula University Press, Lecce-Tricase 2019, a cui mi permetto di rinviare per un tema spesso ancora “invisibile” nel dibattito pubblico.

54 Per un approfondimento di questi aspetti, cfr. J.E. Storey, *Risk factors for elder abuse and neglect: A review of the literature*, in *Aggression and violent behavior*, 2020, 50, pp. 1-13.

55 Cfr. almeno WHO, *World report on ageing and health*, Geneva, 2015.

56 Sul punto, e per ulteriori approfondimenti, cfr. anche <https://apps.who.int/violence-info/elder-abuse/>

57 G. Merlo, C. Tarantino (a cura di), *La segregazione delle persone con disabilità: i manicomi nascosti in Italia*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2018. Il riferimento esclusivo alla disabilità contenuto nel titolo non deve ingannare: al compimento del sessantacinquesimo anno di età, le persone con disabilità “spariscono”, per divenire persone anziane non autosufficienti.

58 In relazione alle strutture residenziali e semi-residenziali, si pone anche un elemento quantitativo: le donne anziane costituiscono circa il 75% delle persone ospitate. I contributi scientifici sul tema della violenza nei confronti delle donne anziane sono decisamente esigui; tra le significative eccezioni, segnalo i due volumi a cura di H. Bows, *Violence against older women*, Palgrave Macmillan, Cham (Sw), 2019.

59 In quest’ottica, è dunque non solo opportuna, ma certamente indispensabile l’azione di monitoraggio posta in essere dall’Autorità Garante per i diritti delle persone detenute o private della libertà personale proprio in riferimento alle strutture socio-sanitarie.

60 Cfr. il disegno di legge pendente davanti alla Prima Commissione permanente del Senato *Misure per prevenire e contrastare condotte di maltrattamento o di abuso, anche di natura psicologica, in danno dei minori nei servizi educativi per l’infanzia e nelle scuole dell’infanzia e delle persone ospitate nelle strutture socio-sanitarie e socio-assistenziali per anziani e persone con disabilità e delega al Governo in materia di formazione del personale*. Il riferimento tanto al settore pubblico, quanto a quello privato pare quanto mai opportuno.

ma anche (e prima ancora) a *vedere* tali persone, *riconoscendole* come titolari dei diritti fondamentali e, dunque, anche del diritto ad essere libere da ogni forma di violenza.

Angelica Bonfanti\*

## Matrimoni forzati, infantili e precoci e tutela dei diritti umani in Europa: considerazioni di diritto internazionale privato

### Sommario

1. Introduzione. - 2. I matrimoni forzati, infantili e precoci alla luce del diritto internazionale. - 3. Le conseguenze civili dei matrimoni forzati, infantili e precoci: le tendenze espresse nelle legislazioni europee. - 4. I matrimoni forzati, infantili e precoci di cittadini stranieri e/o celebrati all'estero, ai sensi delle legislazioni europee di diritto internazionale privato. - 5. Riflessioni conclusive.

### Abstract

Recenti statistiche rivelano che i matrimoni forzati, infantili e precoci sono pratiche molto diffuse a livello mondiale, ed anche in Europa. Il presente articolo si propone di individuare – nella prospettiva del diritto internazionale e, in particolare, del diritto internazionale privato - un approccio giuridico equilibrato, che sappia combattere in maniera efficace questi fenomeni, senza tuttavia esacerbarne, come può avvenire nei casi concreti, gli effetti negativi, proprio in termini di protezione dei diritti delle vittime coinvolte. A questo fine, dopo avere inquadrato le pratiche in esame alla luce del diritto internazionale, con particolare attenzione alla tutela dei diritti fondamentali in Europa, lo scritto dà conto della disciplina vigente negli ordinamenti europei e delle connesse problematiche di diritto internazionale privato.

*According to recent statistics, forced, child and early marriages are very widespread in the world, including in Europe. This article aims at identifying a balanced international and private international legal approach, adequate to effectively combat these practices, without however exacerbating their negative effects in terms of protecting the rights of the victims involved. To this end, after having framed these phenomena in the light of international law, with particular attention to the protection of fundamental rights in Europe, the essay examines the legislations in force in several European States and analyzes the specific private international legal issues.*

\* Professoressa associata di Diritto Internazionale, Università degli Studi di Milano Statale.  
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

## 1. Introduzione

Il matrimonio forzato consiste nella costrizione, attraverso l'impiego di coercizione fisica e psicologica, di un adulto o un minore a sposarsi<sup>1</sup>. Poiché la coazione è spesso realizzata in modo occulto o con modalità ingannevoli, i dati disponibili sulle dimensioni del fenomeno sono limitati, sia a livello nazionale sia su scala globale. Ad ogni buon conto, le statistiche sulla criminalità registrano, ad esempio, tra 700 e 1900 casi in Olanda<sup>2</sup>, più di 3000 casi sospetti in Germania<sup>3</sup>, circa 1500 segnalazioni alla Forced Marriage Unit nel Regno Unito nel 2018<sup>4</sup>, oltre che centinaia di condanne dal 2014 in Albania<sup>5</sup>.

I matrimoni forzati sono spesso assimilati ai matrimoni precoci e infantili, anche se le tre tipologie si riferiscono a fenomeni differenti. Mentre nei matrimoni infantili almeno uno dei coniugi è un bambino - ossia, secondo la definizione contenuta nella Convenzione sui diritti del fanciullo (CRC), un individuo minore di diciotto anni o della maggiore età stabilita dal diritto nazionale<sup>6</sup> - i matrimoni precoci coinvolgono coniugi (uno o entrambi) infra-diciottenni ma, comunque, maggiorenni ai sensi del diritto nazionale, e incapaci di prestare il proprio consenso a causa dell'insufficiente livello di sviluppo fisico, emotivo, sessuale e psicologico. I matrimoni infantili o precoci sono considerati anche forzati, nella misura in cui i coniugi sono incapaci di esprimere il proprio consenso pieno e libero<sup>7</sup>.

Le statistiche rivelano che i matrimoni precoci e infantili sono molto diffusi e riguardano in maniera prevalente, ma tuttavia non esclusiva, minori di sesso femminile<sup>8</sup>. Secondo l'UNFPA, a livello mondiale circa 15 milioni di ragazze ogni anno si sposano prima del diciottesimo compleanno, con percentuali diverse nelle differenti aree geografiche<sup>9</sup>. In Asia, ad esempio, il 45% delle spose non ha compiuto diciotto anni e il 17% è infra-quindicenne, con dati estremamente preoccupanti in Bangladesh (il 52% ha meno di diciotto anni e il 18% meno di quindici) e Yemen (il 9% non ha raggiunto il quindicesimo compleanno)<sup>10</sup>. Nell'Africa sub-sahariana il 39% delle giovani si sposa prima di avere compiuto diciotto anni, con percentuali drammatiche in Niger (il 76% ha meno di diciotto anni e il 28% meno di quindici) e Nigeria (il 43% non ha compiuto diciotto anni e il 17% è infra-quindicenne)<sup>11</sup>. La pratica, comune anche in America Latina e nei Caraibi (dove il 23% delle spose è infra-diciottenne)<sup>12</sup>, si è progressivamente diffusa negli Stati Uniti<sup>13</sup> e in Europa<sup>14</sup>.

Il presente articolo intende esaminare i matrimoni forzati, precoci e infantili dal punto di vista del diritto internazionale, e più specificamente del diritto internazionale privato. A questo fine, dopo avere

- 
- 1 Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, Council of Europe Treaty Series - No. 210, art. 37.
  - 2 Dati disponibili al sito: <https://www.government.nl/topics/forced-marriage/tackling-forced-marriage>.
  - 3 Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Zwangsverheiratung in Deutschland - Anzahl und Analyse von Beratungsfällen, 2011.
  - 4 Dati disponibili al sito: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/882532/Forced\\_Marriage\\_Unit\\_Statistics\\_2018\\_revised\\_final.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/882532/Forced_Marriage_Unit_Statistics_2018_revised_final.pdf).
  - 5 Statistical Yearbook of the Ministry of Justice, richiamato dal GREVIO's (Baseline) Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention), Albania, 24 novembre 2017 (di seguito "GREVIO (Baseline) Evaluation Report, Albania"), par. 143.
  - 6 Convention on the Rights of the Child, 20 novembre 1989 (di seguito: CRC), art. 1.
  - 7 Preventing and eliminating child, early and forced marriage, Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 2 aprile 2014.
  - 8 UNICEF, 115 million boys and men around the world married as children, 6 giugno 2019, reperibile al sito: <https://www.unicef.org/press-releases/115-million-boys-and-men-around-world-married-children-unicef>
  - 9 Consiglio d'Europa (di seguito: COE), Steering Committee for Human Rights (CDDH), Guide to good and promising practices aimed at preventing and combating female genital mutilation and forced marriage, 13 luglio 2017.
  - 10 Dati citati da E. Lowe, N. Kharoufeh, B. McKinley, E. McDonald, P. Alphonse, R. Boustani, M. Milivojevic, R. Ferguson, *The development of global responses to child, early and forced marriages*, HAQ Centre for Child Rights, 2017.
  - 11 *Ibid.*
  - 12 *Ibid.*
  - 13 Si vedano i dati riportati da L. Martin, *Restraining Forced Marriage*, in *Nevada Law Journal*, 2018, pp. 928-929.
  - 14 Si vedano i dati citati da A. Sabbe, M. Temmerman, E. Brems, E. Leye, *Forced marriage: an analysis of legislation and political measures in Europe*, in *Crime, Law, Social Change*, 2014.

inquadrato i fenomeni alla luce del diritto internazionale e, in particolare, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, lo studio dà conto della disciplina vigente negli ordinamenti europei, per poi approfondire, alla luce del diritto internazionale privato, le specifiche problematiche connesse ai matrimoni forzati, infantili e precoci contratti da stranieri o celebrati all'estero.

## 2. I matrimoni forzati, infantili e precoci alla luce del diritto internazionale

La Dichiarazione universale dei diritti umani riconosce che uomini e donne di età adeguata hanno, senza alcuna discriminazione, il diritto di sposarsi e costituire una famiglia, e sono titolari di uguali diritti durante il rapporto matrimoniale e con riguardo al suo scioglimento<sup>15</sup>. Il medesimo orientamento è condiviso dal Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici<sup>16</sup>, dal Patto sui diritti economici, sociali e culturali<sup>17</sup> e dalla Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne, che aggiunge che il fidanzamento e il matrimonio di un minore non hanno effetti giuridici e che gli Stati parte sono tenuti a stabilire un'età minima per contrarre matrimonio, oltre che a renderne obbligatoria la registrazione<sup>18</sup>. Il Comitato sui diritti del fanciullo definisce i matrimoni forzati e precoci una 'pratica dannosa' ('harmful practice') ai sensi dell'articolo 19 della CRC e obbliga gli Stati contraenti a intraprendere le azioni legislative, amministrative e di carattere sociale ed educativo adeguate a proteggere i bambini dal loro avverarsi<sup>19</sup>. A livello regionale, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo riconosce che a partire dall'età minima per contrarre matrimonio, uomini e donne hanno il diritto di sposarsi e fondare una famiglia, nel rispetto degli ordinamenti nazionali<sup>20</sup>, mentre la Convenzione di Istanbul sulla violenza contro le donne e la violenza domestica stabilisce l'obbligo per le Parti di adottare le misure legislative, o di altro tipo, necessarie per criminalizzare i matrimoni forzati e garantire che essi siano nulli o annullabili o possano essere sciolti, senza che ciò determini per le vittime oneri finanziari o amministrativi eccessivi<sup>21</sup>.

Il matrimonio forzato è qualificato dalle Nazioni Unite come una contemporanea forma di schiavitù<sup>22</sup> e può costituire metodo di reclutamento, obiettivo o risultato della tratta di esseri umani. Il fenomeno secondo l'UNODC interessa il 2% del totale delle vittime di tratta. Quando associato alla tratta, esso ricade nell'ambito di applicazione del Protocollo di Palermo alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale<sup>23</sup> e della Convenzione del Consiglio d'Europa del 2005<sup>24</sup>. Ai sensi della definizione prevista dall'articolo 4(a) di quest'ultima, la tratta di esseri umani comprende infatti il trasferimento forzato di persone, con la minaccia o con l'uso della violenza o altre forme di

15 Universal Declaration of Human Rights (di seguito: UDHR), 10 dicembre 1948, art. 16.1. e 16.2.

16 International Covenant on Civil and Political Rights (di seguito: ICCPR), 16 dicembre 1966, art. 23.2 e 23.3.

17 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (di seguito: ICESCR), 16 dicembre 1966, art. 10.1.

18 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (di seguito: CEDAW), 18 dicembre 1979, art. 16.1(b) e (c), e art. 16.2.

19 Committee on the Rights of the Child, General comment No. 13 (2011). The right of the child to freedom from all forms of violence, CRC/C/GC/13, 18 aprile 2011, par. 29.

20 European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 novembre 1950, art. 12.

21 Istanbul Convention Action against Violence against Women and Domestic Violence (di seguito: Convenzione di Istanbul), 11 maggio 2011, art. 32 e 37.

22 Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Abolishing slavery and its contemporary forms*, David Weissbrodt and Anti-Slavery International, HR/PUB/02/4, 2002. Si vedano N. Boschiero, *Il diritto alla giustizia e il dovere di riparazione per le vittime delle contemporanee forme di schiavitù*, in corso di pubblicazione; P. De Sena, *Slaveries and new slaveries: Which role for human dignity?*, in *Questions of International Law*, Zoom-in 64, 2019, p. 7 ss.; S. Scarpa, *Conceptual unclarity, human dignity and contemporary forms of slavery: An appraisal and some proposals*, ivi, p. 19 ss.

23 Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 15 novembre 2000.

24 Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, 3 maggio 2005.



coercizione, il rapimento, l'inganno, l'abuso di autorità o della condizione di vulnerabilità, a fini di sfruttamento, inclusi lo sfruttamento sessuale, il lavoro forzato, la schiavitù o altre pratiche simili<sup>25</sup>.

Qualora compiuti nell'ambito di un attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile, e con la consapevolezza dell'attacco stesso, i matrimoni forzati possono costituire anche violazioni talmente gravi del diritto internazionale da essere qualificate come crimini contro l'umanità. In merito si sono pronunciati il Tribunale Speciale per la Sierra Leone, le Camere Straordinarie delle Corti della Cambogia e la Corte Penale Internazionale. Il primo si è così espresso nella sentenza *Prosecutor v. Brima Bazzy Kamara and Santigie Borbor Kanu* del 2008, con riguardo al fenomeno delle "bush wives" nell'ambito del conflitto in Sierra Leone, ossia delle donne costrette a diventare spose di soldati contro la propria volontà<sup>26</sup>. Le Camere Straordinarie delle Corti della Cambogia hanno raggiunto conclusioni analoghe nel 2018, in un caso riguardante la responsabilità di due comandanti dei Khmer rossi per i trattamenti inumani e degradanti ravvisati nei matrimoni forzati e nelle pratiche di violenza sessuale avvenute nel contesto della politica sociale di crescita demografica, che costringeva le coppie a sposarsi e a riprodursi sotto il controllo e la coercizione delle autorità locali<sup>27</sup>, mentre la Corte Penale Internazionale ha confermato un orientamento analogo nel procedimento nei confronti di Dominic Ongwen, ex comandante nella milizia irregolare ugandese Lord's Resistance Army, accusato, tra gli altri, del crimine di matrimonio forzato, da qualificarsi come crimine contro l'umanità, in quanto atto inumano diretto a provocare intenzionalmente nelle vittime grandi sofferenze o gravi danni all'integrità fisica o alla salute fisica o mentale<sup>28</sup>.

Infine, a livello europeo le pratiche in esame sono state considerate dalla Corte europea dei diritti umani come trattamenti inumani e degradanti, ai sensi dell'art. 3 della Convenzione europea. Premesso che secondo la Corte, come rilevato nella sentenza *Volodina v. Russia*<sup>29</sup>, gli atti di violenza domestica possono assurgere a trattamenti inumani e degradanti e gli Stati che non hanno adeguatamente adempiuto all'obbligo convenzionale di prevenirne o reprimerne il compimento devono essere considerati responsabili della violazione dell'art. 3 della Convenzione, la Corte si è confrontata esplicitamente con il matrimonio forzato nel caso *M. and Others v. Italy and Bulgaria*<sup>30</sup>. Tra i ricorrenti, cittadini bulgari di origine rom, vi era infatti una donna che lamentava di essere stata prima costretta a sposare un cittadino serbo contro il pagamento al padre di una somma di denaro da parte dallo sposo e, poi, maltrattata e costretta a lavorare per il marito. Le autorità italiane avevano ritenuto, tuttavia, di non avviare un procedimento penale, dopo aver ravvisato nel caso di specie le circostanze di un matrimonio tradizionale rom. Secondo la Corte, la mancata esecuzione da parte delle autorità di un'indagine efficace sulle accuse di maltrattamenti qualificabili, in presenza di adeguate prove, appunto, come trattamenti inumani e degradanti, determinava la responsabilità dell'Italia per violazione dell'aspetto procedurale dell'articolo 3 della Convenzione europea. Cionondimeno, nel caso di specie la Corte escludeva che si configurasse anche la violazione sostanziale della disposizione, poiché non erano state adeguatamente provate né l'accusa di lavoro forzato né quella di matrimonio forzato, pur essendo stato dimostrato l'avvenuto pagamento di denaro.

La Corte europea si è occupata dei matrimoni forzati anche nella prospettiva del loro rilievo nell'ambito del riconoscimento dello *status* di rifugiato. Ad esempio, nel caso *R.H. v. Sweden* la ricorrente<sup>31</sup>, una cittadina somala, lamentava che la privazione da parte della Svezia dello *status* di rifugiata l'avrebbe costretta a fare ritorno in Somalia, esponendola al rischio di essere sottoposta a trattamenti inumani e degradanti. La violazione degli obblighi convenzionali di cui all'art. 3 della Convenzione europea si sarebbe configurata, secondo la Corte, non solo per la situazione esistente in Somalia, ma anche a causa delle condizioni personali che avevano indotto la ricorrente a lasciare il Paese, ossia il fatto di essere stata forzata, anche con la violenza fisica, a sposare un uomo scelto dai parenti. La Corte riconosceva che, qualora le circostanze descritte fossero state adeguatamente dimostrate, la Svezia avrebbe dovuto essere

25 In merito si veda C. Ragni, *Article 37*, in corso di pubblicazione.

26 Special Court for Sierra Leone, Appeals Chamber, 22 febbraio 2008, *Prosecutor v. Brima, Kamara, and Kanu*, SCSL-2004-16A, par. 697 ss. e 710 ss. In merito, M. Frulli, *Advancing International Criminal Law: The Special Court for Sierra Leone Recognizes Forced Marriage as a 'New' Crime Against Humanity*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2008, p. 1033.

27 Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, 16 novembre 2018, 002/02.

28 International Criminal Court, Decision on the confirmation of charges del 23 marzo 2016, *Situation in Uganda, Prosecutor v. Ongwen*, ICC-02/04-01/15. Si veda anche International Criminal Court, Decision on the confirmation of charges del 30 settembre 2008, *Situation in the Democratic Republic of the Congo, Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo*, ICC-01/04-01/07.

29 Corte europea dei diritti umani, 9 luglio 2019, *Volodina v. Russia*, 41261/17.

30 Corte europea dei diritti umani, 31 luglio 2012, *M. and Others v. Italy and Bulgaria*, 40020/03.

31 Corte europea dei diritti umani, 10 settembre 2015, *R.H. v. Sweden*, 4601/14.

considerata responsabile per la violazione dell'art. 3 della Convenzione; nel caso di specie, tuttavia, essa concludeva che le prove addotte non erano sufficienti a ritenere l'ipotesi fondata.

Tutto ciò premesso, occorre ricordare che, accanto al divieto di contrarre i matrimoni all'esame del presente studio, la Convenzione europea riconosce diritti individuali la cui tutela potrebbe essere pregiudicata dall'automatico disconoscimento degli effetti civili dei suddetti vincoli. Un caso emblematico concerne, ad esempio, il diritto alla vita privata e familiare, protetto dall'art. 8 della Convenzione, in merito al quale la Corte europea si è espressa nel caso *H. and R.H. v. Switzerland*<sup>32</sup>, che coinvolgeva, in qualità di ricorrenti, una coppia di cittadini afgani che aveva contratto matrimonio in Iran quando la sposa aveva solo quattordici anni, matrimonio invalido, pertanto, ai sensi del diritto applicabile – quello afgano – e contrario all'ordine pubblico dello Stato convenuto in giudizio. La decisione ci interessa al fine di comprendere come la Corte europea valuti i matrimoni infantili, se ritenga che la tutela dei diritti fondamentali convenzionalmente riconosciuti debba sempre condurre al rigetto di queste pratiche e ad escludere l'esistenza di situazioni familiari meritevoli di protezione, o se, al contrario, tali vincoli possano essere presi in considerazione al fine di ritenere comunque instaurate relazioni familiari che meritano di essere tutelate.

Nella sentenza in esame, dopo avere chiarito che l'art. 12 della Convenzione rimette l'identificazione delle regole applicabili al matrimonio alle determinazioni autonome degli ordinamenti degli Stati contraenti, in ragione della delicatezza delle scelte etiche e di carattere sociale sottese, e che, con specifico riferimento ai matrimoni oggetto del presente studio, l'art. 8 non può essere, naturalmente, interpretato nel senso di imporre agli Stati parte l'obbligo di riconoscere matrimoni contratti da coniugi minorenni, la Corte ha concluso che, in conformità con la propria consolidata giurisprudenza, la tutela del diritto alla vita familiare deve essere garantita anche in situazioni *de facto*. Ciò implica che il carattere 'familiare' di una relazione deve essere valutato, oltre che sulla base dell'esistenza di un matrimonio, alla luce degli altri fattori ricorrenti nel caso concreto, tra cui la lunghezza della relazione e la circostanza che la coppia conviva e abbia generato figli.

Quel che più interessa ai fini del presente studio è, come chiarito nell'Opinione separata concorrente alla sentenza del Giudice Nicolaou<sup>33</sup>, che la celebrazione del matrimonio non è, dunque, condizione necessaria per fondare il diritto alla vita familiare e che la contrarietà dell'atto al diritto nazionale e all'ordine pubblico non inficia la relazione familiare al punto da privarla automaticamente della tutela convenzionale. La nozione di 'vita familiare' è infatti ampia, non può essere predefinita e deve essere interpretata in modo autonomo, essendo "the existence or non-existence of "family life" [...] essentially a question of fact depending upon the real existence in practice of close personal ties"<sup>34</sup>. Questo accertamento, nel caso di specie, spingeva il Giudice Nicolaou a concludere, diversamente dalla Corte, che la relazione tra i ricorrenti assurgeva a "vita familiare" ex art. 8 della Convenzione, nonostante la sposa fosse minorenne al tempo della celebrazione e il matrimonio fosse contrario al diritto afgano e svizzero<sup>35</sup>.

### 3. Le conseguenze civili dei matrimoni forzati, infantili e precoci: le tendenze espresse nelle legislazioni europee

Gli ordinamenti europei prevedono, quali requisiti per la validità o l'efficacia dei matrimoni, che i coniugi abbiano espresso il proprio consenso libero e pieno e, generalmente, abbiano un'età non inferiore ai diciotto anni. Le legislazioni europee, inoltre, stabiliscono l'attivazione di specifici rimedi contro i matrimoni forzati, infantili e precoci, finalizzati a far sì che non siano loro attribuiti effetti civili o che ne possano essere privati.

Ciò è, peraltro, in linea con l'articolo 32 della Convenzione di Istanbul, che obbliga gli Stati Parte ad assicurare che i matrimoni forzati siano invalidi o possano essere annullati e sciolti, in quanto forme

32 Corte europea dei diritti umani, *Z.H. and R.H. v. Switzerland*, 60119/12, 8 marzo 2016.

33 Corte europea dei diritti umani, *Z.H. and R.H. v. Switzerland*, Concurring Opinion of Judge Nicolaou, pp. 15-16.

34 *Ibid.*

35 *Ibid.*, 16. Sul tema in generale si rinvia a: F. Pesce, I. Queirolo, *La tutela dei diritti fondamentali: la famiglia tra CEDU e Carta dell'UE*, in L. Carpaneto, F. Pesce, I. Queirolo, *La "famiglia in movimento" nello spazio europeo di libertà e giustizia*, Giappichelli, 2019, p. 85 ss.

di violenza nei confronti delle donne, proibite ai sensi della Convenzione<sup>36</sup>. Indicazioni utili in questa direzione sono fornite dalla risoluzione del Consiglio d'Europa 2233 (2018): tra gli strumenti di diritto civile che la risoluzione raccomanda di adottare per combattere i matrimoni forzati in Europa, sono indicati l'abolizione della differenza di genere in termini di età minima per contrarre matrimonio, la previsione di meccanismi per verificare l'esistenza del consenso da parte di entrambi i coniugi, la registrazione dei matrimoni e l'adozione di strumenti di protezione per i figli nati nell'ambito di matrimoni forzati non registrati, la denuncia, l'invalidità, l'annullamento o lo scioglimento dei matrimoni forzati e la protezione delle vittime, degli informatori e dei testimoni<sup>37</sup>. Indicazioni analoghe provengono anche dal Parlamento Europeo, che, con la propria risoluzione del luglio 2018, indica, tra le misure che gli Stati membri dell'Unione europea e i Paesi terzi dovrebbero adottare per combattere efficacemente i matrimoni oggetto del presente studio, la fissazione dell'età minima per contrarre matrimonio a diciotto anni e la registrazione di matrimoni e nascite<sup>38</sup>.

Tutto ciò premesso, e pur prevedendo, in via generale, il requisito del compimento del diciottesimo anno, molti ordinamenti europei stabiliscono specificazioni di contenuto differente. Ad esempio, ai sensi della legge tedesca, i minori di diciotto anni non possono contrarre matrimonio, ma, mentre il matrimonio celebrato da un soggetto minore di sedici anni è del tutto invalido, quello del minore ultra-sedecenne è annullabile; la relativa azione, tuttavia, non può essere proposta dal minore dopo aver raggiunto la maggiore età, accertata la sua volontà di mantenere in vita il rapporto o qualora ciò sia preferibile nel suo interesse<sup>39</sup>. Secondo la legge francese, invece, entrambi i coniugi devono avere compiuto diciotto anni e il matrimonio contratto da un minore può essere dichiarato nullo entro trent'anni dalla sua celebrazione, su richiesta di chiunque vi abbia interesse e del pubblico ministero<sup>40</sup>; anche per la legge olandese gli individui di età inferiore a diciotto anni non possono sposarsi<sup>41</sup>, mentre per la legge inglese i coniugi minorenni devono essere autorizzati dai genitori<sup>42</sup>.

Infine, anche il codice civile italiano, dopo aver previsto che le persone di età inferiore ai diciotto anni non possono sposarsi, al proprio articolo 84 stabilisce che "il tribunale, su istanza dell'interessato, accertata la sua maturità psico-fisica e la fondatezza delle ragioni addotte, sentito il pubblico ministero, i genitori o il tutore, può con decreto emesso in camera di consiglio ammettere per gravi motivi al matrimonio chi abbia compiuto i sedici anni". Ai sensi dell'art. 117 il matrimonio celebrato in violazione delle regole sull'età minima può essere impugnato dai coniugi, da ciascuno dei genitori e dal pubblico ministero; l'azione di annullamento deve essere tuttavia proposta dal minore non oltre un anno dal raggiungimento della maggiore età, mentre la domanda presentata dal genitore o dal pubblico ministero deve essere respinta qualora il minore abbia raggiunto la maggiore età, vi sia stato concepimento o procreazione e, in ogni caso, sia stata accertata la sua volontà di mantenere in vita il vincolo matrimoniale.

Anche la mancanza di consenso da parte degli sposi a contrarre matrimonio ne pregiudica la validità. Ad esempio, le leggi inglese e francese prevedono per questa ipotesi la nullità dell'atto<sup>43</sup>; quest'ultima legge, più precisamente, stabilisce che l'assoggettamento dei coniugi a coercizione, anche mediante timore reverenziale nei confronti di un ascendente, costituisce una causa di nullità non sanabile del matrimonio, che può essere fatta valere dal coniuge o dal pubblico ministero entro cinque anni dalla celebrazione<sup>44</sup>. Secondo il diritto olandese, in caso di coercizione i matrimoni possono essere annullati su

36 S. De Vido, *Donne, violenza e diritto internazionale. La Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa del 2011*, Mimemis Edizioni, 2016, p. 116; R. McQuigg, *The Istanbul Convention, Domestic Violence and Human Rights*, Routledge, 2017; J. Niemi, L. Peroni, V. Stoyanova (eds.), *International Law and Violence Against Women. Europe and the Istanbul Convention*, Routledge, 2020.

37 COE, Resolution 2233(2018), art. 7.5.

38 Risoluzione del Parlamento europeo del 4 luglio 2018 verso una strategia esterna dell'UE contro i matrimoni precoci e forzati - prossime tappe (2017/2275(INI)), P8\_TA(2018)0292, punto 1.

39 *Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen*, 17 luglio 2017; BGB, art. 1303, 1314 e 1315. In merito, G. De Cristofaro, *La disciplina privatistica delle invalidità matrimoniali e il delitto di "costrizione o induzione al matrimonio" previsto dall'art. 558 bis c.p. (introdotto dall'art. 7 l. 19 luglio 2019, n. 69)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2019, pp. 1330-1331.

40 Code civil, art. 144.

41 Forced Marriages (Prevention) Act (*Wet tegengaan huwelijksdwang*), del 7 ottobre 2015. In merito, G. De Cristofaro, *La disciplina privatistica delle invalidità matrimoniali e il delitto di "costrizione o induzione al matrimonio" previsto dall'art. 558 bis c.p.*, cit., pp. 1333-1334.

42 Matrimonial Causes Act 1973, section 11(a)(ii).

43 Per il Regno Unito: Matrimonial Causes Act 1973, section 12c; per la Francia: Civil Code, art. 180.

44 Code civil, artt. 180 e 181. Si veda G. De Cristofaro, *La disciplina privatistica delle invalidità matrimoniali e il delitto di "costrizione o induzione al matrimonio" previsto dall'art. 558 bis c.p.*, cit., pp. 1325-1326.



richiesta del coniuge o del pubblico ministero, salvo che gli sposi abbiano convissuto continuativamente per almeno tre anni dalla data in cui la coercizione è cessata<sup>45</sup>. Per la legge serba l'istanza di annullamento del matrimonio deve essere presentata entro un anno dalla cessazione della coercizione<sup>46</sup>, così come per il diritto albanese i matrimoni celebrati senza il consenso pieno e libero di uno o di entrambi gli sposi sono nulli, nel rispetto, tuttavia, di alcune condizioni restrittive<sup>47</sup>: la richiesta di annullamento deve essere presentata dal coniuge, il cui consenso non è stato liberamente prestato, entro sei mesi dalla data di cessazione della minaccia e, comunque, non oltre tre anni dalla celebrazione del matrimonio, e il diritto di richiedere l'annullamento si estingue in caso di convivenza coniugale per un tempo superiore a sei mesi dal momento in cui la coercizione è cessata<sup>48</sup>.

Anche per la legge italiana il matrimonio può essere impugnato dal coniuge il cui consenso sia stato "estorto con violenza o determinato da timore di eccezionale gravità derivante da cause esterne allo sposo"<sup>49</sup>. Il consenso al matrimonio è infatti elemento essenziale dell'istituto matrimoniale protetto a livello costituzionale<sup>50</sup>. Ai sensi dell'articolo 122 del codice civile l'azione di annullamento non può essere proposta, tuttavia, se i coniugi hanno coabitato per un anno dopo la cessazione della violenza o delle cause che hanno determinato il timore.

L'ordinamento italiano ha, peraltro, recentemente rafforzato il proprio orientamento di condanna nei confronti dei matrimoni forzati mediante l'introduzione, con la legge n. 69/2019, del reato di costrizione o induzione al matrimonio, di cui all'art. 558 *bis* c.p. Secondo la disposizione è punito penalmente "chiunque, con violenza o minaccia, costringe una persona a contrarre matrimonio o unione civile" o "chiunque, approfittando delle condizioni di vulnerabilità o di inferiorità psichica o di necessità di una persona, con abuso delle relazioni familiari, domestiche, lavorative o dell'autorità derivante dall'affidamento della persona per ragioni di cura, istruzione o educazione, vigilanza o custodia, la induce a contrarre matrimonio o unione civile". La pena è aumentata se i fatti sono commessi ai danni di soggetti minori di diciotto anni, e in misura ulteriore se infra-quattordicenni. Tenuto conto della frequente natura transnazionale della fattispecie, la giurisdizione italiana si estende, infine, anche ai fatti commessi all'estero da cittadini italiani o stranieri residenti in Italia, o ai fatti compiuti ai danni di cittadini italiani o stranieri residenti in Italia<sup>51</sup>.

L'orientamento protettivo dell'ordinamento italiano nei confronti delle vittime di matrimonio forzato emerge, sotto diversa prospettiva, anche nell'ambito del riconoscimento dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria, come attestato da significativa giurisprudenza. Secondo un primo orientamento, infatti, i matrimoni forzati costituiscono grave violazione della dignità e trattamenti degradanti, che comportano un danno grave, rilevante ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria *ex* art. 14 del Decreto legislativo 251/2007<sup>52</sup>. In particolare, il riconoscimento della protezione si giustifica in presenza di "coercizione esercitata mediante minaccia su una persona (donna o uomo) finalizzata a contrarre un matrimonio forzato in base a norme consuetudinarie del Paese d'origine, proveniente anche da soggetti diversi dallo Stato, qualora le autorità pubbliche o le organizzazioni che controllano lo

45 In merito, GREVIO's (Baseline) Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention), Netherlands, 15 novembre 2019, par. 207.

46 Serbian Family Law, art. 216. See GREVIO's (Baseline) Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention), Serbia, 29 novembre 2019, par. 173.

47 Condizioni considerate eccessivamente restrittive dal GREVIO. Si veda: GREVIO's (Baseline) Evaluation Report, cit., Albania, par. 142.

48 *Ibid.*

49 Codice civile, art. 122.

50 Costituzione, art. 29.

51 G. De Cristofaro, *La disciplina privatistica delle invalidità matrimoniali e il delitto di "costrizione o induzione al matrimonio" previsto dall'art. 558 bis c.p.*, cit., p. 1315 ss.; G. Pepè, *I matrimoni forzati presto previsti come reato anche in Italia? Qualche approfondimento sul fenomeno ed un primo commento alla norma volta a contrastarlo, contenuta nel Disegno di Legge "Codice Rosso"*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019.

52 Corte di Cassazione, Sez. VI-1 civile, sentenza del 18 novembre 2013 n. 25873; Tribunale di Venezia, Sez. specializzata in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea, decreto del 7 maggio 2019 n. 3866/2019, RG n. 1166/2018.

Stato, o una sua parte consistente, non possano o non vogliano fornire protezione adeguata<sup>53</sup>. Un altro orientamento ritiene, invece, che il matrimonio forzato sia un atto persecutorio ai danni della donna, in ragione dell'appartenenza di genere, e comporti conseguenze gravi, anche in termini di esclusione dalla famiglia, un'oggettiva discriminazione e l'impossibilità di condurre una vita autonoma<sup>54</sup>. Più precisamente, secondo la Corte di Cassazione, le limitazioni al godimento dei diritti umani fondamentali ai danni di una donna - in ragione, ad esempio nel caso oggetto della sentenza del 2017, del rifiuto di sposare, una volta divenuta vedova, il fratello del marito - "costituiscono atti di persecuzione basati sul genere, ex art. 7 d. lgs. 251/2007, rientranti nel concetto di violenza domestica di cui all'art. 3 della Convenzione di Istanbul dell'11.5.2011 [...e, pertanto, giustificano il riconoscimento dello status di rifugiato ai sensi del citato decreto, poiché] integrano i presupposti della persecuzione ex art. 7 del d.lgs. n. 251 del 2007 anche se posti in essere da autorità non statali, se, come nella specie, le autorità statali non le contrastano o non forniscono protezione, in quanto frutto di regole consuetudinarie locali"<sup>55</sup>.

#### 4. I matrimoni forzati, infantili e precoci di cittadini stranieri e/o celebrati all'estero, ai sensi delle legislazioni europee di diritto internazionale privato

Qualora, come spesso accade, i matrimoni forzati, infantili o precoci coinvolgano cittadini stranieri o siano celebrati all'estero, essi presentano aspetti di diritto internazionale privato - connessi, in particolare, al loro riconoscimento e al riconoscimento degli status coniugali che ne discendono<sup>56</sup> - che meritano di essere esaminati nel contesto del presente studio.

Con riferimento a questi aspetti, la risoluzione 2233(2018) del Consiglio d'Europa invita gli Stati membri ad astenersi "from recognising forced marriages contracted abroad but, where it would be in the victim's best interests, recognise the effects of the marriage insofar as this would enable the victim to secure rights which they could not otherwise claim"<sup>57</sup>. D'altronde, rileva il Comitato direttivo del Consiglio d'Europa, "as the majority of [forced marriage] victims are taken abroad for the marriage, and in the context of migration into Europe, States should have appropriate procedures in place to fairly assess and validate foreign marriages yet protect vulnerable youth"<sup>58</sup>.

Alla luce di queste premesse, ci pare interessante dar conto delle tendenze espresse dalle normative di diritto internazionale privato di differenti Stati europei. Riteniamo che si possano distinguere un approccio più flessibile e uno più rigido. Tra gli ordinamenti che seguono il primo approccio vi è quello italiano. L'articolo 27 della Legge italiana di riforma del diritto internazionale privato<sup>59</sup> stabilisce che la capacità matrimoniale e le altre condizioni per contrarre matrimonio sono regolate dalla legge nazionale

53 Così Corte di Cassazione, Sez. I civile, sentenza del 9 marzo 2020 n. 6573, che richiama Corte di Cassazione, sentenza del 12 dicembre 2016 n. 25463 e Corte di Cassazione, sentenza del 18 novembre 2013 n. 25873.

54 Tribunale di Milano, Sez. specializzata in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea, decreto del 28 gennaio 2019; Corte di Cassazione, Sez. I civile, sentenza del 24 novembre 2017 n. 28152.

55 Così Tribunale di Genova, Sez. XI civile, decreto del 13 luglio 2020 n. 2116/2020, che richiama Corte di Cassazione, Sez. I civile, sentenza del 24 novembre 2017 n. 28152.

56 R. Baratta, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, in *Recueil des Cours*, 2011, 348, p. 413; F. Mosconi, C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale*, v. II, *Statuto personale e diritti reali*, UTET, 2016, p. 86 ss.; F. Marongiu Bonaiuti, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale: strumenti e limiti*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 82; C. Ragni, *Il riconoscimento degli status acquisiti all'estero: diritto internazionale privato, diritto dell'Unione Europea e giurisprudenza delle corti europee*, in A. Cagnazzo, F. Preite (eds.), *Il riconoscimento degli status familiari acquisiti all'estero*, Giuffrè, 2017, p. 1; F. Salerno, *The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law*, in *Recueil des Cours*, 2019, p. 395.

57 COE, Resolution 2233(2018), par. 7.9.

58 COE, Steering Committee for Human Rights (CDDH), Guide to good and promising practices aimed at preventing and combating female genital mutilation and forced marriage, cit.

59 L. 31 maggio 1995, n. 218. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato.

di ciascun nubendo al momento del matrimonio<sup>60</sup>; quanto alla forma, il matrimonio è valido se è considerato tale dalla legge del luogo di celebrazione o dalla legge nazionale di almeno uno dei due coniugi o dalla legge di comune residenza al momento della celebrazione<sup>61</sup>. Queste regole sono completate da due disposizioni del codice civile, che rispettivamente concernono il matrimonio dei cittadini italiani all'estero (articolo 115 c.c.) e quello degli stranieri in Italia (articolo 116 c.c.).

Per quanto riguarda la prima ipotesi, i matrimoni devono rispettare gli stessi requisiti previsti per i matrimoni dei cittadini celebrati in Italia, inclusi il consenso libero e le condizioni minime di età sopra descritte. Secondo la Corte di Cassazione la trascrizione di atti celebrati all'estero nei registri dello stato civile italiano ha natura certificativa<sup>62</sup> e il matrimonio contratto all'estero tra cittadini italiani o tra italiani e stranieri, nelle forme previste dalla legge straniera ma in violazione dei requisiti di cui all'art. 115 del codice civile italiano, è destinato a produrre effetti nel nostro ordinamento fino a quando non sia impugnato da uno dei soggetti legittimati e non sia emessa la pronuncia di nullità<sup>63</sup>. Ad esempio, secondo la Corte di Cassazione - chiamata a pronunciarsi sull'idoneità a produrre effetti civili di un matrimonio poligamico, situazione, dunque, diversa da quella oggetto del presente studio, ma per alcuni versi assimilabile - "in virtù della validità interinale del matrimonio contratto da cittadino italiano all'estero pur secondo una legge che consenta la poligamia e/o il ripudio, ma nel rispetto delle forme ivi stabilite e ricorrendo i requisiti sostanziali di stato e capacità delle persone, non si può disconoscere l'idoneità a produrre effetti nel nostro ordinamento, sino a quando non se ne deduca la nullità e non intervenga una pronuncia sul punto"<sup>64</sup>.

Al fine di comprendere più specificamente la portata delle determinazioni in esame è utile richiamare la Circolare del Ministero dell'Interno n. 25 del 13 ottobre 2011, in materia di trascrivibilità di atti di matrimonio celebrati all'estero in cui manchi la documentazione della volontà coniugale<sup>65</sup>. La Circolare riconosce che "il consenso di entrambi i coniugi costituisce sempre un requisito essenziale, di ordine sostanziale, alla sussistenza di un valido vincolo matrimoniale, in mancanza del quale non è possibile riconoscere il matrimonio per chiara contrarietà all'ordine pubblico"; la trascrizione, tuttavia, non può essere rifiutata nel caso in cui la legge straniera utilizzi forme differenti da quella italiana, purché sussistano i requisiti sostanziali relativi allo stato e alla capacità delle persone previsti dal nostro ordinamento<sup>66</sup>. È pertanto necessario, nelle ipotesi di riconoscimento di matrimoni contratti all'estero tra cittadini italiani o tra un cittadino italiano e uno straniero, che gli ufficiali di stato civile italiani verifichino che nella sostanza il matrimonio sia stato contratto volontariamente da entrambi gli sposi. L'accertamento è problematico quando - come avviene in alcuni Paesi - l'atto di matrimonio si limita ad accertare la sussistenza del vincolo matrimoniale sulla base di dichiarazioni effettuate solo da uno dei coniugi, eventualmente confermate da testimoni, o anche dai soli testimoni, senza riportare esplicitamente il consenso al matrimonio di entrambi gli sposi. La richiesta di trascrizione in Italia di un simile atto deve essere pertanto "accolta quando presentata all'ufficiale dello stato civile da entrambi i coniugi, personalmente o tramite delega che contenga espressa dichiarazione di volontà dei medesimi di procedere alla trascrizione, con ciò implicitamente confermando la sussistenza della volontà di entrambi in relazione al vincolo matrimoniale precedentemente contratto"<sup>67</sup>. Tutto ciò premesso, è ragionevole escludere il ricorrere dell'elemento del consenso, pur nel silenzio della legge italiana, per i matrimoni contratti da cittadini italiani all'estero nelle circostanze valutate come integranti la fattispecie di matrimonio forzato di cui all'art 558-bis del codice penale<sup>68</sup>.

60 G. Carella, *Articolo 27*, in S. Bariatti (a cura di), *Legge 31 maggio 1995, n. 218. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, p. 1165.

61 G. Carella, *Articolo 28*, in S. Bariatti (a cura di), *Legge 31 maggio 1995, n. 218. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, cit., p. 1166.

62 Corte di Cassazione, sentenza del 28 aprile 1990 n. 3599.

63 Corte di Cassazione, sentenza del 13 aprile 2001 n. 5537.

64 Corte di Cassazione, Sez. I, sentenza del 2 marzo 1999 n. 1739. Sul matrimonio poligamico si vedano: G. Carella, *Diritto di famiglia islamico, conflitti di civilizzazione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in G. Carella (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, Giappichelli, 2009, p. 70; C. Campiglio, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, p. 43 ss., spec. p. 58 ss.

65 In merito F. Mosconi, C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 89.

66 Corte di Cassazione, Sez. I, sentenza del 28 aprile 1990 n. 3599.

67 Circolare del Ministero dell'Interno n. 25 del 13 ottobre 2011.

68 Sul tema G. De Cristofaro, *La disciplina privatistica delle invalidità matrimoniali e il delitto di "costrizione o induzione al matrimonio" previsto dall'art. 558 bis c.p.*, cit., p. 1337 ss.

Ai sensi dell'art. 116 del codice civile, per sposarsi in Italia gli stranieri devono invece presentare all'ufficiale di stato civile italiano un nulla osta, rilasciato dall'autorità competente del Paese di nazionalità, che certifichi che, secondo la loro legge nazionale, essi possono contrarre il matrimonio. I futuri sposi devono inoltre rispettare le condizioni richiamate dall'articolo 116 del codice civile, tra cui, ad esempio, la libertà di stato e l'assenza di legami di parentela, affinità e adozione, la mancanza di conformità con le quali influisce sulla validità del matrimonio, indipendentemente dalla legge applicabile, in quanto norme di applicazione necessaria<sup>69</sup>. Tra le disposizioni di cui richiede il rispetto, l'articolo 116, tuttavia, non richiama l'articolo 84 del codice civile: così facendo la disposizione non prescrive esplicitamente che il compimento dei diciotto anni da parte dei coniugi stranieri sia requisito essenziale. Ciò ci conduce a ritenere che possano applicarsi le condizioni, eventualmente diverse, stabilite dalle leggi nazionali dei coniugi, fermo restando il limite di cui all'art. 16 della legge 218/1995, per il quale il diritto straniero non deve essere applicato se produce effetti contrari all'ordine pubblico.

L'ordine pubblico - ossia il complesso dei principi di carattere giuridico, sociale, politico, economico e culturale che connotano l'ordinamento in un dato momento storico e ne definiscono i tratti distintivi<sup>70</sup> - svolge pertanto una funzione cruciale con riguardo a ipotesi di violazione di principi fondamentali in materia di tutela dei diritti individuali, dei diritti dei fanciulli e delle donne, riconosciuti come essenziali dalla comunità internazionale. Esso, dunque, impedisce l'applicazione di leggi straniere che portino a legittimare la celebrazione in Italia di matrimoni forzati, precoci e infantili di stranieri; analogamente, esso assume rilievo nell'ambito del riconoscimento dei matrimoni celebrati all'estero e dei corrispondenti *status* coniugali.

Occorre ricordare che il filtro ha carattere eccezionale e, pertanto, non deve condurre a impedire automaticamente il riconoscimento di matrimoni celebrati nel rispetto di requisiti di età o sulla formazione del consenso, prescritti da leggi straniere, differenti da quelli previsti dalla legge italiana, ma tuttavia adeguati a proteggere i diritti fondamentali dei nubendi. Se, dunque, la valutazione delle circostanze concrete conduce a concludere che non si è verificata, nel caso specifico, una violazione dei diritti fondamentali, il matrimonio celebrato all'estero può essere riconosciuto in Italia<sup>71</sup>. Ciò ricorre, ad esempio, se, nonostante la legge straniera applicata preveda un'età minima per contrarre matrimonio inferiore ai diciotto anni - ma maggiore di sedici -, è dimostrato che il minore si trova comunque in una condizione di sviluppo psicologico e fisico adeguato; oppure qualora sia stato assicurato il rispetto del consenso minimo e responsabile degli sposi, elemento essenziale dell'istituto matrimoniale, nonostante la legge straniera si attesti, ai fini dell'accertamento della sua sussistenza, su di un livello di rigore inferiore rispetto a quella italiana<sup>72</sup>. Al contrario, l'ordine pubblico deve condurre al diniego di riconoscimento per i matrimoni che, non soddisfacendo le predette condizioni, siano considerati forzati, minorili o precoci, ipotesi da ravvisarsi anche qualora ricorrano le circostanze riconducibili alla previsione dell'art. 558 *bis* del codice penale<sup>73</sup>.

L'orientamento, in linea con la citata risoluzione 2233(2018) del Consiglio d'Europa, che, come anticipato, invita gli Stati membri ad astenersi dal riconoscere i matrimoni forzati celebrati all'estero, salvo che ciò sia nell'interesse delle vittime<sup>74</sup>, trova ulteriore conferma nell'approccio espresso, ad esempio, dalla Corte di Cassazione che, chiamata a decidere, già nel 1999, una questione di natura successoria in presenza di matrimonio poligamico, riconosceva il diritto di un figlio e di una moglie di un musulmano poligamo a succedere nei suoi beni lasciati in Italia, sulla base della considerazione per cui "l'accertamento dell'esistenza di un matrimonio valido - o di una filiazione legittima - rappresenta questione preliminare rispetto a quella principale della devoluzione ereditaria e, non implicando un'in-

69 F. Mosconi, C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 95.

70 Corte di Cassazione, Sez. lav., sentenza del 26 novembre 2004 n. 22332; Corte di Cassazione, sentenza del 28 dicembre 2006 n. 27592; Corte di Cassazione, sentenza del 26 aprile 2013 n. 10070; Corte di Cassazione, Sez. I civ., sentenza del 30 settembre 2016 n. 19599; Corte di Cassazione, sentenza del 5 luglio 2017 n. 16601; Corte di Cassazione, Sez. Unite, sentenza del 8 maggio 2019 n. 12193. Sul tema si rinvia a N. Boschiero, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Giappichelli, 1996, p. 225 ss.; O. Feraci, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, 2012, in particolare pp. 5-72; L. Fumagalli, *Articolo 16*, in S. Bariatti (a cura di), *Legge 31 maggio 1995, n. 218. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, cit., p. 1079 ss., e ai riferimenti bibliografici ivi citati.

71 G. Carella, *Articolo 27*, cit., p. 1165. In merito si veda anche Ministero dell'Interno, *Massimario per l'ufficiale di stato civile*, ed. 2012, par. 9.1.1.

72 *Ibid.*

73 Sul tema G. De Cristofaro, *La disciplina privatistica delle invalidità matrimoniali e il delitto di "costrizione o induzione al matrimonio" previsto dall'art. 558 bis c.p.*, cit., p. 1337 ss.

74 COE, *Resolution 2233(2018)*, par. 7.9.



serzione nella *lex fori* delle norme straniere che ammettono la poligamia [...], non pone [...] un problema di compatibilità con l'ordine pubblico"<sup>75</sup>. Queste conclusioni sono tanto più comprensibili se si tiene conto che, nelle ipotesi esaminate, l'ordine pubblico opera con riguardo al riconoscimento di situazioni giuridiche cristallizzate all'estero e generalmente invocate dinanzi al giudice italiano al fine di ottenere l'attribuzione di diritti civili nel nostro ordinamento. Di supporto sono anche le considerazioni svolte in precedenza circa il mancato richiamo dell'età minima tra i requisiti previsti dall'art. 116 del codice civile e la natura dei vizi di validità del matrimonio, sanabili, ai sensi degli articoli 117 e 122, al compimento della maggiore età da parte del coniuge, accertata la sua volontà di mantenere il vincolo in vigore, e all'instaurarsi di rapporti di carattere familiare che vedano la coabitazione dei coniugi o la procreazione o il concepimento di figli.

Questo approccio è anche in linea con le indicazioni della Corte europea dei diritti umani: in un caso che concerneva istituti (diversi da quelli oggetto del presente studio, ma comunque) difforni dall'ordinamento dello Stato convenuto, e potenzialmente incompatibili con il suo ordine pubblico, la Corte ha infatti chiarito che la valutazione della conformità della condotta statale con l'art. 8 della Convenzione europea deve "vérifier si en appliquant ce mécanisme en l'espèce, le juge interne a dûment pris en compte la nécessité de ménager un juste équilibre entre l'intérêt de la collectivité à faire en sorte que ses membres se plient au choix effectué démocratiquement en son sein et l'intérêt des requérants [...] à jouir pleinement de leurs droits au respect de leur vie privée et familiale"<sup>76</sup>; bilanciamento che ci sembra decisivo anche con riguardo alle pratiche in esame.

Venendo agli altri ordinamenti europei, la legge francese prevede che i matrimoni celebrati all'estero debbano conformarsi, per quanto riguarda i requisiti sostanziali, alla legge di nazionalità dei coniugi, ferma restando l'obbligatorietà del consenso di questi ultimi, indipendentemente dalla legge applicabile<sup>77</sup>. Il diritto olandese invece prevede che un matrimonio contratto all'estero da un minore di diciotto anni non possa essere riconosciuto in Olanda, a meno che entrambi i coniugi abbiano raggiunto nel frattempo la maggiore età<sup>78</sup>. Analogamente, la riforma introdotta dalla Svezia nel 2004 ha vietato il riconoscimento dei matrimoni contratti all'estero sia nel caso in cui sia intervenuta coercizione, indipendentemente dall'età dei coniugi e anche in assenza di collegamenti con la Svezia al momento della celebrazione, sia qualora i coniugi, o uno di essi, non avessero ancora compiuto diciotto anni e almeno uno dei due fosse un cittadino svedese o risiedesse abitualmente in Svezia a quel tempo. La norma - applicata tanto rigorosamente da aver condotto, ad esempio, a respingere il riconoscimento di un matrimonio celebrato in Palestina da una residente svedese pochi giorni prima del suo diciottesimo compleanno<sup>79</sup> - è stata rafforzata nel 2018 attraverso l'introduzione del divieto di riconoscere i matrimoni infantili, anche nel caso in cui non vi siano collegamenti tra i coniugi e il territorio svedese<sup>80</sup>.

Infine, la legge tedesca sulla lotta al matrimonio infantile, entrata in vigore nel 2017, adotta un approccio intermedio: da un lato, come anticipato, essa fissa a diciotto anni l'età minima per contrarre matrimonio e invalida i matrimoni celebrati con un coniuge che non abbia compiuto sedici anni; dall'altro, fa salvi i vincoli contratti in uno Stato straniero da sposi infra-sedicenni, in caso di convivenza all'estero della coppia fino al compimento della maggiore età da parte del coniuge minore ai tempi della celebrazione<sup>81</sup>.

75 Corte di Cassazione, Sez. I, sentenza del 2 marzo 1999 n. 1739. In merito C. Campiglio, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, cit., p. 59.

76 Corte europea dei diritti umani, 26 giugno 2014, *Mennesson c. France*, 65192/11, par. 84. In merito, K. Trilha e D. Coester-Waltjen, *Surrogacy issues: Mennesson v. France*, in H. Muir Watt, L. Bíziková, A. Brandão de Oliveira, D. P. Fernández Arroyo (eds.), *Global Private International Law. Adjudication without Frontiers*, Edward Elgar, 2019, p. 464 ss.

77 Fundamental Rights Agency, *Addressing forced marriage in the EU: legal provisions and promising practices*, 2014 (di seguito: FRA), p. 24; Code civil, art. 202-1.

78 Si veda A. Wijffelman, *Child marriage and family reunification: an analysis under the European Convention on Human Rights of the Dutch Forced Marriage Prevention Act*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2017, p. 104.

79 M. Bogdan, *Some critical comments on the new Swedish rules on non-recognition of foreign child marriages*, in *Journal of Private International Law*, 2019, p. 250; M. Jänträ-Jareborg, *Non-Recognition of Child Marriages: Sacrificing the Global for the Local in the Aftermath of the 2015 'Refugee Crisis'*, in G. Douglas, M. Murch, V. Stephens (eds.), *International and National Perspectives on Child and Family Law. Essays in Honour of Nigel Lowe*, Intersentia, 2018, p. 267.

80 Act (2018:1973).

81 Law to Combat Child Marriages (Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen), 17 luglio 2017, BGB I. 1 2017, 2429. Si veda J. von Hein, *Germany: Legal Consequences of the Draft Legislation on Child Marriage*, 2017, disponibile al sito <https://conflictoflaws.net/2017/germany-legal-consequences-of-the-draft-legislation-on-child-marriage/>.



## 5. Riflessioni conclusive

Alla luce dell'effettuato esame delle legislazioni nazionali, pare a chi scrive che l'individuazione di un approccio equilibrato ed efficace, che sappia combattere i matrimoni forzati, precoci e infantili, senza tuttavia esacerbarne, come può avvenire nei casi concreti, gli effetti negativi, proprio in termini di protezione dei diritti delle vittime coinvolte, sia estremamente complessa.

Indicazioni contrarie all'automatico diniego di riconoscimento degli effetti giuridici di queste pratiche sono fornite dalla Commissione europea, nell'interpretazione dell'art. 4(5) della Direttiva 2003/86/EC sul ricongiungimento familiare. Ai sensi di questa disposizione, per "evitare i matrimoni forzati, gli Stati membri possono imporre un limite minimo di età per il soggiornante e il coniuge, che può essere al massimo pari a ventuno anni, perché il ricongiungimento familiare possa aver luogo"<sup>82</sup>. Secondo la Commissione, tuttavia, i limiti di età "may not be used as an overall threshold below which all applications will be systematically refused, irrespective of an actual examination of the situation of each applicant"<sup>83</sup>. L'orientamento è supportato anche dalla Fundamental Rights Agency, per la quale non vi sono evidenze che dimostrino che l'innalzamento dell'età minima prevista per esercitare il ricongiungimento familiare sia uno strumento realmente utile per combattere i matrimoni forzati, mentre l'automatico diniego avrebbe, piuttosto, "the effect of preventing the reunification of genuine relationships, if applied indiscriminately without an examination of the individual circumstances"<sup>84</sup>.

Le indicazioni riportate e le riflessioni svolte ci conducono a ritenere che l'approccio maggiormente idoneo a offrire soluzioni efficaci per le vittime di matrimonio forzato, infantile e precoce sia quello capace di soppesare tutti i diritti fondamentali coinvolti nel caso di specie. Un'interessante soluzione nella direzione prospettata è offerta dalla recente giurisprudenza tedesca relativa alla sopra citata legge sulla lotta al matrimonio infantile: la Corte Suprema Federale tedesca (*Bundesgerichtshof*) ha censurato infatti, prima nel dicembre 2018 e poi nel luglio 2020, l'approccio rigido della legge, che, come già ricordato, prescrive il divieto di riconoscere i matrimoni contratti all'estero da minori infra-sedicenni<sup>85</sup>.

Con la prima decisione, la Corte ha promosso un rinvio costituzionale avente ad oggetto la normativa, sulla base della sua incoerenza con le disposizioni della Legge fondamentale tedesca (*Grundgesetz*) a protezione della dignità umana, del libero sviluppo della personalità, della parità di trattamento e del matrimonio e della famiglia<sup>86</sup>. Il caso concerneva una coppia di cittadini siriani immigrati in Germania, che avevano contratto matrimonio in Siria secondo il diritto islamico quando la sposa aveva quattordici anni. La decisione della Corte evidenzia, pertanto, la necessità di un bilanciamento tra l'obiettivo di prevenire e combattere i matrimoni infantili, da un lato, e l'esigenza di salvaguardare diritti fondamentali che rischierebbero di essere compromessi in mancanza di una valutazione casistica che soppesi adeguatamente le circostanze concrete, dall'altro.

Nel luglio 2020 la Corte Federale Suprema ha interpretato la medesima normativa alla luce della Legge fondamentale. Pur confermandone l'obiettivo, la Corte ha ritenuto che in casi eccezionali il giudice, sulla base della propria valutazione, possa ritenere valido un matrimonio contratto da un minore. Nel caso di specie la Corte concludeva che il matrimonio contratto nel 2001 da una libanese minorenni al tempo della celebrazione non doveva essere considerato invalido<sup>87</sup>: l'annullamento del vincolo non avrebbe infatti adeguatamente protetto gli interessi fondamentali coinvolti, poiché la coppia, divorzia-

82 Direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare. L'indicazione è stata seguita, ad esempio, da Germania, Olanda e Francia. Al proposito si vedano: FRA, *Addressing forced marriage in the EU*, cit., p. 25; S. De Vido, *Against a Girl's Will: Child Marriages, Immigration and the Directive on Family Reunification*, in E. Bergamini, C. Ragni (eds.), *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families*, Intersentia, 2019, p. 115 ss.; A. Wijffelman, *Child marriage and family reunification: an analysis under the European Convention on Human Rights of the Dutch Forced Marriage Prevention Act*, cit.

83 Commissione europea, *Communication on guidance for application of Directive 2003/86/EC on the right to family reunification*, COM(2014) 2010 final, 3 aprile 2014, 2.3; FRA, *Addressing forced marriage in the EU*, cit., p. 26.

84 *Ibid.*

85 La legge è stata criticata anche in dottrina: *Underage, married, separated. A German law abolishes child marriages in general - not always in the interest of those affected*, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Amburgo, 2019, disponibile al sito: <https://www.mpg.de/12797223/childmarriage-legislation-germany>.

86 Federal German Supreme Court n. 186/2018, 14 dicembre 2018, disponibile al sito: [http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&pm\\_nummer=0186/18](http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&pm_nummer=0186/18).

87 A. Czubaiko, *German Federal Supreme Court on International Child Marriages, Decision of 22nd July 2020, Case No. XII ZB 131/20, 15 August 2020*, disponibile al sito: <https://conflictflaws.net/2020/german-federal-supreme-court-on-international-child-marriages-decision-of-22nd-july-2020-case-no-xii-zb-131-20/>.

ta ai tempi del procedimento, aveva convissuto in Germania tra il 2003 e il 2016, dove aveva generato quattro figli.

Alla luce delle osservazioni sviluppate si ritiene di potere concludere che la lotta ai matrimoni forzati, infantili e precoci necessita, da un lato, che gli Stati adottino adeguate misure di carattere preventivo e repressivo; dall'altro, è tuttavia opportuno che sia attuato un attento bilanciamento tra i diritti fondamentali complessivamente coinvolti, approccio che, a parere di chi scrive, può consentire di raggiungere soluzioni in grado di tutelare in modo efficace le vittime dei fenomeni oggetto del presente studio nei singoli casi concreti.

Maria Rosaria Marella, Sveva Stancati\*

## Donne e migrazioni: il nodo del lavoro di cura

### Sommario

1. Introduzione: il complesso universo giuridico del lavoro riproduttivo – 2. L'esternalizzazione del lavoro di cura in Italia – 3. Il lavoro di cura razzializzato: tra migrazioni e riproduzione sociale – 4. Conclusioni.

### Abstract

Il lavoro domestico e di cura rappresenta un elemento fondamentale nella struttura e nel funzionamento delle società neoliberali. Il pieno riconoscimento del valore sociale ed economico del lavoro domestico è quindi cruciale per l'empowerment dei soggetti che lo svolgono, per lo più donne, ma dipende in gran parte da un regime legale che ancora sottovaluta il lavoro riproduttivo, sia nella famiglia che nel mercato. Partendo dall'analisi delle norme del diritto di famiglia che regolano il lavoro domestico, questo articolo mostra l'influenza dello statuto giuridico del lavoro di cura non retribuito su quello mercificato e razzializzato, nonché sulle condizioni sociali ed economiche delle lavoratrici domestiche salariate.

*House- and carework are fundamental in the structure and functioning of neoliberal societies. The full recognition of the social and economic value of household work is crucial to the empowerment of careworkers, who are mostly women, but it largely depends on a legal regime that still underestimates reproductive work, both in the family and in the market. Starting from the analysis of the regulation of household work within family law, this article shows the influence of the legal treatment of unpaid carework on commodified and racialized house- and carework, and on the social and economic conditions of waged houseworkers.*

### 1. Introduzione: il complesso universo giuridico del lavoro riproduttivo

Il pieno riconoscimento del carattere produttivo del lavoro domestico e di cura costituisce ancora oggi un nodo centrale rispetto al raggiungimento di una piena emancipazione economica, politica e sociale delle soggettività che, a vario titolo, vi si dedicano in modo esclusivo o prevalente. Ciò sia nell'ipotesi in cui si tratti di lavoro di cura gratuito, svolto all'interno della sfera familiare e degli affetti; sia per quanto concerne l'accudimento professionale e salariato. Sebbene in questa seconda ipotesi il rapporto venga formalmente ricondotto entro gli schemi del lavoro subordinato, la sua percezione sociale finisce per essere comunque attratta dallo status del lavoro di cura non retribuito, risentendo delle "sacche di specialità" ed impermeabilità al diritto comune che ancora lo caratterizzano e ricalcandone le contraddizioni.

Dal punto di vista strettamente giuridico, la tradizionale specialità del diritto di famiglia ha fatto sì che, perlomeno nell'ambito endofamiliare, l'accudimento venga considerato come un non-lavoro: giu-

\* Maria Rosaria Marella, Ordinaria di Diritto Privato nell'Università di Perugia; Sveva Stancati, Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche, Università di Perugia.

Il lavoro è frutto di una riflessione comune delle Autrici, ma ai fini della valutazione della ricerca scientifica Anvur se ne attribuiscono le parti nel seguente modo: Marella ha curato il paragrafo 1; Stancati i paragrafi 2, 3 e 4. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

ridicamente doveroso ed ontologicamente gratuito. Ciò anche e soprattutto alla luce di una lettura strumentale del principio solidaristico, che ha portato generazioni di giuristi a ritenere il lavoro domestico svolto all'interno del nucleo familiare come un compito dovuto *affectionis vel benevolentiae causa*.<sup>1</sup> Come meglio si vedrà nei successivi paragrafi, tale disconoscimento, affatto neutro sotto un profilo di genere, ha condotto a crescenti fenomeni di marginalizzazione sociale ed economica.

In realtà il lavoro casalingo gode di una – sia pur limitata – rilevanza giuridica, ma all'interno di una logica unicamente e rigidamente giusfamiliare. Ciò significa che alla razionalità del mercato è in questo caso precluso l'ingresso in nome della solidarietà quale fondamento ultimo delle relazioni familiari: il lavoro domestico è irrinunciabilmente lavoro non retribuito, dovuto alla comunità familiare in virtù dei legami di altruismo e mutuo aiuto che ne costituiscono il presupposto, anche giuridico. È allora evidente che l'apparente irrilevanza giuridica del lavoro casalingo corrisponde in realtà ad una costruzione giuridica saldamente fondata sulla dicotomia famiglia/mercato e strettamente dipendente dalla sua tenuta. Uno dei principali riconoscimenti dell'attitudine produttiva del lavoro domestico da parte del diritto, è stato introdotto dalla Legge n°151 del 1975<sup>2</sup>. In particolare, al comma terzo comma dell'art. 143 cod. civ., recependo le istanze egalarie sottese alla stessa riforma, viene affermato che “Entrambi i

- 1 Per una diffusa disamina sul tema si vedano, tra gli altri, M.R. Marella, G. Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia. Le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*, Roma-Bari 2014; M. R. Marella, *Family-Relations Law between “Stratification” and “Resistance”. Housework and Family Law Exceptionalism*, in R. Sarti, A. Bellavitis, M. Martini (a cura di), *What is work? Gender at the Crossroads of Home, Family, and Business from the Early Modern Era to the Present*, Oxford, New York, 2018; M. R. Marella, *Il diritto delle relazioni familiari fra stratificazione e resistenze. Il lavoro domestico e specialità del diritto di famiglia*, in *Rivista Critica del Diritto privato*, Anno XXVIII, n. 2, Napoli, 2010; Ead. *Critical Family Law*, *American University Journal of Gender Social Policy and Law* 19, no. 2 (2011): pp.721-754 J. Halley, *What is Family Law?: A Genealogy Part I*, 23 *Yale Journal of Law & the Humanities* (2011); J. Halley & K. Rittich, *Critical Directions in Comparative Family Law: Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism*, 58 *The American Journal of Comparative Law* (2010); E. Olsen, *The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform*, 96 *Harvard Law Review* 1497, 1983; D. Kennedy, *Savoigny's Family/Patrimony Distinction and its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought*, 58 *American Journal of Comparative Law* 811, 2010.
- 2 Legge n°151 del 19 maggio 1975, più comunemente nota come la riforma del diritto di famiglia. Oltre al riconoscimento implicito dell'attitudine produttiva del lavoro domestico sottesa alla norma di cui all'art. 144 cod. civ., la riforma introduce un secondo istituto, la cui disciplina costituisce ancora oggi una delle principali fonti in materia di riproduzione endofamiliare. Si tratta dell'istituto dell'impresa familiare, di cui all'art. 230 bis cod. civ., grazie al quale la parificazione fra lavoro nel mercato e lavoro nella sfera domestica supera la logica della specialità giusfamiliare e diviene il presupposto per il riconoscimento di uguali diritti individuali per i membri della famiglia. Infatti, il familiare che presta la sua attività lavorativa nella famiglia, non diversamente da quello che lavora nell'impresa familiare, ha diritto al mantenimento, alla partecipazione agli utili prodotti dall'impresa familiare, ai beni acquistati con essi, nonché agli incrementi dell'azienda, in proporzione al lavoro prestato. A ben vedere, la novella introdotta dal legislatore non appare soltanto volta a garantire una tutela minima ed inderogabile a quei rapporti che si svolgono negli aggregati familiari e che in passato vedevano spesso taluni membri della comunità prestare un rilevante apporto senza alcuna garanzia di adeguato e certo compenso. L'istituto infatti parifica, sul piano giuridico-formale ed economico-produttivo, l'apporto fornito dal familiare lavoratore con quello della *caregiver*. La disciplina dell'art. 230 bis c.c. apre quindi l'ingresso ad una valutazione alla stregua del mercato del lavoro produttivo e del lavoro riproduttivo, nel senso che entrambi sono remunerati nella misura dei profitti dell'impresa e del valore dell'azienda familiare. La logica della norma sembra tale da produrre un'osmosi fra famiglia e mercato non dissimile da quella auspicata dal femminismo della produzione/riproduzione. In un caso come nell'altro il nocciolo del mutamento sta nella retribuzione del lavoro domestico alla stregua di valori di mercato. Naturalmente una tale prospettiva, così come viene a configurarsi nel diritto vigente, ha un impatto sociale limitato innanzitutto in ragione dell'ambito di applicabilità dell'art. 230 bis. Infatti, l'equiparazione fra lavoro riproduttivo e lavoro produttivo vale solo in riferimento all'attività d'impresa: ne sono escluse tanto l'attività libero-professionale, quand'anche esercitata su larga scala, quanto l'attività di lavoro dipendente, sia pure particolarmente qualificata e assorbente. Inoltre, prevale un'interpretazione restrittiva che nega la rilevanza del lavoro domestico prestato in un nucleo familiare diverso da quello specificamente proprio del familiare imprenditore, ancorché coinvolto nell'attività dell'impresa. In merito ai limiti dell'attuale disciplina dell'impresa familiare come strumento di riconoscimento del valore di scambio prodotto dall'accudimento endofamiliare, nonché sull'opportunità di estendere dell'ambito applicativo dell'istituto al di là dell'ambito oggettivo e soggettivo descritto dalla norma, si vedano, fra gli altri, M. R. Marella, *Il diritto delle relazioni familiari fra stratificazione e resistenze*, cit., p. 249 ss., V. Roppo, *Donne, famiglie, lavori: sopra le possibilità e i limiti del diritto di famiglia*, in «Pol. dir.», 1986, 222, 228 e V. Colussi, *Impresa familiare*, in *Digesto IV ed., Disc. priv., Sez. comm.*, VII, Torino, 1992, p. 174, G. Palmeri, *Del regime patrimoniale della famiglia*, II, Art. 230 bis, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 2004, p. 78; S. Patti, *La prestazione di lavoro nell'impresa familiare*, in *Dir. lav.*, 1976, I, p. 103 s. Quanto invece alle aperture e le criticità che ancora permangono circa l'applicabilità dell'impresa familiare alle coppie di conviventi non coniugati – anche a seguito della recente introduzione dell'art. 230 ter da parte della Legge 20 maggio 2016, n. 76 – cfr. G. Quadri, *Le prestazioni di lavoro del convivente alla luce del nuovo art. 230 ter c.c.*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2017, 3, 590; P. Passalacqua, *Profili lavoristici della L. n. 76 del 2016 su unioni civili e convivenze di fatto*, in *Working Papers – C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, 2017, 320, p. 16 ss; A. Albanese, *Famiglia e impresa dopo la legge n. 76 del 2016 su unioni civili e convivenze*, in *Contratto e impresa*, 4/2019, pp. 1586-1616; G. Guerrieri, *Convivenza di fatto e impresa familiare*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2018, 4, 1007; M. Tola, *Famiglia, famiglie e discriminazioni nell'impresa familiare*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2017, 6, 888.

coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia". Il riferimento esplicito al lavoro casalingo è preceduto dal riconoscimento dell'uguaglianza di *status* dei coniugi<sup>3</sup> e dalla previsione dell'obbligo reciproco alla collaborazione nell'interesse della famiglia<sup>4</sup>. Ciò chiarisce il quadro all'interno del quale può parlarsi di rilevanza giuridica del lavoro domestico, un quadro nel quale la stessa uguaglianza dei coniugi è il presupposto per la paritaria costruzione di una comunità 'solidale'<sup>5</sup>, piuttosto che non dell'esercizio di diritti individuali. Ad ogni modo è questo il contesto in cui il lavoro domestico si pone come elemento costitutivo del regime patrimoniale primario della famiglia: l'obbligo di contribuzione segna la vigenza del principio solidaristico (o contributivo) sulla cui base si erige la comunità familiare e, nel contempo, la pari dignità, a tali fini, del lavoro domestico e del lavoro professionale esprime il riconoscimento del valore anche *economico* rivestito dal contributo prestato dal coniuge in termini di lavoro casalingo<sup>6</sup>. Al contempo, ciò determina anche il limite di rilevanza del lavoro domestico effettivamente prestato, poiché esso non potrà essere oggetto di pretese restitutorie o riparatorie al termine della vita in comune se non quando se ne possa dimostrare l'esorbitanza rispetto all'obbligo di contribuzione<sup>7</sup>. Se, di conseguenza, assumiamo come pietra angolare dello statuto giuridico del lavoro domestico l'art. 143, comma terzo, cod. civ. in considerazione della sua portata generale, dobbiamo ritenere che l'equilibrio fra produzione e riproduzione, soprattutto in rapporto alla divisione dei ruoli fra i generi all'interno della famiglia, sia volutamente indeterminato e lasciato all'autonomia decisionale dei coniugi. Si è infatti notato che la scelta del legislatore è qui consapevolmente antiautoritaria, in quanto rinvia alla regola dell'accordo, ravvisabile nell'art. 144 cod. civ., che dunque si confermerebbe norma di chiusura del sistema giusfamiliare<sup>8</sup>.

Ma davvero il lavoro domestico può essere oggetto di un accordo fra i coniugi? Entro quali limiti? Innanzitutto, una notazione d'ordine sociologico sembra opportuna in questo forse più che in altri settori del diritto privato: esiste ancora una certa distanza fra la famiglia ideale (a tratti) disegnata dal regime giuridico e la realtà. In teoria il fatto di dedicarsi prevalentemente o esclusivamente all'attività domestica dovrebbe essere il frutto di una libera scelta ovvero di una scelta condivisa con l'altro coniuge; soprattutto i coniugi dovrebbero poter negoziare fra loro una tale decisione, muovendo da una condizione di parità: ciò è quanto si desume dal combinato disposto dagli artt. 143 e 144 cod.civ. Tuttavia, una combinazione di fattori sociali e culturali di carattere generale, oltre che condizioni di svantaggio o di discriminazione sul posto di lavoro, fanno sì che le mogli siano in obiettive condizioni di svantaggio. L'esercizio dell'autonomia privata che la regola dell'accordo vorrebbe posta a fondamento dell'istituzione famiglia presuppone un'uguaglianza non soltanto formale; invece il *gap* fra famiglia ideale e realtà sociale fa sì che l'ideale criterio della scelta libera e consensuale può essere ipotecato in modo pesante dai rapporti di forza esistenti fra uomini e donne nella società e fra marito e moglie all'interno della famiglia, riducendo l'aspirazione alla pari dignità di sfera domestica e sfera produttiva – come rispecchiate dagli obblighi reciproci di collaborazione e contribuzione a carico dei coniugi (art. 143, comma secondo e terzo Cod. civ.) – ad un mero *wishful thinking*.

In realtà il problema della praticabilità di un accordo concernente il lavoro casalingo è giuridico prima ancora che sociale, stante l'impianto solidaristico del dovere di contribuzione di cui all'art. 143, comma terzo. Qui la specialità del diritto di famiglia gioca il suo ruolo cruciale condizionando modalità e contenuti di un eventuale accordo, e con ciò marcando chiaramente i confini oltre i quali la logica del mercato si rivela irricevibile. Poiché, come già abbiamo osservato, il profilo del lavoro casalingo resta a tutt'oggi una sorta di roccaforte della dicotomia famiglia / mercato, proprio uno di quegli aspetti rispetto

3 Art. 143 cod. civ., comma 1, "Con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri".

4 Art. 143 cod. civ., comma 2, "Dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione".

5 Cfr. A. Falzea, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Rivista di diritto civile*, 1977, I, 609; per una lettura egalitaria cfr. G. Ferrando, *Diritti e doveri nascenti dal matrimonio*, in *Giurisprudenza del diritto di famiglia. Casi e materiali*, a cura di Bessone, II, VI ed., Milano, 2002, p. 54.

6 G. Ferrando, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* Cicu-Messineo, V, t. 1, Milano, 2002, p. 89 ss., spec. 91.

7 G. Ferrando, loc. cit., p. 92.

8 L'art. 144 cod. civ. rubricato *Indirizzo della vita familiare e residenza della famiglia*, sancisce infatti che: "I coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa. A ciascuno dei coniugi spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato".



al quale ancora la nota metafora di Jemolo mostra la sua forza persuasiva<sup>9</sup>, non c'è da stupirsi che sia trattato in maniera analoga un po' ovunque all'interno della tradizione giuridica occidentale. Il punto d'approdo del ragionamento appare in qualche misura definitivo: il lavoro casalingo prestato in favore dei familiari non può mai divenire lavoro retribuito, mai accedere alla logica del mercato e dello scambio, mai essere 'contrattualizzato'. La solidarietà qui impone una qualificazione (giuridica) in termini di non patrimonialità che contraddice la sostanza economica del lavoro casalingo come lavoro produttivo e nega le profonde interconnessioni fra lavoro esterno e lavoro interno alla sfera familiare che sono sullo sfondo. La regola dell'accordo che si vorrebbe necessario corollario del regime primario è svuotata di significato da un'interpretazione dominata dalla logica della solidarietà familiare, nella quale, in sostanza, lo spazio per l'autonomia è riassorbito dal regime legale. Quest'ultimo si manifesta infine come il residuo tollerato del patriarcato nel diritto di famiglia, ossia l'estrema concessione che l'impostazione liberale-egalitaria dei rapporti familiari - impostasi ovunque in occidente a far data dal secondo dopoguerra - fa all'originaria radice patriarcale dell'istituzione, riaggiustando con essa un compromesso che vede, da una parte, il trionfo dell'eguaglianza giuridica dei coniugi, il tramonto dell'indissolubilità del matrimonio, il riconoscimento della pari dignità dei figli legittimi e naturali, e persino l'affermazione del principio del consenso nel sesso coniugale, ma, dall'altra, la persistenza di una sfera riproduttiva drammaticamente attraversata dalla differenza di genere, sostanzialmente opaca alla negozialità, cui l'individualismo borghese proprio dei rapporti di mercato resta pregiudizialmente estraneo. In questo quadro ricostruttivo, il lavoro domestico e di cura si staglia dunque, e non a caso, come roccaforte della specialità del diritto di famiglia, come materia di sua competenza *esclusiva*. Una *sacca di resistenza* in larga parte sottratta al processo di intrusione del diritto comune che, da decenni, caratterizza la moderna disciplina giusfamiliare<sup>10</sup>.

Adottando quindi un approccio critico, volto a decostruire la presunta neutralità delle norme attraverso l'analisi dei processi e dei rapporti di forza ad esso sottesi, appare evidente come quella di non disciplinare un determinato fenomeno si traduce in una precisa scelta di politica del diritto. Decidendo di regolarla o meno, il diritto non si limita infatti a recepire o ignorare la realtà. Al contrario esso, come ben evidenziato dal femminismo critico maturato in seno al movimento dei *Critical Legal Studies*, influenza strutturalmente sui fenomeni che regola, in virtù della sua efficacia performativa, modificando le relazioni di potere tra i soggetti che ne sono destinatari e producendo identità individuali e collettive<sup>11</sup>. Il discorso giuridico, al pari di ogni altro linguaggio scientifico, costituisce un dispositivo di potere che organizza la trasmissione del sapere incidendo direttamente sul pensiero e l'agire umano e determinando i comportamenti sociali<sup>12</sup>. Il modo in cui il diritto sceglie di regolare (o non regolare) determinati rapporti, determina quindi il consolidarsi di specifici risultati tanto sul piano economico, quanto su quello sociale e simbolico. Centrale, a tal proposito, risulta il ruolo disciplinare dell'omissione<sup>13</sup>. Anche la non regolamentazione instaura surrettiziamente un regime giuridico, distribuisce potere e risorse, riconosce posizioni giuridiche soggettive, sino a identificare un vero e proprio statuto giuridico della materia non regolamentata. Nel caso di specie, racchiudere il lavoro di cura all'interno del ristretto ambito del diritto di famiglia, rendendolo impermeabile alle regole proprie del diritto comune, si traduce in una sua parziale invisibilizzazione, nonché nella perdita di potere negoziale, economico e di tutela da parte di chi lo svolge. Un disconoscimento che concorre, peraltro, a rafforzare lo svilimento del ruolo sociale rivestito e dell'indispensabile apporto fornito dalle *caregiver* non solo al *manage* familiare, ma al benessere della collettività tutta.

Nel caso del lavoro di cura, la laconicità del diritto ha quindi condotto a consolidare pregiudizi e luoghi comuni che da sempre accompagnano l'accudimento, considerato un insieme di compiti manuali poco gratificanti per chi li svolge. Inoltre, ciò ha finito per rimarcare, nell'immaginario comune, la contrapposizione tra lavoro *stricto sensu* produttivo e quello di riproduzione sociale, concorrendo a rafforzare la tradizionale suddivisione di ruoli e di potere all'interno della famiglia e della società tutta. È bene sottolineare come in questa sede il termine riproduzione sociale – in linea con l'analisi femmi-

9 È infatti lo stesso Jemolo ad affermare che "la famiglia appare sempre come un'isola che il mare del diritto può solo lambire, ma lambire soltanto". A. C. Jemolo, *La famiglia e il diritto* in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania*, III-1949

10 Per una trattazione diffusa di questo specifico profilo, sia consentito il rinvio a M. R. Marella, *Il diritto delle relazioni familiari fra stratificazione e resistenze*, cit.

11 Sia consentito il rinvio a M. R. Marella, S. Catanossi, *Il contratto e il mercato sono maschili? Teorie de-generi intorno al consenso contrattuale*, in G. Rojas Elgueta e N. Vardi (a cura di), *Oltre il soggetto razionale*, RomaTrE-Press, p 173;

12 Cfr. C. Dalton, *An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine*, 94 *Yale Law Review* (1984-1985), p. 997.

13 Come chiarito da W. N. Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 *Yale Law Journal* 16 (1913).

nista della cura – non sia inteso nella sua accezione strettamente letterale. In una prospettiva di analisi femminista del diritto e dei fenomeni sociali, il termine non si riferisce esclusivamente all'attività di procreazione biologica, che pur certamente ne rappresenta una componente centrale. Al contrario, il concetto di riproduzione sociale deve essere inteso in senso più ampio e articolato, ricomprendendo un complesso di attività e mansioni che rispondono a bisogni ineludibili degli individui e della società nel suo complesso. Pertanto, la riproduzione – nell'accezione prescelta dal femminismo materialista: riproduzione della forza-lavoro - assume in questa prospettiva diverse connotazioni – biologiche, materiali, affettive, culturali, relazionali – che dipendono da un contesto sociale storicamente determinato e sono destinate a mutare con esso. Destinatari di tali attività non sono dunque soltanto soggetti non autosufficienti e connotati da maggior vulnerabilità, essenzialmente minori e anziani. Infatti, buona parte del lavoro riproduttivo endofamiliare ed extrafamiliare viene svolto nei confronti di individui pienamente autonomi, come nel caso del coniuge o dei figli maggiorenni. In particolare, il termine riproduzione può riferirsi ad un insieme eterogeneo di compiti che vanno dalla riproduzione biologica all'accudimento materiale, passando per il complesso di prestazioni indispensabili per la formazione, il benessere, la salute, la cura e lo sviluppo psicofisico dell'individuo, a beneficio della collettività tutta<sup>14</sup>.

Come affermato sin dai primi anni '70 dal femminismo della produzione/riproduzione, ancora oggi la distribuzione del lavoro di riproduzione sociale segue andamenti ben delineati sotto il profilo del genere<sup>15</sup>. Le più recenti statistiche hanno infatti dimostrato come la stragrande maggioranza del lavoro di cura endofamiliare venga ancora svolto dalla popolazione femminile. Si stima che in Italia appena il 20% degli uomini dedichi quotidianamente parte del proprio tempo alle faccende domestiche ed all'accudimento di familiari non autosufficienti<sup>16</sup>. L'enorme ed eterogeneo carico di lavoro di cura non retribuito continua quindi a ricadere sulle donne, aumentandone la vulnerabilità all'interno della coppia<sup>17</sup>. Pur non essendo questa la sede idonea ad analizzare le differenti ragioni sociali, politiche, economiche e culturali che ne sono la causa<sup>18</sup>, il fatto che tale onere gravi quasi integralmente sulle donne costituisce, di fatto, uno dei principali fattori ostativi rispetto al raggiungimento di una piena emancipazione e parità di genere. Tutto questo appare ancor più evidente alla luce della situazione imposta dalla diffusione del Covid19. Il divario tra i sessi – in termini di reddito, istruzione, accesso al mercato

14 Per un'analisi della definizione e della struttura del lavoro di riproduzione sociale degli individui cfr. in particolare A. Del Re, *Struttura capitalistica del lavoro legato alla riproduzione*, in Chisté L., Del Re A, Forti E., *Oltre il lavoro domestico. Il lavoro delle donne tra produzione e riproduzione.*, Verona, 2020, pp. 19-64; M.R. Dalla Costa, *Potere femminile e sovversione sociale*, Venezia, 1977, pp.33-47; S. Federici, *Revolution at Point Zero: Housework, Reproduction, and Feminist Struggle*, PM Press, New York, 2012; L. Fortunati, *L'arcano della riproduzione. Casalinghe, prostitute, operai e capitale*, Venezia, 1981, p. 41 ss.

15 Cfr. soprattutto J. Mitchel, *La condizione della donna*, Torino, Einaudi, 1972.

16 Dati ISTAT 2016 <https://www.istat.it/donne-uomini/bloc-3d.html?lang=it>

17 Oltre agli equilibri interni ai rapporti familiari, la divisione sessuale del lavoro fra produzione e riproduzione, con la assegnazione assolutamente prevalente alle donne delle prestazioni di accudimento, ha un impatto tale – in termini tanto simbolici quanto economici – da influenzare le stesse dinamiche del mercato del lavoro. La portata del fenomeno è tale che, opportunamente, la sociologia ha iniziato a riferirvisi in termini di *femminilizzazione* del lavoro, in quanto questo viene progressivamente ricondotto entro gli schemi dell'accudimento domestico. Al contrario infatti di quanto rivendicato dai movimenti femministi, piuttosto che ad un riconoscimento del carattere produttivo del lavoro di cura, si è assistito ad un addomesticamento del lavoro professionale. L'accudimento endofamiliare assurge infatti allo status di modello per un mercato del lavoro sempre più precario e privo di garanzie. In linea generale, al concetto di femminilizzazione del lavoro sono ricondotte almeno quattro diverse accezioni: 1) il massiccio ingresso delle donne nel mercato del lavoro, 2) il cambio di natura del lavoro stesso, divenuto maggiormente flessibile e meno tutelato, sul modello dei lavori tradizionalmente femminili; 3) la diffusione dei modi e dei tempi e, in particolare, della componente affettiva e emozionale tipica del lavoro di cura ben oltre la sfera domestica, ai molti lavori 'cognitivi'; infine oggi persino 4) l'estensione del carattere saliente del lavoro riproduttivo, la gratuità, ad altre tipologie di attività lavorative, in particolare al lavoro giovanile (stages, tirocinii, ecc.). Si è quindi assistito ad un radicale rovesciamento di prospettiva: se negli anni '70 il femminismo materialista attaccava la dicotomia produzione/riproduzione e reclamava un reddito per il lavoro domestico affermando che tutto è produzione, oggi tutto il lavoro sembra mimare piuttosto la riproduzione. Sul tema fondamentale la riflessione di G. Standing, *Global Feminization Through Flexible Labor*, *World Development*, 1989, vol. 17, issue 7, 1077-1095; e in Italia C. Morini, *Per amore o per forza. Femminilizzazione del lavoro e biopolitiche del corpo*, Verona, 2010. Cfr. anche M. R. Marella, *Un reddito garantito per un nuovo modello sociale europeo in - Quaderni per il Reddito n° 4 - Luglio 2016*, a cura del BIN (Basic Income Network); Ead., *Ni Una Menos. Un reddito di autodeterminazione contro lo sfruttamento capitalistico e patriarcale*, in *Non un reddito di meno. Reddito di base per l'autodeterminazione*. Numero speciale dei Quaderni del Reddito, a cura del BIN (Basic Income Network) – Italia, in occasione dello sciopero generale delle donne dell'8 marzo 2017; G. Capuzzo e M. Di Masi, *Le ragioni del reddito garantito*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, Anno XXXIII, n.2 2015.

18 Per una analisi approfondita, si consenta il rinvio a M. R. Marella, *Il diritto delle relazioni familiari fra stratificazioni e 'resistenze'. Il lavoro domestico e la specialità del diritto di famiglia*, in F. Ruscello (a cura di), *Studi in onore di Davide Messinetti*. vol. 2, p. 133-170, Napoli, ESI.

del lavoro ed alle cariche dirigenziali – è stato infatti fortemente aggravato dalla pandemia, comportando un generale arretramento anche rispetto alle conquiste acquisite negli ultimi decenni. La diffusione dello *Smart working* ha infatti significato per molte donne una moltiplicazione esponenziale del carico di lavoro complessivo, arrivando ad una indistinguibile sovrapposizione tra il tempo dedicato all'attività professionale, alla cura ed alla sfera privata. Un fenomeno che, unitamente alla riduzione generalizzata dei salari, alle chiusure imposte a molte attività commerciali, all'assenza di servizi di esternalizzazione della cura e meccanismi sostitutivi di welfare, ha condotto ad una crescita drammatica della disoccupazione femminile. Come evidenziato dalle più recenti statistiche, la crisi economica innescata dalla pandemia non ha colpito tutti allo stesso modo: a dicembre 2020 si sono persi 101 mila posti di lavoro, 99 mila di questi erano occupati da donne<sup>19</sup>. Ancora una volta, l'ineguale distribuzione del carico dell'accudimento tra i generi finisce per penalizzare la popolazione femminile, inducendo nuovi fenomeni di marginalizzazione economica ed incrementando il divario esistente.

Ad emergere da questo quadro è la contraddizione che caratterizza la riproduzione all'interno delle società neoliberali. Da un lato, lo smantellamento dei sistemi di welfare ne ha reso quanto mai evidente l'assoluta centralità. Essa, infatti, risponde a bisogni ineludibili della persona, che vanno dalla riproduzione biologica all'accudimento materiale, passando per l'insieme di prestazioni indispensabili per la formazione e lo sviluppo psicofisico dell'individuo. Dall'altro, la perdurante assenza di un pieno riconoscimento del suo carattere produttivo, finisce paradossalmente per danneggiare il soggetto che vi si dedica, rinunciando in molti casi a realizzare appieno le proprie aspettative reddituali.

È tuttavia essenziale sottolineare come quella del lavoro di cura femminile costituisca una realtà composita, niente affatto priva di contraddizioni. Al suo interno, infatti, esistono differenti livelli di vulnerabilità che non possono essere ignorati. Sarebbe irragionevole credere che eventuali disparità colpiscano in egual misura tutte le soggettività che ne sono coinvolte. Così come parimenti essenziale è rifuggire l'ingenuo errore di ritenere che, all'interno della categoria delle lavoratrici domestiche, sussista una sostanziale omogeneità. La questione deve essere quindi analizzata muovendo dai differenti livelli che la compongono.

## 2. L'esternalizzazione del lavoro di cura

Il primo aspetto da considerare è quello che concerne la cosiddetta *esternalizzazione* del lavoro di cura. Si tratta di un fenomeno in base al quale, a fronte di una retribuzione, il carico del lavoro riproduttivo necessario alla sopravvivenza del nucleo viene delegato, in tutto o in parte, a soggetti estranei al rapporto familiare. Il crescente sviluppo di tale prassi può essere ricondotto ad una pluralità di fattori. In primo luogo, un ruolo centrale viene svolto dall'ineludibilità dei bisogni cui il lavoro di cura risponde: al fronte del mutare del contesto socioeconomico di riferimento, la costanza delle necessità di accudimento ha infatti imposto che il *deficit* di cura all'interno della famiglia dovesse essere compensato dal ricorso a prestazioni equivalenti, scambiate sul mercato. Alla creazione di tale *deficit* ha concorso la progressiva crescita della popolazione femminile attiva<sup>20</sup>, attraverso una maggior inclusione nel mercato del lavoro *formalmente produttivo*<sup>21</sup>. Alla luce della rigida divisione sessuale del lavoro di cura all'interno della coppia, l'impossibilità per le donne lavoratrici di occuparsi a tempo pieno dell'accudimento ha quindi imposto alle famiglie di ricorrere all'assunzione di *caregiver* professionali. Ciò anche in virtù del progressivo innalzamento dell'aspettativa media di vita, che ha visto conseguentemente lievitare la domanda relativa all'accudimento di persone anziane, più o meno autosufficienti. Infine, lo sviluppo di questo specifico settore del mercato è in larga parte dovuto all'assenza di adeguati meccanismi sostitutivi di

19 Così le statistiche riportate da QuiFinanza, in occasione dello sciopero delle donne dell'8 marzo 2021 <https://quifinanza.it/lavoro/lavoro-da-gender-pay-gap-a-effetto-pandemia-la-crisi-travolge-le-donne/468947/>.

20 Dal 1977 al 2018 il tasso di occupazione è cresciuto di solo 4,8 punti percentuali nel complesso, ma analizzato per genere evidenzia dinamiche contrapposte dei due sessi: per gli uomini il tasso di occupazione è sceso di 7 punti (dal 74,6 al 67,6%), mentre per le donne è aumentato di 16 punti (dal 33,5 del 1977 al 49,5%). Dati ISTAT 2020 [https://www.istat.it/it/files/2020/02/Memoria\\_Istat\\_Audizione-26-febbraio-2020.pdf](https://www.istat.it/it/files/2020/02/Memoria_Istat_Audizione-26-febbraio-2020.pdf).

21 È il caso di sottolineare come l'artificiosità delle dicotomiche contrapposizioni produzione-riproduzione e famiglia-mercato sia stata ormai ampiamente disvelata dalla letteratura femminista e dagli studi economici in materia. Si confronti, *ex plurimis*, G. Becker, *A Treatise on the Family*, Cambridge, 1981; S. James, *A Woman's Place*, 1952; A. Oakley, *The Sociology of Housework*, London, 1974; M.R. Dalla Costa, *Potere femminile e sovversione sociale*, Venezia, 1977; R. Sarti, A. Bellavitis, M. Martini (a cura di), *What is work? cit.*

welfare. Si tratta di un deficit strutturale che ha portato (e porta) a far ricadere il peso pressoché integrale del lavoro di cura sul nucleo familiare all'interno del quale il bisogno si produce<sup>22</sup>.

Secondo la ricerca "Il valore del lavoro domestico" condotta dall'Associazione Nazionale Famiglie Datori di Lavoro Domestico – DOMINA<sup>23</sup>, incrociando i dati Inps e Istat risulta che, a fine 2017, i lavoratori domestici regolarmente assunti dalle famiglie italiane sono circa 865 mila. Di questi, il 54,4% è composto da colf ed il restante 45,6% da badanti, con una crescita complessiva, nei dieci anni precedenti, pari al 26%.

Diversamente da quello intrafamiliare, il lavoro domestico esternalizzato sembrerebbe comportare una serie di vantaggi. In primo luogo, esso viene considerato a tutti gli effetti come un lavoro produttivo, immesso nel mercato e, in quanto tale, adeguatamente tutelato e retribuito. Il lavoro di cura è quindi economicamente e giuridicamente riconosciuto come tale, almeno parzialmente, solo qualora svolto da soggetti che non appartengono al nucleo familiare cui le prestazioni afferiscono. Sarebbe tuttavia semplicistico ed inesatto affermare che il lavoro domestico esternalizzato costituisca una risposta adeguata al problema del generale disconoscimento giuridico ed economico de carattere produttivo del lavoro domestico. Evidenti criticità permangono sotto una serie di differenti profili. Tanto per cominciare, il lavoro di cura esternalizzato si presenta, in massima parte, come lavoro nero: se si considera che in Italia il numero complessivo di lavoratori e lavoratrici domestiche è stimato attorno a 2 milioni, ad emergere è l'allarmante dato per il quale quasi il 60% dei rapporti viene gestito in modo informale e non contrattualizzato. Un tasso nettamente superiore rispetto alla media di tutte le attività economiche, in cui la media di irregolarità è del 13,5%<sup>24</sup>.

Sebbene quindi si abbia un suo parziale riconoscimento sul piano produttivo, esattamente come il lavoro di cura tradizionale - e diversamente dagli altri lavori subordinati - nella maggior parte dei casi l'accudimento professionale non gode delle medesime garanzie.

Inoltre è interessante notare che, se il lavoro nero extradomestico, oltre che dalle inevitabili conseguenze sanzionatorie sul piano giuridico, è accompagnato da un generalizzato stigma sociale, la stessa cosa non può dirsi per il lavoro di cura professionale. L'opinione pubblica tende infatti a riconoscere il disvalore della condotta del datore di lavoro irregolare, il quale finisce per danneggiare non soltanto il lavoratore, privandolo delle tutele minime delle quali dovrebbe godere, ma la collettività tutta, in termini di diminuzione del gettito derivante dall'evasione fiscale. Tale recriminazione sembrerebbe invece non ravvisarsi nel caso in cui il rapporto irregolare abbia ad oggetto prestazioni di cura. Viene infatti ritenuto socialmente *più* accettabile che una collaboratrice domestica o una badante possa lavorare senza alcun contratto o garanzia.

Dal punto di vista socioculturale prima che giuridico, ciò è indicativo del fatto che, anche quando al capitale figurativo prodotte dal lavoro di cura viene attribuito un valore economico scambiabile sul mercato, questo rimane un *non-lavoro*, cui non spetta il medesimo livello di considerazione o tutela. Com'è stato osservato, il lavoro di cura è avvertito come scarsamente dignitoso non tanto, e non solo, per il suo essere manuale. Al contrario, svilenti e diseguali sono i rapporti all'interno dei quali viene svolto e che, inevitabilmente, concorre a rafforzare<sup>25</sup>. Nella percezione comune, esso non si conforma agli standard neoliberali in cui siamo abituati a pensare il *modello sociale* della donna emancipata. La *colf* non rispecchia le aspettative che la società nutre rispetto all'emancipazione femminile, poiché la sua attività lavorativa, anche quando formalmente riconosciuta in quanto tale, appare difettare di *agency*. Il lavoro di cura ha tradizionalmente rappresentato – e continua a rappresentare – un lavoro intrinsecamente femminile non retribuito, visto come una vera e propria performance di genere, come parte integrante del "*fare genere*"<sup>26</sup>. Alla creazione ed al consolidamento di tale percezione concorrono una pluralità di fattori. In primo luogo, ciò avviene proprio poiché le lavoratrici domestiche svolgono sul mercato un lavoro che è diffusamente avvertito come incarnazione empirica e consacrazione simbolica della subalternità femminile rispetto al modello patriarcale, presente in forma di crittotipo all'interno della famiglia.

Inoltre, una delle principali fonti del pregiudizio che accompagna l'accudimento è da ricercarsi nelle stesse dinamiche del mercato neoliberale in cui le lavoratrici operano. Il mercato, infatti, pur at-

22 Per una diffusa analisi sul tema, si rinvia a C. Morini - A. Fumagalli, *La vita messa al lavoro, Il caso del valore-affetto*, in *Sociologia del lavoro*, 2009, pp. 113 ss.

23 <https://associazionedomina.it/wp-content/uploads/2018/12/Ricerca-DOMINA-Lavoro-domestico10.pdf>.

24 DOMINA, *Il valore del lavoro domestico*, cit.

25 Così B. Ehrenreich, *Collaboratrice domestica, agli ordini!*, in *Donne globali. Tate, colf e badanti*, Milano, 2002, p. 91

26 Si veda S. Bowlby, "Doing Home": Patriarchy, Caring, and Space, 20 *Women's Stud. Int'l* 343, 345-46 (1997) e E. Goffman, *The Arrangement Between the Sexes*, 4 *THEORY & Soc'Y* 301, 302 (1977).



tribuendo alle sue varie articolazioni un valore di scambio, stenta a riconoscere la rilevanza in sé della riproduzione sociale generalmente intesa, etichettandola come non produttiva, solo occasionalmente oggetto di retribuzione. Ciò in contrapposizione al *totem* della produzione, valore supremo, tutelato al di sopra di ogni altro ed a qualsiasi costo, come la recente emergenza pandemica ha fatto emergere in tutta la sua drammaticità.

Le ragioni di questa disparità di percezione affondano quindi le loro radici in elementi di natura economica, culturale e sociale. Percezione che, come si è visto, si traduce in una differente considerazione giuridica delle prestazioni erogate. I compiti della lavoratrice domestica, infatti, anche quando madre, non presentano nulla di diverso rispetto a quelli che da secoli le donne svolgono nelle rispettive mura domestiche. Compiti che, verosimilmente, loro stesse continueranno a svolgere una volta tornate alle loro case, dopo la conclusione l'orario di lavoro. Con la differenza, per vero non trascurabile, che queste lavoratrici godono del "privilegio" – perché tale viene avvertito – di esser remunerate per un lavoro che altre svolgono quotidianamente e gratuitamente. Ciò anche nel caso in cui la loro posizione professionale non venga regolarizzata.

Ben diversa è la percezione del lavoratore, maschio, non contrattualizzato. Nella tradizionale distribuzione dei ruoli all'interno della famiglia, al maschio-padre spetta il compito di procurare il reddito, facendo così fronte ai bisogni economici della famiglia. Nonostante negli ultimi decenni tale concezione stia subendo un forte ridimensionamento, soprattutto grazie alle lotte dei movimenti femministi, nell'immaginario diffuso è ancora il maschio, il *breadwinner*, a concorrere nel mercato, investendo la sua forza lavoro e restituendone i frutti. Questo, mentre la donna rimane in casa, occupandosi dell'accudimento del coniuge e della prole. È per questa ragione, con buona pace delle solenni enunciazioni di parità formale dei coniugi, anche sotto il profilo primario-contributivo, che l'infortunio sul lavoro dell'uomo viene avvertito come un evento di estrema drammaticità. L'incapacità al lavoro del maschio, infatti, non compromette solo la solidità economica del nucleo familiare, cosa che, evidentemente, fa anche la perdita di capacità reddituale di una lavoratrice domestica. Il punto essenziale è che l'impossibilità maschile di produrre reddito finisce per incrinare la tradizionale suddivisione dei ruoli all'interno della famiglia e della società tutta. Ecco perché indigna l'idea che l'uomo lavoratore possa non esser adeguatamente tutelato e contrattualizzato. Al contrario, a parità di antiggiuridicità, il danno subito dalla *caregiver* professionale rientrerebbe nella normale percentuale di alea che il suo lavoro socialmente impone. Certo, questo si tradurrà in un danno economico per il nucleo familiare di appartenenza, danno che, per vero, le corti tendono a riconoscere e risarcire nelle ipotesi in cui venga causato dal fatto illecito del terzo<sup>27</sup>. Tuttavia, il "privilegio" della remunerazione per un lavoro che, ancora oggi, viene considerato doveroso e gratuito, è avvertito come una contropartita sufficiente rispetto all'assenza di garanzie.

È opportuno sottolineare come, nonostante la generale arretratezza sul tema del diritto – rispetto all'economia, ad esempio<sup>28</sup> – alcuni dei più significativi passi verso il riconoscimento del carattere produttivo delle utilità prodotte dal lavoro domestico si sono avuti, almeno in alcuni sistemi giuridici, fra cui il nostro, nell'ambito della responsabilità civile. Nel caso, cioè, in cui le capacità lavorative della casalinga o della lavoratrice domestica professionale siano compromesse dal fatto illecito di un terzo. Nei rapporti coi terzi il lavoro domestico 'muta di natura' e assume rilevanza economica valutabile secondo parametri di mercato. La sua perdita configura dunque un danno patrimoniale, la cui sussistenza autorizza a ravvisare in esso un *asset* del quale è titolare il nucleo familiare nel suo complesso; ovvero l'oggetto di un obbligo, l'adempimento del quale è impedito dall'incidente occorso alla casalinga. L'approccio della giurisprudenza italiana al tema si è dimostrato estremamente attento e analitico. Il lavoro domestico – riferito alla figura della casalinga – è ritenuto attività suscettibile di valutazione economica ed anzi attività produttiva di reddito. Nel caso in cui questo venga prestato all'interno del nucleo cui la *caregiver* appartiene, si parlerà più correttamente di un reddito c.d. *figurativo*, essendo il lavoro domestico prestato a titolo gratuito. Ad ogni modo, la riduzione di capacità lavorativa che si concretizzi nell'incapacità di svolgere in tutto o in parte il lavoro casalingo è considerata fonte di un danno patrimoniale, come tale autonomamente risarcibile rispetto al danno biologico subito dalla casalinga. Quest'orientamento è senz'altro consolidato. Esso è talora accompagnato da ulteriori aperture nei confronti della *fisionomia* del lavoro casalingo quale impegno valutabile in termini economici ai fini risarcitori.

27 Cfr. *ex multis*, Cass., 15 novembre 1996, n. 10015, in Arch.civ., 1997, 750; Cass., 3 novembre 1995, n. 11453;

28 Cfr. G. Becker, *A Treatise on the Family*, Cambridge, 1981. Nel lavoro in parola, Becker, teorico della *New Home Economics*, propone il superamento della tradizionale contrapposizione tra i binomi impresa-produzione e famiglia-consumo. L'economista anglosassone, partendo da un'analisi delle concrete dinamiche di accumulazione delle società a capitalismo maturo, ritiene ben possibile che la produzione di valore economicamente rilevante possa avvenire in sede domestica. In un'ottica siffatta, la famiglia cessa di esser sede di mero consumo, divenendo luogo in cui merci e tempo vengono impiegati per produrre valore di mercato, destinato al consumo.



Già negli anni '70 è avvertita l'esigenza di affermare in giurisprudenza "una visione globale e panoramica della complessa attività della casalinga" quale attività che "...non si esaurisce – come avviene invece per altre categorie di soggetti produttori di reddito - in un sol campo, ma si estrinseca in campi ben disparati, che vanno dall'accudimento alle faccende domestiche, alla conduzione dell'azienda domestica, all'allevamento ed educazione della prole, all'assistenza al coniuge ed a volte alla collaborazione con lui nel mantenimento di rapporti sociali interessanti la sua attività di lavoro"<sup>29</sup>. Da ciò si fanno derivare importanti conseguenze sul terreno della liquidazione del danno e, ancor prima, della determinazione del 'reddito figurativo', poiché, se il valore di mercato delle pure e semplici faccende domestiche può facilmente desumersi dal salario di una colf, l'apporto personale della casalinga va commisurato anche al livello culturale e al titolo di studio, mentre il suo ruolo di coordinamento *lato sensu* della vita familiare, come ha riconosciuto più di recente la Cassazione<sup>30</sup>, mantiene una sua fisionomia autonoma e, dunque, un suo valore economico, anche laddove la parte materiale delle mansioni domestiche sia in realtà affidata a persone estranee. Quest'ordine di valutazioni ha condotto in passato ad affiancare al danno commisurato al reddito figurativo (quello di una collaboratrice domestica con gli opportuni adattamenti) il danno alla vita di relazione, da liquidarsi in via equitativa, concernendo quegli apporti alla vita familiare che riguardano anche la "sfera associativa" (cioè l'intessere e il mantenere relazioni sociali) ed hanno, sia pur indirettamente, riflessi patrimoniali che interessano la famiglia nel suo complesso e l'attività professionale del marito nello specifico<sup>31</sup>. Oggi che il diritto italiano della responsabilità civile ha abbandonato la categoria del danno alla vita di relazione, si richiama il fondamento costituzionale del danno da riduzione della capacità di lavoro casalingo, ravvisandolo negli artt. 4 e 37 Cost., che tutelano, rispettivamente, la scelta di qualsiasi forma di lavoro e i diritti della donna lavoratrice<sup>32</sup>. Con ciò si vuol ulteriormente scandire l'autonomia di tale pregiudizio rispetto alla compromissione della salute ed alla rilevanza dell'art. 32 cost. in sede di responsabilità civile. Ma è comunque il profilo della patrimonialità del lavoro casalingo a dominare la scena: la Cassazione ne esplicita ulteriormente il contenuto, affermando che il suo venir meno priva i familiari di "utilità economiche...attinenti alla cura, all'educazione ed all'assistenza"<sup>33</sup>; tale complessità di mansioni comporta – si è detto - una quantificazione del danno al nucleo familiare che non può far riferimento al mero reddito di una collaboratrice domestica, ma piuttosto al triplo della pensione sociale<sup>34</sup>.

Un'ulteriore apertura e, anzi, una riconfigurazione della materia, si è manifestata di recente con riguardo all'ambito *soggettivo* rispetto al quale la compromissione della capacità di lavoro domestico ad opera del terzo rileva ai fini risarcitori. In primo luogo, la Suprema Corte ha superato gli angusti limiti di rilevanza della fattispecie, specificando che "la radicale evoluzione dei costumi non consente più di confinare la problematica in questione alla casalinga, essendo ormai ben possibile il sorgere del danno in questione anche con riferimento ad una donna che svolga anche attività casalinga e con riferimento ad un danneggiato di sesso maschile"<sup>35</sup>. In secondo luogo, si è finalmente abbandonata l'idea che il lavoro casalingo rivesta rilevanza patrimoniale soltanto in ragione dell'utilità che ne ricavano altri, cioè i familiari della casalinga ferita o uccisa, e non anche per il valore economico che esso rappresenta per chi lo pone in essere<sup>36</sup>. Precedentemente, l'attività casalinga era infatti ritenuta fonte di utilità solo per i familiari in favore dei quali è svolta, particolarmente all'interno della famiglia legittima. La fattispecie in oggetto era stata dunque ricostruita dalla giurisprudenza come un caso di interferenza illecita del terzo nell'adempimento, considerandosi la casalinga obbligata alle prestazioni di cura, e il marito e i figli titolari di un "diritto nei confronti della rispettiva moglie e madre nell'ambito del rapporto familiare"<sup>37</sup>. Il mutato orientamento consente oggi di riconoscere valore economico anche all'attività domestica della persona singola, cosicché chi subisca una lesione all'integrità fisica che comprometta la sua capacità di svolgere le faccende casalinghe, come aver cura del proprio appartamento, della propria biancheria,

29 T. Napoli, 30 giugno 1977, in *Resp.civ. e prev.*, 1978, 456.

30 Cass., 6 novembre 1997, n. 10923, in *Arch.civ.*, 1998, 174.

31 In tal senso T. Napoli, 30 giugno 1977, cit.

32 Cass., 11 dicembre 2000, n. 15580, in *Arch.giur.circ. e sin.strad.*, 2001, 293.

33 Cass., 3 novembre 1995, n. 11453, cit.

34 Cass., 10 settembre 1998, n. 8970.

35 Cass., 3 marzo 2005, n. 4657, in *Arch.giur.circ. e sin.strad.*, 2005, 576.

36 Cass., 3 marzo 2005, n. 4657, cit.

37 Cass. 10 settembre 1998, n. 8970, cit. in tal senso saldandosi con una celebre decisione in tema di jus in corpus: v. Cass., 10 maggio 2005, n. 9801.

cucinarsi i pasti, ecc., subisce non solo un danno biologico, comprendente anche la diminuzione della capacità lavorativa generica, ma anche uno specifico danno patrimoniale corrispondente alla sopraggiunta incapacità di provvedere a tali necessità. Come spesso accade, dinanzi all'inerzia del legislatore, le Corti, vincolate al divieto di *non liquet*, si sono dimostrate maggiormente recettive rispetto alle istanze provenienti dai mutamenti socioculturali che la questione involve. Nella valutazione della Cassazione, insomma, il lavoro domestico sembra aver passato il guado, divenendo *senza più dubbi* lavoro produttivo, dotato di un suo specifico ed autonomo carattere, ma ancora limitatamente al rapporto fra nucleo familiare – quale che sia la sua composizione – e terzi<sup>38</sup>.

### 3. Il lavoro di cura razzializzato: tra migrazioni e riproduzione sociale

La complessità del fenomeno indagato, nonché le criticità che questo comporta, non possono tuttavia esser compiutamente colte se non analizzando un piano ulteriore: quello della *razzizzazione del lavoro riproduttivo*, che da decenni ormai caratterizza il nostro Paese.

A partire dall'inizio degli anni Settanta, il settore del lavoro casalingo italiano è stato interessato da una serie di significativi mutamenti che hanno visto le domestiche sempre più restie ad accettare di lavorare continuamente sotto lo stesso tetto dei loro datori di lavoro, spostandosi in settori differenti del mercato del lavoro ad ore. Ciò ha condotto ad una contrazione dell'offerta a fronte di una crescente domanda di lavoratrici domestiche da parte delle famiglie italiane<sup>39</sup>. Parallelamente, nei medesimi anni l'Italia ha iniziato a scoprirsi paese di immigrazione, confrontandosi con un fenomeno nel tempo divenuto strutturale, un *fatto sociale totale*<sup>40</sup>, che ha finito per investire e modificare il tessuto socioculturale ed economico esistente. Ciò ha comportato, tra le altre cose, un notevole incremento nella disponibilità di mano d'opera a basso costo, molta della quale è stata appunto assorbita nel crescente settore dell'accudimento professionale. La maggior parte di questa forza lavoro, contrattualizzata o – molto più frequentemente – in nero, è quindi costituita da soggettività migranti. Più specificatamente, da donne migranti che, assunte da altre donne native, finiscono per riprodurre e rafforzare i citati paradigmi di femminilizzazione del lavoro riproduttivo, benché esternalizzato<sup>41</sup>. Com'è evidente, la crescente percentuale di *caregiver* migranti ha imposto all'attenzione delle giuriste – e non soltanto di queste – nuovi scenari e criticità. E ciò è tanto più vero se si considera che solo di recente gli studi sul tema, per lungo tempo incardinati sulla retorica del *breadwinner*, hanno iniziato ad occuparsi di migrazioni femminili<sup>42</sup>.

Più in generale, tali mutamenti hanno condotto il pensiero femminista a confrontarsi con interrogativi inediti, ripensando la complessità della prospettiva di genere alla luce non più soltanto delle differenze di classe, ma di nazionalità, ponendo al centro il tema della cittadinanza<sup>43</sup>. Come meglio si vedrà, sotto questo profilo, il dibattito finisce per intercettare il tema dell'*intersezionalità*, sviluppatosi negli anni Ottanta con riferimento alla condizione delle donne afroamericane negli Stati Uniti<sup>44</sup>. Nonostante tale concetto non costituisca certo la formula magica per interpretare ogni conflitto, un approccio

38 Per un'analisi critica del ruolo svolto dalla responsabilità civile nel processo di privatizzazione della famiglia, si rimanda in particolare a M. R. Marella, *'Love Will Tear Us Apart': Some Thoughts on Intrafamilial Torts and Family Law Modernization Between Italy and Canada*, in *Comparative Law Review*, Vol 7, No 2 (2016).

39 Così J. Andall, *Gender, Migration and Domestic Service: The Politics of Black Women in Italy*, Aldershot, Ashgate, 2000

40 S. Mezzadra, M. Ricciardi, (a cura di), *No border. Movimenti indisciplinati. Migrazioni, migranti e discipline scientifiche*, Verona, 2013, p. 9 ss.

41 Non è un caso che, a tal proposito, alcune voci critiche abbiamo iniziato a parlare di *rivoluzione femminista fallita*, data la sostanziale incapacità delle lotte femministe di incidere nella distribuzione dei ruoli all'interno di un settore nevralgico come quello della riproduzione sociale. A tal proposito, si rinvia a G. Bascherini, S. Nicolai, *Regolarizzare Mary Poppins. Lavoro nello spazio domestico e qualità della cittadinanza*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, Fascicolo 3, dicembre 2010, pp. 504 ss.

42 Tra i molti, si vedano C. Wihtol De Wenden, *Atlas des migrations – un équilibre mondial à inventer*, Parigi, 2016; e A. Sambo, *Donne migranti: il soggetto e il cambiamento sociale*, in *Equilibri*, Fascicolo 1, 2017.

43 Sul tema si rimanda a R. Ferrari, *Donne, migrazioni e confini*, in S. Mezzadra, M. Ricciardi, (a cura di), *No border*, cit. p. 29 ss.; ed all'analisi di A. Colombo, *Razza, genere, classe. Le tre dimensioni del lavoro domestico in Italia*, in *Polis*, Fascicolo 2, 2003, pp. 319 ss.

44 Seminali i lavori di Kimberle Crenshaw maturati come noto nell'ambiente dei Critical Legal Studies: cfr. K. Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex. A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, 140 *University of Chicago Legal Forum* (1989), 139-167; Ead., *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color*, 43 *Stanford Law Review* (1991), pp. 1241-1299. Per una genealogia cfr. D. Kennedy, *Inter-*

siffatto, capace di tenere insieme piani di analisi differenti ma fra loro interdipendenti (quelli della razzializzazione, del sesso, della classe, della nazionalità, dell'orientamento sessuale), può sicuramente contribuire a cogliere la complessità del fenomeno, rivelandone le numerose contraddizioni<sup>45</sup>.

Lavoratrici domestiche, quindi, esposte ad un duplice livello di ricattabilità – in quanto donne e come migranti – che, spesso, aggiungono alla precarietà lavorativa ed all'assenza di garanzie contrattuali anche una maggior fragilità economica, una condizione di vulnerabilità e magari di clandestinità che non necessariamente investono altri gruppi di caregiver. Come facilmente intuibile, ciò dà spesso luogo a spirali che si autoalimentano: la mancanza di idonei meccanismi di ingresso regolare delle lavoratrici conduce alla clandestinità<sup>46</sup>. A sua volta, l'assenza di documenti porta a non poter stipulare un regolare contratto di lavoro, incrementandone la vulnerabilità economica e la propensione ad accettare lavori in nero, demansionati, con retribuzioni del tutto inadeguate al carico di lavoro svolto, e privi di ogni garanzia. Tale fenomeno è spesso accompagnato da quello che viene comunemente definito dai sociologi come uno *squilibrio di status*<sup>47</sup>. Rispetto al livello generale di istruzione – nonché alle professioni precedentemente svolte nei Paesi di provenienza – l'accudimento professionale finisce per rappresentare per queste donne uno strumento di ascesa economica e, contemporaneamente, di perdita di *status*, a causa del mancato riconoscimento economico e sociale del valore del lavoro svolto. Inoltre, la crescita del settore ha dato frequentemente vita a "catene di esternalizzazione", le quali comportano deficit di accudimento nei nuclei di provenienza delle lavoratrici domestiche a contratto<sup>48</sup>.

Un'ulteriore criticità è rappresentata dal rischio di vere e proprie *segregazioni etniche*. Ciò anche attraverso l'operato di corpi intermedi informali che, per le ragioni più disparate, mediano tra domanda ed offerta di lavoro domestico nelle metropoli (basti pensare all'operato di molte associazioni cattoliche ed umanitarie). Paradossalmente, la loro efficienza nel favorire l'incontro tra domanda e offerta in specifici ambiti del mercato del lavoro, può contribuire a produrre processi di chiusura e stereotipizzazione

---

*sectionality and Critical Race Theory: A Genealogical Note from a CLS Point of View* (2017), available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3014312>.

- 45 Lo strutturarsi del pensiero intersezionale ha portato recentemente ad affiancare al concetto di *intersectional discrimination* quello di *multidimensional discrimination*. Al contrario dell'approccio intersezionale, che rinvia ad una certa separabilità delle identità e dei poteri sociali che le formano, quello multidimensionale sembrerebbe meglio cogliere l'inscindibile complessità dei piani delle identità e dell'oppressione. L'approccio multidimensionale sorge infatti dalla sintesi di riflessioni e metodi differenti, propri della Critical Race Theory e degli studi Queer. Ciò consente di porre l'accento sul fatto che non solo i singoli individui che li compongono, ma anche gli stessi gruppi sociali nel loro complesso presentano dimensioni molteplici, che non possono essere ignorate. La multidimensionalità mette quindi in rilievo come le diverse identità che gli individui che appartengono a diversi gruppi hanno (genere, sesso, classe) possano interagire fra di loro, alimentandosi e rafforzandosi reciprocamente. Questa condizione, nella quale tutti i gruppi subordinati si trovano, va oltre l'approccio meramente additivo, in cui una esperienza si cumula all'altra, ed enfatizza invece il modo in cui le varie forme di oppressione si trovano intrecciate in tutte le categorie identitarie. Così, all'interno dell'eterogeneo panorama delle caregiver professionali, ad esempio, troviamo non solo donne appartenenti a diverse etnie, ma con differenti status sociali ed un diverso orientamento sessuale. Per una bibliografia minima si veda *ex multis* D.L. Hutchinson, *Identity Crisis: Intersectionality, Multidimensionality, and the Development of an Adequate Theory of Subordination*, in *Michigan Journal of Race & Law* (2001), 6(2), 285-318; L. MC Whorter, *Sex, Race, and Biopower: A Foucauldian Genealogy*, in *Hypatia*, 19(3), 38-62 (2004); P.H. Collins, *Some Group Matters: Intersectionality, Situated Standpoints, and Black Feminist Thought*. in T.L. Lott & J.P. Pittman (ed.) *A Companion to African-American Philosophy*, Oxford: Blackwell (2003), 205-229, p. 208. In Italia si segnala l'interessante riflessione proposta da G. M. A. Scamardo in una tesi di dottorato dal titolo *La Critical Race Theory. Ricostruzione storico critica e analisi intersezionale della discriminazione*, Università degli Studi di Palermo, a.a. 2012/2013. Per una riflessione sulla CRT come strumento di analisi critica del diritto cfr. G. Marini, *Il colore nel diritto: costruire la soggettività nell'esperienza della Critical Race Theory*, in M. G. Berardini, O. Giolo (a cura di), *Le Teorie Critiche del Diritto*, Pisa (2017), p. 69 ss.
- 46 Per una diffusa analisi della complessità dei meccanismi di emersione delle lavoratrici domestiche irregolari, nonché dei canali di accesso legali per le *caregiver* migranti extracomunitarie, si rinvia a E. Santoro, *La nuova via della schiavitù*, in *Iride* (ISSN 1122-7893) Fascicolo 1, aprile 2010.
- 47 R.S. Parreñas, *Servants of Globalization. Women, Migration and Domestic Work*, Stanford University Press, 2001.
- 48 La premessa da cui parte la letteratura sulle catene di cura è la necessità di analizzare le relazioni interdipendenti di accudimento che si creano nel contesto transnazionale. Secondo tale ricostruzione, ad un'estremità della catena vi sarebbero di solito delle prestazioni gratuite, svolte all'interno del nucleo della *caregiver* nel suo paese d'origine. All'estremo opposto, invece, vi sarebbero le prestazioni di cura salariate che questa svolge nella nazione ospitante. Proprio tale retribuzione sarebbe alla base della creazione della catena. Di conseguenza, la catena della riproduzione globale si fonderebbe su un indefettibile presupposto: la presenza, nella famiglia di provenienza, di un soggetto (generalmente una figlia maggiore) che si prenda cura degli altri membri mentre sua madre lavora come tata. Che svolga, cioè, il ruolo suppletivo di tata dei figli di una tata migrante che, a sua volta, si prende cura del figlio di una famiglia in un paese ricco. Sul punto si veda la riflessione di H. Shamir, *What's the Border Got to Do with It- How Immigration Regimes Affect Familial Care Provision - A Comparative Analysis*, 19 AM. U. J. GENDER Soc. POL'y & L. 601 (2011), p. 613.

etnica, come avvenuto, ad esempio, nel caso della comunità filippina o di quelle provenienti dell'est Europa, cui è attualmente delegato gran parte del lavoro domestico salariato svolto all'interno delle famiglie italiane<sup>49</sup>. Tale fenomeno ha per effetto quello di provocare un'apparente inclusione, un'integrazione *subalterna* appunto, dietro la quale si celano meccanismi di inferiorizzazione delle soggettività coinvolte. Esse, infatti, seppur possano apparire integrate rispetto ai nuclei familiari nei quali prestano servizio, ne restano ai margini, finendo per rimanere vittime di subalternità personale e lavorativa. Ciò è in larga parte dovuto alla gestione privata e del tutto informale del rapporto di lavoro tra le parti; nonché all'elevata ricattabilità economica e sociale alla quale le lavoratrici domestiche straniere sono esposte<sup>50</sup>. Fenomeni ben noti all'interno del mercato del lavoro neoliberale, ma che nel contesto domestico in cui la prestazione di cura generalmente si svolge, rendono tali meccanismi ancor più difficilmente riconoscibili e, quindi, disinnescabili<sup>51</sup>. Mutuando le categorie proprie del materialismo storico, è possibile infatti affermare che l'*addomesticamento* del lavoro di cura e l'isolamento delle soggettività che vi si dedicano, rischiano di ostacolare una presa generalizzata di coscienza circa la propria condizione esistenziale come politica e di classe, neutralizzandone così la conflittualità.

Tutte queste criticità hanno finito per esser ulteriormente acuite dall'emergenza pandemica legata al Covid-19<sup>52</sup> che, come ormai evidente, si è abbattuta con maggior gravità proprio sulle fasce della popolazione già economicamente e lavorativamente precarie<sup>53</sup>. Tra queste spicca la categoria delle lavoratrici domestiche professionali straniere e non 'regolarizzate', le quali sono in larga parte rimaste senza alcuna fonte di reddito per tutto il periodo del *lockdown*. L'assenza di una regolare situazione lavorativa ha infatti reso estremamente rischiosi, se non impossibili, gli spostamenti di colf, badanti e babysitter. L'impossibilità di comprovare l'attività svolta, ha fatto sì che la loro condizione fosse non sussumibile nei *giustificati motivi di lavoro*, di cui ai Dpcm susseguitesisi nel corso della prima ondata della pandemia. Esse, inoltre, per le medesime ragioni, si sono viste estromettere dall'apparato di sussidi e misure eccezionali di integrazione del reddito stanziati per far fronte all'emergenza, restando, di fatto, prive di qualunque forma di tutela o garanzia<sup>54</sup>.

Come evidente, a fronte della portata e rilevanza del fenomeno, del tutto insufficienti ed inadeguati risultano gli strumenti giuridici offerti dall'attuale legislazione. Un lampante esempio è stato recentemente rappresentato dal fallimentare tentativo di regolarizzazione posto in essere con la sanatoria di cui all'art. 103, comma 1, DL n. 34 del 19 maggio 2020<sup>55</sup>, convertito dalla L. n. 77 del 17 luglio 2020. Nelle intenzioni del legislatore, il provvedimento avrebbe dovuto rendere possibile l'emersione – anche attraverso l'introduzione di uno scudo penale ed amministrativo per i datori di lavoro – di rapporti di lavoro irregolare. In particolare, la sanatoria ha riguardato i rapporti in corso e quelli istituendi afferenti ai due settori nei quali si registra la maggior presenza di lavoratori e lavoratrici straniere, nonché i più elevati livelli di sfruttamento: quello del lavoro domestico, appunto, e quello dell'agricoltura. Tale possibilità è

49 Su tale profilo, si confronti M. Ambrosini, *Gli immigrati nei mercati del lavoro: il ruolo delle reti sociali*, in *Stato e mercato*, Fascicolo 3, 2000, pp. 415-446.

50 Anche rispetto al carattere informale delle prestazioni erogate, il quadro giuridico di riferimento gioca un ruolo di assoluta centralità. La ricostruzione classica, diffusa soprattutto da una certa letteratura giusfamiliistica, ha per lungo tempo considerato i settori informali come semplicemente al di fuori della portata del diritto. Una lettura siffatta ha finito inevitabilmente per trascurare il fatto che differenti sono i livelli di regolamentazione giuridica che possono interagire con il settore "informale", portando a vari gradi di informalità. Così facendo, il diritto ha abdicato al suo ruolo controfattuale di regolazione, consentendo che settori centrali del mercato, come quello che concerne le prestazioni di cura retribuite, venissero di fatto lasciate all'arbitrio delle parti coinvolte. Nel caso del lavoro domestico razzializzato, tantopiù forte è l'informalità, tanto più debole sarà la posizione contrattuale dei lavoratori e delle lavoratrici, nonché la loro ricattabilità, soprattutto qualora siano privi di regolare permesso di soggiorno. Cfr. B. Guha-khasnobis, R. Kanbur, E. Ostrom, *Beyond Formality and Informality*, in B. Guha-khasnobis, R. Kanbur, E. Ostrom (a cura di), *Linking the Formal and Informal Economy: Concepts and Policies*, Oxford Scholarship Online (2006).

51 Cfr. M. Ambrosini, R. Lodigiani, S. Zandrini, *L'integrazione subalterna*, in *L'integrazione subalterna. Peruviani, Eritrei e Filippini nel mercato del lavoro milanese*, 1995, pp. 1-60.

52 Sul tema delle criticità emerse per le lavoratrici domestiche, professionali e non, al tempo del Covid-19, si rimanda al contributo di S. De Simoni, *La questione della riproduzione sociale*, comparso su *Infoaut* del 22 maggio 2020, rintracciabile al seguente indirizzo <https://www.infoaut.org/femminismo-genders/la-questione-della-riproduzione-sociale>.

53 Cfr. L. De Michele, *La sanità nel Regno Unito in Italia alla prova del Covid*, in *EuroNomade*, Dic 21, 2020.

54 Si veda al riguardo l'inchiesta *Colf e badanti hanno bisogno di aiuto*, condotta dalla CGIL e pubblicata il 2 aprile 2020 sulla piattaforma online del sindacato, *Collettiva*, consultabile all'indirizzo [https://www.collettiva.it/copertine/welfare/2020/04/02/news/colf\\_e\\_badanti\\_hanno\\_bisogno\\_di\\_aiuto-94632/](https://www.collettiva.it/copertine/welfare/2020/04/02/news/colf_e_badanti_hanno_bisogno_di_aiuto-94632/)

55 <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/05/19/20G00052/sg>.



stata riconosciuta sia alle persone *ab origine* sprovviste di un titolo di soggiorno, che a coloro che avessero un permesso ormai scaduto e non rinnovato.

In entrambi i settori considerati, la farraginosità dell'iter burocratico da seguire, i costi della procedura, nonché la particolare complessità – ad opinione di molti irragionevole – dei requisiti richiesti, hanno finito per disattendere del tutto le aspettative<sup>56</sup>. In particolare, nel caso del lavoro domestico, sebbene le richieste siano state pari all'85% del totale delle domande trasmesse, i numeri complessivi si sono fermati ben al di sotto di quanto previsto: 207.542 richieste a fronte delle oltre 600.000 attese dal Viminale<sup>57</sup>.

Allo stato attuale, ad emergere è quindi la necessità di una legislazione che, da un lato, riconosca ed intercetti la domanda crescente di accudimento delle famiglie italiane e che, dall'altro, consenta alle lavoratrici migranti di svolgere la loro attività professionale in modo regolare e dignitoso, beneficiando delle tutele contrattuali e previdenziali alle quali hanno diritto. Una tale prospettiva mira, peraltro, a scongiurare i rischi di vittimizzazione delle stesse lavoratrici domestiche straniere. Nonostante le criticità evidenziate, e sebbene quella del lavoro di cura costituisca per tante la sola fonte reddituale possibile, compito del diritto permane quello di riconoscere e garantire l'*agency* di queste lavoratrici. La loro capacità, cioè, di autodeterminarsi nel contesto sociale in cui operano, al fine di generarne il cambiamento.

La sfida cui si è oggi chiamati è quella di fornire al mercato del lavoro domestico ed alle donne che vi operano strumenti giuridici idonei ad esercitare liberamente la propria capacità negoziale, in condizioni di maggior equità. Questo potrà essere fatto ricorrendo, ad esempio, a forme di contrattazione a tutela rafforzata, le quali compensino l'eventuale disparità di potere economico e di negoziazione *ex ante*, e garantiscano l'equilibrio contrattuale durante l'esecuzione del rapporto<sup>58</sup>. Tuttavia, prima ancora che riflettere sulla necessità di discipline *ad hoc*, appare necessario affrontare il *deficit di effettività* che caratterizza il settore. Infatti, se le norme vigenti venissero applicate, le tutele previste dagli accordi interconfederali consentirebbero già di per sé di ridurre considerevolmente i livelli di ricattabilità cui le lavoratrici domestiche, italiane e straniere, sono esposte. L'importanza di fornire effettività alla disciplina vigente si coglie con maggior chiarezza analizzando le differenti condizioni che caratterizzano le lavoratrici domestiche straniere in Italia. Ancora una volta, essenziale appare non scivolare in generalizzazioni che guardino a quello delle *caregiver* come ad un gruppo omogeneo. Un esempio lampante di come stretta sia la correlazione esistente tra diritto e *agency* è fornito dal caso delle collaboratrici rumene in Italia. Sebbene la Romania non ne sia ancora un membro a pieno titolo (mantenendo tuttora l'obbligo di esibire carta di identità o passaporto per chiunque ne varchi le frontiere e non avendo ancora adottato la moneta unica) la sua entrata nell'Unione Europea nel 2007 ha contribuito a mutare profondamente la condizione delle lavoratrici domestiche presenti nel nostro Paese. La regolarizzazione generalizzata della loro situazione personale, infatti, ha finito per aumentarne il potere contrattuale, riducendone la propensione ad accettare lavori demansionati, sottopagati e privi di garanzie contrattuali e previdenziali<sup>59</sup>. Le lavoratrici domestiche provenienti dalla Romania, non essendo più schiacciate dal giogo della clandestinità, hanno quindi avuto modo di rivendicare condizioni di lavoro e contratti più equi,

56 Il tema non può essere approfondito in questa sede. Per un'attenta disamina si rinvia pertanto a M. Paggi, *La sanatoria ai tempi del coronavirus*, in *Questione Giustizia*, 28 maggio 2020, consultabile al link [https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-sanatoria-ai-tempi-del-coronavirus\\_28-05-2020.php](https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-sanatoria-ai-tempi-del-coronavirus_28-05-2020.php). È il caso di sottolineare come, per ragioni parzialmente differenti, le medesime criticità sono state riscontrate con riferimento alla Sanatoria del 2009, per la cui trattazione si rimanda a G. Bascherini, S. Niccolai, *Regolarizzare Mary Poppins*, cit. pp. 518 ss.

57 È quanto risulta dal Report pubblicato dal Ministero dell'Interno in data 22 agosto 2020 <https://www.interno.gov.it/it/notizie/emersione-dei-rapporti-lavoro-presentate-piu-207mila-domande>.

58 Si potrebbe, ad esempio, valutare l'opportunità di introdurre forme di negoziazione assistita, svolta da organi pubblici preposti, che non aggravino così i costi per i contraenti, ma garantiscano al contempo l'equità dei termini del futuro rapporto. Oppure, tenuto conto delle condizioni di particolare vulnerabilità delle lavoratrici straniere non regolari, predisporre incentivi che consentano di regolarizzare le *caregiver* professionali, prevedendo, ad esempio, sgravi fiscali o altri meccanismi premiali per i soggetti che le assumono. Relativamente ad una più articolata disamina sul tema, si rimanda a M. R. Marella, S. Catanossi, *Il contratto e il mercato sono maschili?* Cit. pp. 173ss; e soprattutto a M. R. Marella, *The Family Economy Versus the Labour Market (or Housework as a Legal Issue)*, in J. Conaghan, K. Rittich (a cura di) *Labour Law, Work, and Family. Critical and Comparative Perspectives*, Oxford University Press (2005), pp. 157 ss.

59 È importante sottolineare che l'entrata della Romania nell'Unione ha fornito una generale propulsione all'inclusione delle comunità presenti, come si evince, ad esempio, dagli elevati livelli di integrazione delle seconde generazioni che emergono dai dati in tema di istruzione. A partire proprio dal 2007, infatti, vi è stata una crescita costante non solo dei minori di origine rumena che frequentano le scuole dell'obbligo italiane, ma anche un incremento delle iscrizioni a corsi universitari e altri cicli di istruzione superiore, ben al di sopra di quanto avvenuto per giovani di altre nazionalità. Fonte <https://miur.gov.it/documents/20182/250189/Notiziario+Stranieri+1718.pdf/78ab53c4-dd30-0c0f-7f40-bf22bbcedfa6?version=1.1&t=1562782116429>.



raggiungendo livelli di emancipazione ed autonomia che rimangono preclusi, nella maggior parte dei casi, a *caregiver* extracomunitarie prive di permesso di soggiorno.

L'analisi del quadro del lavoro di cura esternalizzato e razzializzato appare quindi complessa. Si avverte la necessità di un approccio che tenga conto delle diverse variabili coinvolte nel rapporto di accudimento professionale – giuridiche e non – e che non riduca nessuno degli attori coinvolti al ruolo di mera vittima. Solo così si potrebbe cogliere la complessità delle interazioni sociali ed economiche coinvolte all'interno di un contesto negoziale in cui tutti gli attori hanno comunque un certo potere, poiché ciascuno ha una serie di mosse strategiche da cui partire per compiere le proprie scelte, emancipandosi da costrizioni di natura economica e sociale che ne potrebbero privare di effettività l'arbitrio. Un'applicazione rigorosa delle norme esistenti, nonché l'individuazione di ulteriori meccanismi giuridici di tutela, da un lato, consentirebbe di decostruire il modello di un maschio/bianco/proprietario come unico operatore del mercato, e che relega le donne al mero ruolo passivo del binomio vittima – carnefice<sup>60</sup>. Tuttavia, allo stesso tempo, eviterebbe realisticamente di cadere nell'illusione romantica ed individualista di un soggetto libero di scegliere tra le infinite possibilità offerte dal mondo del mercato.

Inoltre, come evidente, presupposto imprescindibile per il superamento della condizione di ricattabilità delle *caregiver*, rimane quello di un pieno e trasversale riconoscimento – giuridico, economico e sociale - del carattere produttivo del lavoro di cura. L'attenzione dovrebbe quindi essere posta sul rafforzamento della posizione contrattuale delle lavoratrici, attraverso un incremento delle tutele, una puntuale applicazione della disciplina giuslavorista ed una maggior sindacalizzazione del settore<sup>61</sup>. Pur non ritenendo che un'azione legislativa possa costituire la panacea per tutti i problemi che caratterizzano il lavoro di cura, innegabile è il ruolo che i dispositivi giuridici giocano nel plasmare la realtà sociale nonché il senso comune, a cominciare da quelle regole che, fornendo maggiori garanzie alle lavoratrici, ne rafforzano il grado di apprezzamento sociale e il potere contrattuale, consentendo loro di rivendicare condizioni di lavoro migliori.

## 4. Conclusioni

Come emerso da questa breve – e di certo non esaustiva – trattazione, molteplici sono i livelli di criticità e gli interrogativi aperti dallo scenario che oggi caratterizza la relazione tra riproduzione sociale e migrazioni. Scenario la cui complessità, lungi da fuorvianti semplificazioni, non può esser colta se non attraverso un approccio egualmente complesso ed interdisciplinare. Si avverte la necessità di una strategia che interroghi in egual misura il diritto, la politica, l'economia, la sociologia in una prospettiva fluida. In questo quadro, se è vero che, il razzismo può oggi essere letto come "l'istituzionalizzazione patriarcale della vulnerabilità imposta alla donna<sup>62</sup>", ad emergere è un dato innegabile: il binomio antirazzismo – antisessismo costituisce una chiave di lettura irrinunciabile per cogliere e decodificare la realtà che ci circonda ed i fenomeni che la attraversano.

60 Sulle diverse prospettive in tema di autonomia negoziale femminile nel mercato neoliberale si vedano, tra le altre, C. Rose, *Property as Storytelling. Perspectives from Game Theory, Narrative Theory, Feminist Theory*, 2 *Yale Journal of Law & Humanities* (1990), p. 37; M. Albertson Fineman, *Contract, Marriage and Background Rules*, in B. Bix (a cura di), *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, 1998, Oxford, Clarendon Press, p. 183; C. Dalton, *An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine*, 94 *Yale Law Review* (1984-1985), p. 997 ss.; M. J. Frug, *Re-Reading Contracts: a Feminist Analysis of a Contracts Casebook*, 34 *American University Law Review* (1984-1985), pp. 1065-1140; Ead., *Rescuing Impossibility Doctrine: a Postmodern Feminist Analysis of Contract Law*, 140 *University of Pennsylvania Law Review* (1992), pp. 1029-1046; W. Wieggers, *Economic Analysis of Law and Private Ordering. A Feminist Critique*, 42 *University of Toronto Law Journal* (1992), p. 170; B. Cossman *A Matter of Difference: Domestic Contracts and Gender Equality*, 28 *Osgoode Hall Law Journal* (1990), pp. 303-380; G. K. Hadfield, *An Expressive Theory of Contract: From Feminist Dilemmas to a Reconceptualization of Rational Choice in Contract Law*, 146 *University of Pennsylvania Law Review* (1998), p. 1235; Ead., *The Dilemma of Choice: A Feminist Perspective on The Limits of Freedom of Contract*, 33 *Osgoode Hall Law Journal* (1995), p. 337; A. Belcher, *A Feminist Perspective on Contract Theories from Law and Economics*, 8 *Feminist Legal Studies*, (2000), p. 29 ss.; D. Campbell, *Afterword: Feminism, Liberalism and Utopianism in the Analysis of Contracting*, in L. Mulcahy e S. Wheeler (a cura di), *Feminist Perspectives on Contract Law*, London, 2005, p.161. In Italia, si consenta il rinvio a M. R. Marella, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2003, p. 57 ss.; Ead., *The Family Economy Versus the Labour Market*, cit. p. 160 ss.

61 Sul punto, *ex plurimis*, si vadano le riflessioni di P. R. Smith, *Regulating Paid Household Work: Class, Gender, Race, and Agendas of Reform*, 48 *American University Law Review* 851 (1999).

62 R. Ferrari, *Donne, migrazioni e confini*, cit. p. 39.

Ciò, inevitabilmente, porta all'apertura di nuovi piani di conflitto all'interno delle lotte femministe stesse. Come si è detto, quella delle donne è una realtà composita, in cui essenziale è il riconoscimento e la decostruzione dei diversi livelli di privilegio esistenti. È evidente (come ben messo in luce dagli studi post-coloniali e dalla *critical race theory*<sup>63</sup>), che, all'interno di uno stesso genere, il grado di vulnerabilità di volta in volta riscontrato è ben diverso a seconda del fatto che ci si riferisca ad una donna bianca o nera, proprietaria e borghese o economicamente fragile, cittadina o migrante, ecc. Il rischio è quello di derive essenzialiste ispiratrici di politiche identitarie che neghino la presenza di rilevanti sperequazioni di classe, etnia e condizione sociale all'interno di gruppi artificialmente ricondotti ad unità<sup>64</sup>.

Apparentemente questo potrebbe rischiare di comportare uno sfaldamento della coesione stessa del gruppo, con un depotenziamento della lotta politica femminista. Quanto mai attuale sembrerebbe il dubbio posto nel 1791 da Olympe de Gouges: "le donne saranno sempre divise le une dalle altre? Non formeranno mai un corpo unico?"<sup>65</sup>. Innegabile è infatti il conflitto tra donne che l'esternalizzazione del lavoro di cura porta alla luce.

Tuttavia, assumere consapevolezza della diversità delle identità che compongono un gruppo non implica necessariamente depotenziarne le istanze di liberazione. Al contrario, l'approccio intersezionale consente di rimarcare la complessità facendone un punto di forza, attraverso lo sviluppo di nuove strategie comuni. Con particolare riferimento alla questione del lavoro di cura femminile, acquisire consapevolezza dell'eterogeneità delle condizioni personali e dei differenti livelli di oppressione esistenti non solo non fa venir meno la coesione politica complessiva del gruppo, ma finisce, al contrario, per potenziarla. Prendere coscienza della complessità del fenomeno consente infatti di individuare e comprendere i privilegi esistenti, sviluppando nuovi paradigmi di solidarietà politica e sociale all'interno dei movimenti femministi. Alla comune subordinazione rispetto al modello patriarcale dominante si aggiunge, quindi, la consapevolezza dei diversi livelli di ricattabilità, ponendo l'accento sull'esistenza di problemi che colpiscono maggiormente – o esclusivamente – soltanto alcune delle soggettività coinvolte. Senza comprometterne la coesione strategica e politica, questo consente al gruppo di stringere nuove alleanze, anche qualora portatrici di interessi contrapposti, così come avviene nei rapporti contrattuali tra donne datrici di lavoro e collaboratrici domestiche.

A fronte di tali contrasti, alcuni hanno adottato un approccio *mitizzante* rispetto alla cura ed alle relazioni che da questa scaturiscono. Si è parlato, a tal proposito, di alleanze virtuose tra *caregiver* professionali e datrici di lavoro, di una complicità basata su un presunto solidarismo tutto al femminile, idoneo favorire lo sviluppo di pratiche quotidiane orizzontali, nuove convivenze organizzate e buone

63 Tra i numerosi studi sul tema si rinvia, *ex plurimis*, a K. Crenshaw, N. Gotanda, G. Peller, K. Thomas (a cura di), *Critical Race Theory: The Key Writings That Formed The Movement* (1996); K. Thomas e Gf. Zanetti (a cura di), *Legge, razza e diritti. La Critical Race Theory negli Stati Uniti*, Reggio Emilia, 2005; P. J. Williams, *The Alchemy of Race and Rights: Diary of a Law Professor*, Harvard University Press (1991); M. J. Matsuda, *The Voices of America: Accent, Anti-discrimination Law, and a Jurisprudence for the Last Reconstruction*, 100 *Yale Law Journal* 1329 (1991); Ead. *Words That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment*, Westview Press (1993); R. Delgado, *Si Se Puede, but Who Gets the Gravy?*, 11 *Michigan Journal of Race and Law* (2005), pp. 9- 20; A. Wing, *Global Critical Race Feminism: An International Reader*, New York University Press (2000); A. Wing, M. Smith, *Critical Race Feminism Lifting the Veil? Muslim Women, France and the Headscarf Ban*, 39 *University of California at Davis Law Review* (2006) 743-86; A. Asch, *Critical Race Theory, Feminism, and Disability: Reflections on Social Justice and Personal Identity* (2001); B. Smith, *Home Girls: A Black Feminist Anthology*, Rutgers University Press (2000); B. Dill, *Race, Class, and Gender: Prospects for an All-inclusive Sisterhood*, *Feminist Studies* (1980); Ead. "Making Your Job Good Yourself": *Domestic Service and the Construction of Personal Dignity*, In A. Bookman & S. Morgen (Eds.) *Women Politics and Empowerment*. Temple University Press, pp. 40 ss. (1988); P.H. Collins, *Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness, and the Politics of Empowerment* (2008); J. C. Nash, *Re-thinking Intersectionality*, in 89 *Feminist Review*, (2008), 1- 15; W. Lubiano, *Black Ladies, Welfare Queens, and State Minstrels: Ideological War by Narrative Means*, in T. Morrison (Ed) *Race-ing Justice, EnGendering Power* (232-252) New York (1992); J.A. Powell, *The Multiple Self: Exploring Between and Beyond Modernity and Postmodernity*, 81 *Minnesota Law Review*, (1997); S. Carle, *Theorizing Agency*, 55 *American University Law Review* (2005), pp.339 ss; K.T. Bartlett, A.P. Harris, D.L. Rhode, *Gender and Law: Theory, Doctrine, Commentary*, Aspen Law & Business (2002); L.M. Alcoff, *Visible Identities: Race, Gender, and the Self: Race, Gender, and the Self*, Oxford University Press (2005).

64 Il dibattito teorico del femminismo antiessenzialista sul tema è particolarmente articolato. Tra i contributi principali vale la pena ricordare T. Grillo, *Anti-Essentialism and Intersectionality: Tools to Dismantle the Master's House*. In *Berkeley Women's Law Journal*, 10, 16 (1995), p. 19 ss; E.V. Spelman, *Inessential Woman: Problems of Exclusions in Feminist Thought*, in Boston: Beach Press (1988); A. Harris, *Race and Essentialism in Feminist Theory*, in *Stanford Law Review*, 42 (1990); M. Kline, *Race, Racism, and Feminist Legal Theory*. 12 *Harvard Women's Law Journal*, (1989); D.L. Rhode, *Justice and Gender: Sex Discrimination and the Law*, Harvard University Press (1991); J. Wong, *The Anti-Essentialism v. Essentialism Debate in Feminist Legal Theory: The Debate and Beyond*, 5 *William & Mary Journal of Women and Law*, 273 (1999), pp. 287-288.

65 O. De Gouges, cit. in C. Lonzi, *Manifesto della rivolta femminile, Sputiamo su Hegel. La donna clitoridea e la donna vaginale*, Milano, 1982, pag. 13. Per una ulteriore analisi critica del tema, sia consentito il rinvio a M. R. Marella, *Le donne*, in L. Nivarra (cur.), *Gli anni Settanta del diritto privato*, Milano, 2008.

prassi capaci di indurre ampi cambiamenti<sup>66</sup>, al di là delle differenze di potere esistenti. Per contro, altre hanno sposato posizioni di segno radicalmente opposto, che vedono nel lavoro di cura professionale e razzializzato una forma di nuova schiavitù, che ricalca pedissequamente la relazione servo-padrone propria dei regimi coloniali dei secoli scorsi. Una situazione in cui, cioè, la forza lavoro a basso costo, rappresentata per la stragrande maggioranza da donne migranti, viene esportata da Paesi in via di sviluppo e fatta confluire, in modo più o meno forzoso, nel mercato dell'accudimento (scarsamente) salariato.<sup>67</sup>

Ad avviso di chi scrive, entrambe queste ricostruzioni, sebbene antitetiche, scontano il rischio di trascurare, sino a banalizzarla, una componente essenziale del fenomeno. Da un lato, infatti, è certamente opportuno rifuggire posizioni radicali, che finiscono per ignorare il legittimo bisogno di accudimento professionale da parte delle famiglie italiane; nonché l'altrettanto sacrosanto interesse per le lavoratrici straniere di rispondere a questi bisogni, competendo sul mercato al fine procurandosi le necessarie fonti di reddito. Dall'altro, tuttavia, non è possibile neutralizzare il conflitto che da questo fenomeno scaturisce: la cura a pagamento finisce per concretizzarsi sempre in un rapporto tra donne, che non scardina la rigida divisione dei ruoli in tema di accudimento, ma che al contrario la perpetua, trasponendola nel relativo rapporto di lavoro subordinato. Anche quando esternalizzato, infatti, il carico mentale che il lavoro domestico comporta continua ad essere appannaggio esclusivo delle donne. Nella quasi totalità dei casi, quindi, competerà in via esclusiva alla donna curare ogni aspetto della relazione stessa: dall'individuazione di una candidata idonea, alla contrattazione del salario, passando per l'individuazione del carico di lavoro e mansioni, l'orario giornaliero, ecc. Tutte questioni verso le quali, per le numerose ragioni affrontate, le componenti maschili della famiglia continuano a mostrarsi ostentatamente disinteressate, restando estranee ad ogni eventuale conflitto. Questo, come se il disinteresse per ciò che riguarda la cura fosse ontologicamente connesso al proprio ruolo. Il rapporto tra donne così istaurato si complica ulteriormente, come si è visto, qualora coinvolga soggettività migranti. La vulnerabilità economica, la precarietà giuridica ed i pregiudizi culturali cui spesso sono esposte, finiscono infatti per incidere negativamente sulla relazione di lavoro, che unisce all'ordinaria contrapposizione di interessi tra datrice di lavoro e lavoratrice ed alle criticità che da sempre accompagnano il lavoro riproduttivo, il peso di una conflittualità etnica, censitaria e di classe interna al genere stesso. La casa diventa quindi la nuova fabbrica, entro cui si strutturano, in forma privata, gli equilibri di potere tra donne con differenti ruoli, e dove il conflitto fra sessi viene decompresso assumendo una lavoratrice domestica<sup>68</sup>. Da qui il paradosso insito nell'esternalizzazione dell'accudimento. La mercificazione del lavoro di cura endofamiliare costituisce innegabilmente uno degli strumenti idonei a liberare le donne dal peso esclusivo degli obblighi domestici, garantendo loro di concorrere nel mercato del lavoro retribuito. Consente cioè alle donne che possono permettersi di assumere un'assistente domestica di avvicinarsi al modello neoliberale di "lavoratore ideale". Allo stesso tempo, garantisce una legittima fonte di reddito per le *caregiver* salariate. Tuttavia, come si è detto, quello di cura continua ad esser un lavoro generalmente privo di tutele e con un compenso ingiustificatamente basso, soprattutto quando percepito da donne appartenenti determinate a minoranze etniche o razziali. La distribuzione di genere del lavoro riproduttivo rimane quindi invariata: esso viene riallocato tra donne appartenenti a classi diverse e con differenti *background*, correndo così il rischio non solo di perpetuare, ma di esacerbare gerarchie di classe e le differenze su base razziale, senza superare la disuguaglianza di genere<sup>69</sup>.

66 Si confrontino sul tema C. Alemani, *Le colf: ansie e desideri delle datrici di lavoro*, in *Polis*, 2004, p. 141.

67 Questo filone di studi, che vede nel lavoro di cura una forma di "schiavitù domestica" ha anche recentemente trovato riconoscimento in alcuni documenti internazionali, venendo considerato come un fenomeno in crescita. Si veda, ad esempio, COUNCIL OF EUROPE COMM. ON EQUAL OPPORTUNITIES FOR WOMEN AND MEN, DOMESTIC SLAVERY REPORT (May 2001), consultabile al sito <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/doc01/EDOC9102.htm>. Tale approccio è stato criticamente e diffusamente analizzato da Shamir, la quale sottolinea come siano stati spesso gli stessi lavoratori e lavoratrici migranti a schierarsi contro posizioni estreme, che tendono radicalmente a negare la possibilità di una contrattualizzazione del lavoro domestico esternalizzato. Tali posizioni, infatti, rischiano di sfociare in derive paternaliste e sovradeterminanti, che privano di agentività le soggettività coinvolte. Sotto tale profilo, emblematico risulta il caso di RESPECT (Rights, Equality, Solidarity, Power, Europe, Co-operation Today). Si tratta di una rete di lavoratrici e lavoratori domestici migranti auto-organizzati, di origine principalmente filippina, che nel 2001 ha deciso di dissociarsi dal concetto di "schiavitù domestica", trovando che la lingua della tratta e il vittimismo non risulti confacente rispetto all'esperienza della maggior parte dei migranti filippini. Gli attivisti e le attiviste di RESPECT ritengono inoltre che l'uso di questa retorica possa avere effetti controproducenti rispetto alle loro rivendicazioni, finendo per delegittimare il loro lavoro piuttosto che incrementarne il potere contrattuale. Sul punto si rinvia a H. Shamir, *What's the Border Got to Do with It*, cit., p. 612, e letteratura ivi citata.

68 Così R. Ferrari, *Donne, migrazioni e confini*, cit. p. 43.

69 Così H. Shamir, *What's the Border Got to Do with It*, cit., pp. 602 ss.

Ancora una volta, centrale risulta un approccio trasversale, intersezionale, al fenomeno, che consenta di coglierne la complessità delle relazioni sia tra donne native e migranti, che all'interno degli stessi gruppi, solo apparentemente omogenei. Diversamente, un punto di vista che tenga conto della sola prospettiva etnica finirebbe per comportare un'eclissi delle questioni di genere ad essa connesse. Così come ignorare l'evidente disparità di potere economico, negoziale e di status, nonché le criticità che la razzializzazione del lavoro domestico comporta, finirebbe per condurre a semplificazioni del tutto inefficaci. Anche e soprattutto sul piano giuridico. Più precisamente, l'intersezionalità garantisce la preziosa opportunità di incorporare nell'analisi una valutazione post-identitaria di categorie differenti. Per esempio, capire in che modo le preferenze di donne bianche e donne nere, cittadine o straniere, ricche o povere, possano differire invece di assumere un principio uniformante delle preferenze di ognuna, in maniera moralista o del tutto cieca alle differenze realmente esistenti. Trasponendo tale approccio a livello normativo, l'ottica intersezionale richiede quindi di disaggregare o di considerare separatamente le conseguenze e l'impatto che determinate regole assumono rispetto ai diversi gruppi che, pur accomunati sotto alcuni profili, differiscono in altri: sta infatti in questo il metodo dell'intersezionalità, ovvero nel calcolare le differenze umane senza assumere identità uniformanti e – quindi – deformanti<sup>70</sup>. Ciò senza tuttavia smarrire l'"universalismo differenziato"<sup>71</sup>, che da un lato disveli, e dall'altro renda coerenti, i diversi livelli di eguaglianza e differenza che caratterizzano il mondo della cura. Un arduo tentativo di sintesi, verso il quale le lotte femministe, su qualsiasi livello si combattano, non possono che tendere.

70 Sul tema si rinvia alla riflessione di D. Kennedy, nell'intervista introduttiva alla traduzione italiana del celebre saggio *Sexy Dressing* del 1992, in *Violenza maschile, sexy dressing e eroticizzazione del dominio*, Napoli, 2021, p. 23.

71 Così R. Lister, *Dialectics of Citizenship*, 2009.



Sara De Vido\*

## Della tratta di donne e ragazze nel diritto internazionale ed europeo: riflessioni sulla nozione giuridica di “sfruttamento sessuale” alla luce della sentenza *S.M. c. Croazia* della Corte europea dei diritti umani

### Sommario

1. Introduzione. – 2. Gli strumenti giuridici internazionali e regionali contro la tratta di esseri umani alla luce della nozione di sfruttamento sessuale. – 2.1. Le prime convenzioni internazionali. – 2.2. Le convenzioni “moderne”: CEDAW, CRC e protocollo addizionale alla Convenzione delle NU sulla criminalità organizzata transnazionale. – 2.3. Gli strumenti regionali. – 3. Tentativi di definizione di sfruttamento sessuale. – 4. Lo sfruttamento sessuale quale fattispecie autonoma rispetto alla tratta di esseri umani. – 5. Sviluppi nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani. – 5.1. La pronuncia della prima sezione della Corte europea dei diritti umani nel caso *S.M. c. Croazia*: l’interpretazione estensiva dell’articolo 4 Cedu. – 5.2. La Grande Camera della Corte europea dei diritti umani nel caso *S.M. c. Croazia*: disarticolando la tratta di esseri umani dallo sfruttamento sessuale a scopo di prostituzione. – 6. Conclusioni.

### Abstract

L’obiettivo del presente contributo è di indagare sull’evoluzione della nozione “sfruttamento sessuale” dal punto di vista giuridico nella prassi internazionale ed europea, con specifico riguardo alla sentenza *S.M. c. Croazia*, decisa dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti umani il 25 giugno 2020. La sentenza propone una disarticolazione della nozione di sfruttamento sessuale a scopo di prostituzione da quella di tratta di esseri umani, per ricondurre entrambe nell’ambito di applicazione dell’articolo 4 Cedu. Il contributo elaborerà infine una possibile definizione giuridica di sfruttamento sessuale, che tiene conto dell’elemento dell’assenza del consenso.

*This Article aims at investigating the evolution of the concept “sexual exploitation” from a legal point of view in international and European practice. It specifically focuses on the judgment in the S.M. v. Croatia case, decided by the Grand Chamber of the European Court of Human Rights on 25 June 2020. In the judgment, sexual exploitation for the purpose of prostitution is disentangled from the concept of human trafficking, and both are deemed to fall under the scope of Article 4 ECHR. The Article will elaborate a possible legal notion of sexual exploitation, which takes into account the absence of consent.*

\* Professoressa Associata di Diritto Internazionale, Università Ca’ Foscari di Venezia.  
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.



## 1. Introduzione

Di tratta di donne e bambine a scopo di sfruttamento sessuale iniziarono a parlare le femministe già a partire dalla seconda metà dell'Ottocento e primi decenni del Novecento, denunciando il commercio di corpi femminili per procurare piacere da una parte all'altra del mondo. "In gran parte del mondo il diritto di disporre di [donne] a partire dall'infanzia, a scopo di profitto, di piacere o per altro vantaggio, è cosa ovvia", scriveva Nina Boyle nel 1932 all'epoca dei primi tentativi di contrasto della tratta sul piano internazionale<sup>1</sup>. L'autrice sosteneva che in molti paesi, i governi vantavano il raggiungimento dell'abolizione della schiavitù, mentre sul commercio di donne e bambine calava il silenzio. A distanza di oltre un secolo, la tratta mantiene il suo carattere di attività criminale transnazionale molto significativa e redditizia. In un rapporto del 2003, il Comitato dell'assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha concluso che "la migrazione connessa alla tratta delle donne e alla prostituzione si è sviluppata in un commercio internazionale enorme e altamente organizzato", caratterizzato da "una grande mobilità da città a città e da regione a regione, specialmente nelle regioni di confine"<sup>2</sup>. I dati a disposizione a livello internazionale e regionale non sono sufficienti a cogliere la complessità del fenomeno<sup>3</sup>. Secondo il portale sui dati relativi alle migrazioni, dagli inizi degli anni Duemila, la proporzione di casi identificati di tratta a scopo di sfruttamento sessuale è in generale diminuita, mentre è parallelamente aumentata la percentuale di tratta per lavoro forzato. Tuttavia, i dati variano da zona a zona: in Europa e Nord America, lo sfruttamento sessuale risulta in modo netto la causa principale della tratta di esseri umani<sup>4</sup>. I dati più recenti forniti dall'Ufficio delle Nazioni Unite per la droga e il crimine (UNODC) nel 2018 dimostrano che la maggior parte delle vittime di tratta individuate – quindi i dati sono necessariamente parziali – nel mondo sono donne, così come la grande maggioranza delle vittime di tratta a scopo di sfruttamento sessuale<sup>5</sup>.

Nonostante il numero piuttosto significativo di strumenti di *hard law* e *soft law* adottati per il contrasto alla tratta di esseri umani a partire da inizio Novecento, "in particolare di donne e bambini", come si dirà oltre, il termine "sfruttamento" non è stato definito giuridicamente in alcuno strumento giuridico vincolante a carattere internazionale o regionale. L'obiettivo del presente contributo è di indagare sull'evoluzione della nozione "sfruttamento sessuale" dal punto di vista giuridico nella prassi internazionale ed europea, con specifico riguardo alla sentenza *S.M. c. Croazia*, decisa dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti umani il 25 giugno 2020. La sentenza propone una disarticolazione della nozione di sfruttamento sessuale a scopo di prostituzione da quella di tratta di esseri umani, per ricondurre entrambe nell'ambito di applicazione dell'articolo 4 Cedu. Il contributo elaborerà infine una possibile definizione giuridica di sfruttamento sessuale, che tiene conto dell'elemento dell'assenza del consenso. Non verranno trattati, ai fini del presente studio, i vari modelli esistenti di regolazione / abolizione della prostituzione<sup>6</sup>.

1 B. Bianchi, *Nina Boyle, Che cos'è la schiavitù? Un appello alle donne (1932)*, in *Deportate, esuli, profughe*, 2017, 34, p. 113.

2 Risoluzione 1337 (2003), *Migration connected with Trafficking in Women and Prostitution*, 25 giugno 2003.

3 Migration Data Portal, *Human Trafficking*, 3 July 2020. <https://migrationdataportal.org/themes/human-trafficking>

4 *Ibid.*

5 UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 2018* (United Nations publication, No. E.19.IV.2), p. 10. Così anche nel Rapporto del Segretario Generale delle Nazioni Unite, *Trafficking in Women and Girls*, A/73/263 (2018), par. 19.

6 Sul punto si veda Parlamento europeo, *Sexual Exploitation and Prostitution and Its Impact on Gender Equality*, 2014 [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493040/IPOL-FEMM\\_ET\(2014\)493040\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493040/IPOL-FEMM_ET(2014)493040_EN.pdf). Con riferimento alle legislazioni in materia di prostituzione, cfr. M.R. Marella, *Bocca di Rosa, Roxanne e le altre. Considerazioni in tema di sesso, mercato e autonomia privata*, in *Pólemos*, 2008, II, p. 35 ss. Sulle diverse posizioni nei confronti della prostituzione, v., ad esempio, V. Roth, *Defining Human Trafficking and Identifying Its Victims*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2012, p. 21 ss.

## 2. Gli strumenti giuridici internazionali e regionali contro la tratta di esseri umani alla luce della nozione di sfruttamento sessuale

L'analisi degli strumenti giuridici internazionali e regionali che si propone viene svolta alla luce dell'assenza di definizione giuridica di sfruttamento sessuale e della tardiva definizione giuridica di "tratta" che emerse compiutamente solo con il Protocollo delle Nazioni Unite (NU) adottato nel 2000<sup>7</sup>. Si vuole cogliere, da un lato, come il termine sfruttamento sessuale sia stato inizialmente collegato alla tratta di esseri umani, e, dall'altro lato, come questo si sia relazionato sin dagli albori alla prostituzione (forzata, nella maggior parte dei casi), la cui abolizione o regolazione, come si dimostrerà, è sempre rimasta nell'ambito dei poteri discrezionali dello Stato. Non si analizzeranno dunque nel dettaglio – né, tantomeno, con approccio critico – le disposizioni delle singole convenzioni.

### 2.1. Le prime convenzioni internazionali

Alla fine del diciannovesimo e inizio del ventesimo secolo, la tratta degli esseri umani era intesa come "white slavery". Ghénia Avril de Sainte-Croix (1855-1939), nota come Savioz, femminista francese di grande cultura, una delle sei prime organizzatrici del *Conseil National des Femmes Françaises* nel 1900-1901, nonché rappresentante, dal 1922 al 1936, di una coalizione di gruppi di donne al primo comitato consultivo della Società delle Nazioni volto ad esaminare e porre fine al fenomeno della tratta di donne e persone minori di età, scrisse nel 1901 "La Traite des Blanches", in cui descrisse il fenomeno della tratta delle donne a scopo di prostituzione in Europa e parlò di Parigi come centro di "reclutamento" di vittime cadute nella miseria, "l'ausiliaria più sicura degli sfruttatori della prostituzione"<sup>8</sup>. Il termine "white slavery", o "la traite des blanches", era stato utilizzato per distinguerlo dal fenomeno della schiavitù degli africani. Il "mito" si basava sullo sfruttamento da parte maschile dell'innocenza, così che "a young girl, kidnapped or tricked into leaving her family, finds herself locked up in a foreign brothel servicing numerous faceless men against her will"<sup>9</sup>. Tale idea era *per se* stereotipata e discriminatoria, in quanto basata sulla posizione subordinata e vulnerabile delle donne nelle società.

L'elemento discriminatorio caratterizzato dall'identificazione di una "tipologia" di vittime di tratta fu presente anche nella prima Convenzione del 1904 "per la repressione della tratta delle bianche", in cui la tratta, pur non essendo definita compiutamente, trova espressione nell'articolo 1 nel senso di attività di "procuring of women or girls for immoral purposes"<sup>10</sup>. Il termine "prostitute" compare all'articolo 3 ("women or girls of foreign nationality who are prostitutes"), quasi ad identificare la prostituzione – forzata, alla luce del preambolo, che menziona infatti "abuse or compulsion" – quale scopo dell'attività criminale oggetto della Convenzione. La successiva Convenzione del 1910, emendata dal Protocollo di Lake Success del 1949, definisce il reato oggetto della medesima il comportamento di ogni persona che "to gratify the passions of others, has hired, abducted or enticed, even with her consent, a woman or a girl who is a minor, for immoral purposes, even when the various acts which together constitute the offence were committed in different countries, shall be punished" (articolo 1)<sup>11</sup>. A differenza della Convenzione del 1904, era perseguibile anche la tratta "interna" e non meramente transnazionale.

7 V., *infra*, par. 2.2.

8 I testi di Savioz sono difficili da reperire. L'unica traduzione italiana di una parte del lavoro di Savioz in S. De Vido, Ghénia Avril de Sainte-Croix, *La tratta delle bianche (1901)*, in *Deportate, esuli, profughe*, 40, 2019, p. 113 ss. La sua vita e il suo lavoro in K. Offen, *Intrepid Crusader: Ghénia Avril de Sainte-Croix Takes on the Prostitution Issue*, in *Journal of the Western Society for French History*, 33, 2005, <http://hdl.handle.net/2027/spo.0642292.0033.022>.

9 A.G. Gallagher, *The International Law of Human Trafficking*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 56. B.H. Weston, A. Gear, *Human Rights in the World Community: Issues and Action*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2016, p. 93. Si veda altresì il numero speciale della rivista *Deportate, esuli, profughe* dedicato al *sex trafficking*, numero 40/2019, al sito <https://www.unive.it/pag/37700/>.

10 Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle bianche, Parigi, 18 maggio 1904, entrata in vigore il 18 luglio 1905, ratificata da 21 Stati, 38 di quelle entità che allora si definivano "colonie, domini e protettorati", 36 Stati e territori che in virtù della Convenzione del 1910 hanno avuto accesso *ipso facto* alla Convenzione del 1904.

11 Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle bianche, Parigi, 4 maggio 1910, emendata dal protocollo firmato a Lake Success, New York, 4 maggio 1949, entrata in vigore, nella versione emendata dal Protocollo di Lake Success, il 14 agosto 1951, ratificata da 53 Stati parte.

Rispetto alle moderne convenzioni anti-tratta, le convenzioni del 1904 e del 1910 si concentrarono unicamente sul reclutamento e lo sfruttamento della prostituzione<sup>12</sup>.

Nella Convenzione internazionale per la repressione della tratta di donne maggiorenni del 1933, la tratta venne intesa a scopi sessuali e immorali, “e non semplicemente a scopo di prostituzione”<sup>13</sup>. In base all’articolo 1, “[w]hoever, in order to gratify the passions of another person, has procured, enticed or led away even with her consent, a woman or girl of full age for immoral purposes to be carried out in another country, shall be punished”. Con riferimento alle convenzioni adottate a inizio secolo, Gallagher sottolinea che, benché fosse incoraggiata la criminalizzazione del reclutamento delle donne a scopo di prostituzione, o per il più generale “immoral purposes”, gli accordi “preserved the authority of those States that had chosen to regulate internal prostitution”<sup>14</sup>.

Nel secondo dopoguerra, fu raggiunto l’accordo per l’adozione della Convenzione per la repressione della tratta di persone e dello sfruttamento della prostituzione altrui del 1950<sup>15</sup>. La Convenzione non si limitava alla tratta transfrontaliera e affermava nel preambolo che “prostitution and the accompanying evil of the traffic in persons for the purpose of prostitution” sono “incompatible with the dignity and worth of the human being” e un pericolo per “the welfare of the individual, the family and the community”. Ai sensi dell’articolo 1, gli Stati avevano l’obbligo di reprimere:

Any person who, to gratify the passions of another: (1) procures or entices or leads away, for the purposes of prostitution, another person, even with the consent of that person; (2) exploits the prostitution of another person, even with the consent of the person.

L’elemento dello sfruttamento fu introdotto dunque da questa convenzione, sostituendo la giuridicamente vaga espressione di “immoral purposes” con una nozione tuttavia dai contorni altrettanto incerti. Tuttavia, la Convenzione ebbe scarsissima attuazione e si ritiene sia caduta *in desuetude*<sup>16</sup>. Essa fu oggetto di ampie critiche sia da parte della dottrina, sia da parte della *Special Rapporteur* contro la violenza nei confronti delle donne, che nel 2000 ha affermato come:

The 1949 Convention has proved ineffective in protecting the rights of trafficked women and combating trafficking. The Convention does not take a human rights approach. It does not regard women as independent actors endowed with rights and reason; rather, the Convention views them as vulnerable beings in need of protection from the “evils of prostitution”<sup>17</sup>.

## 2.2. Le Convenzioni “moderne”: CEDAW, CRC e protocollo addizionale alla Convenzione delle NU sulla criminalità organizzata transnazionale

La Convenzione sull’eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne (CEDAW) è stata adottata nel 1979 per proteggere le donne dalla discriminazione basata sul genere<sup>18</sup>. In base all’articolo 6, gli Stati parte hanno l’obbligo di prendere tutte le misure legislative adeguate per reprimere tutte le forme di tratta delle donne e lo sfruttamento della prostituzione delle donne, senza che questi due termini siano stati definiti. Si è osservato che l’indeterminatezza della disposizione (le “misure adeguate”), “makes it difficult to ascertain the precise nature of States Parties’ obligations under this instrument”<sup>19</sup>. Nella *General Recommendation* n. 35 del 2017, il Comitato CEDAW istituito dalla Convenzione collocava la prostituzione tra i fattori che incidono sulla vita delle donne e causano discrimina-

12 Una ricostruzione completa delle convenzioni di quegli anni in L. Lammasniemi, *International Legislation on White Slavery and Anti-Trafficking in the Early Twentieth Century*, in J. Winterdyk, J. Jones (eds.), *The Palgrave International Handbook of Human Trafficking*, Londra, Palgrave MacMillan, 2019.

13 Convenzione internazionale per la repressione della tratta di donne maggiorenni, Ginevra, 11 ottobre 1933, entrata in vigore il 24 agosto 1934, 27 Stati parte. Cfr. A. Gallagher, *The International Law*, cit., p. 58.

14 *Ibid.*

15 Convenzione per la repressione della tratta di persone e lo sfruttamento della prostituzione altrui (e protocollo finale), New York, 21 marzo 1950, entrata in vigore il 25 luglio 1951, 82 Stati parte.

16 A. Gallagher, *The International Law*, cit., p. 62.

17 R. Coomaraswamy, *Violence against Women, its Causes and Consequences - Report of the Special Rapporteur*, UN Doc. E/CN.4/2000/68, par. 22.

18 Convenzione sull’eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne, 18 dicembre 1979, entrata in vigore il 3 settembre 1981, 189 Stati parte. Sulla Convenzione, si veda il commentario articolo per articolo, M.A. Freeman, C. Chinkin, B. Rudolf (eds.), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women: A Commentary*, Oxford, OUP, 2012.

19 A. Gallagher, *The International Law*, cit., p. 64.

zione nei loro confronti<sup>20</sup> e raccomandava agli Stati di abrogare le disposizioni che criminalizzavano il comportamento delle donne nella prostituzione<sup>21</sup>. Il Comitato CEDAW ha recentemente pubblicato una *General Recommendation* specificatamente rivolta all'interpretazione dell'articolo 6 CEDAW sulla tratta delle donne e delle ragazze, cui hanno risposto, nella preliminare fase di consultazione sul *draft*, numerosi Stati, agenzie delle Nazioni Unite e organizzazioni non governative<sup>22</sup>. Si deve osservare che nella *General Recommendation*, così come recentemente approvata dal Comitato, manca al momento una definizione di sfruttamento sessuale che sarebbe stata utile nella identificazione degli scopi della tratta<sup>23</sup>. Tra le raccomandazioni rivolte agli Stati, il Comitato richiede di "scoraggiare la domanda che favorisce lo sfruttamento della prostituzione e conduce alla tratta"<sup>24</sup>.

Nella Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (CRC nel diffuso acronimo inglese) del 1989<sup>25</sup>, l'articolo 34 richiede agli Stati di proteggere le persone minori di età contro ogni forma di sfruttamento sessuale e violenza sessuale, mentre l'articolo 35 contiene un obbligo in capo alle parti di adottare ogni adeguato provvedimento a livello nazionale, bilaterale e multilaterale per impedire il rapimento, la vendita o la tratta di persone di età per qualsiasi fine e sotto qualsiasi forma. "Sfruttamento" e "abuso sessuale" non sono definiti nel testo, la Convenzione limitandosi a elencarne i reati a questi riconducibili (induzione e coercizione di un minore ad essere utilizzato in attività sessuali illegali; sfruttamento della prostituzione minorile o di altre pratiche sessuali illecite; sfruttamento dei bambini in spettacoli e materiali pornografici)<sup>26</sup>. Una definizione è stata fornita nelle *Terminology Guidelines for the Protection of Children from Sexual Exploitation and Sexual Abuse*, elaborate dall'*Interagency Working Group* nel 2016<sup>27</sup>, secondo cui l'elemento dello "scambio" consente di distinguere sfruttamento da abuso, per cui il primo avviene "quando il minore è costretto o persuaso, con la forza o con le minacce, a partecipare in attività sessuale in cambio di un vantaggio riconosciutogli o promessogli"<sup>28</sup>. La CRC è stata completata dal Protocollo che ha per oggetto la vendita di bambini, la prostituzione di bambini e la pornografia rappresentante bambini del 2000, dove la "vendita" è definita quale insieme di azioni volte a sfruttare il bambino a fini sessuali, trasferire gli organi del bambino per fini di lucro, sottoporre il bambino ad un lavoro forzato.

Una definizione giuridica di tratta di esseri umani, ma non di sfruttamento sessuale, si deve al Protocollo aggiuntivo alla Convenzione delle NU contro il crimine organizzato transnazionale del 2000 (Protocollo anti-tratta)<sup>29</sup>. All'articolo 3

"tratta delle persone" indica il reclutamento, trasporto, trasferimento, l'ospitare o accogliere persone, tramite l'impiego o la minaccia di impiego della forza o di altre forme di coercizione, di rapimento, frode, inganno, abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità o tramite il dare o ricevere somme di denaro o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra a scopo di sfruttamento. Lo sfruttamento comprende, come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro forzato o prestazioni forzate, schiavitù o pratiche analoghe, l'asservimento o

20 *General Recommendation* n. 35 (2017) del Comitato delle Nazioni Unite contro ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne, CEDAW/C/GC/35, 14 luglio 2017, par. 12.

21 *General Recommendation* n. 35, cit., par. 31 a. Sul punto, si veda S. De Vido, *The Prohibition of Violence Against Women as Customary International Law? Remarks on the General Recommendation No. 35 (CEDAW)*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 12, 2018, p. 379 ss.

22 Comitato delle Nazioni Unite sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne, Draft General Recommendation on trafficking in women and girls in the context of global migration, <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/CallTraffickingGlobalMigration.aspx>

23 *General Recommendation* No. 38 (2020) del Comitato delle Nazioni Unite contro ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne, *on trafficking in women and girls in the context of global migration*, CEDAW/C/GC/38, 6 novembre 2020.

24 Ivi, par. 61.

25 Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, New York, 20 novembre 1989, entrata in vigore il 2 settembre 1990, 196 Stati parte.

26 A. Leandro, C. Zonile, *La tutela da ogni forma di violenza*, in *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. Conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione*, Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, Roma, 2019, p. 269.

27 S. Greijer, J. Doek, *Terminology Guidelines for the Protection of Children from Sexual Exploitation and Sexual Abuse*, Lussemburgo, 2016, p. 12 ss., pp. 24-25.

28 A. Leandro, C. Zonile, *La tutela*, cit., p. 269.

29 Protocollo per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, specialmente donne e bambini, integrante la Convenzione delle NU contro il crimine organizzato transnazionale del 2000, New York, 15 dicembre 2000, entrato in vigore il 25 dicembre 2003, 178 Stati parte.



il prelievo di organi; b) Il consenso di una vittima della tratta delle persone allo sfruttamento di cui alla lettera a) del presente articolo è irrilevante nei casi in cui qualsivoglia dei mezzi di cui alla lettera a) sia stato utilizzato.

Il reato si compone di diversi elementi: a) l'azione di reclutamento, trasporto, trasferimento, l'ospitare o accogliere persone; b) il mezzo, ovvero la minaccia o l'uso della forza o altre forme di coercizione, rapimento, frode, inganno, abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità o tramite il dare o ricevere somme di denaro o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra; c) lo scopo di sfruttamento, che include, come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro forzato o prestazioni forzate, schiavitù o pratiche analoghe, l'asservimento o il prelievo di organi<sup>30</sup>. Interessante notare come tra i mezzi sia stata indicata la "posizione di vulnerabilità", un riferimento "unico" e nuovo al momento dell'adozione dello strumento dell'ONU<sup>31</sup>. Il consenso non rileva qualora sia stato utilizzato uno dei mezzi di coercizione indicati nella norma. Considerato che il Protocollo integra la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, l'elemento della transnazionalità deve ritenersi componente altresì della definizione di tratta di esseri umani di cui al Protocollo. Quest'ultimo contempla il crimine di tratta nella sua relazione con lo sfruttamento sessuale a scopo di prostituzione (uno dei possibili scopi), lasciando gli Stati liberi, come emerge dai lavori preparatori, di occuparsi della prostituzione nelle loro leggi interne<sup>32</sup>. In altri termini, non è la prostituzione in sé ad essere criminalizzata ai sensi della Convenzione, ma la tratta che ha per scopo lo sfruttamento sessuale inteso (anche) come prostituzione. Quest'ultima è del resto una delle forme possibili di sfruttamento sessuale.

### 2.3. Gli strumenti regionali

A livello regionale, il Consiglio d'Europa ha adottato nel 2005 la Convenzione sulla lotta contro la tratta di esseri umani, entrata in vigore nel 2008<sup>33</sup>. Rispetto al Protocollo delle Nazioni Unite, la Convenzione europea si concentra maggiormente sulla protezione delle vittime e la cooperazione internazionale, riconosce la parità di genere all'articolo 1 e stabilisce, per la prima volta in uno strumento vincolante, che la tratta di esseri umani costituisce una violazione dei diritti umani fondamentali<sup>34</sup>. L'attuazione della Convenzione è garantita dal Gruppo di esperti noto come GRETA, che prepara rapporti periodici di valutazione e analisi delle misure adottate dagli Stati Parte<sup>35</sup>. Anche la Convenzione del Consiglio d'Europa non definisce lo sfruttamento sessuale. Ai sensi dell'articolo 4, lettera a), tratta di esseri umani indica:

il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'alloggio o l'accoglienza di persone, con la minaccia dell'uso o con l'uso stesso della forza o di altre forme di coercizione, con il rapimento, con la frode, con l'inganno, con l'abuso di autorità o della condizione di vulnerabilità o con l'offerta o l'accettazione di pagamenti o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra, a fini di sfruttamento. Lo sfruttamento comprende, come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro o i servizi forzati, la schiavitù o pratiche simili alla schiavitù, la servitù o l'espianto di organi.

Con riferimento al campo di applicazione, la Convenzione si riferisce a tutte le forme di tratta – inclusa quella nazionale, transnazionale, legata o meno al crimine organizzato, – a fini di sfruttamento. Per quanto riguarda "lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale",

30 A.T. Gallagher, *The International*, cit., p. 25 ss.

31 Su questo punto, e sulle questioni giuridiche relative alla "vulnerabilità" nel diritto internazionale dei diritti umani, v. F. Ippolito, *Understanding Vulnerability in International Human Rights Law*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, pp. 88-89.

32 A/55/383/Add.1 *Report of the Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime on the work of its first to eleventh sessions Addendum Interpretative notes for the official records (travaux préparatoires) of the negotiation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, par. 64. *Travaux Préparatoires for the Organized Crime Convention and Protocols*, p. 347 (or Interpretative Notes A/55/383/Add.1, para. 64).

33 Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani, Varsavia, 16 maggio 2005, entrata in vigore il 1 febbraio 2008, STCE n. 197, Stati parte 47.

34 A.T. Gallagher, P. Holmes, *Developing an Effective Criminal Response to Human Trafficking: Lessons from the Front Line*, in *International Criminal Justice Review*, 18, 2008, p. 318 ss., p. 322; R. Pati, *Beyond the Duty to Protect: Expanding Accountability and Responsibilities of the State in Combating Human Trafficking*, in A. Constantinides, N. Zaiko (eds), *The Diversity of International Law*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, p. 331.

35 GRETA, Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings, <https://www.coe.int/en/web/anti-human-trafficking/greta>.



il rapporto esplicativo del Consiglio d'Europa osserva che la Convenzione “ne tratta solo nel contesto della tratta di esseri umani” e che i termini “sfruttamento della prostituzione altrui e altre forme di sfruttamento sessuale non sono definiti nella Convenzione”, non incidendo quindi sul modo in cui la prostituzione viene trattata a livello nazionale<sup>36</sup>. Sempre a livello Consiglio d'Europa, la Convenzione di Lanzarote per la protezione dei bambini contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale<sup>37</sup>, lo sfruttamento è definito attraverso una serie di condotte intenzionali che gli Stati devono criminalizzare, incluso, all'articolo 19:

a. recruiting a child into prostitution or causing a child to participate in prostitution; b. coercing a child into prostitution or profiting from or otherwise exploiting a child for such purposes; c. having recourse to child prostitution. 2 For the purpose of the present article, the term “child prostitution” shall mean the fact of using a child for sexual activities where money or any other form of remuneration or consideration is given or promised as payment, regardless if this payment, promise or consideration is made to the child or to a third person.

Nel quadro giuridico dell'Unione europea, la Direttiva n. 2011/36 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011 sulla prevenzione e la lotta alla tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, definisce la tratta in questi termini (articolo 2(1))<sup>38</sup>:

il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'alloggio o l'accoglienza di persone, compreso il passaggio o il trasferimento dell'autorità su queste persone, con la minaccia dell'uso o con l'uso stesso della forza o di altre forme di coercizione, con il rapimento, la frode, l'inganno, l'abuso di potere o della posizione di vulnerabilità o con l'offerta o l'accettazione di somme di denaro o di vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra, a fini di sfruttamento.

Lo sfruttamento è definito, “come minimo”, quale “sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro o i servizi forzati, compreso l'accattonaggio, la schiavitù o pratiche simili alla schiavitù, la servitù, lo sfruttamento di attività illecite o il prelievo di organi”.

Benché il contributo si concentri su un caso deciso dalla Corte europea dei diritti umani, è opportuno osservare che anche altri sistemi regionali hanno “legato” la nozione di sfruttamento sessuale a quella di tratta, senza tuttavia mai definire la prima. Così, la Convenzione americana sui diritti umani, all'articolo 6, pur non definendo “sfruttamento sessuale”, vieta la schiavitù in tutte le sue forme, incluso “la tratta delle donne”. Nella sentenza del 26 settembre 2018, *López Soto y otros c. Venezuela*<sup>39</sup>, la Corte interamericana dei diritti umani ha riscontrato la violazione dell'articolo 6 della Convenzione americana<sup>40</sup> nel caso di una donna che era stata privata della libertà da parte di un privato che l'aveva sottoposta a violenze fisiche e psicologiche di natura sessuale. Pur non trattandosi di tratta, la Corte ha riconosciuto che si trattasse di una forma di schiavitù sessuale. È interessante notare come la Convenzione interamericana per la prevenzione, la repressione e l'eliminazione della violenza nei confronti delle donne menzioni, tra le forme di violenza contro le donne, la tratta di persone e la prostituzione forzata, non meramente la tratta a scopo di prostituzione forzata (articolo 2)<sup>41</sup>.

Nel sistema africano, il divieto di schiavitù e di tortura è contenuto all'articolo 5 della Carta africana dei diritti umani e dei popoli<sup>42</sup>. Nell'interpretare questa disposizione, la Commissione africana ha affermato che atti di violenza sessuale e di genere possono qualificarsi come atti di tortura e altri mal-

36 Rapporto esplicativo della Convenzione del Consiglio d'Europa sull'azione contro la tratta di esseri umani, STCE n. 197, par. 88.

37 Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali, 25 ottobre 2007, entrata in vigore il 1 luglio 2010, STCE n. 201, Stati parte 48.

38 Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, GU L 101, 15.4.2011, p. 1–11.

39 Corte interamericana dei diritti umani, *López Soto y otros c. Venezuela*, sentenza del 26 settembre 2018. V. altresì S. De Vido, *Violence against Women's Health in International Law*, Manchester, Manchester University Press, 2020, con riferimento alla violazione del diritto alla salute e alla salute riproduttiva delle donne.

40 Convenzione americana dei diritti umani, San José, 22 novembre 1969, entrata in vigore il 18 luglio 1978, 24 Stati parte.

41 Convenzione interamericana sulla prevenzione, la repressione e la lotta alla violenza nei confronti delle donne, Belém do Pará, 9 giugno 1994, entrata in vigore il 3 maggio 1995, 32 Stati parte.

42 Carta africana dei diritti umani e dei popoli, Nairobi, 28 giugno 1981, entrata in vigore il 21 ottobre 1986, Stati parte 54.

trattamenti<sup>43</sup>. Il Protocollo di Maputo alla Carta Africana richiede agli Stati di prevenire e condannare la tratta delle donne (articolo 2, lettera g)<sup>44</sup>.

Nel continente asiatico, di recente adozione è la Convenzione ASEAN contro la tratta di persone, specialmente donne e bambini, che riprende l'approccio della Convenzione del Consiglio d'Europa del 2005<sup>45</sup>. La Convenzione è stata adottata nel 2015 ed è entrata in vigore due anni dopo. La definizione è identica a quella fornita dallo strumento europeo con l'aggiunta dell'elemento della transnazionalità del reato. Con riguardo al monitoraggio della corretta attuazione dello strumento giuridico, la *Commission on the promotion and protection of women and children's rights*, istituita nel quadro dell'ASEAN nel 2010, ha introdotto nel 2016 un meccanismo regionale di revisione di norme, politiche e prassi nazionali relative all'identificazione, gestione e trattamento delle vittime di tratta, specialmente donne e bambini, con lo scopo di contribuire all'attuazione della Convenzione del 2015<sup>46</sup>.

### 3. Tentativi di definizione di sfruttamento sessuale

Il termine sfruttamento può avere un significato positivo, neutro o peggiorativo. Nella lingua inglese entrò in uso all'epoca che Eric Hobsbawm aveva considerato "l'età del capitale"<sup>47</sup>. È generalmente collegata all'idea di sfruttamento promossa da Karl Marx, quale "caratteristica di tutti i sistemi di produzione basati su di una divisione sociale di classe"<sup>48</sup>. È stato osservato che negli strumenti giuridici internazionali, lo "sfruttamento" viene inteso con l'obiettivo di ottenere un vantaggio "at another's unfair expense" e identifica, pur con talune differenze, "the core idea of treating someone as the instrument of one's own ends is invariably there"<sup>49</sup>. Andrebbero inoltre osservate ed esaminate le cause dello sfruttamento, che vanno ricercate nelle disuguaglianze sociali persistenti nella società e nelle discriminazioni intersezionali che pongono talune categorie in una posizione di maggiore vulnerabilità. Un'autrice ha osservato come il dibattito sulle origini della tratta di esseri umani non può essere svincolato dalla questione più ampia relativa alle condizioni socio-economiche che rendono possibile il suo sviluppo; non si tratta infatti solo di una "categoria di crimine transnazionale", ma anche di "un ramo di attività economica"<sup>50</sup>.

Un'altra autrice ha usato lo sfruttamento per identificare la causa ultima della relazione di oppressione uomo-donna: "l'oppressione è una categoria storica, e non biologica o psicologica, alla base della relazione uomo-donna. È stata storicamente creata da tribù e società patriarcali"<sup>51</sup>. Lo sfruttamento ha molteplici forme che vanno dall'oppressione economica – come il *gender pay gap* – a quella sessuale.

Durante i negoziati per l'adozione del Protocollo anti-tratta, era stata proposta la seguente definizione di sfruttamento sessuale, inteso come sfruttamento: "(i) of an adult [forced] prostitution, sexual servitude or participation in the production of pornographic materials for which the person does

43 *General Comment No. 4 on the African Charter on Human and Peoples' Rights: The Right to Redress for Victims of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Punishment or Treatment*, adottato alla 21a sessione straordinaria della Commissione Africana dei diritti umani e dei popoli, 23 febbraio-4 marzo 2017, Banjul, Gambia.

44 Protocollo alla Carta Africana dei diritti umani e dei popoli sui diritti delle donne in Africa, 1 luglio 2003, entrata in vigore il 25 novembre 2005, 42 Stati parte.

45 Convenzione ASEAN contro la tratta di persone, specialmente donne e bambini, Kuala Lumpur, 21 novembre 2015, entrata in vigore l'8 marzo 2017, 8 Stati parte. Sul punto, comparando lo strumento asiatico a quello europeo, si consenta di rinviare a S. De Vido, *Women's Rights and Gender Equality in Europe and Asia*, in Y. Nakanishi (ed.), *Contemporary Issues in Human Rights Law. Europe and Asia*, Singapore, Springer, 2018, p. 143 ss.; C. Di Turi, *Attualità e prospettive in tema di lotta alla tratta di esseri umani: la Convenzione ASEAN contro la tratta di persone, specialmente donne e bambini*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 4, 2018, p. 1220 ss.; R. Yusran, *The ASEAN Convention Against Trafficking in Persons: A Preliminary Assessment*, in *Asian Journal of International Law*, 8, 2018, p. 258 ss.

46 <http://asean.org/asean-strengthens-efforts-to-eliminate-trafficking-in-persons/>

47 Con riferimento all'evoluzione del termine, si veda S. Marks, *Exploitation as an International Legal Concept*, in S. Marks (ed.), *International Law on the Left*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 284.

48 Ivi, p. 286.

49 Ivi, p. 300.

50 Ivi, p. 301.

51 M. Mies, *Patriarchy and Accumulation on a World Scale: Women in the International Division of Labour*, Londra, Zed Books Ltd., 2014.

not offer himself or herself with free and informed consent; (ii) of a child, prostitution, sexual servitude or use of a child in pornography<sup>52</sup>.

Definizioni sono state altresì proposte tanto dalla società civile quanto da organismi internazionali. Così, ad esempio, la *Global Alliance against Trafficking in Women*, che partecipò allo *Human Rights Caucus* durante i negoziati del Protocollo anti-tratta, ha sostenuto che lo sfruttamento sessuale consiste nella “partecipazione di una persona alla prostituzione, servitù sessuale, o alla produzione di materiali pornografici quale conseguenza dell’essere stato vittima di minaccia, inganno, coercizione, rapimento, forza, abuso di autorità, servitù per debiti or frode. Anche in assenza di tali elementi, quando una persona partecipa in atti di prostituzione, servitù sessuale o produzione di materiali pornografici sotto i 18 anni, lo sfruttamento sessuale si deve ritenere esista”<sup>53</sup>.

Il Segretario Generale delle Nazioni Unite ha invece introdotto una definizione operativa di sfruttamento sessuale nel 2003, avente per scopo quello di ridurre la violenza commessa da ufficiali delle Nazioni Unite: “any actual or attempted abuse of a position of vulnerability, differential power, or trust, for sexual purposes, including but not limited to, profiting monetarily, socially or politically from the sexual exploitation of another”<sup>54</sup>. Nella *Model Law* preparata dall’Ufficio delle Nazioni Unite sulla droga e il crimine, lo sfruttamento sessuale è stato inteso come l’“ottenimento di benefici finanziari o di altra natura attraverso il coinvolgimento di un’altra persona nella prostituzione, schiavitù sessuale o altri tipi di servizi sessuali, incluso atti pornografici o la produzione di materiali pornografici”<sup>55</sup>. L’Organizzazione mondiale del lavoro ha inserito lo sfruttamento sessuale e la prostituzione forzata nell’ambito della definizione di lavoro forzato<sup>56</sup>. Ci pare che tuttavia quest’ultima scelta non sia appropriata, perché dimentica i casi di sfruttamento sessuale che non hanno nulla a che vedere con una prestazione lavorativa e legittima forme di sfruttamento che non raggiungono determinate soglie di gravità. Concordiamo con un’autrice che ha ritenuto “errato” siffatto approccio<sup>57</sup>.

Nel rapporto del 2016<sup>58</sup>, il *working group* sulla discriminazione nei confronti delle donne dedica un paragrafo del suo rapporto alla prostituzione, sostenendo che la “criminalizzazione delle donne nei luoghi di prostituzione/sex work le pone in una situazione di ingiustizia, vulnerabilità e stigma ed è contraria al diritto internazionale dei diritti umani”, che il Protocollo anti-tratta chiede agli Stati parte di fare gli sforzi necessari per scoraggiare la domanda che nutre le varie forme di sfruttamento delle donne, “inclusa la tratta per sfruttamento sessuale”, ricorda come organizzazioni internazionali e organi sui diritti umani delle Nazioni Unite abbiano richiesto agli Stati che le prostitute/sex workers abbiano il diritto di accesso ai servizi di salute sessuale, siano libere dalla violenza e dalla discriminazione e abbiano accesso ad una protezione equa davanti alla legge<sup>59</sup>. Il medesimo rapporto introduce altresì una nozione di “strumentalizzazione” del corpo della donna, intesa come la “soggezione delle funzioni biologiche naturali delle donne ad una agenda patriarcale politicizzata, che è volta al mantenimento e alla perpetuazione di certe idee di femminilità contro mascolinità o del subordinato ruolo della donna nella società”<sup>60</sup>. Questa nozione si collega in realtà all’idea di sfruttamento, come evidenziato nel rapporto sull’articolo 4 (divieto di schiavitù) della Convenzione europea dei diritti umani, in cui si rileva come:

“Trafficking in human beings, by its very nature and aim of exploitation, is based on the exercise of powers attaching to the right of ownership. It treats human beings as commodities to be bought and sold and put to forced labour, often for little or no payment, usually in the sex industry but also elsewhere. It implies close surveillance of the activities of victims, whose movements are often circumscribed. It involves the use of violence and threats against victims, who live and work under poor conditions”<sup>61</sup>.

52 Sixth Draft of the Trafficking Protocol, UN Doc. A/AC.254/4/Add.3/Rev.6, 4 aprile 2000, Art. 2(bis), Option 1.

53 Global Alliance Against Trafficking in Women, *Human Rights and Trafficking in Persons: A Handbook*, 2000, p. 26

54 Secretary-General’s Bulletin: *Special Measures for Protection from Sexual Exploitation and Sexual Abuse*, UN Doc. ST/SGB/2003/13, 9 ottobre 2003.

55 UNODC, *Model Law Against Trafficking in Persons*, [https://www.unodc.org/documents/humantrafficking/UNODC\\_Model\\_Law\\_on\\_Trafficking\\_in\\_Persons.pdf](https://www.unodc.org/documents/humantrafficking/UNODC_Model_Law_on_Trafficking_in_Persons.pdf)

56 ILO, *Eradication of Forced Labour*, International Labour Conference, 2007, p. 42.

57 V. Stoyanova, *Human Trafficking and Slavery Reconsidered: Conceptual Limits and States’ Positive Obligations in European Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 37.

58 Report of the Working Group on the issue of discrimination against women in law and in practice, 8 April 2016, A/HRC/32/44.

59 Ivi, par. 84-85.

60 Ivi, para. 12.

61 *Guide on Article 4 of the European Convention on Human Rights*, last update 30 April 2020, p. 6.

In dottrina, lo sfruttamento sessuale è stato altresì definito come la violazione sessuale della dignità umana di una persona, dell'uguaglianza, e dell'integrità fisica o mentale quale "pratica in virtù della quale alcune persone (principalmente uomini) ottengono potere e dominazione sopra altre persone (principalmente donne e bambini/e) per scopi di gratificazione sessuale, vantaggio finanziario, e/o promozione"<sup>62</sup>.

Nell'assenza di una definizione giuridica di sfruttamento sessuale, è possibile affermare che lo sfruttamento, inizialmente inteso come prostituzione (forzata o meno come nel caso della Convenzione del 1949), include oggi molteplici forme quali, oltre alla prostituzione turismo sessuale, matrimoni forzati<sup>63</sup>, matrimoni precoci<sup>64</sup>, pornografia<sup>65</sup>, sfruttamento sessuale nei campi profughi<sup>66</sup>, reclutamento di donne costrette a vendere i propri bambini o a lasciarli in adozione<sup>67</sup>, sfruttamento sessuale da parte dei *peace keepers*<sup>68</sup>, reclutamento forzato da parte di gruppi terroristici a scopo di matrimonio forzato, gravidanza forzata, schiavitù sessuale<sup>69</sup>.

#### 4. Lo sfruttamento sessuale quale fattispecie autonoma rispetto alla tratta di esseri umani

Questa parte riflette sulle ipotesi in cui lo sfruttamento sessuale a scopo di prostituzione non sia legato alla tratta. In realtà, come si è detto, non è facile cogliere la complessità del fenomeno della tratta di esseri umani, con la conseguenza che non è sempre possibile capire se una donna o ragazza sfruttata a scopo di prostituzione sia stata o meno allo stesso tempo vittima di tratta. Si può ritenere che, prescindendo dal consenso e dal suo legame con la tratta, la prostituzione sia una forma di violenza di genere contro le donne? Nel 2003, il *working group* sulle forme contemporanee di schiavitù ha affermato che "international sex trafficking and prostitution within countries are interconnected parts of the global sex industry and must be addressed together"<sup>70</sup>. Il *working group* ha discusso della tratta di donne e di prostituzione durante alcune delle sessioni e ha espresso la sua preoccupazione nei confronti dei paesi che hanno legalizzato o regolamentato la prostituzione, sostenendo che questa normativa "aggravates sexual exploitation and increases trafficking in women and children"; ha ritenuto che la prostituzione sia "incompatibile con la dignità umana"; ha espresso il suo convincimento che la domanda di prostituzione e di tutte le altre forme di sfruttamento sessuale contribuisca alla crescita e all'espansione della tratta di donne e bambini<sup>71</sup>.

Nel 2006, la *Special Rapporteur* sugli aspetti legati ai diritti umani della tratta di persone, specialmente donne e bambini, Sigma Huda, nel suo rapporto su sfruttamento sessuale di natura commerciale e tratta all'allora Commissione sui diritti umani, ha sottolineato come, anche se il Protocollo anti-tratta non richiede agli Stati di abolire tutte le forme possibili di sfruttamento, richiede tuttavia agli Stati di agire in buona fede per l'abolizione delle forme di prostituzione infantile e adulta che rispondono ai re-

62 R. Andrijasevic, *Migration, Agency and Citizenship in Sex Trafficking: Migration, Minorities and Citizenship*, Londra, Palgrave Macmillan, 2010.

63 Ad esempio, il fenomeno delle "mail order brides".

64 S. Kakar, *Child/Forced/Servile Marriages – Human Trafficking*, in *The Palgrave International Handbook*, cit., e sui matrimoni precoci di ragazze nel campo della crisi umanitaria, *Trafficking in persons, especially women and children*, A/71/303 (2016), par. 34.

65 Vedi rapporto di UN Women alla consultazione pubblica per la *Draft Recommendation* sulla tratta delle donne del Comitato contro ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne. <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/CallTraffickingGlobalMigration.aspx>.

66 A/72/164 (2017), par. 35.

67 CEDAW/C/MHL/CO/1-3.

68 A/71/303 (2016), parr. 43-44.

69 A/71/303 (2016), par. 33; A/72/164 (2017), parr. 19, 21, 26; CEDAW/C/NER/CO/3-4.

70 Report of the Working Group on Contemporary Forms of Slavery on its twenty-eighth session (27 June 2003), UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/31.

71 Ivi, pp. 17-18.



quisiti previsti dallo strumento delle NU<sup>72</sup>. L'esperta tuttavia va oltre, argomentando che “è raro trovare un caso in cui la strada della prostituzione [...] non preveda, come minimo, un abuso di potere e/o un abuso di vulnerabilità” e che nella prostituzione si intrecciano dinamiche di potere e vulnerabilità, per le quali è molto difficili parlare di “empowerment” o di “opzioni adeguate”<sup>73</sup>. Ne consegue, sostiene la *Rapporteur*, che gli Stati che ritengono legittima l'industria della prostituzione hanno la “grande responsabilità” di assicurare che le condizioni che riguardano effettivamente la pratica della prostituzione all'interno dei loro confini siano libere dai mezzi illeciti di cui alla definizione di tratta del Protocollo, “in modo da assicurare che i regimi di prostituzione legalizzata non stiano semplicemente perpetuando la tratta in modo diffuso e sistematico”. In modo alquanto lapidario, la *Rapporteur* sostiene che “as current conditions throughout the world attest, States parties that maintain legalized prostitution are far from satisfying this obligation”<sup>74</sup>.

In linea con il pensiero della *Special Rapporteur*, la Risoluzione del Parlamento europeo Honeyball, adottata nel 2014<sup>75</sup>, ha definito la prostituzione una forma di violenza contro le donne e una violazione dei diritti umani a prescindere dal consenso della donna. In particolare, la Risoluzione ha considerato “la prostituzione e la prostituzione forzata” quali “forme di schiavitù incompatibili con la dignità umana e i diritti umani fondamentali”<sup>76</sup>. Pur riconoscendo un margine di apprezzamento in capo agli Stati con riguardo alla regolazione / abolizione della prostituzione, il Parlamento europeo ha sottolineato che “la prostituzione forzata, la prostituzione e lo sfruttamento nell'industria del sesso possono avere conseguenze psicologiche e fisiche devastanti e durature per gli individui coinvolti (anche dopo che hanno abbandonato la prostituzione)”, oltre a “perpetuare stereotipi legati al genere e lo stereotipo della donna che vende servizi sessuali, come l'idea che i corpi di donne e ragazze minorenni siano in vendita per soddisfare la domanda maschile di sesso”<sup>77</sup>. Si dice contrario alla normalizzazione della prostituzione che ha un impatto sulla violenza contro le donne<sup>78</sup> e sostiene il modello attuato in Svezia, Islanda e Norvegia per il quale il reato consta nell'acquisto dei servizi sessuali e non nei servizi resi da chi si prostituisce<sup>79</sup>. Il Parlamento europeo inoltre spiega che la legalizzazione della prostituzione non è una soluzione per proteggere le donne, ma che anzi questa produce l'effetto di aumentare il rischio di violenza promuovendo così il mercato della prostituzione<sup>80</sup> che si fonda ampiamente sulla tratta.

## 5. Sviluppi nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani

Nelle sentenze della Camera e della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani nel caso *S.M. c. Croazia*<sup>81</sup>, tanto la tratta di esseri umani quanto, e non necessariamente collegata a quest'ultima, lo sfruttamento sessuale a scopo di prostituzione (forzata), sono state ricondotte al divieto di cui all'articolo 4 della Convenzione europea sui diritti umani (Cedu)<sup>82</sup>. L'argomentazione non è sempre lineare, ma di indubbio interesse in termini di interpretazione evolutiva.

72 Report of the Special Rapporteur on the human rights aspects of the victims of trafficking in persons, especially women and children, Sigma Huda, E/CN.4/2006/62, 20 February 2006, par. 41.

73 Ivi, par. 42.

74 Ivi, par. 43. La *Special Rapporteur* ha inoltre precisato che: “The Protocol definition of trafficking does not require proof of movement of the victim across borders or otherwise. Trafficking is just as much trafficking even when it occurs in the victim's own home village, town or city”.

75 Risoluzione del Parlamento europeo del 26 febbraio 2014 sullo sfruttamento sessuale e la prostituzione e il suo impatto sulla parità di genere (2013/2103(INI)). Vedi anche il rapport preparatorio dello *European Parliament Committee on Women's Rights and Gender Equality*, Rapporteur Mary Honeyball, 4 febbraio 2014.

76 Ivi, preambolo.

77 Ivi, par. 6.

78 Ivi, par. 13.

79 Ivi, par. 29.

80 Ivi, par. 34.

81 Corte europea dei diritti umani prima sezione, *S.M. c. Croazia*, 19 luglio 2018, ricorso n. 60561/14. Rinvio alla Grande Camera il 3 dicembre 2018. Corte europea dei diritti umani, Grande Camera, *S.M. c. Croazia*, 25 giugno 2020.

82 Convenzione per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali, Roma, 4 novembre 1950, entrata in vigore il 3 settembre 1953, STE n. 5, 47 Stati parte.

La ricorrente, appartenente ad una categoria vulnerabile, denunciava nel 2012 alla polizia T.M., un ex poliziotto con precedenti per stupro, sostenendo che l'anno precedente questi l'aveva costretta alla prostituzione, forzandola ad avere rapporti sessuali con vari uomini nell'appartamento in cui vivevano. S.M., che era stata contattata tramite i social media con dichiarate promesse di lavoro come cameriera o commessa, lamentava di essere stata punita fisicamente in caso di rifiuto di offrire servizi sessuali. Un'amica, M.I., che poi testimonierà al processo, la aiutava quindi a fuggire. Dopo averlo lasciato, l'uomo continuava a minacciare lei e la sua famiglia. L'ufficio del procuratore competente apriva un'indagine, che portava alla perquisizione dell'appartamento di T.M., dove venivano sequestrate armi e numerosi telefoni cellulari. La ricorrente veniva dunque interrogata dalla polizia e spiegava che la sua riluttanza a rivolgersi alle autorità derivava dalla paura che le suscitava l'uomo. Nel novembre 2012, il procuratore di Stato incriminava T.M. con l'accusa di costrizione alla prostituzione quale reato aggravato ai sensi del codice penale croato. La donna nel frattempo riceveva sostegno psicologico. L'ufficio per i diritti umani e delle minoranze croato aveva dichiarato che la donna era stata vittima di tratta. Durante il procedimento, la ricorrente, l'uomo e l'amica della donna testimoniavano davanti ai giudici. Nel febbraio 2013, la corte penale assolveva l'uomo in quanto non era possibile stabilire che questi avesse costretto la ricorrente alla prostituzione, in particolare in quanto la testimonianza della donna non risultava coerente. Il procuratore di Stato presentava appello, respinto dal tribunale di contea di Z., che confermava il ragionamento della corte di primo grado. Un ricorso davanti alla Corte costituzionale veniva respinto in quanto inammissibile. Da qui il ricorso innanzi alla Corte europea dei diritti umani per violazione degli articoli 3, 4 e 8 Cedu. Nei paragrafi che seguono esamineremo le sentenze della Camera di sette giudici e della Grande Camera, alla luce del reato di tratta e della relazione con lo sfruttamento sessuale a scopo di prostituzione. Si discuterà altresì delle opinioni concorrenti e dissenzienti dei giudici che hanno accompagnato la pronuncia nel merito.

### 5.1. La pronuncia della prima sezione della Corte europea dei diritti umani nel caso *S.M. c. Croazia*: l'interpretazione estensiva dell'articolo 4 Cedu

La prima sezione (camera di sette giudici) della Corte europea dei diritti umani si è pronunciata il 19 luglio 2018 in base all'articolo 4 Cedu, caratterizzando in modo diverso dal punto di vista giuridico i fatti oggetto del ricorso: non come violazioni degli articoli 3 e 8, ma unicamente come violazioni dell'articolo 4. La camera ha respinto rapidamente le obiezioni relative all'ammissibilità del ricorso. I giudici hanno riconosciuto che "la tratta e lo sfruttamento della prostituzione minacciano la dignità umana e le libertà fondamentali delle vittime e non possono essere considerate compatibili con una società democratica e con i valori della Convenzione"<sup>83</sup>. Senza articolare ulteriormente il ragionamento giuridico, la camera ha sostenuto che sia la tratta sia lo sfruttamento della prostituzione (intesi separatamente, non come il secondo espressione dello scopo della prima) ricadono nell'ambito di applicazione dell'articolo 4 della Convenzione<sup>84</sup>. L'elemento della transnazionalità del crimine non viene preso in considerazione, alla luce della Convenzione del Consiglio d'Europa del 2005 e della Convenzione del 1949 sulla repressione della tratta di persone e dello sfruttamento della prostituzione altrui. La camera, fondando la propria decisione su precedenti sentenze (tra cui le note *Rantsev*<sup>85</sup>, *Siliadin*<sup>86</sup>, *L.E.*<sup>87</sup>, *Chowdury*<sup>88</sup>), ha affermato che gli Stati hanno obblighi positivi di adottare misure legislative e amministrative per vietare e punire la tratta, misure a protezione delle vittime, la necessaria formazione per le forze di polizia, nonché di

83 S.M. (2018), cit., par. 54. Sulla violazione della dignità a prescindere dalla qualificazione della violazione come schiavitù, servitù o lavoro forzato o obbligatorio, P. De Sena, *Slaveries and New Slaveries: Which Role for Human Dignity?*, in *Questions of International Law*, 64, 2019, p. 15.

84 Corsivo aggiunto.

85 Corte europea dei diritti umani, prima sezione, *Rantsev c. Cyprus and Russia*, 7 gennaio 2010, ricorso n. 25965/04. Sulla sentenza, si veda, senza pretesa di esaustività, J. Allain, *Rantsev v Cyprus and Russia: The European Court of Human Rights and Trafficking as Slavery*, in *Human Rights Law Review*, 10(3), 2010, p. 554 ss.; R. Pati, *States' Positive Obligations with Respect to Human Trafficking: The European Court of Human Rights Breaks New Ground in Rantsev v. Cyprus and Russia*, in *Boston U. International Law Journal*, 29, 2011, p. 79 ss.; V. Stoyanova, *Dancing on the Borders of Article 4: Human Trafficking and the European Court of Human Rights in the Rantsev Case*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 30(2), 2012, p. 163 ss.

86 Corte europea dei diritti umani, prima sezione, *Chowdury e al. c. Grecia*, 30 marzo 2017, ricorso n. 21884/15.

87 Corte europea dei diritti umani, prima sezione, *L.E. c. Grecia*, 21 gennaio 2016, ricorso n. 71545/12. Un commento in V. Milano, *The European Court of Human Rights' Case Law on Human Trafficking in Light of L.E. v. Greece: a Disturbing Setback?*, in *Human Rights Law Review*, 17(4), 2017, p. 701 ss.

88 Corte Edu, seconda sezione, *Siliadin c. Francia*, 26 luglio 2005, ricorso n. 73316/01.

assicurare la conduzione adeguata delle indagini<sup>89</sup>. L'obbligo di indagine non deve dipendere dal ricorso della vittima, le indagini devono essere efficaci nel senso che devono essere in grado di giungere all'identificazione dei responsabili del crimine lamentato. Non trattandosi di un obbligo di risultato, ma di mezzi, l'obbligo viene misurato alla luce della tempestività e della ragionevole rapidità. La vittima deve inoltre essere coinvolta nella procedura per salvaguardare i propri interessi legittimi<sup>90</sup>. La camera ha riconosciuto che la Croazia avesse adottato un quadro normativo adeguato per rispondere ai casi di tratta di esseri umani e che aveva fornito supporto alla vittima, tuttavia, sul piano procedurale, le corti croate avevano con troppa facilità giudicato la testimonianza della ricorrente come incoerente e insufficiente a dimostrare la coercizione, senza tenere conto dell'impatto del trauma psicologico sulla vittima e senza sentire ulteriori testimoni. La camera ha dunque ritenuto la Croazia responsabile di violazione degli obblighi procedurali in base all'articolo 4 Cedu<sup>91</sup>. Al di là degli interessanti profili di responsabilità degli Stati, su cui non ci soffermiamo, ciò che emerge, pur tra le righe di un dispositivo non chiarissimo, è la riconduzione della tratta e dello sfruttamento sessuale a scopo di prostituzione (forzata), anche se non collegato alla prima, all'articolo 4 Cedu. Si tratterebbe di uno sviluppo importante nell'interpretazione della norma, che sembra seguire il solco tracciato dagli strumenti non vincolanti di cui si è detto nel precedente paragrafo, benché – va ribadito – il caso sottoposto ai giudici di Strasburgo concernesse la prostituzione “forzata” e non tutti i casi di prostituzione. Questa evoluzione è stata contestata dal giudice Pauliine Koskelo, che, nella sua opinione dissenziente, critica la decisione tanto nell'ammissibilità quanto nel merito. Sull'ammissibilità, la giudice lamenta il fatto che la maggioranza non si sia attenuta al contenuto del ricorso presentato dalla ricorrente, facendo riferimento a fatti non presenti nel ricorso, quali il modo in cui le indagini erano state condotte o l'assenza di ulteriori testimoni. Ai fini della nostra analisi, rileva l'obiezione mossa all'interpretazione dell'articolo 4 da parte della maggioranza di giudici. Koskelo sottolinea come lo sfruttamento della prostituzione sia rilevante *in quanto* elemento della definizione di tratta: “the majority in the present case go far beyond that position by holding that both trafficking *and* the exploitation of prostitution fall within the scope of Article 4”<sup>92</sup>. La maggioranza introduce, secondo la giudice, “un allargamento dello scopo dell'articolo [4] che è allo stesso tempo significativo e oscuro”, con la conseguenza che, assente una definizione del termine sfruttamento, tale ragionamento pone dei problemi di legittimità in base all'articolo 7 Cedu. La prassi degli Stati, ricorda la giudice, è divisa su cosa debba essere qualificato come “sfruttamento della prostituzione” o “sfruttamento sessuale”. Mentre alcuni considerano che la prostituzione implica sempre sfruttamento, altri non seguono questa posizione<sup>93</sup>.

A seguito della pronuncia della sentenza, nei limiti dei termini previsti, è stato presentato rinvio alla Grande Camera, che ha reso la sua sentenza il 25 giugno 2020.

## 5.2. La Grande Camera della Corte europea dei diritti umani nel caso *S.M. c. Croazia*: disarticolando la tratta di esseri umani dallo sfruttamento sessuale a scopo di prostituzione

Nell'esame del rinvio, la Grande Camera della Corte europea dei diritti umani dedica un'ampia parte alla normativa interna, regionale ed internazionale sulla tratta di esseri umani. La ricerca comprende sia atti vincolanti sia non vincolanti, inclusa la *Model Law* contro la tratta di persone<sup>94</sup>. La Corte ha risposto alle due obiezioni del governo croato relative all'applicabilità dell'articolo 4 Cedu al caso di specie. Con riferimento alla prima, la Corte ha rinviato la decisione al merito, mentre con riguardo alla seconda – il governo riteneva il ricorso manifestamente infondato e dovuto alla mera insoddisfazione per l'esito del procedimento – i giudici hanno sostenuto che il ricorso sollevava questioni complesse relative all'interpretazione dell'articolo 4 Cedu e che dunque non poteva ritenersi infondato. La ricorrente infatti

89 S.M. (2018), cit., par. 58.

90 Ivi, par. 60.

91 Sugli obblighi procedurali, in maggior dettaglio, si veda il commento di V. Stoyanova, *The Grand Chamber Judgment in S.M. v Croatia: Human Trafficking, Prostitution and the Definitional Scope of Article 4 ECHR*, 3 luglio 2020, <https://strasbourgobservers.com/2020/07/03/the-grand-chamber-judgment-in-s-m-v-croatia-human-trafficking-prostitution-and-the-definitional-scope-of-article-4-echr/>

92 Ivi, par. 18.

93 Ivi, par. 19.

94 V. *supra*, par. 3.

lamentava l'asserita impunità per reati legati alla tratta di esseri umani, quindi violazioni di natura procedurale. Posto in questi termini, il ricorso doveva ritenersi ammissibile<sup>95</sup>.

Il comitato GRETA, che si occupa di lotta alla tratta di esseri umani in seno al Consiglio d'Europa, e tre centri di ricerca sono stati sentiti quali terze parti intervenienti. In particolare, un gruppo di ricercatori/trici ha argomentato che la mancanza di definizione di sfruttamento sessuale creava il rischio che gli Stati, attraverso le loro leggi nazionali, potessero evitare di caratterizzare una particolare situazione come sfruttamento. Ciò doveva ritenersi "inaccettabile" e la Corte avrebbe dovuto far ricorso ad una propria definizione di "sfruttamento"<sup>96</sup>. Nel merito, la Corte ha osservato come l'articolo 4 si riferisca a tre diversi concetti: schiavitù, servitù, lavoro forzato o obbligatorio, che sono stati interpretati alla luce degli strumenti giuridici internazionali pertinenti<sup>97</sup>. Ha dedicato inoltre una lunga parte a ricondurre, sulla scia della sentenza *Rantsev*, la tratta di esseri umani al campo di applicazione dell'articolo 4 Cedu<sup>98</sup>. Con riferimento allo "sfruttamento della prostituzione", la Corte non entra nel dibattito sul se la prostituzione possa essere (genuinamente) consensuale ovvero se debba sempre ritenersi una forma coercitiva di sfruttamento. Nel precedente caso *V.T. c. Francia*, la Corte considerò la prostituzione incompatibile con la dignità della persona se forzata, ma non esaminò se la prostituzione di per sé rientrasse tra i comportamenti "inumani" o "degradanti" che rilevano ai sensi dell'articolo 3 Cedu<sup>99</sup>. Mancando nel caso di specie la coercizione, l'articolo 4 non era applicabile, in quanto veniva a mancare l'elemento qualificante del "lavoro forzato o obbligatorio". Nel caso *S.M.*, la Corte ha ritenuto che la nozione di "lavoro forzato o obbligatorio" protegga da forme di sfruttamento quale la prostituzione, a prescindere dalle circostanze del caso di specie, nello specifico dal se si riferisca ad un contesto di tratta o meno. Ha precisato tuttavia la Corte che la "forza" deve includere anche le sottili forme di condotta coercitiva, come identificate dalla Corte europea dei diritti umani, così come da altri strumenti internazionali<sup>100</sup>. Ad esempio, nel caso *Chowdury e altri c. Grecia*, la Corte elaborò un concetto di "consenso", la cui assenza si determina quando un datore di lavoro "abusa del suo potere e trae vantaggio dalla vulnerabilità dei suoi lavoratori con lo scopo di sfruttarli"<sup>101</sup>. In altri termini, se la prostituzione è legata alla tratta, essa rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 4 della Convenzione, in quanto, dall'interpretazione evolutiva della disposizione, i tre elementi che accomunano le fattispecie di reato in esso contenute presentano gli elementi identificativi del trattamento degli esseri umani come beni, la rigida sorveglianza, la limitazione degli spostamenti, l'uso della violenza o delle minacce, le carenti condizioni di vita e l'assenza o l'esiguo pagamento<sup>102</sup>. Se la prostituzione è forzata, ma non legata alla tratta, essa può rientrare nella categoria del "lavoro forzato e obbligatorio", di cui sempre all'articolo 4 Cedu. La Corte ha infine concluso nel senso della violazione da parte della Croazia degli obblighi procedurali discendenti dall'articolo 4 Cedu, in quanto la non efficiente gestione del caso da parte delle autorità aveva indebolito la capacità delle autorità domestiche di determinare la vera natura della relazione del ricorrente con T.M. Si conferma dunque, pur con un ragionamento più articolato – non più chiaro, ma sicuramente più ricco di riferimenti – della prima sezione della Corte europea, l'esito del procedimento. Rilevano tuttavia ai nostri fini, nella individuazione di una autonomia della tratta da forme di sfruttamento sessuale non a quest'ultima riconducibili, le posizioni concorrenti e dissenzienti dei giudici. L'assenza di chiarezza del merito della sentenza è stata rilevata dai giudici O'Leary e Ravarani, i quali hanno osservato la "conceptual vagueness" sviluppata dalla Corte che riconduce il caso ad un "trattamento contrario all'articolo 4 Cedu" a prescindere dalla natura del comportamento illecito, se tratta di esseri umani o prostituzione forzata, concludendo semplicemente, che in termini di obblighi procedurali, non vi era alcuna differenza. Più interessante ai fini dell'analisi pare essere la posizione del giudice Pastor Vilanova, che, pur ammettendo l'indeterminatezza delle statuizioni della Corte, ha sostenuto che è tempo per la Corte europea dei diritti umani di esprimersi sul se lo sfruttamento della prostituzione, di per sé, sia compatibile con la Cedu:

95 S.M. (2020), cit., par. 229.

96 Ivi, par. 274.

97 Ivi, par. 279 ss.

98 Ivi, par. 286 ss.

99 Corte europea dei diritti umani, seconda sezione, *V.T. c. Francia*, 11 settembre 2007, ricorso n. 37194/02.

100 S.M. (2020), cit., parr. 300-301.

101 *Chowdury*, cit., par. 196.

102 Corte europea dei diritti umani, quarta sezione, *J. et al. c. Austria*, 17 gennaio 2017, ricorso n. 58216/12.



As a general rule, I do not believe so. Human dignity cannot be paid for. The principle that the human body is not property also remains incompatible with its commodification (*res extra commercium*) and unsuited to the context of a contract of employment, which remunerates the persons concerned for their (physical or intellectual) efforts and not for making their own bodies available to others on the instructions of their employer<sup>103</sup>.

Il giudice ha ritenuto che lo sfruttamento della prostituzione debba essere presunto come contrario all'articolo 4 Cedu, a meno che l'ingresso nella prostituzione non avvenga con un "consenso libero, informato ed espresso". Il consenso alla prostituzione, per essere libero e informato – ha osservato il giudice – deve essere espresso e ottenuto in modo incontrovertibile e la mancanza di resistenza o il silenzio non devono mai essere ritenuti una forma di consenso implicito<sup>104</sup>. Benché vi siano dei paesi che disciplinano la prostituzione, una dettagliata regolamentazione giuridica dell'attività non è sufficiente, agli occhi del giudice, a rendere tale normativa compatibile con la Cedu: "the fact that it is regulated does not in any way mean that the person's consent is entirely free, informed and express, and above all verified". Gli obblighi che ne discendono in capo agli Stati sono quelli di rafforzare le garanzie e le salvaguardie con riguardo alla prostituzione legale, di accertare "se il consenso dato è veramente genuino" e di introdurre misure preventive per identificare i gruppi vulnerabili e garantire loro assistenza e protezione nell'ipotesi in cui vogliono uscire dalla prostituzione.

## 6. Conclusioni

Alla luce dell'analisi delle due sentenze della Corte europea dei diritti umani nel caso *S.M. c. Croazia*, si deve rilevare che l'equiparazione tra lavoro forzato e prostituzione forzata ha il merito di enfatizzare l'elemento della coercizione e dello sfruttamento della posizione di potere di una parte nei confronti dell'altra, ma non coglie come lo sfruttamento sessuale non sia soltanto frutto dello sfruttamento di una posizione di potere, ma altresì il risultato di persistenti squilibri di genere e forme di discriminazione nei confronti delle donne. Non coglie vieppiù l'aspetto della violazione del diritto alla salute e alla salute riproduttiva delle donne.<sup>105</sup> Ricondurre al lavoro forzato o obbligatorio la prostituzione forzata è insufficiente anche in termini di misure preventive, repressive e protettive, in quanto impedisce di cogliere la necessità di agire sullo sradicamento degli stereotipi presenti nelle società nei confronti delle donne e del loro corpo, "oggetto" commercializzato per produrre piacere. Si potrebbe però, come è già stato fatto per la tratta, ricondurre lo sfruttamento sessuale (a scopo di prostituzione, quantomeno forzata), all'articolo 4 Cedu, in quanto presenta gli elementi che la Corte europea ha identificato come necessari per qualificare la fattispecie tratta alla stregua di una violazione di tale disposizione, ovvero: il trattamento degli esseri umani come beni, la rigida sorveglianza, la limitazione degli spostamenti, l'uso della violenza o delle minacce, le carenti condizioni di vita e l'assenza o l'esiguo pagamento.

In questi termini, ha certamente del merito la posizione di Pastor Vilanova, che sostiene come nella maggior parte dei casi di prostituzione, vi sia presenza di coercizione, più o meno espressa. Benché il tono dell'opinione concorrente sia a tratti paternalista – nell'identificazione delle donne come una categoria vulnerabile necessaria di protezione – il giudice coglie gli elementi già evidenziati dalla *Special Rapporteur* Huda nel 2006, in particolare il fatto che la prostituzione alimenta la tratta di esseri umani. Ci si potrebbe chiedere se una definizione giuridica – elaborata tramite l'adozione di uno strumento internazionale o regionale o per via interpretativa – non possa essere utile ai fini dell'identificazione del fenomeno. Ad esempio, si potrebbe definire lo sfruttamento sessuale, a partire dagli strumenti di *soft law* indicati nei paragrafi precedenti e alla luce della recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, quale forma di violenza di genere contro le donne che consiste nella commercializzazione del corpo della donna per l'ottenimento di un vantaggio finanziario attraverso il coinvolgimento di un'altra persona nella prostituzione, servitù sessuale o altro tipo di servizi sessuali, inclusi atti pornografici o la produzione di materiale pornografico, e che determina danni fisici o psicologici. A questa definizione, potrebbe essere aggiunto l'elemento dell'assenza di consenso, nel senso che questa, quale risultato di forza o alla presenza di circostanze coercitive, si deve presumere. In questo modo, non si esclude la

103 Opinione concorrente del giudice Pastor Vilanova, par. 4.

104 Opinione concorrente del giudice Pastor Vilanova, cit., par. 8.

105 Sull'impatto della tratta e della prostituzione (forzata o meno) sulla salute riproduttiva delle donne, v. D.T. Meyers, *Victims of Trafficking, Reproductive Rights, and Asylum*, in L. Francis (ed.), *The Oxford Handbook of Reproductive Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 99-100.

possibilità di un esercizio (pur limitato) consensuale dell'attività, ma l'onere della prova è invertito, nel senso che sarà la donna a dover dimostrare che non vi sia stata coercizione e che il suo consenso sia stato genuino. Concordiamo invero con Julie Bindel<sup>106</sup>, là dove afferma che tutte le forme di prostituzione siano forme di violenza contro le donne, a prescindere o meno dal loro essere collegate alla tratta, sia per le dinamiche di potere e coercizione legati a questa attività, sia per le forme di violenza cui comunemente le donne nella prostituzione sono sottoposte, frutto dell'idea del corpo femminile come oggetto di sfruttamento.

---

106 J. Bindel, *The Pimping of Prostitution: Abolishing the Sex Work Myth*, Londra, Palgrave Macmillan, 2019. L'autrice compara l'industria del sesso a quella del tabacco: "The fight against the tobacco industry is perhaps a good analogy with the campaign to end the normalisation of pimping, brothel owning and sex buying. The message from those pimps and punters that seek to legalise the entire industry, is that the sex trade is a harmless industry that causes little or no damage" (p. 332).

*Daniel Borrillo\**

## Omofobia: violenza, vulnerabilità e invisibilità

### Sommario

1. Introduzione – 2. La questione omofobica – 3. La doppia dimensione dell'omofobia – 4. L'origine della violenza – 5. L'invisibilità come violenza – 6. L'omofobia interiorizzata – 7. Conclusione – 8. Bibliografia.

### Abstract

La recente preoccupazione per l'ostilità nei confronti dei gay e delle lesbiche modifica il modo in cui la questione è stata finora affrontata. Invece di concentrarsi come in passato sullo studio del comportamento omosessuale in quanto deviante, l'attenzione viene ormai posta sulle ragioni che hanno portato a considerare come deviante proprio questa forma di sessualità: lo spostamento dell'oggetto d'analisi verso l'omofobia corrisponde ad un cambiamento tanto epistemologico che politico. Epistemologico, dal momento che non si tratta tanto di conoscere o di comprendere l'origine e il funzionamento dell'omosessualità, quanto di analizzare l'ostilità suscitata da questa specifica forma di orientamento sessuale. Politico, poiché non è più la questione omosessuale (in fin dei conti banale dal punto di vista istituzionale) ma proprio la questione omofobica che merita oggi di essere affrontata in quanto tale.

*The recent concern about hostility towards gays and lesbians impacts on the way the issue has been dealt with so far. Instead of focusing as in the past on the study of homosexual behavior as it is deviant, attention is now placed on the reasons that led to considering this form of sexuality as deviant: the shift of such a focus towards homophobia corresponds to an epistemological as well as a political change. An Epistemological matter, since it is not so much a question of knowing or understanding the origin and functioning of homosexuality, but to analyze the hostility aroused by this specific form of sexual orientation. A political matter, since it is no longer the homosexual question (ultimately banal from an institutional point of view) but precisely the homophobic question that deserves to be addressed as such today.*

### 1. Introduzione

L'omofobia è una forma di violenza basata sulla vulnerabilità di un certo gruppo di persone a causa del loro (vero o presunto) orientamento sessuale che produce non solo discriminazione ma anche invisibilità. Cercherò di articolare, nel tempo assegnato, il fenomeno dell'omofobia con questi tre elementi.

Innanzitutto, cominciamo per cercare di definire l'omofobia la quale è caratterizzata dall'atteggiamento di ostilità nei confronti degli omosessuali, uomini o donne che siano.

Se la componente primaria dell'omofobia è effettivamente un rifiuto irrazionale o addirittura un odio verso gay e lesbiche, essa non può tuttavia essere ridotta solo a questo.

\* Professore di Diritto Privato, Università di Paris X Nanterre.  
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

Come la xenofobia, il razzismo o l'antisemitismo, l'omofobia è una manifestazione arbitraria che consiste nel designare l'altro in quanto contrario, inferiore o anomalo<sup>1</sup>. Nella sua irriducibile differenza, l'altro viene situato altrove, al di fuori dell'ambito comune degli esseri umani. Crimine abominevole, amori vergognosi, gusti depravati, costumi infami, passione ignominiosa, peccato contro natura, vizio sodomitico, sono altrettante designazioni che per secoli hanno definito il desiderio e le relazioni sessuali o affettive tra persone dello stesso sesso<sup>2</sup>. Relegato a emarginato o ad eccentrico, l'omosessuale viene designato dalla norma sociale come un essere bizzarro, strano o strambo. E siccome il male viene sempre da fuori, in Francia l'omosessualità è stata chiamata "vizio italiano", "costume arabo" o "coloniale". Come il nero, l'arabo o lo straniero, l'omosessuale è sempre l'altro, il differente, quello con cui qualunque identificazione resta impensabile.

## 2. La questione omofobica

La recente preoccupazione per questa ostilità nei confronti dei gay e delle lesbiche modifica il modo in cui la questione è stata finora affrontata. Invece di concentrarsi come in passato allo studio del comportamento omosessuale in quanto deviante, l'attenzione viene ormai posta sulle ragioni che hanno portato a considerare come deviante proprio questa forma di sessualità<sup>3</sup>. Lo spostamento dell'oggetto d'analisi verso l'omofobia corrisponde ad un cambiamento tanto epistemologico che politico. Epistemologico, dal momento che non si tratta tanto di conoscere o di comprendere l'origine e il funzionamento dell'omosessualità, quanto di analizzare l'ostilità suscitata da questa specifica forma di orientamento sessuale. Politico, poiché non è più la *questione omosessuale* (in fin dei conti banale dal punto di vista istituzionale) ma proprio la *questione omofobica* che merita oggi di essere affrontata in quanto tale.

Che si tratti di una scelta di vita sessuale o di una caratteristica strutturale del desiderio erotico verso le persone dello stesso sesso, l'omosessualità va oramai considerata una forma di sessualità legittima al pari dell'eterosessualità. Null'altro, in realtà, che la semplice manifestazione del pluralismo sessuale, una variante costante regolare della sessualità umana. In quanto atti tra adulti consenzienti, i comportamenti omoerotici sono protetti, perlomeno in Europa, allo stesso titolo di ogni altra manifestazione della vita privata<sup>4</sup>.

La differenza omo/etero non viene soltanto constatata, ma serve soprattutto a costruire un regime delle sessualità in cui solo i comportamenti eterosessuali meritano di essere considerati un modello sociale di riferimento per ogni altra forma di sessualità. È così che, in questo ordine sessuale, il sesso biologico (maschio, femmina) determina al tempo stesso un desiderio sessuale univoco (etero) e un comportamento sociale specifico (maschile/femminile). Sessismo e omofobia appaiono quindi come le componenti necessarie del regime binario delle sessualità. La divisione dei generi e il desiderio (etero) sessuale funzionano come dispositivi di riproduzione dell'ordine sociale prima ancora di essere dispositivi di riproduzione biologica della specie. L'omofobia diviene in questo senso la sentinella delle frontiere sessuali (etero/omo) e di quelle del genere (maschile/femminile). Ecco perché gli omosessuali non sono più le sole vittime della violenza omofoba, la quale si scaglia egualmente contro tutti coloro che non si adeguano al classico ordine dei generi: travestiti, transessuali, bisessuali, donne eterosessuali dalla forte personalità come uomini eterosessuali delicati o dotati di una grande sensibilità...

L'intolleranza omofobica, o l'omonegatività, è un fenomeno complesso e vario che ritroviamo nelle battute volgari in cui viene preso di mira l'effeminato<sup>5</sup>, ma può anche prendere forme più brutali e spingersi fino alla volontà di sterminio come è stato il caso della Germania nazista<sup>6</sup>. L'omofobia, come ogni altra forma di esclusione, non si limita a constatare una differenza: essa la interpreta e ne trae delle conclusioni di ordine materiale. Così, se l'omosessuale è colpevole del peccato, la sua condanna morale appare necessaria e la purificazione attraverso il fuoco dell'inquisizione ne è la logica conseguenza.

1 L-G. Tin, (dir.), *Dictionnaire de l'homophobie*, Paris, PUF, 2003.

2 D. Borrillo, D. Colas, D., *L'homosexualité de Platon à Foucault. Anthologie critique*, Paris, Plon, 2005.

3 E. Fassin, *L'Inversion de la question homosexuelle*, Paris, Editions Amsterdam, 2005.

4 D. Borrillo, *De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la homofobia: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la orientación sexual*, in *Revista de Estudios Jurídicos*, University of Jaén, n° 11, 2011.

5 D. Bodin, S. Héas, L. Robène, S. Ferez, R. Kergoat. *Violences sexistes et sexuelles dans les sports : exemples de l'humour et de l'insulte*, in *Genre, sexualité & société*, Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, 2009, pp.14

6 G. Grau, *The Hidden Holocaust: Gay and Lesbian Persecution in Germany 1933-45*, Fitzroy Dearborn Publishers, 1995.



Se viene assimilato al criminale, il suo destino naturale resta, nel migliore dei casi, l'ostracismo e nel peggiore la pena capitale, come avviene ancora in alcuni paesi. Considerato un malato, l'omosessuale costituisce l'oggetto dello studio medico e deve sottoporsi alle terapie che la scienza gli prescrive, in particolare l'elettroshock che è stato utilizzato in Occidente fino agli anni Sessanta e più recentemente le terapie di conversione sessuale denunciate dalle Nazioni Unite dal 2015. Se le forme più raffinate di omofobia ostentano una tolleranza nei confronti di gay e lesbiche, è solo a condizione di attribuire loro un posto marginale e silenzioso, quello di una sessualità considerata non del tutto matura o secondaria. Accettata nella sfera intima della vita privata, l'omosessualità diviene insopportabile nel momento in cui rivendica pubblicamente la sua equivalenza con l'eterosessualità<sup>7</sup>.

L'omofobia è la paura che quest'identità di valore venga riconosciuta. Essa si manifesta, tra le altre cose, sotto forma di angoscia della scomparsa della frontiera e della gerarchia dell'ordine eterosessuale. Essa si esprime attraverso l'insulto e l'offesa quotidiana ma anche negli scritti di professori e esperti o nel corso di dibattiti pubblici. L'omofobia è familiare, intorno ad essa vi è ancora consenso e la si considera un fenomeno banale: quanti genitori si preoccupano infatti quando scoprono l'omofobia di un figlio adolescente, mentre l'omosessualità di un figlio o di una figlia è ancora una fonte di drammi in famiglia e finisce molto spesso con la visita da uno psicanalista?

Invisibile, quotidiana, condivisa, l'omofobia fa parte del senso comune, sebbene finisca ugualmente con procurare una forma di alienazione certa degli eterosessuali. È per queste ragioni che è indispensabile metterla in questione, e ciò sia per quanto riguarda le prese di posizione e i comportamenti che le strutture ideologiche che la accompagnano.

### 3. La doppia dimensione dell'omofobia

La doppia dimensione della questione – il rifiuto irrazionale, (affettivo) da una parte, la costruzione ideologica (cognitiva) dall'altra – ci obbliga a prendere in considerazione sia il livello individuale che quello sociale dell'omofobia.

Se esistono delle reazioni virulente verso le persone gay e lesbiche, l'omofobia quotidiana assume anzitutto la forma di una "violenza simbolica" (secondo il concetto elaborato da Pierre Bourdieu magari citare testo in nota anziché questa parentesi) di cui le vittime non sono perlopiù coscienti. In questo senso, e al fine di cogliere meglio il nocciolo del problema, Hudson e Ricketts hanno suggerito la distinzione tra omofobia e omonegatività<sup>8</sup>. Quest'ultima si riferisce non solo alle componenti di avversione e di ansia proprie dell'omofobia nel senso classico del termine, ma anche e soprattutto all'insieme degli atteggiamenti cognitivi verso l'omosessualità sul piano sociale, morale, giuridico e/o antropologico. Il termine 'omonegatività' designa quindi due aspetti differenti di una stessa realtà: una dimensione personale di natura affettiva, che si manifesta attraverso il rifiuto degli omosessuali, e una dimensione culturale di natura cognitiva: in quest'ultima non è l'omosessuale in quanto individuo soggetto del rifiuto, quanto l'omosessualità come fenomeno psicologico e sociale. Questa distinzione permette di capire meglio una situazione piuttosto frequente nelle società moderne, dove si tollera o addirittura si simpatizza con le persone stigmatizzate pur ritenendo inaccettabile ogni politica egualitaria nei loro confronti. Esempio di questo sono i dibattiti sulla unione civile, sulla filiazione e quelli sul diritto d'asilo per le persone LGBT dove sono a questo proposito molto eloquenti, nel senso che la questione dell'uguaglianza viene è stata accuratamente elusa<sup>9</sup>.

L'omofobia è presente negli insulti, nelle battute, nelle caricature e nel linguaggio comune. Essa presenta gay e lesbiche come creature grottesche, oggetto di derisione. L'insulto rappresenta la logica conseguenza dell'omofobia affettiva e cognitiva nella misura in cui, come nota Didier Eribon, espressioni come "sporco frocio" o "sporca lesbica" non sono espressioni dette così, senza pensarci, ma vere e proprie aggressioni verbali che lasciano il segno. Sono traumi che si inscrivono nella memoria e nel corpo (poiché la timidezza, l'imbarazzo, la vergogna sono altrettanti atteggiamenti prodotti dall'ostilità del mondo esterno). E una delle conseguenze più importanti dell'insulto è di strutturare il rapporto con

7 S. Garbagnoli et P. Massimo, *La croisade "anti-genre" : du Vatican aux manifs pour tous*. Paris, Textuel, coll. « Petite encyclopédie critique », 2017.

8 W. W. Hudson & Wendell A. Ricketts Research Colleague at the University of Hawaii, Honolulu, HI 96822, *A Strategy for the Measurement of Homophobia*, in *Journal of Homosexuality*, Volume 5, 1980.

9 D. Borrillo, *Fantômes des juristes vs Ratio juris : la doxa des privatistes sur l'union entre personnes de même sexe*. Presses Universitaires de France. *Au-delà du PaCS: L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, Paris, 2001.

gli altri e con il mondo. E quindi di dare forma alla personalità, alla soggettività, all'essere stesso di un individuo<sup>10</sup>.

La violenza allo stato puro rappresentata dall'omofobia psicologica non è nient'altro che l'integrazione paradigmatica di un atteggiamento anti-omosessuale che attraversa la storia delle nostre società. La paura talvolta puerile che l'omosessuale ancora suscita, deriva dalla produzione culturale dell'Occidente giudeo-cristiano. Dai testi sacri alle leggi laiche, attraverso la letteratura scientifica e il cinema, l'azione di promozione dell'eterosessualità non esita a lanciare anatemi non solo contro l'omosessualità ma contro ogni manifestazione d'affetto tra persone dello stesso sesso. L'omofobia cognitiva basa così la conoscenza dell'omosessuale e dell'omosessualità su un pregiudizio che li riduce a un *cliché*.

La distinzione tra omofobia psicologica (individuale)<sup>11</sup> e omofobia cognitiva (sociale) è necessaria ma, data la complessità del fenomeno, non è sufficientemente comprensiva per cogliere appieno l'insieme delle diverse forme di "antipatia" verso chi gay e lesbiche raggruppate sotto uno stesso termine, sono necessarie altre classificazioni. L'omofobia non si rivolge solo agli omosessuali, ma all'insieme degli individui è considerato non conforme alla norma sessuale.

#### 4. L'origine della violenza

In funzione di questa più profonda comprensione si può individuare una estensione va stabilita prima distinzione che separa "omofobia generale" da "omofobia specifica".

Il sociologo francese Daniel Welzer-Lang è stato il primo ad estendere la nozione di omofobia a discorsi e comportamenti che, andando al di là della semplice diffidenza verso i gay o le lesbiche, esprimono una forma generale d'ostilità nei confronti di comportamenti opposti ai ruoli sociosessuali pre-stabiliti. Secondo lo studioso, l'omofobia generale non è che una manifestazione di sessismo, ovvero della discriminazione degli individui in ragione del loro sesso (maschio/femmina) e, più in particolare del loro genere (femminile/maschile). Questa forma d'omofobia viene definita come "la discriminazione verso le persone che esprimono o a cui vengono attribuite certe qualità (o certi difetti) considerate dell'altro genere". È così che, nelle società profondamente segnate dalla dominazione maschile, l'omofobia organizza una sorta di "controllo del genere", poiché la virilità deve strutturarsi non solo in funzione della negazione del femminile ma anche del rifiuto dell'omosessualità. Secondo Welzer-Lang, "l'omofobia al maschile è la stigmatizzazione per designazione, relegazione o violenza, dei rapporti sensibili – sessuali o no – tra uomini, in particolare quando questi uomini vengono additati come omosessuali o affermano esserlo essi stessi. L'omofobia è parimenti la stigmatizzazione o la negazione dei rapporti tra donne che non corrispondono a una definizione tradizionale della femminilità"<sup>12</sup>.

È così che l'omofobia generale permette di denunciare gli spostamenti inavvertiti dal maschile verso il femminile e viceversa, in modo tale per cui negli individui è in opera un costante richiamo alla loro appartenenza al genere "giusto". Ogni sospetto di omosessualità viene sentito come un tradimento capace di mettere in questione l'identità più profonda dell'individuo. Sin dalla culla, i colori azzurro e rosa delimitano i territori di questa *summa divisio* che assegna implacabilmente un individuo al genere maschile o femminile. E quando a qualcuno viene rivolto l'insulto "frocio!", si denuncia nella maggior parte dei casi un non-rispetto degli attributi maschili piuttosto che il reale orientamento sessuale della persona. E quando si dice omosessuale a qualcuno, è per denunciare la sua condizione di traditore, di disertore del genere al quale "naturalmente" appartiene.

Al contrario dell'omofobia generale, l'omofobia specifica costituisce una forma d'intolleranza riferita in particolare a gay e lesbiche. Alcuni autori hanno proposto la distinzione tra "gayfobia" e "lesbofobia". Queste nozioni indicano le possibili declinazioni di questa forma particolare di omofobia. Le rispettive rappresentazioni dei due sessi e le funzioni ad esse collegate esigono in effetti una terminologia appropriata. La lesbofobia costituisce una particolarità all'interno di un'altra: la lesbica è infatti oggetto di una violenza particolare definita da un duplice disprezzo, per il fatto di essere donna e di essere omosessuale. A differenza del gay, si aggiungono qui la discriminazione nei confronti del genere e quella nei confronti della sessualità.

10 D. Eribon, *Réflexion sur la question gay*, Fayard, Paris, 1999.

11 W. Lester, Jr. Wright, H. E. Adams – J. Bernat, *Development and Validation of the Homophobia Scale*, in *Journal of Psychopathology and Behavioral Assessment*, volume 21, 1999, pp. 337-347.

12 D. Welzer-Lang, *Déconstruire le masculin. Problèmes épistémologiques*, in *L'Histoire sans les femmes est-elle possible?*, Anne-Marie Sohn éd., Éditions Perrin, 1998, pp. 291-304.

## 5. L'invisibilità come violenza

Secondo quanto scrive F. Guillemaut, nei rapporti sociali fondati sul genere le lesbiche appaiono caratterizzate, in ragione della loro femminilità, dall'essere invisibili e silenziose<sup>13</sup>. L'aneddoto attribuito alla regina Vittoria al momento del ripristino delle pene contro le relazioni sessuali tra uomini è eloquente: a chi le chiedeva il perché dell'impunità delle relazioni sessuali tra donne, la regina rispose: "come punire qualcosa che non esiste?". Allo stesso modo, Krafft-Ebing nota nella sua *Psychopathia Sexualis* che "tutte le informazioni che possono essere raccolte un po' dappertutto nella letteratura specialistica in merito, dimostrano con chiarezza che per le donne si tratta raramente di omosessualità autentica quanto, piuttosto, di pseudo-omosessualità". E, in ogni caso, anche se confermata, "l'omosessualità della donna non ha le gravi conseguenze che essa ha nell'uomo"<sup>14</sup>. È il fatto di rendere questa forma di sessualità invisibile a costituire il nocciolo duro della violenza omofoba nei confronti delle donne. Se è più difficile individuare l'omosessualità femminile, sottolinea Havelock Ellis, è proprio perché "siamo abituati al fatto che tra le donne esiste una maggiore intimità che tra gli uomini e questo ci impedisce di supporre l'esistenza d'una passione anormale tra di esse". Qualche anno dopo, analizzando l'omosessualità, Freud tratta quasi esclusivamente degli uomini. Il padre della psicanalisi dedica solo uno studio all'omosessualità femminile e, a differenza di quanto accade con i suoi pazienti uomini, non utilizza un pseudonimo con la sua paziente.

Se le lesbiche furono perseguitate in modo meno visibile dei gay, ciò non significa che vi sia stata una maggiore tolleranza nei loro confronti. Al contrario, quest'indifferenza è solo il segno di un atteggiamento di un disprezzo ancor più profondo, riflesso di una misoginia che, nel fare della sessualità femminile uno strumento del desiderio maschile, rende impensabili le relazioni erotico-affettive tra donne. L'iconografia pornografica eterosessuale lo mostra benissimo: i giochi sessuali tra donne sono sistematicamente messi in scena per eccitare l'uomo e, se esse sembrano provarvi piacere, è sempre l'uomo che conclude lo spettacolo con la penetrazione e l'eiaculazione.

Il disdegno degli uomini per la sessualità femminile, compresa quella lesbica – pensata come inoffensiva – si trasforma in violenza quando le donne contestano lo statuto assegnatole dal loro sesso, ovvero quando rifiutano di essere mogli e madri. Un secolo di antifemminismo testimonia l'odio nei confronti delle lotte di liberazione delle donne. Se rifiutano la maternità, le donne diventano un pericolo per esse stesse e per la società, poiché nel virilizzarsi mettono in pericolo non solo la loro identità ma anche e soprattutto l'equilibrio demografico.

Allorché cominciarono le rivendicazioni femministe, i medici reagirono con forza dichiarando che queste donne emancipate erano delle depravate "che preferivano il laboratorio alla cameretta dei loro bimbi". Abbandonando la loro funzione sociale, queste donne costituivano "una generazione di perverse, tanto moralmente che fisicamente, che in più allevavano figli effeminati e figlie maschiline". E quando non accettavano il ruolo di moglie e di madre che era loro assegnato era perché detestavano gli uomini.

Come dice Christine Bard, "sfidando con la loro semplice esistenza la norma di un sesso destinato "per natura" al matrimonio e alla maternità, le lesbiche vengono spontaneamente associate alle femministe che contestano questi "destini"<sup>14</sup>. Antifemminismo e lesbofobia s'alimentano reciprocamente, la lesbofobia essendo una risorsa efficace per la rappresentazione di un femminismo "contro natura" e "immorale".

Ecco come la caricatura antifemminista ha fatto della donna autonoma una lesbica e della lesbica stessa un personaggio invisibile, appartato, semplice vittima di uno stato d'animo passeggero che potrà essere "guarito" grazie all'intervento salvifico di un uomo, di "un uomo vero".

A differenza di altre forme d'ostilità, ciò che caratterizzerebbe l'omofobia è dunque il fatto che essa si rivolge anzitutto a degli individui isolati e non a gruppi costituiti in minoranza. Questa vulnerabilità fa che l'omosessuale soffre da solo dell'ostracismo legato alla sua omosessualità, senza sostegno alcuno da parte dell'ambiente sociale in cui vive e spesso in una situazione familiare che gli è ostile. Egli è più facilmente vittima di un disprezzo di sé e di una violenza interiorizzata che può condurlo fino al suicidio.

13 S. Arc – P. Vellozzo, *Rendre visible la lesbophobie*, in *Nouvelles Questions Féministes*, vol. vol. 31, no. 1, 2012, pp. 12-26.

14 Ch. Bard (sous la dir. de), *Un Siècle d'antiféminisme*, Paris, Fayard, 1999, p. 481.

## 6. L'omofobia interiorizzata

I gay e le lesbiche non sono risparmiati da sentimenti omofobici. L'odio della società nei confronti degli omosessuali può trasformarsi in odio verso sé stessi come nel personaggio proustiano di Charlus che, ne *Alla ricerca del tempo perduto*, denigra violentemente gli altri sodomiti. In una società in cui gli ideali sessuali e affettivi sono costruiti sulla base della superiorità psicologica e culturale dell'eterosessualità, sembra difficile evitare i conflitti interni che risultano da un non-adequamento a tali valori. Inoltre gay e lesbiche crescono in un ambiente che fa apertamente mostra della sua ostilità anti-omosessuale. L'interiorizzazione di questa violenza, che si manifesta sotto forma di insulti, ingiurie, frasi sprezzanti, condanne morali o atteggiamenti compassionevoli, porta molti omosessuali a lottare contro i propri desideri, provocando talvolta turbe psicologiche gravi<sup>15</sup>. Sensi di colpa, ansia, vergogna e depressione sono le principali manifestazioni di questo tipo di reazione.

Lo stereotipo ancora diffuso dell'omosessuale incapace di una vita affettiva piena, senza famiglia e senza figli, ridotto a finire le sue giornate in una solitudine insopportabile, spesso risolta col suicidio, ossessiona molti gay che, per evitare questo "tragico destino", si impegnano in un'opera di rifiuto della loro propria sessualità. L'*American Psychiatric Association* riconosce che i principali agenti di predisposizione all'omofobia interiorizzata sono i pregiudizi individuali e l'intolleranza sociale nei confronti dell'omosessualità. All'origine di questa intolleranza c'è quello che Dorais non esita a chiamare "integralismo identitario", il quale intende prescrivere comportamenti in funzione del nostro sesso biologico. Secondo l'autore, questo integralismo è "altrettanto pericoloso quanto il fondamentalismo religioso o il totalitarismo: impone un modello di comportamento unico, rigido e opprimente. Diventa addirittura ossessivo quando la misoginia, il sessismo e l'omofobia, coniugati, portano il terapeuta a voler correggere quegli errori della natura che sarebbero ragazzi effeminati, ragazze maschiline o adolescenti in presunto bilico verso un orientamento omo o bisessuale"<sup>16</sup>. In un tale contesto di violenza, non è sorprendente che i giovani omosessuali siano più particolarmente vittime di depressione, ricoveri psichiatrici e tentativi di suicidio. T. Hammelman dimostra a questo proposito che l'omosessualità è una delle principali cause di tentato suicidio fra gli adolescenti: l'isolamento sociale, le molestie subite, i numerosi rischi di violenza e il rigetto da parte della famiglia accentuano la perdita dell'autostima<sup>17</sup>. Un'inchiesta americana mostra che più del 40% dei 500 gay e lesbiche intervistati ha seriamente considerato la possibilità di un suicidio o ha effettivamente tentato di suicidarsi<sup>18</sup>.

Gli adolescenti gay sono quasi tre volte più numerosi dei loro pari eterosessuali a togliersi la vita<sup>19</sup>. Inoltre l'epidemia dell'AIDS è venuta a rafforzare i sensi di colpa e la perdita di autostima, tanto che l'omofobia interiorizzata sta diventando un vero e proprio problema di salute pubblica.

L'accettazione della propria omosessualità è così problematica che moltissimi gay si ritrovano in una situazione di isolamento e d'angoscia particolarmente difficile da superare<sup>20</sup>. L'educazione sessuale e affettiva dei gay e delle lesbiche avviene nella clandestinità, i punti di riferimento letterari, cinematografici e culturali sono quasi inesistenti, e quando c'è un personaggio omosessuale spesso viene presentato in modo derisorio o tragico. Basta guardarsi intorno per accorgersi che praticamente nessuna pubblicità si rivolge a coppie dello stesso sesso, che i film mettono raramente in scena amori omosessuali mentre le passioni eterosessuali sono di continuo celebrate.

Di fronte a una tale carenza di punti di riferimento culturali, la disperazione che assale molti adolescenti gay e lesbiche sembra comprensibile. La manifestazione pubblica della loro omosessualità (*coming-out*) rappresenta in questo senso un momento liberatorio. Con questo gesto, molti gay e lesbiche vogliono farla finita con la clandestinità in cui sono stati confinati.

15 A. Barrattini, A. V. Mazoyer, S. Bourdet-Loubère, *Compréhension de l'acte suicidaire chez des jeunes homosexuels*, in *Enfances & Psy*, vol. 61, no. 4, 2013, pp. 169-178.

16 M. Dorais, *Nouvel éloge de la diversité sexuelle*, VLB éditeurs, Québec, 2019.

17 T. Hammelman, *Gay and Lesbian Youth Contributing Factors to Serious Attempts or Considerations of Suicide*, in *Journal of Gay and Lesbian Psychotherapy*, 2 (1), 1993, p.77-89.

18 A. P. Haas, M. Eliason, V. M. Mays et Robin M. Mathy, *Suicide and Suicide Risk in Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Populations: Review and Recommendations*, in *Journal of Homosexuality*, vol. 58, n° 1, janvier 2011, p. 10-51

19 M. L. Hatzenbuehler, *The Social Environment and Suicide Attempts in Lesbian, Gay, and Bisexual Youth*, in *Pediatrics*, vol. 127, n° 5, 1<sup>er</sup> mai 2011, p. 896-903

20 A. Dehane, *Le marquage corporel chez des adolescents homosexuels : un palliatif au suicide ?*, in *Le Journal des psychologues*, vol. 327, no. 4, 2015, pp. 19-24.



Il *coming-out* può così rivelarsi estremamente salutare perché permette di rompere con una socializzazione eterosessista e quindi di ritrovare l'autostima e la stima dei propri simili<sup>21</sup>. Senza negare questa dimensione affermativa, va citata anche un'altra lettura del fenomeno: il *coming-out* può anche rappresentare una sorta di giustificazione sociale e d'iscrizione in un'identità sessuale. Nessun eterosessuale si sogna di fare un *coming-out*: è già nell'universo pubblico, grazie alla sua "normalità" gode da sempre della presunzione di eterosessualità. L'omosessuale invece, a causa della sua differenza, deve annunciarsi, chiedere permesso, avvertire i "normali" del suo ingresso in un territorio che non gli è naturalmente destinato. Ma questa domanda non è forse il segno del riconoscimento di questa forma di dominazione eterosessista?

## 7. Conclusione

Come per il razzismo, l'antisemitismo o la misoginia, l'ostilità verso i gay e le lesbiche è anzitutto il risultato d'un'impossibilità di rappresentarsi la differenza, soprattutto quando essa viene percepita come una minaccia o semplicemente un disturbo.

Ormai da decenni, abbiamo smesso da ormai decine di anni di considerare l'omosessualità come un comportamento deviante, e se si accetta che la "differenza omosessuale" è priva di senso politico, nessun motivo giustifica che sia riservato ad essa un trattamento giuridico particolare. In effetti, gli omosessuali non costituiscono una comunità e ancor meno un soggetto politico.

L'omosessualità ha certo profondamente segnato la vita di molte persone, ma non ha tuttavia altro significato da quella che ogni gay e ogni lesbica gli attribuiscono individualmente. Se non c'è una comunità omosessuale, esiste invece una vera e propria "comunità eterosessista" istituita dall'omofobia. L'omosessualità non esiste, nel senso che essa non è in realtà che l'invenzione impersonale d'una omofobia sociale che ha fabbricato una specie di "natura eterosessuale" sulla base d'un postulato estremamente semplice: un eterosessuale è il contrario d'un omosessuale. Questo sentimento d'appartenenza, di partecipazione naturale e spontanea all'eterosessualità, provoca per effetto un'adesione immediata, irriflessa, a un'identità sentita come originaria: identità nella quale i "normali" (eterosessuali) di ogni strato sociale possono riconoscersi. Ora, questa costruzione sociale della normalità non ha niente di naturale; sono stati necessari centinaia di trattati teologici, di enciclopedie mediche, delle raccomandazioni morali, di codici, di regolamenti ma anche di favole, film e romanzi per radicare questo sentimento nelle coscienze individuali.

## 8. Bibliografia

Aldrich R. (dir.), *Une Histoire de l'homosexualité (Gay Life and Culture: A World history, 2006)*, Paris, Le Seuil, 2006.

Ariès Ph. et Duby G. (dir.), *Histoire de la vie privée*, 5 tomes, Paris, Le Seuil, 1985-1986-1987.

Banens M., *De homo-aversie. Maatschappelijke analyse van de onderdrukking van de homoseksualiteit*, Groningen, éditions Huig, 1981.

Banens M., « Repenser la construction de l'homosexualité – entre "implantation de perversions" et nouveau (dés) ordre familial », *Les Cahiers de l'IRSA*, n° spécial, « Penser le Sexe... de l'utopie à la subversion ? », septembre 2004, p. 89-104.

Banens M. et Mendès-Leite R., *Nouvelles visibilités. Nouvelles discriminations ? Rapport à l'adresse du Ministère de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement et du Ministère de la santé et des solidarités, DREES-MIRE*, Lyon, MoDyS/GrePS, université de Lyon – université Lumière Lyon 2, 2008.

Bayer R., *Homosexuality and American psychiatry: The politics of diagnosis* (2<sup>e</sup> ed.), Princeton, NJ, Princeton University Press, 1987.

Ben Alaya D., *Genre, représentations et interactions sociales. Pour une approche psychosociale de l'identité de genre*, thèse de Doctorat, université de Provence, 2000.

21 J. Arènes, *Coming out et subjectivation*, *Dialogue*, vol. 203, no. 1, 2014, pp. 53-63.

- Ben Alaya D., « Sexuation psychologique et représentations sociales dans un contexte culturel en transition », *Psychologie et Société*, 9, 5 (1), 2006, p. 139-167.
- Ben Alaya D., « Facteurs psychosociaux et prévention du VIH/sida chez les hommes ayant des relations sexuelles avec des hommes », *HIV/AIDS Regional Program in the Arab States*, Le Caire, Pugwash Books, à paraître.
- Bernard J.-M., « Analysis of Local or Asymmetric Dependencies in Contingency Tables using the Imprecise Dirichlet Model », Bernard J.-M., Seidenfeld T. et Zaffalon M. (dir.), *Proceedings of the Third International Symposium on Imprecise Probabilities and Their Applications (ISIPTA'03): Proceedings in informatics Series*, Waterloo (Canada), Carleton Scientific, 2003, p. 46-61.
- Boehringer S., *L'homosexualité féminine dans l'Antiquité grecque et romaine*, Paris, Belles Lettres, 2007.
- Borrillo D. (dir.), *L'homophobie. Comment la définir, comment la combattre*, éditions Prochoix, 1999.
- Borrillo D., *L'homophobie*, Paris, PUF, collection « Que sais-je ? », (2000) 2001.
- Boswell J., *Christianisme, tolérance sociale et homosexualité*, Paris, Gallimard, 1985.
- Bouhdiba A., *La sexualité en Islam*, Paris, PUF, 1975.
- Busscher de P.-O., « Sexualités urbaines », Mendès-Leite R. (dir.), *Sodomites, invertis, homosexuels. Perspectives Historiques*, Lille, GKC, 1995.
- Busscher de P.-O., « Stonewall », Tin L.-G. (dir.), *Dictionnaire de l'homophobie*, Paris, PUF, 2003, p. 390-391.
- Chauncey G., *Gay New York: Gender, Urban Culture and the Making of the Gay Male World, 1890-1940*, New-York, Basic Books, 1994a.
- Chauncey G., « Fraternité chrétienne ou perversion sexuelle ? Les identités homosexuelles et la construction des catégories sexuelles après la Première Guerre Mondiale », Mendès-leite R. (dir.), *Sodomites, invertis, homosexuels. Perspectives historiques*, Lille, GKC, 1994b.
- Chauvin S., « Honte », Tin L.-G. (dir.), *Dictionnaire de l'homophobie*, Paris, PUF, 2003, p. 222-226.
- Corriveau P., *La répression des homosexuels au Québec et en France. Du bûcher à la mairie*, Septentrion, 2006.
- Dambrine S., Mangeot P. et Patouillard V., « Le noir et le rose. Entretien avec Louis-Georges Tin », *Vacarme*, 36, 2006.
- D'emilio J., *Making Trouble. Essays on Gay History, Politics and the University*, New York, Routledge, 1992.
- Elias N., *La Civilisation des mœurs*, et *La Dynamique de l'Occident (Ueber den Prozess der Zivilisation)*, Bâle, 1939), éditions Pockets, 1974-1975.
- Freud S., *Trois essais sur la théorie de la sexualité*, Paris, Gallimard, (1905) 1962.
- Glick P. et Fiske S. T., « The ambivalent sexism inventory: Differentiating hostile and benevolent sexism », *Journal of Personality and Social Psychology*, 70, 1996, p. 491-512.
- Herek G. M., « Gender gaps in public opinion about lesbians and gay men », *Public Opinion Quarterly*, 66, 2002, p. 40-66.
- Herek G. M., « Hate crimes and stigma-related experiences among sexual minority adults in the United States: Prevalence estimates from a national probability sample », *Journal of Interpersonal Violence*, 24, 2009, p. 54-74.
- Hocquenghem G., *Le désir homosexuel*, Paris, Fayard, 1972.
- Kite M. E. et Whitley B. E., « Sex differences in attitudes toward homosexual persons, behaviors, and civil rights: A metaanalysis », *Personality and Social Psychology Bulletin*, 22, 1996, p. 336-353.
- Knibiehler Y., « Les médecins des Lumières et la "nature féminine" », Morin- Rotureau E. (dir.), 1789-1799 : *Combats de femmes*, Paris, éditions Autrement, 2003, p. 127-142.
- Kosofsky Sedgwick E., *Epistémologie du placard*, éd. Amsterdam, 2008.
- Kraemer T., « Review of "Society and the Healthy Homosexual" by Dr. George Weinberg », *Gay Today*, vol. 8, Issue 167, 2003, <http://gaytoday.com/reviews/111003re.asp>.

- Mangeot P., « Discrétion/Placard », Tin L.-G. (dir.), *Dictionnaire de l'homophobie*, Paris, PUF, 2003, p. 130-133.
- Mangeot P., « Entretien avec Georges Chauncey », *Vacarme*, 26, 2004.
- Marques J. M. et Páez D., « Dynamique de groupes subjective : un cadre théorique pour l'effet brebis galeuse », Joule R. V. et Huguet P. (dir.), *Bilans et perspectives en psychologie sociale*, série n° 2, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2008, p. 71-115.
- Mayer H., *Les marginaux. Femmes, juifs et homosexuels dans la littérature européenne*, Paris, Albin Michel, 1994.
- Mendès-Leite R., « On the Esthetics of Pleasures: Guidelines for a Socio-Anthropology of (Homo) sexualities », Mendès-Leite R. et Busscher de P.-O. (dir.), *Gay Studies from the French Cultures. Voices from France, Belgium, Brazil, Canada and the Netherlands*, New York & London, Harrington Park Press, 1993.
- Rey M., « Parisian Homosexuels Creates a Lifestyle, 1700-1750 », Maccubin R., (dir.), *'Tis Nature's Fault: Unauthorized Sexuality During the Enlightenment*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987.
- Rey M., « Naissance d'une minorité », collectif, *Amour et sexualité en Occident*, Paris, Le Seuil, 1991.
- Riethauser S., *Regards sur l'amour entre hommes*, 2008, <http://www.lambda-education.ch/content/menus/histoire/histoire.html>.
- Rosier L., *Petit traité de l'insulte*, Loverval, Labor, 2006.
- Sarasin P., « L'invention de la "sexualité", des Lumières à Freud. Esquisse », *Le Mouvement Social*, 200, 2002-3, p. 138-146.
- Schneider D. J., *The psychology of stereotyping*, New York, The Guilford Press, 2004.
- Seidman S., « Deconstructing Queer Theory or the Under-Theorization of the Social and Ethical », Nicholson L. et Seidman S. (dir.), *Social Post modernism Beyond identity politics*. Cambridge, Cambridge University, 1995.
- Sidanius J., « The psychology of group conflict and the dynamics of oppression: A social dominance perspective », Iyengar S. et McGuire W. J. (dir.), *Explorations in political psychology*, Durham, NC, Duke University Press, 1993, p. 183-219.
- Sidanius J., Levin S., Liu J. et Pratto F., « Social dominance orientation, antiegalitarianism and the political psychology of gender: an extension and cross-cultural replication », *European Journal of Social Psychology*, 30, 2000, p. 41-67.
- Simon S., *Homophobie 2004 France*, Latresne, éditions le Bord de l'eau, 2004.
- Smith K., « Homophobia : A Tentative Personality Profile », *Psychological Reports*, 29, 1971, p. 1091-1094.
- Talec Le J.-Y., *Folles de France. Repenser l'homosexualité masculine*, Paris, éditions La Découverte, 2008.
- Tamagne F., *Mauvais genre ? Une histoire des représentations de l'homosexualité*, Paris, éditions de la Martinière, 2001.
- Tamagne F., « Genre et homosexualité. De l'influence des stéréotypes homophobes sur les représentations de l'homosexualité », *Vingtième Siècle. Revue d'Histoire*, 75, 2002, p. 61-73.
- Tin L.-G., « Hétérosexisme », Tin L.-G. (dir.), *Dictionnaire de l'homophobie*, Paris, PUF, 2003a, p. 207-211.
- Tin L.-G., *L'invention de la culture hétérosexuelle*, Paris, Broché, 2008.
- Verdier E., *Homosexualités et suicide : études, témoignages et analyse*, H & O éditions, 2003.
- Verdon J., *Les mœurs : être homosexuel n'est pas tabou*, Historia Interactif, 2008, [www.AlterHeros.com](http://www.AlterHeros.com).
- Weinberg G., *Society and the Healthy Homosexual*, Ed. St. Martins, 1972.

---

# *Interventi*



Francesca Saccomandi\*

## Spesso non binarie, sempre non conformi: la “piena depatologizzazione” delle soggettività trans

### Sommario

1. Introduzione – 2. La persona trans nella giurisprudenza costituzionale – 2.1. La sentenza 98/1979: i primi quesiti sulla “questione transessuale” – 2.2. Il mutato atteggiamento della Corte costituzionale: la sentenza n. 161/1985 – 2.3. L’adeguamento dei caratteri sessuali, da divieto a condizione necessaria – 3. La regola che costruisce l’eccezione: binarismo di genere e corpo trans – 3.1. La situazionalità storica della regola binaria – 3.2. Il genere come performance e i corpi trans come fuori copione – 3.2.1. Dove prima non c’era che una sequela di fatti, nasce il genere – 3.2.2. *Opinio iuris atque necessitatis*: il binarismo di genere – 3.2.3. Le sanzioni: violenza transfobica e patologizzazione – 3.2.4. Abolire il genere significa moltiplicarlo – 4. Conclusioni.

### Abstract

L’attivismo trans e non binario italiano ha nel 2020 reso pubblicamente manifesta la richiesta di una completa riforma del diritto in materia di identità di genere, che passi per la piena e completa depatologizzazione dei generi non conformi. Il contributo evidenzia la necessaria connessione tra depatologizzazione e critica al binarismo di genere, interrogando le fonti del diritto italiano più rilevanti in materia.

*The depathologization of gender non-conforming identities is a shared common ground for many Italian trans and non-binary collectives, associations, political bodies. Through the critical analysis of the Italian Constitutional case-law on the matter, this article investigates the possible meanings and the necessary conditions of this process.*

\* Dottoressa in Giurisprudenza, Università di Bologna.  
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

## 1. Introduzione

«Una credenza che sia stata conquistata con la luce della ragione e con un esatto esame della realtà è abbastanza elastica per non scandalizzarsi mai. Una credenza ricevuta senza un'analisi seria delle ragioni per cui è stata ricevuta, accettata per tradizione, per pigrizia, per educazione passiva è un conformismo.»<sup>1</sup>

Il tema della depatologizzazione delle identità trans e non binarie<sup>2</sup> pone grandi sfide al diritto italiano, sinora basato, come si dimostrerà nel corso del lavoro, sul binarismo di genere, con cui si intende il sistema fondato sulla “naturale configurazione dei corpi in sessi, i quali esistono in una reciproca relazione binaria<sup>3</sup>”. Il binarismo assume il corpo cisgender come sua fisiologica regola, relegando l'identità trans a patologica eccezione.

L'unico intervento legislativo in materia di identità di genere risale al 1982, e consiste nell'introduzione della procedura di *legal gender recognition* (LGR)<sup>4</sup>. L'applicazione della scarna l. 164/1982 è stata interamente devoluta alla giurisprudenza, che si è trovata non solo ad interpretarla, ma a formulare i principi generali in materia.

Trentotto anni dopo, le persone trans e non binarie chiedono la riforma della sovraccitata legge e un generale ripensamento del diritto interno in materia di *depatologizzazione*.

Il biennio 2019-2020 è particolarmente significativo in questo senso. In risposta al congresso romano dell'European Professional Association for Transgender Health (EPATH)<sup>5</sup> del 2019 nacque DEpath, “spazio di informazione, scambio, discussione e organizzazione sulla salute trans tra e per persone trans, non binarie e di genere non conforme”, con il preciso obiettivo di “ripolitizzare la questione dell'accesso alla salute e ai servizi legati alla «transizione» in un'ottica di depatologizzazione, autodeterminazione e (sic.) empowerment<sup>6</sup>”. Questo spazio si è allargato quando, tra il 29 febbraio e il 1° marzo, DePATH e altri collettivi

- 
- 1 A. Moravia in P. P. Pasolini, *Comizi D'Amore*, Roma: Titanus. 1965.
  - 2 Pur trattandosi di aspetti largamente noti, è opportuna qualche premessa terminologica. L'identità di genere di ciascuna persona esprime il suo riconoscersi come uomo, donna, entrambe le cose, nessuna delle tre. Si riferisce all'*inner being*, l'essenza interiore di ogni persona umana. Non coincide con l'orientamento sessuale, che invece è manifestazione della propria preferenza sessuale. Mentre l'identità di genere ha a che fare con *chi sono*, l'orientamento sessuale indica *chi mi piace* (o la mancanza di attrazione sessuale, nel caso dell'asessualità). L'identità di genere è diversa dall'espressione di genere o presentazione di genere, che indica comportamenti messi in atto per comunicare (o nascondere) al mondo circostante la propria identità di genere. Indossare una gonna, ad esempio, è tradizionalmente indice di femminilità. Transgender o trans o trans\* è un termine ombrello, che ricomprende in sé varie soggettività. «Non c'è un unico modo di essere transgender». Le persone transessuali – donne trans o MtF (male to female) e uomini trans / FtM (female to male) – sono soggetti il cui sesso assegnato alla nascita non corrisponde all'identità di genere. Per indicare questa discrepanza, si impiega l'acronimo AFAB (“*assigned female at birth*”) per gli uomini trans, e AMAB (“*assigned male at birth*”) per le donne trans. L'identità di genere, tuttavia è un continuum, uno spettro: molti soggetti si posizionano in modo diverso rispetto ai due poli m/f. Esistono persone non binarie e persone non conformi: anche questi sono due termini ombrello, che racchiudono in sé una grande varietà di identità di genere, accomunate dall'esplicita contrapposizione alle identità di genere binarie. Il presente contributo si riferisce in modo generale alle persone trans, non binarie e non conformi, senza alcuna pretesa di esaustività. Bisognerà, a riguardo, tenere in considerazione due elementi: il primo, è che le identità di genere sono molteplici e varie, e non è possibile né utile associare ad ogni specifica “etichetta” una serie predeterminata di comportamenti, di modificazioni corporee, di espressioni; il secondo è che le esperienze trans e non binarie sono sempre, in qualche modo non conformi, come verrà ampiamente dimostrato. Cfr. L. Erickson-Schroth, *Trans Bodies, Trans Selves.*, Oxford; New York, Oxford University Press, 2014, p. 20.
  - 3 J. Butler, *Atti performativi e costituzione di genere: saggio di fenomenologia e teoria femminista*. in F. Arfini & C. Lo Iacono (a cura di), *Canone inverso. Antologia di teoria queer*. Pisa, 2012, p. 85.
  - 4 La *legal gender recognition* è l'istituto giuridico di diritto pubblico che consente il riconoscimento legale dell'identità di genere del soggetto, modificandone il sesso e il nome registrati all'anagrafe al momento della nascita. Cfr. *The state decides who I am: lack of gender recognition for transgender people in Europe*, Amnesty International, 2014 in <https://www.amnesty.org/en/documents/EUR01/001/2014/en/> (consultato 07.06.20); Commissioner of Human Rights, *Human Rights and Gender Identity*, Council of Europe, 2009 in <https://rm.coe.int/16806da753> (consultato 07.06.20); R. Kohler, A. Recher & J. Ehrh, *Legal gender recognition in Europe: toolkit*. TGEU, 2013; in [https://tgeu.org/toolkit\\_legal\\_gender\\_recognition\\_in\\_europe/](https://tgeu.org/toolkit_legal_gender_recognition_in_europe/) (consultato il 7 giugno 2020).
  - 5 La terza conferenza biennale di EPATH si è svolta tra l'11 e il 13 aprile 2019 a Roma. Il titolo della conferenza era “Inside Matters”.
  - 6 Il termine *empoweramento* deriva dall'inglese *empowering*, termine ampiamente utilizzato dai movimenti LGBTQAI+ e femministi nel mondo. Cfr. Consultoria Transfemminista Queer Bologna, *DEpath OFF – Roma 13-14 aprile 2019*, 11 aprile 2019, in <https://consultoriaqueerbologna.noblogs.org/post/2019/04/11/de-path-roma-13-14-aprile-2019/> (consultato il 7 giugno 2020).

e associazioni trans, non binarie ed intersessuali si sono sedute attorno a “*Transvisioni*”, tavolo che ha come obiettivo “*elaborare proposte politiche in favore delle persone e delle identità trans, non-binary e intersex*”<sup>7</sup>.

Segnali importanti di questa convergenza provengono anche dal più antico movimento politico trans italiano, il Movimento per l’Identità Transessuale (MIT), che svolse un ruolo centrale nella lotta per l’approvazione della l. 164/1982<sup>8</sup>. Il MIT ha lanciato a febbraio una piattaforma per “*l’autodeterminazione delle persone trans nell’affermazione di genere*”<sup>9</sup>, constatando l’inadeguatezza del sistema normativo italiano e chiedendo che le persone trans e di genere non conforme siano finalmente «interlocutrici della comunità scientifica dalla quale pretendono ascolto dei propri bisogni in un’ottica di autodeterminazione e della piena depatologizzazione»<sup>10</sup>.

Questo fronte compatto chiede molto al diritto<sup>11</sup>. La traduzione giuridica del concetto di *piena depatologizzazione* delle soggettività trans, non binarie e non conformi è una questione ancora da affrontare.

Partendo dai suoi significati correnti, *depatologizzazione* è un termine medico che indica l’eliminazione di una condizione patologica dalla categoria diagnostica di riferimento. Fu un processo di *depatologizzazione* lungo trent’anni a portare alla derubricazione dell’omosessualità dai principali manuali psichiatrici<sup>12</sup>, per fare un esempio. Fino al 1990, infatti, la validità delle c.d. *terapie riparative* (prescritte per “curare” le pulsioni omosessuali) era ufficialmente riconosciuta dalla comunità medico-scientifica<sup>13</sup>, e lecitamente praticate. Le comunità LGBTQIA+ guidarono la depatologizzazione medica, giuridica, sessuale, sociale e politica dell’omosessualità, le cui conseguenze non hanno finito di manifestarsi. Le terapie riparative, pur se ufficialmente prive di riconoscimento scientifico, vengono ancora oggi somministrate in varie parti del mondo<sup>14</sup>.

Il processo di depatologizzazione che interessa le soggettività trans, non binarie e non conformi trova già un avvio negli Anni Novanta, negli Stati Uniti<sup>15</sup>. Nel 2018, invece, fu disposta l’eliminazione della voce “*disturbo dell’identità di genere*” dai due principali manuali diagnostici psichiatrici. Una parte

- 7 Un significativo antecedente di *Transvisioni* è stata l’assemblea romana del 23 novembre 2019 «*Le persone trans prendono la parola*». Non è una coincidenza il fatto che il giorno prima, sempre a Roma, si era tenuta la Trans Freedom March. Non a caso, in quelle stesse giornate Non Una Di Meno (NUDM), movimento transfemminista italiano, si è radunato proprio a Roma per la Giornata contro la violenza maschile e di genere. Cfr. D. Chironi, *Generations in the Feminist and LGBT Movements in Italy: The Case of Non Una Di Meno in American Behavioral Scientist*, 63(10), 2019, pp. 1469–1496.
- 8 Il 4 luglio 1979 quindici donne trans entrarono a seno nudo in una piscina pubblica milanese: vennero arrestate dopo poco, nonostante i loro documenti anagrafici, ancora al maschile, legittimassero astrattamente la loro parziale nudità. Fu la c.d. “*rivolta delle piscine*” principio di una stagione di rivolta trans, guidata dal MIT, che portò infine all’approvazione della l. 164/1982. Cfr. D. Nardacchione, *Transessualismo e Transgender. Superando gli stereotipi*, Milano, Il dito e la luna, 2000.
- 9 MIT, “*Una proposta di piattaforma per la riforma della legge 164/1982*” Mit Italia, 13 febbraio 2020, in <https://mit-italia.it/una-proposta-di-piattaforma-per-la-riforma-della-legge-164-82/> (consultato 1 giugno 2020).
- 10 Il 30 aprile il Movimento ha reso pubblica la decisione di uscire dall’Osservatorio Nazionale sull’Identità di Genere (ONIG), per mezzo di un comunicato stampa. Fondato nel 1998, l’ONIG è l’associazione che diffonde e valuta i protocolli medici in materia di identità trans. La sua voce è influente anche nell’ambito del diritto, coerentemente con gli scopi dell’associazione. La diagnosi medica e la procedura di rettifica anagrafica, infatti, sono indissolubilmente connesse: la prima è per legge necessaria all’ottenimento della seconda. Cfr. MIT, *Il MIT lascia l’ONIG. “Siamo pronte a trovare nuovi percorsi per tutelare la salute e il benessere trans in dialogo con tutte e tutti”*, in <https://mit-italia.it/il-mit-lascia-lonig-siamo-pronte-a-trovare-nuovi-percorsi-per-tutelare-la-salute-e-il-benessere-trans-in-dialogo-con-tutte-e-tutti/> (consultato 1 giugno 2020)
- 11 Il requisito non è specificato nel testo della legge, ma la diagnosi è *de facto* l’unico modo di accedere alla transizione medica, sia per le terapie ormonali che per i vari possibili interventi chirurgici di affermazione del genere in Italia: il suo ruolo nel diritto deriva dal compito che ha la giurisprudenza, cioè quello di verificare o autorizzare le «*modificazioni dei caratteri sessuali*», riferendosi dunque alla perizia tecnica o alla verifica della sussistenza di una conferma da parte della scienza che effettua tali modificazioni, cioè la medicina. Cfr. A. Lorenzetti, *Diritti in transito: la condizione giuridica delle persone transessuali*. Milano, Franco Angeli, 2013, pp. 49-94.
- 12 I due principali manuali diagnostici impiegati in psichiatria sono l’*International Classification of Diseases (ICD)*, della World Health Organization (WHO) e il *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM)*, dell’American Psychiatric Association (APA). La completa depatologizzazione dell’omosessualità avvenne nel 1992, con l’eliminazione della voce dalla decima versione dell’ICD. L’APA, invece, eliminò l’omosessualità dal DSM nel 1973, mantenendo fino al 1987 (DSM-III-R) la variante “*egodistonica*”, cioè la mancata accettazione dell’omosessualità dell’individuo. Anche in questo caso, uno dei maggiori argomenti per la patologizzazione era rintracciato nel disagio psichico sofferto dalle persone omosessuali. Cfr. Castro-Peraza & al., *Gender Identity: The Human Right of Depathologization in International Journal of Environmental Research and Public Health*, 2013, p. 3.
- 13 Cfr. J. D’Emilio, *Sexual Politics, Sexual Communities*, Chicago, University of Chicago Press, 1998, p. 269.
- 14 *Ibidem*.
- 15 J. Butler, *Gender Trouble*. New York-London, Routledge, 1990, pp. 77 e ss.

della comunità psichiatrica qualificò questo fatto come *depatologizzazione*. Il *disturbo dell'identità di genere* è in effetti scomparso, ma si sono anche aggiunte la *disforia*<sup>16</sup> e l'*incongruenza di genere*<sup>17</sup>, voci riferite alle identità di genere non binarie e trans. Una parte della comunità scientifica sostiene che una vera e propria *depatologizzazione* implichi la completa eliminazione di ogni riferimento alla non conformità di genere, che sia un vero e proprio *disturbo* o una più lieve *incongruenza / disforia*<sup>18</sup>.

Rivendicato dalle soggettività interessate, la *depatologizzazione* delle identità di genere non conformi è un processo che interessa la scienza psichiatrica e la medicina, la politica, la comunicazione. Il dibattito, invariabilmente, si apre con alcune domande preliminari: cos'è la *depatologizzazione* e in che modo interessa molte identità di genere? Quali i sono i requisiti essenziali per iniziare un simile processo? È regolabile, e in quali modalità? La presente trattazione muove da e verso queste domande, che pone innanzitutto al diritto interno.

Le tre pronunce costituzionali che saranno analizzate nel corso del lavoro permetteranno di ricostruire le tappe fondamentali della storia del diritto all'identità di genere italiano, e dimostrando una comprensione dell'esperienza trans in termini *strutturalmente* patologici: il requisito essenziale della rettifica anagrafica è, ad oggi, una diagnosi di disforia di genere. Questo vuol dire che nessun soggetto trans, non binario o non conforme può ottenere la rettifica anagrafica senza essersi sottoposto ad un processo diagnostico, che consiste nella rilevazione di sintomi che qualificano la sua identità di genere come una patologia.

Il diritto interno connota le persone trans e non binarie in questi termini per ragioni che vengono chiarite nella seconda e ultima sezione di questo contributo, che ha lo scopo di evidenziare la necessaria connessione tra la *depatologizzazione* delle identità trans, non binarie e non conformi e la critica al c.d. binarismo di genere. Annodando gli aspetti salienti della critica al genere teorizzata da Judith Butler agli elementi essenziali che compongono la *consuetudine* giuridica, sarà possibile intravedere nuove strade per il diritto, che tengano adeguatamente conto non solo della situazionalità storica e della oppressività di tale regola, ma anche della sua intrinseca fallibilità<sup>19</sup>.

## 2. La persona trans nella giurisprudenza costituzionale

Sulle vicende che portarono all'approvazione della l. 164/1982 si tornerà a breve: basti sapere, per il momento, che si tratta di un testo di legge scarno e disomogeneo, frutto di una soluzione di compromesso. Sia prima che dopo il 1982, inoltre, le questioni sostanziali circa il riconoscimento giuridico delle persone trans sono state demandate alla sede interpretativa.

Le sentenze costituzionali analizzate segnano tre passaggi significativi di questa storia: prima dell'approvazione della l. 164/1982<sup>20</sup>, dopo la sua entrata in vigore<sup>21</sup> e trent'anni dopo, nel 2015<sup>22</sup>. Tralasciando qualche tappa dell'evoluzione interpretativa sul tema, la selezione operata è necessaria e sufficiente a rappresentare la progressiva evoluzione della procedura di *legal gender recognition* nostrana, senza perdere il focus della trattazione – la raffigurazione del corpo e della mente della persona trans, e il suo legame con il binarismo sessuale.

È necessario sottolineare, inoltre, che la *depatologizzazione* è un tema molto vasto, che include ogni aspetto della vita della persona trans<sup>23</sup>, non solo il suo riconoscimento giuridico. Il diritto italiano, tuttavia, si concentra unicamente su questo aspetto – che resta per questo motivo il centro della presente trattazione.

16 American Psychiatric Association, 2013. *Diagnostic and statistical manual of mental disorders: DSM-5*. Arlington, VA: American Psychiatric Association.

17 World Health Organization, 2018. *International classification of diseases for mortality and morbidity statistics (11th Revision)*.

18 S. Sennott, *Non-Conformity, Gender Disorder as Gender Oppression: A Transfeminist Approach to Rethinking the Pathologization of Gender in Women & Therapy* (34), 2011, pp. 105; Castro-Peraza & al., op. cit., pp. 3 e ss.; E. Inch, *Changing Minds: The Psycho-Pathologization of Trans People in International Journal of Mental Health*, 2016, p. 195.

19 J. Butler, 1988. *cit.*, pp. 75-101.

20 Corte costituzionale, sentenza del 12 luglio 1979, n. 98.

21 Corte costituzionale, sentenza del 6 maggio 1985, n. 161.

22 Corte costituzionale, sentenza del 21 ottobre 2015, n. 221.

23 Cfr. Castro-Peraza & al., *cit.*, p. 8.



## 2.1. La sentenza 98/1979: i primi quesiti sulla “questione transessuale”

La prima pronuncia sul tema risale al 1979. Al tempo la legge vietava la sottoposizione all'intervento chirurgico di riattribuzione sessuale. Il divieto era posto dall'Art. 5 del codice civile italiano, che vietava la libera disposizione del proprio corpo nel caso in cui l'atto implicasse una permanente diminuzione dell'integrità fisica del soggetto. L'intervento, infatti, comportava la perdita della capacità procreativa: chi lo eseguiva commetteva reato ex Art. 583 c.p.<sup>24</sup>.

Le transizioni<sup>25</sup> continuavano ad avvenire: chi se lo poteva permettere attraversava i confini nazionali, e si sottoponeva all'intervento dove era legalmente concesso: negli USA, per esempio, oppure in Marocco. Una volta tornate in Italia, queste persone vivevano la propria dimensione sociale nel genere di elezione, continuando ad essere giuridicamente identificabili da un nome e un sesso caduti ormai in disuso. La questione dei documenti identificativi non comportava (e non comporta) disagi meramente logistici: la vita quotidiana di una persona trans non legalmente riconosciuta la pone nella difficile situazione di dover divulgare la propria identità di genere ogni volta che è tenuta ad esibirli. Trovare un lavoro, iscriversi a scuola, firmare un contratto, accedere a misure di *welfare* significa rivelare forzatamente un aspetto della propria intimità che espone a violenze e discriminazioni<sup>26</sup>.

Nel caso del giudizio *a quo* la parte attrice, dopo essersi sottoposta all'intervento di riattribuzione genitale a Casablanca, chiese la rettifica anagrafica del sesso e del nome all'Ufficiale di Stato livornese. Poiché la legge non contemplava una simile ipotesi, l'Ufficiale respinse la domanda. Il tribunale di Livorno, trovandosi a decidere sulla legittimità di tale rifiuto, dubitò della sua costituzionalità. Sosteneva infatti che la mancata rettifica anagrafica violasse il “diritto all'identità sessuale”<sup>27</sup> della parte attrice, anoverabile tra i diritti della personalità protetti dall'Art. 2 Cost.

La Corte costituzionale, tuttavia, reputò questo dubbio infondato, negò l'esistenza di un diritto all'identità sessuale e affermò che il numero dei diritti inviolabili protetti dall'Art. 2 Cost. fosse chiuso<sup>28</sup>, non estendibile per interpretazione giurisprudenziale. La previsione di legge che vietava l'intervento di

24 L'Art. 583 c.p. puniva le lesioni personali gravissime, in questo caso intese come *sterilizzazione*.

25 Si parla di transizione per indicare ogni percorso di affermazione dell'identità di genere che consiste nella modificazione del corpo e/o dei comportamenti, allo scopo di trovare un'armonia tra la propria espressione e identità di genere. È un'esperienza potenzialmente diversa per ogni persona trans, perché può potenzialmente coinvolgere ogni aspetto della persona, a partire dal suo nome e dai pronomi che si riferiscono alla propria identità. In inglese, ad esempio, alcune persone trans decidono di utilizzare il pronome “they” piuttosto che il maschile e il femminile. La lingua italiana non ha ancora elaborato una soluzione comparabile. I cambiamenti possono anche essere fisici: i più radicali sono pratiche mediche come terapie ormonali o interventi chirurgici. Non si tratta semplicemente di modificare i caratteri più marcatamente sessuali con l'intervento di riassegnazione sessuale o eventuali mastoplastiche o mastectomie: molte persone modellano altre parti del corpo, per femminilizzarle o mascolinizzarle. La transizione non è sempre medicalizzata: si pensi all'elettrolisi per la rimozione di peli facciali o corporei, oppure al *tucking*, al *packing* e al *binding*, tecniche impiegate per far apparire più o meno visibili o più nascoste il petto o i genitali, o ancora, al *cross-dressing* e al *drag*, quest'ultima forma di espressione artistica che alcune persone impiegano nella vita quotidiana. Quando una persona trans decide di tornare sui suoi passi, si parla di *de-transizione*. Nel caso in cui si siano eseguite terapie o interventi non totalmente reversibili questo non è pienamente possibile. Si tratta di una percentuale piuttosto esigua di soggetti. Alcuni lo scelgono perché non si trovano a proprio agio, altri invece per motivazioni più logistiche – ad esempio, per difficoltà nel seguire determinate terapie, o perché la vita durante o dopo la transizione si dimostra intollerabile. La questione della de-transizione è particolarmente esposta come prova della “perversione” implicata nel transgenderismo: questo rivela lo scontro tra una concezione del genere come categoria immutabile o, in quanto fissata dall'individuo, e quindi passibile di mutamento. La presunzione che tutti siano *cisgender* a meno che non manifestino espressamente il contrario, è una rappresentazione transfobica del mondo, dove per transfobia si intende non un solo un sentimento di odio nei confronti delle persone trans, ma soprattutto il pervasivo doppio standard che afferma la validità dei corpi, delle esperienze, dell'identità cis e considera al contrario illegittime, inautentiche, sospette le persone trans. Non esiste alcun test che possa dimostrare “contro ogni ragionevole dubbio” l'identità di genere di una persona, e neppure l'opportunità e le modalità della sua transizione. Cfr. L. Erickson-Schroth, *op. cit.*, pp. 124-142; A. Lorenzetti, *cit.*, p. 32.

26 R. Kohler & J. Ehrhart, *Legal Gender Recognition: Toolkit*. TGEU in [https://tgeu.org/toolkit\\_legal\\_gender\\_recognition\\_in\\_europe/](https://tgeu.org/toolkit_legal_gender_recognition_in_europe/) (consultato l'8 luglio 2020).

27 Corte costituzionale, sentenza del 12 luglio 1979, n. 98, § 2.

28 La decisione sollevò critiche decise da parte della dottrina. L'orientamento contraddiceva una parte della giurisprudenza di merito (tra cui lo stesso giudice *a quo*) che aveva iniziato ad utilizzare gli artt. 2, 3 e 32 Cost. in “funzione adeguatrice”. Cfr. P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione – concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 58. Si veda anche M. Dogliotti, *Identità personale, mutamento del sesso e principi costituzionali* in *Giurisprudenza Italiana*, 1981, p. 27 ss.

riattribuzione genitale, inoltre, esprimeva una preoccupazione legittima secondo la Corte, cioè la tutela della famiglia, formazione sociale di alto rango costituzionale<sup>29</sup>.

Addentrando nel vivo della sentenza, bisogna innanzitutto soffermarsi sul *petitum* della parte attrice, cioè «*di sentir dichiarare che, contrariamente alle risultanze del registro degli atti di nascita, nel quale egli era iscritto come persona di sesso maschile, esso attore era appartenente al sesso femminile; con conseguente ordine all'ufficiale di stato civile di Livorno di provvedere alle rettificazioni occorrenti*»<sup>30</sup>. La parte fondava la sua pretesa sulla sua intima convinzione di essere una donna (elemento soggettivo), e sulla sua transizione (elemento oggettivo), che consisteva nella prova dell'avvenuta operazione e del fatto che viveva e si relazionava con il resto della società in un ruolo di genere femminile.

Il giudice *a quo* ragionò sul caso a partire dalla normativa vigente in materia di rettifica anagrafica<sup>31</sup>. La modifica *ex post* dei dati personali registrati all'Anagrafe<sup>32</sup> era ammessa nel caso di errore materiale del denunziante o dell'Ufficiale preposto alla trascrizione delle nascite<sup>33</sup>. Da questa fattispecie il tribunale di Livorno derivava il principio di necessaria corrispondenza tra il sesso legale e il sesso "reale" del soggetto. Questo principio, tuttavia, restava difficilmente applicabile al caso di specie: qual è infatti, il sesso "reale" della persona trans? Il giudice *a quo* dispose una consulenza medica per rispondere a questa domanda, nella quale si concluse che prima dell'operazione Lubrano possedeva «*tutti gli attributi somatici del sesso maschile*»<sup>34</sup>. Il medico perito raggiunse questa conclusione esaminando con accuratezza ogni segno della sessuazione biologica, dal patrimonio cromosomico alla «*robusta costituzione scheletrica*»<sup>35</sup>, alle «*minute tracce cicatriziali puntiformi riferibili a depilazione, con accenno di residua peluria al labbro superiore*»<sup>36</sup>. Riscontrò, inoltre, la presenza di attributi femminili, che tuttavia risultavano "artificiali": Lubrano di Scampamorte possedeva una "pseudo vagina", così definita perché non abbinata ad un utero<sup>37</sup> e plasmata da un intervento; il seno cresceva per via dell'assunzione di ormoni femminilizzanti; l'assenza di peluria era merito della depilazione, che lasciava tante piccole cicatrici.

Dal punto di vista psichico, infine, il soggetto era *affetto* da transessualismo, condizione psichiatrica che implicava il rifiuto del suo corpo maschile, e il conseguente desiderio di modificarlo. La descrizione fornita della sindrome transessuale insisteva sul forte disgusto della parte attrice verso i suoi organi genitali per come apparivano prima dell'operazione e sulla sua intima convinzione di appartenere al

29 La protezione delle istituzioni matrimoniali e familiari è un argomento ricorrente nel ragionamento giurisprudenziale sul tema. La dottrina comparò la decisione italiana a quella del *Bundesverfassungsgericht* tedesco, risalente a un anno prima, in cui si era riconosciuto il diritto in capo al singolo di ottenere la corrispondenza tra il suo *status* giuridico e il sesso di appartenenza, considerato come insieme di fattori fisici e psichici. Cfr. BVerfG, sentenza dell'11 ottobre 1978, in *Foro italiano*, 1979, p. 273. La corte tedesca era giunta ad una simile ricostruzione a partire dalle disposizioni costituzionali che sancivano la tutela della dignità umana e dello sviluppo della personalità. Al di là delle differenze ordinamentali, i commentatori italiani sottolinearono come entrambi i casi attinevano alla tutela della personalità umana, ma che solo il *Bundesverfassungsgericht* l'aveva effettivamente riconosciuta. Cfr. S. Bartole, *Transessualismo e diritti inviolabili dell'uomo* in *Giurisprudenza Costituzionale*, I, 1979, p. 1194.

30 Corte costituzionale, sentenza del 12 luglio 1979, n. 98, secondo capoverso del *ritenuto in fatto*.

31 Registro anagrafico.

32 Artt. 165 e 167, r.d. n. 1238/1939.

33 L'interpretazione concedeva al massimo l'eventualità di un errore sopravvenuto: quando, cioè, qualche elemento – genetico, anatomico – segnalava che l'accertamento effettuato al momento della nascita non corrispondeva alla realtà. Questo è riportato da P. Stanzione, *Transessualità*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, Milano, 1992, p. 880. Per quanto non contemplasse la possibilità di una volontaria femminilizzazione o mascolinizzazione del corpo, si nota che «*è sufficiente un'attenta lettura di questa casistica per comprendere come essa già mettesse in crisi l'inanovibilità della distinzione tra maschi e femmine, operata alla nascita*» P. Veronesi, *cit.*, p. 55.

34 Corte costituzionale, sentenza del 12 luglio 1979, quarto capoverso del *ritenuto in fatto*.

35 *Id.*

36 *Id.*

37 «*Per ciò che attiene agli organi genitali, si ebbe a rilevare che l'atto operatoria (praticato nel 1970) aveva comportato la trasformazione dei genitali esterni mediante asportazione dei testicoli e la costituzione di una pseudo vagina, previa rimozione dei corpi cavernosi del pene, in grado di consentire la copula, mentre non v'è traccia di alcun organo o formazione che ricordi l'utero*». Il termine "pseudo-vagina" allude all'inautenticità dell'organo genitale, non solo costruito chirurgicamente, ma anche non abbinato ad un utero funzionante. In quest'ottica, la mancanza di capacità riproduttiva prova l'inesistenza di una caratteristica biologica femminile fondamentale, mentre il fatto che l'atto sessuale consumato tra il soggetto e terzi non avesse come possibile conseguenza la riproduzione sembrava inficiare, nelle parole del medico, la "verità" e la "completezza" dell'atto stesso.

genere femminile, espressa per mezzo di una personalità “affettivamente coartata, immatura, labile, ansiosa ma conformizzata al ruolo culturale femminile<sup>38</sup>”.

Il medico, insomma, fornì dati già dichiarati dalla parte attrice a fondamento della sua richiesta: Lubrano di Scampamorte, *maschio* alla nascita, aveva femminilizzato il proprio corpo con l’ausilio di tecnologie mediche, mossa dalla percezione di sé come *donna*: che nessun medico, genitore od Ufficiale si fosse sbagliato il giorno della sua nascita<sup>39</sup> era già evidente. Il dubbio iniziale resta invece irrisolto: qual è il sesso *reale* della persona transessuale? È più *reale* che un soggetto con fattezze femminili esibisca dei documenti indicanti l’appartenenza al genere maschile, o che una donna sia tale perché sceglie di modificare il suo corpo, originariamente differente? Lubrano di Scampamorte, e con lei tante altre donne transessuali, erano visibili ai giudici stessi in quanto *femmine*, o, quantomeno, in quanto *non-maschi*.

Come la consulenza tecnica confermava, tuttavia, era impossibile radicare la femminilità di questi soggetti a qualsivoglia elemento biologico o anatomico preesistente alla transizione. È questo il motivo per cui fu radicata la femminilità nella psiche del soggetto, in un’accezione intrinsecamente *patologica*: il tribunale di Livorno, in altre parole, non riteneva che la parte attrice dovesse ottenere la rettifica anagrafica in quanto *donna trans*, ma in quanto *uomo* affetto da *sindrome transessuale*, un disturbo psichiatrico che le causava indicibili sofferenze e che come tale doveva essere guarito.

La Corte costituzionale respinse la domanda, e affermò che “*far riconoscere e registrare un sesso esterno diverso dall’originario*<sup>40</sup>” non fosse in alcun modo annoverabile tra i diritti inviolabili protetti dall’Art. 2 Cost., definito “*fattispecie chiusa*<sup>41</sup>”. La parte attrice, infatti, si trovava in una situazione esplicitamente vietata dall’ordinamento giuridico italiano, e il fatto non era perseguibile come reato solo per una questione di confini.

Il divieto legislativo, inoltre, fu considerato adeguatamente motivato dal fatto che la “condizione trans” “*può suscitare in Italia, come in altri Paesi, l’attenzione del legislatore sulle sue possibilità di soluzione e i relativi limiti in ordine al matrimonio, che la Costituzione definisce fondamento della famiglia come società naturale*<sup>42</sup>”. La dottrina<sup>43</sup> del tempo notò che “*affermare che il sesso costituisce un dato indiscutibile, la cui modifica appare addirittura (e in ogni caso) innaturale è dare corpo alla mera superficie delle cose; è – al contempo – un’assioologia che proviene inevitabilmente dall’alto*<sup>44</sup>”.

## 2.2. Il mutato atteggiamento della Corte costituzionale: la sentenza n. 161/1985

Nel corso degli anni, sempre più soggetti riuscirono ad operarsi all’estero, e iniziarono quindi una vita sociale non corrispondente alla loro identità giuridica<sup>45</sup>. La stagione di mobilitazioni iniziata dalla già citata *rivolta delle piscine*, aumentò moltissimo la visibilità delle persone trans, tanto che non poterono più essere ignorate: così si arrivò alla proposta della l. 164/1982 in Parlamento, e all’approvazione di una versione di compromesso<sup>46</sup>. L’Italia fu il terzo stato europeo a prevedere la possibilità della rettifica

38 Corte costituzionale, sentenza del 12 luglio 1979, ottavo capoverso del *ritenuto in fatto*.

39 Una parte della giurisprudenza di merito aveva iniziato ad interpretare in funzione adeguatrice gli artt. 2 e 3 della Costituzione, ammettendo dunque la rettifica. Questo orientamento, tuttavia, era negato categoricamente dai giudici di legittimità, per i quali “*i tratti psichici e somatici erano considerati inscindibili e si negava rilievo alla volontà del soggetto di adeguamento al proprio vissuto dei caratteri sessuali; l’intervento chirurgico si giudicava ammissibile solo in funzione dell’eliminazione di ‘difetti’ e ‘malformazioni’ fisici, ostacolo alla chiarezza delle relazioni personali e dei rapporti giuridici.*” S. Canestrari & al., *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*. Milano, Giuffrè, 2011, p. 740.

40 Il paradigma della tendenziale tipicità delle situazioni soggettive oggetto di riconoscimento e tutela verrà successivamente abbandonato dalla Corte, che aprirà la fattispecie aperta dell’art. 2. Cfr. S. Canestrari & al., *cit.*, p. 741.

41 La dottrina comparò la decisione italiana a quella del Bundesverfassungsgericht tedesco, risalente a un anno prima, in cui si era riconosciuto il diritto in capo al singolo di ottenere la corrispondenza tra il suo status giuridico e il sesso di appartenenza, considerato come insieme di fattori fisici e psichici

42 Corte costituzionale, sentenza del 12 luglio 1979, § 2.

43 Sul tema S. Bartole, *ibidem*; M. Dogliotti, *cit.*, p. 29-30.

44 P. Veronesi, *cit.*, p. 55. Molti commenti insistono sulle differenti soluzioni individuate da altri ordinamenti nazionali. Oltre che la corte tedesca, ad esempio R. Moccia, *Problemi del transessualismo nella giurisprudenza francese in Foro italiano*, 1994, p. 315 e ss.

45 A. Lorenzetti, *cit.*, p. 26.

46 La rivolta fu l’inizio di una protesta che coinvolse varie città italiane. L’attenzione mediatica guadagnata dal movimento trans, guidato dal MIT, portò alla discussione della legge in Parlamento, sostenuta dal Partito Radicale. Il modello di ispirazione era quello tedesco, e la discussione ne modificò sensibilmente il testo. M. Izzo, *Tra(n)scritti Politici (My Political Testament) 2000-2007*. Genova, pp. 125-130.

anagrafica in materia di attribuzione di sesso, preceduta solo dalla Svezia (1972) e dalla Germania (nel 1980)<sup>47</sup>.

Il testo di legge prevedeva un procedimento giudiziario in due fasi: la prima era preposta a rimuovere il divieto ex art. 5 c.c., a fronte di una “verifica” della sussistenza della condizione transessuale; la seconda verificava invece l’avvenuta operazione, e dichiarava con sentenza costitutiva l’identità di genere del soggetto richiedente. Chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di questa procedura, la sentenza 161 del 1985 mutò significativamente l’orientamento costituzionale: fu asserita l’esistenza di un diritto all’identità di genere, confermata la legittimità della legge da poco approvata e venne individuato nell’intervento di riattribuzione genitale un mezzo per “ricomporre l’equilibrio tra soma e psiche” per raggiungere il benessere psico-fisico e una vita relazionale “quasi normale”.

Il giudice *a quo*, la Corte di cassazione, non era dello stesso avviso. Accogliendo i rilievi della Corte di appello di Napoli, infatti, la cassazione riteneva che nel determinare il sesso della parte attrice fosse rilevante “il carattere maschile dei cromosomi, delle gonadi e degli originali organi genitali esterni (sia pure atrofici)<sup>48</sup>”. La Suprema Corte, inoltre, negava “la rilevanza della caratterizzazione psichica e comportamentale in senso femminile manifestata dal soggetto fin dalla più tenera età ed all’intervento chirurgico di demolizione dei genitali esterni e ricostruzione di un simulacro di vagina cui il medesimo si era sottoposto<sup>49</sup>”. I rilievi sono perfettamente in linea con il ragionamento della Corte costituzionale nel 1979: si pensi, ad esempio, al passaggio in cui quest’ultima si riferiva ai genitali della donna trans con il nome di “pseudo-vagina” e al “simulacro di vagina” di cui sopra<sup>50</sup>.

La Suprema Corte temeva che questa “finzione” impattasse sul resto dei consociati. Il cambiamento di sesso, infatti, ha conseguenze non solo sui rapporti sociali, ma sull’età pensionabile, sull’inserimento del soggetto nel sistema carcerario, sulla candidabilità alla leva militare<sup>51</sup>.

Un altro ostacolo insormontabile, sempre secondo il giudice *a quo*, era rappresentato dalla pericolosità della persona trans, che inficiava la stabilità di due istituzioni: il matrimonio e la famiglia. Da una parte, ci si riferiva ai vincoli familiari già esistenti, notando che “i mutamenti artificiali di sesso comportano infatti un’inversione del ruolo naturale di uno dei coniugi e, determinando uno squilibrio nella diversità di figure genitoriali necessarie ad un normale svolgimento della vita familiare, consentirebbero a costui di sottrarsi ai suoi fondamentali doveri nei confronti dei figli<sup>52</sup>”. Dall’altra, ci si preoccupava dell’eventualità che la persona trans si sposasse in futuro, contraendo un matrimonio invalido per “mancanza del requisito della diversità di sesso<sup>53</sup>”, che avrebbe pregiudicato gravemente l’interesse del partner, “ingannato da siffatto comportamento<sup>54</sup>”.

La Corte costituzionale, nel respingere i rilievi della Cassazione, segnò quella che fu definita “una vera e propria rivoluzione copernicana<sup>55</sup>”: il diritto all’identità sessuale fu inteso come espressione del diritto alla salute, sancito dall’art. 32 Cost; per la prima volta si riconobbe l’influenza di fattori psicologici e sociali nel concetto di “sesso”, fino ad allora inteso in senso biologico<sup>56</sup>. La “salute”, bene giuridico “tutelato dall’ordinamento in quanto “complessivo equilibrio psico-fisico dell’individuo in una determinata situazione socio-ambientale<sup>57</sup>”, diventò un concetto dinamico, che portò la Corte ad inquadrare il “transessualismo” entro una concezione più in linea con i progressi scientifici sul campo<sup>58</sup>.

47 A. Lorenzetti, *cit.*, pp. 31-34.

48 Corte costituzionale, sentenza del 6 maggio 1985, § 1 del *ritenuto in fatto*.

49 *Ibidem*.

50 L’inautenticità della vagina trans poggia in entrambi i casi sulla presupposta incompletezza di un rapporto sessuale non potenzialmente procreativo: mancando l’utero, manca anche la donna.

51 Corte costituzionale, sentenza del 6 maggio 1985, § 1 del *ritenuto in fatto*.

52 Corte costituzionale, sentenza del 6 maggio 1985, § 2 del *ritenuto in fatto*.

53 *Ibidem*.

54 Corte costituzionale, sentenza del 6 maggio 1985, § 2 del *ritenuto in fatto*.

55 P. Veronesi, *cit.*, p. 59.

56 V. Durante, *La salute come diritto della persona* in Zatti & al., *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*. Milano, Giuffrè, p. 589 ss.

57 B. Pezzini, *Transessualismo, salute e identità sessuale* in *Rassegna di diritto civile*, p. 466.

58 P. Zatti *et al.*, *cit.*, p. 738 s.; P. Vecchi, *Transessualismo* (voce), in *Enciclopedia giuridica*, *cit.*, p. 2 ss.; M. Garutti e F. Macioce, *Il diritto all’identità sessuale* in *Rivista di diritto civile*, 1981, p. 280 ss.; R. Nania e P. Ridola, *I diritti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 1104.



Il diritto all'identità sessuale fu inoltre annoverato tra i diritti della personalità di cui all'Art. 2, fattispecie ora *aperta*, e fu definito "il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità"<sup>59</sup>.

Gli argomenti che sostanziano queste posizioni, tuttavia, sono quasi identici a quelli proposti dal giudice *a quo* del 1979. Così come il tribunale di Livorno aveva auspicato l'intervento dello Stato nella rimozione degli ostacoli al raggiungimento di un benessere che, beninteso, era pur sempre "relativo" o "parziale", fu osservato come la persona trans fosse sola e sofferente, a causa di "un'esigenza incoercibile, alla cui soddisfazione è spinto e costretto dal suo "naturale" modo di essere"<sup>60</sup>. Essendo la transizione un desiderio «*invincibile*», iniziando "a prezzo di qualsiasi sacrificio"<sup>61</sup>, la legge riconosceva una soluzione che pietosamente mitigasse gli "orrori" del transessualismo.

Anche in questo caso, la parte attrice non fu riconosciuta dal diritto in quanto *donna* (tanto che viene citata al maschile in tutto il testo della sentenza), ma in quanto uomo *affetto da sindrome transessuale*<sup>62</sup>.

### 2.3. L'adeguamento dei caratteri sessuali, da divieto a condizione necessaria

L'ultima tappa di questa analisi risale al 2015. Nel trentennio che separa la promulgazione della l. 164/1982 dalla pronuncia in esame<sup>63</sup>, le esigenze delle persone trans e non binarie sono profondamente mutate. La legge, al contrario, è rimasta invariata nella sua scarna sostanza (fatta eccezione per la riforma procedurale del 2011)<sup>64</sup>.

La Corte si trovò perciò a chiarire il ruolo giocato dall'intervento di riattribuzione genitale ai fini della procedura di *legal gender recognition*. La sorte dei genitali della persona trans, è bene ricordare, è sempre stata centrale per il nostro legislatore. Prima del 1982, infatti, l'operazione di riattribuzione sessuale era tassativamente vietata. La l. 164/1982 la rese invece praticabile, previa autorizzazione da concedersi al termine della procedura di *legal gender recognition*. Oltre a rettificare i dati anagrafici del soggetto, dunque, la sentenza del giudice autorizza anche l'intervento chirurgico ai caratteri sessuali "primari".

Alcune persone trans, tuttavia, pur chiedendo la rettifica anagrafica, non si sottopongono all'intervento. La scelta a volte è dettata dalle circostanze (l'età avanzata o condizioni cliniche particolari, che rendono l'intervento troppo pericoloso), altre volte è determinata dalla volontà del soggetto (la transizione<sup>65</sup>, d'altronde, è un processo personalissimo e diversificabile).

Prima del 2015 parte della giurisprudenza riteneva impossibile concedere la rettifica anagrafica a chi non si sottoponeva all'operazione. Secondo alcuni giudici, infatti, modificare i caratteri sessuali primari era condizione strettamente necessaria all'esito favorevole del procedimento. L'argomentazione a principale sostegno di questa tesi era il fatto che l'apparato riproduttivo fosse il "centro" della differenza sessuale (maschio/femmina)<sup>66</sup>.

59 Corte costituzionale, sentenza del 6 maggio 1985, § 10.

60 *Ivi*.

61 § 3.

62 Sul punto già B. Pezzini, *cit.*, p. 466; V. Durante, *cit.*, p. 589 ss.; M. Garutti e F. Macioce, *cit.*, pp. 280 ss; Nania e P. Ridola, *cit.*, p. 1104.

63 Corte costituzionale, sentenza del 20 luglio 2015, n. 221.

64 L'unica modifica alla legge dalla sua approvazione è stata apportata dal decreto legislativo n. 150/2011 che ne ha riformato il rito senza apportare cambiamenti sostanziali. Semplicemente, la riforma snellisce in parte la procedura. In particolare, prima di questa data il soggetto doveva procedere con atto di citazione, da notificare all'eventuale coniuge e ai figli, instaurando così un processo che seguiva le regole sul rito ordinario di cognizione: oggi il rito è semplificato. La riforma sopprime il riferimento alla CTU, che era già stato superato dalla pronuncia costituzionale che aveva dato rilevanza alla sfera psicosessuale. Nei fatti resta ancora possibile disporla, se ritenuta necessaria dal giudice. È ancora la sentenza passata in giudicato a disporre la rettifica e autorizzare l'intervento, sentenza che era ed è immediatamente esecutiva, anche se è diventata obbligatoria la notifica al pubblico ministero. Questo fa decorrere il termine breve, accorciando relativamente i tempi. Cfr. A. Lorenzetti, *cit.*, pp. 37-42.

65 Cfr. nota 27.

66 Così Tribunale di Massa, sentenza dell'11 gennaio 1989, in *Archivio civile.*, 1989, 737; Tribunale di Vicenza, sentenza del 2 agosto 2000, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2001, p. 220; Tribunale di Salerno, sentenza 15 giugno 2010, n. 1387.

Altri giudici, al contrario, reputavano che in nessun caso il diritto alla rettifica anagrafica potesse essere subordinato all'obbligo di sottoporsi ad un simile intervento<sup>67</sup>. Secondo tale orientamento, la non obbligatorietà dell'intervento sarebbe derivata dall'Art. 3 della l. 164/82<sup>68</sup>, che afferma: "il tribunale, quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, lo autorizza con sentenza". Da qui si deduceva che l'adeguamento, non sempre «necessario», fosse rimesso alla valutazione del giudice.

Nel giudizio a quo del 2015, tuttavia, fu sostenuta l'inapplicabilità di questa interpretazione. Il motivo era storico: il legislatore del 1982 aveva prescritto l'Art. 3 pensando alle persone trans che si erano operate prima dell'entrata in vigore della legge, e che pertanto non avevano più bisogno di alcuna autorizzazione. Il giudizio di necessità del giudice, insomma, non riguardava l'intervento di per sé, ma la sua autorizzazione: non era possibile derivare dalla norma che "la rettificazione di attribuzione di sesso possa essere ottenuta prescindere dall'adeguamento dei caratteri sessuali primari, bensì soltanto che possano esservi casi concreti nei quali gli stessi siano già modificati"<sup>69</sup>.

Il tribunale di Trento faceva discendere l'incostituzionalità della legge n. 164/1982 proprio dall'impossibilità di interpretarla a favore delle persone trans non operate<sup>70</sup>. Nello specifico, la norma sottoposta al vaglio era l'Art. 1, per cui "la rettificazione si fa in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali». Come veniva evidenziato, infatti, «la disposizione censurata, pur riconoscendo il diritto della persona di scegliere la propria identità sessuale, ne subordina l'esercizio alla modificazione dei propri caratteri sessuali primari da realizzare tramite un doloroso e pericoloso intervento chirurgico. Ciò pregiudicherebbe in modo irreparabile l'esercizio del diritto stesso, finendo con il vanificarlo"<sup>71</sup>.

Un tempo vietata in quanto gravemente lesiva dell'integrità fisica del soggetto, la chirurgia genitale era ora prescritta forzatamente<sup>72</sup>. In sostanziale accordo con la sentenza della cassazione emessa poco prima sul tema<sup>73</sup>, la Corte costituzionale riconobbe che una simile imposizione equivalesse *de facto* ad una sterilizzazione forzata, e che fosse pertanto inammissibile. Qualificando l'orientamento giurisprudenziale a favore della parte attrice come unica interpretazione costituzionalmente orientata della norma, ne fu dunque salvata la legittimità<sup>74</sup>.

Questa decisione, come le altre, fonda il suo ragionamento su presupposti *patologizzanti*. La "prova" della femminilizzazione o mascolinizzazione del soggetto non è più rintracciabile nei genitali, è vero, ma continua ad essere fornita dalla diagnosi e dalle terapie prescritte: "d'altra parte, la scelta in ordine ai trattamenti terapeutici e chirurgici da applicare ai casi concreti dovrebbe necessariamente essere demandata – sotto il profilo scientifico e, comunque, previo il consenso informato – al medico curante, unico soggetto idoneo a valutare le condizioni psicofisiche del soggetto e a predisporre il percorso clinico più adatto"<sup>75</sup>. Il giudice costituzionale confermò insomma la necessità di bilanciare "l'interesse pubblico alla certezza delle relazioni giuridiche" con

67 Tribunale di Roma, sentenza del 18 ottobre 1997, *Diritto & famiglia*, 1998, p. 1033; Tribunale di Roma, sentenza del 14 aprile 2011, in *Famiglia e diritto*, 2012, p. 183; Tribunale di Rovereto, sentenza del 3 maggio 2013, in *Nuova Giurisprudenza Civile*, 2013, 12, p. 1116.

68 Art. 3, legge n. 164/1982.

69 Corte costituzionale, sentenza del 20 luglio 2015, n. 221, § 2.2

70 A. Venturelli, *Volontarietà e terapeuticità nel mutamento dell'identità sessuale* in *Rassegna di diritto civile*, 3, 2008, pp. 752 e ss., in cui afferma che l'irreversibilità del mutamento dei propri caratteri sessuali possa essere desunto da altri elementi della transizione, soprattutto quando ricorrere all'intervento significhi esporsi ad un pericolo per la propria salute ed integrità personale. Così anche A. Schuster, *Identità di genere: tutela della persona o difesa dell'ordinamento?* in *La nuova giurisprudenza civile commentata* (3), 2012, pp. 262 e ss.; M. G. Ruo, *Persone minori di età e cambiamento di identità sessuale. Nota a Trib. Roma sez. I 11 marzo 2011* in *Famiglia e diritto* (5), 2011, p. 506.

71 Corte costituzionale, sentenza del 20 luglio 2015, n. 221, § 2.2

72 I. D'Andrea, *La sentenza della Corte costituzionale sulla rettificazione anagrafica del sesso: una risposta e tanti nuovi interrogativi* in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1, 2016, p. 206; L. Ferraro, *La Corte costituzionale e la primazia del diritto alla salute e della sfera di autodeterminazione* in *Giurisprudenza Costituzionale* (6), 2015.

73 Cassazione civile, I sezione, sentenza del 18 luglio 2015, n. 15138.

74 «Ne consegue "la prevalenza della tutela della salute dell'individuo sulla corrispondenza fra sesso anatomico e sesso anagrafico", sicché l'intervento chirurgico può ritenersi indispensabile nel solo caso di rifiuto da parte dell'interessato della propria morfologia anatomica». L. Ferraro, *cit.*, p. 2054.

75 «Si assiste ad un rito civile che, da "fonte autonoma di beni", può diventare, nella sensibilità dei contemporanei, "fonte autonoma di mali", una sorta di "pena nel giudizio", meritata solo in ragione della propria identità sessuale. A causa del "pre-giudizio" che continua a vedere un elemento patologico nella condizione della persona transessuale, il "giudizio" predisposto dalla legge, in virtù del quale si dovrebbe rinnovare la relazione di riconoscimento tra l'ordinamento e la singola persona, rischia di venire turbato dalla "medicalizzazione" delle

il diritto all'identità sessuale della persona trans. Questo bilanciamento imporrebbe un "ineludibile" e "rigoroso accertamento giudiziale delle modalità attraverso le quali il cambiamento è avvenuto e del suo carattere definitivo. Rispetto ad esso il trattamento chirurgico costituisce uno strumento eventuale, di ausilio al fine di garantire, attraverso una tendenziale corrispondenza dei tratti somatici con quelli del sesso di appartenenza, il conseguimento di un pieno benessere psichico e fisico della persona"<sup>76</sup>. In altre parole, si afferma che il tribunale deve sempre verificare la definitività della transizione, intesa come la femminilizzazione o mascolinizzazione del proprio corpo, con l'ausilio del personale medico<sup>77</sup>. È un medico, non un giudice (né tantomeno il soggetto) ad avere l'ultima parola nel procedimento italiano di *legal gender recognition*.

### 3. La regola che costruisce l'eccezione: binarismo di genere e corpo trans

Il silenzio legislativo ha lasciato alla giurisprudenza il gravoso compito di ricavare elementi di primaria importanza, tra cui l'esistenza stessa del diritto all'identità di genere. Questi principi generali sono stati elaborati in riferimento al procedimento di *legal gender recognition*. Non sono previsti altri istituti giuridici, nonostante i diritti delle persone trans si estendano ben al di là del mero riconoscimento dell'identità di genere, e interessino il mondo del lavoro, la salute in senso lato, i rapporti amicali e familiari, ogni aspetto della vita pubblica e privata<sup>78</sup>.

Si è inoltre potuto notare come l'istituto italiano di *legal gender recognition* sia stato concepito su presupposti *patologizzanti*. I ragionamenti giurisprudenziali a favore della parte attrice, infatti, hanno sempre considerato l'identità di genere trans *patologica*: questo è rilevabile sia nelle ipotesi del tribunale di Livorno che nel ragionamento che ha rimosso ufficialmente il requisito della sterilizzazione forzata, trentuno anni dopo.

Come dare impulso alla "piena depatologizzazione", dunque, in un simile contesto?

Si pensi alla preoccupazione della Corte di Cassazione, che nel 1985 paventava il turbamento che la rettifica anagrafica del soggetto trans avrebbe causato al sistema della leva militare, a quello previdenziale e all'istituzione penitenziaria<sup>79</sup>. Nel 2020 la leva non è più obbligatoria, ma l'esercito non arruola persone trans<sup>80</sup>; la pensione arriva ad età diverse per lavoratrici e lavoratori; esistono strutture carcerarie solo maschili o femminili<sup>81</sup>. Le remore della Suprema Corte erano fondate. Le persone trans esistono davanti alla legge, ma questo ha solo sottolineato la loro scomoda posizione rispetto al sistema giuridico, medico, politico e sociale: non c'è posto per loro. Le carceri, i tribunali, i luoghi di lavoro, persino le case sono contesti costruiti sulla base di una regola comune, la differenza sessuale maschio/femmina, che non contempla l'esistenza delle persone trans e non binarie.

---

*procedure e dall'intervento del consulente-medico: al solo CTU rischia di essere rimesso l'accertamento sulla "sufficienza", sulla "completezza" e sulla "definitività" del processo di transizione». I. D'Andrea, cit., p. 209.*

76 Corte costituzionale, sentenza del 21 ottobre 2015, n. 221 § 4.1.

77 C. Angelini, *La rettificazione del sesso alla luce della recente giurisprudenza dei giudici di legittimità (nota a Cass. 15138/2015)*, in *Famiglia* (1), 2016, pp. 147-159, solleva alcune «perplexità circa il forte ruolo attribuito al giudice, cos. come circa la ricostruzione del giudizio di bilanciamento fra interesse pubblico e diritti della persona costituzionalmente garantiti». È su queste riserve che si fonda l'interpretazione del ruolo del giudice proposto da Anna Lorenzetti, la cui autorizzazione non è volta a bilanciare il pubblico interesse con il diritto della persona trans, quanto piuttosto a verificare l'effettiva consapevolezza del soggetto nel compiere questa scelta. Cfr. A. Lorenzetti, *cit.*, p. 57 e ss.

78 Non esiste ad oggi un corpo normativo vincolante che garantisca i diritti delle minoranze sessuali a livello internazionale: gli abusi e le violenze che subiscono, tuttavia, sono dirette violazioni dei loro diritti umani. Questo è già dimostrato dai c.d. Principi di Yogyakarta (YP), redatti nel 2009 da una commissione internazionale di giuristi insieme a 29 esperti internazionali in materia di diritti umani. Cfr. International Commission of Jurists (ICJ), *Yogyakarta Principles: Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity*, in <https://yogyakartaprinciples.org/> (consultato 05.07.2020).

79 Corte costituzionale, sentenza del 6 maggio 1985.

80 La leva militare è stata ufficialmente abolita con la l. 331/2000, anno in cui si è aperto l'arruolamento volontario femminile. Il "disturbo dell'identità di genere", invece, è una voce nell'elenco delle "imperfezioni e infermità" che comportano la non idoneità al servizio militare ex art. 582 del DPR 90/2010.

81 Cfr. Associazione Antigone, *Galere d'Italia: dodicesimo rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione*, Modena, p. 28.

Una prospettiva *depatologizzante* si muove da questa constatazione, ma con un intento radicalmente diverso. Se riconoscere l'esistenza delle persone trans, fatto empiricamente provato e costituzionalmente protetto, mette così profondamente in crisi un criterio alla base di tante istituzioni fondamentali della società italiana, è necessario esaminare la legittimità e adeguatezza del criterio stesso.

Questa sezione critica la concezione della *differenza sessuale* come "naturale configurazione dei corpi in sessi, i quali esistono in una reciproca relazione binaria"<sup>82</sup>.

Il rifiuto del binarismo di genere poggia su due argomenti: la totale disgiunzione dei due sessi, lungi dall'essere *naturale*, è una credenza derivata da una precisa teoria epistemologica, formulata in un periodo storico relativamente recente (il XVII secolo) e in un dato luogo (l'Occidente)<sup>83</sup>. Questo primo fatto conduce al secondo: il *binarismo di genere*, è una regola oppressiva, ma sovvertibile<sup>84</sup>. Per immaginarlo si legheranno insieme la concezione del genere nella teoria di Butler e la consuetudine giuridica nella teoria delle fonti del diritto.

### 3.1. La situazionalità storica della regola binaria

Per arrivare ad affermare la situazionalità storica del binarismo di genere, è necessario comprenderne più a fondo il significato. È ancora una volta la giurisprudenza costituzionale a fornire ottimi esempi: torniamo al 1979, quando il corpo di Lubrano di Scampamorte veniva scandagliato alla ricerca dei segni identificativi del suo *vero* sesso. I risultati dell'indagine erano tanto ovvi quanto paradossali: Lubrano è nata maschio, quindi non è femmina. La logica che fonda questo ragionamento è strettamente *binaria*: si è maschio o si è femmina, non vi è possibile coesistenza tra i due elementi se non su un piano apparente (e dunque, Lubrano è *in realtà* un maschio, ma *sembra* una femmina).

Il binarismo di genere intende il corpo come il *luogo* e la *fonte* della sessuazione. Il corpo, quindi, è la prova e testimonianza della natura del "sé" che lo abita. In parole più semplici, si è uomini perché si ha un corpo maschile, e si è donne perché si ha un corpo femminile: la fonte della propria esistenza in quanto donna risiede nei segni biologici femminili.

Questa concezione della differenza tra i sessi è storicamente radicata nelle moderne società occidentali. Nel diciassettesimo secolo le società europee iniziarono a concepire le persone come 'materia in movimento', esseri distinguibili gli uni dagli altri sulla base delle coordinate spazio-temporali in cui sono situati<sup>85</sup>. L'affermazione di una metafisica materialista, che tendeva a comprendere la "natura delle cose" a partire dalla loro configurazione materiale, portò ad una graduale centralità delle caratteristiche fisiche e materiali del corpo: l'idea era che il corpo fosse la fonte della conoscenza del "sé", del soggetto. Nel diciottesimo secolo, poi, le scienze iniziarono a studiare la costante interazione tra ambiente ed esseri viventi, osservando come questi elementi influissero reciprocamente gli uni sugli altri. Si concluse che non solo le abitudini quotidiane, ma anche le coordinate spaziali, temporali e sociali avevano un forte impatto sulla vita delle persone: vi era, dunque, un'interrelazione tra il corporale e il culturale<sup>86</sup>.

Furono questi gli elementi da cui il corpo iniziò ad essere considerato la fonte della differenza tra vari gruppi di esseri umani. Il miglior esempio di questo processo è l'affermazione del concetto di razza: anche prima del diciottesimo secolo le differenze fisiche tra gruppi etnici diversi erano state impiegate per giustificare la messa in schiavitù, ma in questo periodo il ruolo dell'anatomia, della biologia divenne paradigmatico. La diversità fisica diventò la *matrice* della differenza sociale. La metafisica materialista arrivò a questa elaborazione a partire dalle differenze sociali rilevanti in quel contesto, e assegnò loro un nuovo ruolo ed un nuovo significato<sup>87</sup>.

Anche la percezione dei sessi in senso disgiuntivo non esisteva prima del diciottesimo secolo: gli organi genitali femminili, anzi, non avevano neppure un nome proprio, erano semplicemente una versione "meno sviluppata" dei genitali maschili; le mestruazioni non erano considerate altro che una manifestazione della naturale tendenza del corpo umano a sanguinare; le ovaie erano dei "testicoli", e ci si interrogava sulla modalità in cui le donne producessero il seme. Gli stessi organi, processi, fluidi corporei oggi pensati come rigidamente distinti nel maschio e nella femmina, dunque, erano immagina-

82 J. Butler, 1988. *cit.*, pp. 77-78.

83 L. Nicholson e S. Seidman, *Social postmodernism: beyond identity politics*. Cambridge, 1995, pp. 39-65.

84 J. Butler, 1990, *cit.*, pp. 77 e ss.

85 L. Nicholson e S. Seidman, *cit.*, pp. 60.

86 *Id.*, p. 43.

87 *Ibidem.*



ti come manifestazioni di un'unica economia del corpo, cioè di organi, processi e fluidi presenti in ogni essere umano.

L'abbandono della concezione dei sessi come continui tra di loro fu operato non solo dalla biologia, ma dal sistema giuridico e amministrativo delle moderne nazioni occidentali<sup>88</sup>. In questo stesso periodo, per esempio, iniziò a scomparire dall'immaginario comune il c.d. "ermafrodita": al suo posto comparve lo "pseudoermafrodita"<sup>89</sup>. Il sistema binario, infatti, non ammette l'esistenza di un soggetto che manifesti elementi di ambo i "sessi": per questo un ermafrodita sarà tale solo in apparenza (pseudo). Il suo vero sesso è individuabile oltre l'illusione, da chi custodisce i saperi relativi al corpo, cioè la medicina, che usa la sua conoscenza per distinguere il sesso apparente da quello reale. Si pensi alle persone intersessuali, operate al momento della nascita: il medico valuta quale tra i due sessi sia quello giusto e rimuove le tracce dell'altro<sup>90</sup>. Se la regola presuppone che ogni essere umano sia solo maschio o solo femmina, l'esistenza di un soggetto maschio e femmina insieme, in qualsiasi modo questo sia inteso, non è mai ammissibile: ne va della coerenza del sistema stesso. L'ermafrodita diventa pseudoermafrodita<sup>91</sup>, la vagina della donna trans una pseudo-vagina<sup>92</sup>, e l'enigma verità / apparenza si fa sempre più inestricabile.

### 3.2. Il genere come performance e i corpi trans come fuori copione

Il binarismo di genere è dunque storicamente situato: ha una genesi, un tempo e uno spazio. Non è naturale, né oggettivo: è una teoria che interpreta la realtà. Un sistema che si fonda sul binarismo di genere giustifica la disparità di trattamento tra soggetti sulla base del loro genere. Lo aveva già desunto la Cassazione del 1985, per la quale la natura sessuata delle prigioni, del sistema previdenziale e dell'esercito si sarebbe compromessa nel riconoscere l'identità di genere di una donna transessuale, che viveva peraltro nel suo genere di elezione già da anni.

Per quanto mossa da una prospettiva rovesciata, la presente critica si fonda sulla stessa constatazione: la regola binaria è presente in modo pervasivo e strutturale in ogni interstizio della vita e del diritto. Il processo di sessuazione è così rilevante che comincia mesi prima della nascita di ogni soggetto. Una persona, infatti, è giuridicamente tale a partire dal suo primo respiro<sup>93</sup>. Del suo sesso, invece, si hanno notizie già con la c.d. *ecografia morfologica*, tramite cui il personale medico osserva le fattezze del feto alla ricerca di un abbozzo di vulva o di pene. Una rudimentale vulva indica la sessuazione del feto come femmina, mentre un rudimentale pene indica la sua sessuazione come maschio. Solo dopo l'ecografia la lista di nomi da maschio e da femmina a cui i genitori hanno pensato si trasformerà in senso disgiuntivo. Il nome, definito dalla Corte Costituzionale come "parte essenziale e irrinunciabile della personalità, quale primo e più immediato elemento dell'identità personale"<sup>94</sup>, viene comunemente attribuito sulla base del genere di appartenenza, che, vale la pena sottolineare, è desunto dall'anatomia genitale del feto, prima, e del soggetto, alla nascita.

Il sesso e il genere del feto strutturano in modo determinante anche le prime relazioni che verranno instaurate dal soggetto: per fugare ogni dubbio a riguardo, si cerchino le c.d. "gender reveal compilation"<sup>95</sup> che circolano sui social network. Sono video che riprendono le reazioni di genitori, fratelli, sorelle, amici nello scoprire il genere del feto, spesso nel corso di feste appositamente organizzate per l'occasione. Scoprire il sesso del futuro membro della comunità suscita una gran quantità di emozioni, nella maggior parte dei casi avvolte da una nuvola di coriandoli, piatti, torte e gadget azzurri oppure rosa confetto.

88 Cfr. M. Foucault, *Esperienza e verità. Colloquio con Duccio Trombadori*. Roma: Castelvecchi, 2018, p. 126.

89 G. Beemyn, *Transgender History in the United States* (unabridged chapter in L. Erickson-Schroth, cit.).

90 L'intersessualità viene intesa come manifestazione della discrepanza tra il sesso gonadico, cromosomico, fenotipico di un soggetto, che comporta una compresenza di caratteri sessuali maschili e femminili. I soggetti la cui intersessualità è immediatamente rilevabile sono spesso sottoposti ad interventi chirurgici correttivi, con l'obiettivo di far rientrare le loro caratteristiche anatomiche entro una delle due categorie: sono il personale medico e le figure genitoriali a compiere queste scelte. La scelta eteroimposta di un intervento così invasivo in età neonatale solleva forti interrogativi sul diritto all'autodeterminazione e all'integrità fisica delle persone intersessuali. Cfr. A. Fausto-Sterling, *Sexing the body: gender politics and the construction of sexuality*. New York, 2000, p. 5.

91 H. Barbin, *Una strana confessione: memorie di un ermafrodito presentate da Michel Foucault*. Bologna, Einaudi, 2007, p. 16.

92 Corte costituzionale, sentenza 12 luglio 1979, n. 98.

93 Ex Art. 1 c.c.

94 Corte costituzionale, sentenza del 23 luglio 1996, n. 297

95 C. Gieseler, *Gender reveal parties are mediated events: celebrating identity in pink and blue*. Lanham, 2020.

Si è già dimostrato perché la differenza sessuale sia una credenza, ma resta da capire in che modo strutturi così profondamente i corpi, il genere, la sessualità, il diritto.

Una teoria del diritto che aspiri ad eliminare la disparità di trattamento delle persone trans e non binarie non può che porsi queste domande. Delle risposte interessanti si possono trovare nella definizione di genere elaborata da Judith Butler già negli Anni Novanta, proprio a partire dalle esperienze non binarie, trans e *queer*. Il genere, per Butler, è una “*identità costituitasi debolmente nel corso del tempo e istituitasi attraverso la ripetizione stilizzata degli stessi atti*”<sup>96</sup>.

È una formulazione molto lontana da quella giuridicamente intesa, che distingue il *genere* dal  *sesso*<sup>97</sup>, considerandoli in termini oppositivi. Si separano, in altre parole, l’insieme delle caratteristiche biologiche (il  *sesso*)<sup>98</sup> dalle usanze e prassi socio-culturali ad esso annesse (il  *genere*). La teoria butleriana è certo più complessa, ma risulta anche più adeguata a comprendere la posizione delle soggettività trans, non binarie e non conformi.

Questa sezione è un esercizio immaginativo, che presenta gli elementi essenziali della teoria butleriana attraverso una categoria del diritto: la  *consuetudine*. Come si vedrà qui di seguito, questa fonte del diritto si presta particolarmente a rappresentare i meccanismi di vigenza e di costituzione del genere come  *insieme di atti performativi*.

### 3.2.1. Dove prima non c’era che una sequela di fatti, nasce il genere

Una consuetudine, per prima cosa, è una fonte di  *ius non scriptum*: non vi è una formulazione scritta delle norme consuetudinarie. La sua vigenza trae origine dalla sua diretta e ripetuta applicazione: “*dove prima non c’era che una sequela di fatti, nasce il diritto*”<sup>99</sup>.

La reiterazione di una serie di fatti nel tempo è il primo elemento costitutivo della consuetudine. Un fatto giuridico, bisogna ricordare, è un “*accadimento naturale o umano al verificarsi del quale l’ordinamento giuridico ricollega un qualsiasi effetto giuridico*”<sup>100</sup>. La giuridicità del fatto che costituisce la consuetudine, quindi, deriva dalla sua ripetizione in un arco temporale.

La teoria butleriana ritiene che sia una sequela di accadimenti, naturali e umani, a costituire l’identità di genere del soggetto, nella sua apparente stabilità e cogenza. Avere una vulva, indossare una gonna, definirsi donna sono, per Butler, tre “*atti*” o “*azioni*” del genere femminile<sup>101</sup>. Gli *atti* di genere sono molto simili ai *fatti* della norma consuetudinaria: la ripetizione nel tempo delle *azioni di genere* costruisce l’identità di genere del soggetto nello stesso modo in cui la reiterazione di certi fatti istituisce una consuetudine.

### 3.2.2. Opinio iuris atque necessitatis: il binarismo di genere

Il secondo elemento costitutivo della consuetudine è l’*opinio iuris atque necessitatis*, di tipo soggettivo. Consiste nella convinzione dell’obbligatorietà morale e/o giuridica del comportamento consuetudinario, il fatto giuridico di cui sopra (*usus*). Dare la mancia, per esempio, non è una consuetudine: è un’abitudine diffusa e ripetuta nel tempo (elemento oggettivo), ma manca la convinzione della sua necessità (elemento soggettivo)<sup>102</sup>.

L’*opinio iuris atque necessitatis* degli atti di genere è l’intima convinzione della necessaria conformità alla “*naturale configurazione dei corpi in sessi, i quali esistono in una reciproca relazione binaria*”<sup>103</sup>.

La forza di questa convinzione varia a seconda della tipologia di *azione di genere* considerata. Indossare una gonna, ad esempio, è prerogativa femminile secondo l’*uso* occidentale, vigente in specifiche

96 J. Butler, 1988. *cit.*, p. 77-78.

97 Questa distinzione si affermò nel mondo del diritto con il c.d. *gender mainstreaming* negli Anni Novanta, ed ebbe l’importante compito di promuovere l’effettiva applicazione del principio di *non-discriminazione* nell’ambito delle c.d. *pari opportunità* femminili.

98 J. Scott, *The uses and abuses of gender*. in *Tijdschrift voor Genderstudies* 16 (1), p.71.

99 F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*. Camerino, Edizioni Scientifiche Italiane, 1946, p. 194.

100 Cfr. F. Galgano, *Diritto privato*. Padova, Cedam, 2013, p. 24.

101 J. Butler, 1988. *cit.*, pp. 81.

102 La mancia è infatti un *regalo d’uso*. Cfr. F. Galgano, *cit. cit.*, p. 39.

103 J. Butler, 1988. *cit.*, p. 77-78.

parti del mondo<sup>104</sup>. Le desinenze maschili, femminili e neutre variano di lingua in lingua, e non solo: ogni sistema linguistico cambia nel tempo, e mutano anche le sue desinenze, e i pronomi stessi<sup>105</sup>.

È importante specificare che le *azioni di genere* non sono solo atti linguistici, usanze sociali, credenze culturali: per Butler anche i segni sessuati del corpo sono *azioni*. Questo non significa che una vulva sia comparabile ad un'usanza o un'opinione: è chiaramente una caratteristica anatomica. "Avere una vulva" non equivale solo a possedere una certa morfologia genitale, ma implica anche la *femminilità* (e, di conseguenza, la *non mascolinità*) del soggetto che la possiede, desunta proprio dalla conformazione anatomica. La teoria butleriana degli atti di genere, insomma, separa l'anatomia, la biologia e la materialità corporea dai suoi significati binari e disgiuntivi, per concludere che anche "il corpo diventa il suo genere attraverso atti rinnovati, rivisitati e consolidati nel corso del tempo"<sup>106</sup>.

### 3.2.3. Le sanzioni: violenza transfobica e patologizzazione

Il binarismo, dunque, vige per consuetudine. La "natura" collettiva di questa regola la rende molto facilmente trasgredibile: ogni qualvolta gli atti che costituiscono la stessa identità di genere sono sia maschili che femminili, d'altronde, il binarismo è contraddetto. Questo accade in modo aperto e costante: uomini indossano abiti femminili; soggetti di vari generi specificano i pronomi con cui desiderano essere chiamati; a partire dal 1984, addirittura, è ammessa l'esistenza giuridica di donne nate maschi e di uomini nati femmine.

Questi atti dissidenti non vengono lasciati impuniti: la contravvenzione «dà inizio a una serie di punizioni, sia aperte che subdole, mentre performarlo in modo corretto conferma il fatto che vi sia, dopotutto, un essenzialismo dell'identità di genere.»<sup>107</sup>

In cosa consistono queste punizioni? Butler evidenzia lo scopo sanzionatorio della patologizzazione e lo collega alla natura punitiva della violenza transfobica, perpetrata su base sistemica da privati cittadini e forze dell'ordine<sup>108</sup>. La varianza di genere espone le persone che la manifestano ad un concreto rischio di morte: il profondo movente dei delitti transfobici è la convinzione della necessità del binarismo di genere, talmente profonda da legittimare la cancellazione di ogni essere umano che lo contraddica<sup>109</sup>, che sia una cancellazione fisica (con la violenza), o una cancellazione dalla *normalità* (la varianza di genere come patologica eccezione).

### 3.2.4. Abolire il genere significa moltiplicarlo

L'*opinio iuris atque necessitatis* degli atti di genere, dunque, non è solo storicamente situata, ma determina la sistemica oppressione dei soggetti che la contraddicono.

Il dolore e la sofferenza espressi e ribaditi dalle parti attrici dei *giudizi a quo* analizzati, che testimoniavano l'urgenza del loro sentire, sono da sempre considerati come sintomi di una patologia. La teoria del genere butleriana li considera, piuttosto, come espressione di un rapporto di forza entro il quale l'esperienza di genere trans non è comprensibile se non in termini di negazione.

La tutela dei diritti delle persone trans, non binarie e non conformi necessita nuove formulazioni teoriche, capaci di articolare la pervasività strutturale del sistema binario.

Una norma consuetudinaria, d'altronde, cade quando espressamente abrogata da una norma di legge (come capita nel sistema delle fonti interne, dove le consuetudini non sono mai *contra legem*), o cade in disuso. Il tempo è un requisito tanto essenziale quanto imprevedibile: la sopravvivenza di un'uso dipende dalla sua costante ripetizione: "sebbene vi siano vari discorsi autoritativi sul genere – il diritto, la medicina, la psichiatria, per non fare che degli esempi – e sebbene tali discorsi cerchino di incoraggiare e sostenere la vita all'interno di termini di genere distinti, non sempre tali discorsi riescono a contenere gli effetti che essi stessi producono. Accade infatti che nessuna riproduzione delle norme di genere sia possibile in assenza di un'attuazione corporea di quelle norme. E quando questo campo di norme viene infranto, ancorché provvisoriamente, si può osservare come gli intenti che ispirano un determinato discorso regolativo, nel momento in cui viene messo in atto

104 Si pensi al *kilt*, gonna in tartan indossata in Scozia dagli uomini come simbolo di appartenenza nazionale. Sull'invenzione di questa tradizione si veda H. Trevor-Roper, *L'invenzione della tradizione: la tradizione delle Highlands in Scozia* in E. Hobsbawm, T. Ranger, & E. Basaglia (a cura di), *L'invenzione di tradizione*, Torino, Einaudi, 1987, p. 19.

105 L. Fontanella, *Il corpo del testo. Elementi di traduzione transfemminista queer*, Milano: Asterisco Edizioni, 2019, p. 81.

106 J. Butler, 1988. *cit.*, pp. 84.

107 *Ead.*, pp. 92.

108 J. Butler, *Undoing Gender*. New York-London, 2004, p. 6.

109 *Ead.*, pp. 18-22.

attraverso il corpo, possano produrre conseguenze impreviste, facendo spazio a modi di vivere il genere che sfidano le norme dominanti di riconoscimento. È così che assistiamo all'emersione del transgender, del genderqueer, della butch, della femme, di modalità iperboliche o dissidenti di mascolinità e femminilità, e di modi di vivere il genere che si oppongono ad ogni distinzione categoriale<sup>110</sup>.

Il genere non è un processo deterministico che ci iscrive entro un destino immutabile. Il mio corpo femminile può, tramite un'operazione, diventare maschile. Percorrere questa opzione significa rifiutare la decisione del medico, e il genere che è stato anagraficamente assegnato. Un simile rifiuto non è una semplice scelta razionale. Prima di dire: *non sono un uomo, sono piuttosto una donna*, prima di presentare un'istanza davanti al tribunale, il soggetto ne ha l'intima consapevolezza. Ciò vale per ogni persona umana: l'identità di genere indica un processo di soggettivazione che appartiene ad ogni soggettività. Di questo processo il diritto italiano dovrà tenere adeguatamente conto, quando deciderà di muoversi verso un'orizzonte di piena *depatologizzazione delle persone trans* e non binarie che, nel frattempo, continuano a condurre delle esistenze fuori da ogni paradigma

## 4. Conclusioni

Il processo di *piena depatologizzazione* delle identità trans, non binarie e non conformi è ancora ai suoi inizi. La diagnosi di disforia di genere è oggi unica via di accesso alle operazioni chirurgiche e alle terapie ormonali di transizione, nonché condizione necessaria per il riconoscimento giuridico delle persone trans<sup>111</sup>.

*Disforia* è il termine psichiatrico che indica un *distress* emotivo con un impatto negativo sulla vita personale e sociale del soggetto<sup>112</sup>. La diagnosi di *disforia di genere* si ottiene quando la persona manifesta per sei mesi almeno due dei sintomi di seguito elencati<sup>113</sup>:

### DISFORIA DI GENERE

Marcata incongruenza tra genere esperito e caratteristiche sessuali primarie/secondarie.

Forte desiderio di liberarsi delle proprie caratteristiche sessuali primarie e/o secondarie a causa della marcata incongruenza col genere esperito.

Forte desiderio per le caratteristiche sessuali del genere opposto.

Forte desiderio di appartenere al genere opposto.

Forte desiderio di essere trattato come un membro del genere opposto.

Forte convinzione di avere sentimenti e reazioni tipici del genere opposto.

Sorgerà, se già non è sorto, un ragionevole dubbio, cioè che il minimo comune denominatore di questi sintomi sia la *non conformità alla regola binaria*. Il vaglio di questa ipotesi meriterebbe una trattazione a sé stante, che tenga debitamente conto della storia della varianza di genere nella medicina occidentale, e che evidenzi il profondo legame tra scienza psichiatrica e controllo delle c.d. "*devianze sessuali*"<sup>114</sup>.

Pur senza queste specifiche nozioni, gli elementi acquisiti finora sono sufficienti a formulare delle conclusioni: il riconoscimento giuridico dell'esistenza delle identità trans, non binarie e non conformi non può essere legittimamente fondata su un controllo di *conformità binaria*, tantomeno se implica una verifica autoritativa. Il fondato sospetto che la diagnosi di disforia di genere assolva precisamente a

110 J. Butler, *L'alleanza dei corpi: note per una teoria performativa dell'azione collettiva*, Milano, 2017, p. 50.

111 O almeno è così in gran parte dell'Europa: su 41 stati che permettono la *legal gender recognition*, 34 chiedono come la prova che il soggetto sia affetto da disforia di genere. Cfr. Trans Rights Europe Index 2018. TGEU. <https://tgeu.org/trans-rights-map-2018/> (Consultato il 19 settembre 2020)

112 K. Bryant, *Making Gender Identity Disorder of Childhood: Historical Lessons for Contemporary Debates in Sexuality Research & Social Policy: Journal of NSRC* 3 (3), 2006, pp. 24-27.

113 American Psychiatric Association. 2013. *Diagnostic and statistical manual of mental disorders: DSM-5*. Arlington, VA: American Psychiatric Association.

114 J. Meyerowitz, *Sex change and the popular press: Historical Notes on Transsexuality in the United States, 1930-1955*. in *GLQ - A Journal of Lesbian and Gay Studies* 2 (4); 1998, p. 159.



questo scopo, pertanto, costituisce adeguato motivo per la sospensione di ogni suo effetto ai fini della procedura italiana di *legal gender recognition*.

Ma questa è solo la prima sfida imposta dalla *depatologizzazione*. Bisognerà occuparsi anche della condizione giuridica delle persone minori gender variant, della rappresentazione e visibilità delle soggettività non conformi nell'arena pubblica e mediatica, della violenza transfobica e dell'inaccessibilità di tanti spazi pubblici (piscine, spogliatoi, seggi elettorali, carceri). Si dovrà inoltre capire come *depatologizzare* la varianza di genere senza intaccare la copertura sanitaria delle spese relative alle transizioni medicalizzate, considerato l'altissimo costo delle operazioni e dei trattamenti<sup>115</sup>.

Una simile impresa non può essere affrontata senza la costante interlocuzione con le persone direttamente interessate: a guidare la *depatologizzazione* dovranno essere le soggettività che la reclamano. Le prospettive ed esperienze trans e non binarie offrono infatti al diritto l'irripetibile occasione di passare in rassegna le molteplici credenze legate al genere, portando alla luce ciò che agisce nel sottterraneo.

---

115 Si potrebbe, per esempio, considerare la *varianza di genere* come condizione medica, al pari della gravidanza, come suggerisce S. Sennott, *cit.*, pp. 103-105.

Roberta Dameno\*

## Il corpo è lo specchio dell'anima? La stigmatizzazione e la criminalizzazione delle persone "grasse" sulla base del loro aspetto fisico è anche una questione di genere?

### Sommario

1. Introduzione. - 2. Alcune premesse. - 3. Il corpo sociale. - 4. Il peso del corpo è una questione di genere? - 5. Obeso o non obeso: una questione di numeri. - 6. L'obesità: la nuova pandemia? - 7. Le cause del (sovrap)peso: colpa individuale o fattori sociali? - 8. Il peso della discriminazione. - 9. Conclusioni.

### Abstract

Il corpo umano assume un'importanza cruciale nella definizione delle identità personali. Deve sottostare agli ideali di decoro, di salute e di bellezza. Chi non si conforma rischia l'esclusione sociale, la medicalizzazione e la criminalizzazione. Le persone grasse sono un esempio di come la società stigmatizza i corpi che deviano da ciò che è considerata una condizione normale.

*The human body takes on crucial importance in defining personal identities. It must submit to the ideals of decorum, health and beauty. Those who do not conform risk social exclusion, medicalization and criminalization. Fat people are an example of how society stigmatizes bodies that deviate from what is considered a normal condition.*

### 1. Introduzione

Il corpo è sicuramente la nostra prima caratteristica che viene conosciuta e giudicata da tutti coloro con cui entriamo in contatto. È il nostro biglietto da visita, da cui dipendono in gran parte la quantità e la qualità delle nostre relazioni sociali. La nostra entità corporea e il nostro aspetto fisico, quindi, non sono solo apparenza, ma hanno una vera e propria finalità sociale.

Se si parte da questa considerazione si comprende perché studiare le dinamiche che concorrono a formulare i giudizi sui corpi sia utile per comprendere i meccanismi in base ai quali vengono formulati i giudizi sulle persone. Si può, infatti, sicuramente affermare che i canoni e le regole sui corpi costituiscono i primi fattori di accettazione o di discriminazione degli individui che quei corpi possiedono.

Da queste considerazioni discendono degli interrogativi importanti sia sotto il profilo medico, sia sotto il profilo socio-culturale sia, ultimo ma non ultimo, sotto il profilo giuridico.

Il primo interrogativo riguarda il fatto se siano le regole mediche e sanitarie a influenzare le regole sociali e le regole giuridiche, oppure se sia vero il contrario, vale a dire, se le regole mediche e sanitarie siano influenzate dalle regole socio-culturali e dalle regole giuridiche.

\* Ricercatrice di Filosofia del Diritto, Università di Milano Bicocca.  
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

In altre parole, bisogna domandarsi se la malattia venga, almeno in alcuni casi, considerata tale sulla base di giudizi sociali, e i dati medici siano, di conseguenza, chiamati a confermare un'idea presente all'interno della collettività. C'è da domandarsi se il fatto che il concetto di cosa sia malattia vari a seconda delle epoche – a questo proposito basti pensare come l'omosessualità sia stata considerata malattia per moltissimo tempo e sia stata a lungo inserita nell'elenco stilato dall'OMS – derivi direttamente dai giudizi sociali propri di ciascun contesto socio-culturale.

Il secondo interrogativo riguarda più propriamente la costruzione e la definizione che ciascuno di noi dà o può dare al proprio corpo. Ogni scelta relativa al proprio corpo deve essere riconosciuta come diritto fondamentale all'autonomia e all'identità personale, oppure vi sono dei limiti – sociali, etici e giuridici – da non oltrepassare? Questo interrogativo diventa sempre più rilevante con la crescita delle possibilità offerte dalla medicina e dalla chirurgia che intervengono sempre di più a plasmare e a modificare i corpi. Da un lato, la medicina ci offre la possibilità di adeguare il nostro corpo al nostro sentire – pensiamo alla possibilità degli interventi farmacologici e chirurgici per adeguare il sesso fisico a quello psichico – ma dall'altro lato la medicina e la chirurgia possono essere viste come momenti in cui vengono creati e modificati i corpi per adeguarli non all'idea che ciascuno ha di noi stessi, ma ai canoni estetici e alle regole sociali con cui entriamo in contatto quotidianamente, consentendo in questo modo alle persone di avere dei corpi accettabili socialmente.

Il terzo interrogativo riguarda il fatto se la costruzione sociale del corpo sia ancora oggi una questione di genere. È necessario domandarsi, infatti, se l'importanza sociale del corpo sia ancora oggi maggiore per il genere femminile di quanto lo sia per quello maschile. La società giudica diversamente i corpi che deviano dalla "normalità" in base alla loro appartenenza di genere? E ancora, al corpo maschile è consentito discostarsi maggiormente dall'ideale di bellezza, salute e normalità presenti nella nostra cultura?

Questo scritto non si pone come obiettivo di dare delle risposte agli interrogativi precedenti – sempre che delle risposte esaustive esistano –, ma di mettere in rilievo gli aspetti più problematici delle questioni in gioco. Per fare ciò prenderò a titolo d'esempio la questione delle persone che vivono in corpi considerati "grassi"<sup>1</sup>, ma tali riflessioni e ragionamenti possono essere fatti e valgono più in generale per tutte quelle persone i cui corpi non rientrano nella normalità: persone troppo alte, troppo basse, troppo magre, troppo vecchie, troppo brutte, insomma troppo! Quel troppo che le allontana, le emargina, le stigmatizza, le colpevolizza e a volte le criminalizza.

Prima di entrare nel pieno della trattazione ritengo essenziale effettuare alcune precisazioni, necessarie per comprendere i confini entro cui queste riflessioni si pongono. pongono.

## 2. Alcune premesse

### 2.1. Studiare il corpo necessita di un approccio interdisciplinare

Bisogna fin da subito sottolineare come l'affrontare il tema del corpo e del significato che esso riveste sia per la singola persona, sia per l'ambito relazionale in cui la persona vive, sia per la collettività nel suo complesso comporti necessariamente un approfondimento pluridisciplinare o, per meglio dire, interdisciplinare.

Gli aspetti medici, sociali, culturali, economici, storici e antropologici, infatti, si intersecano e le connessioni tra le differenti discipline sono fin troppo evidenti per non tenerne conto.

Affrontare il tema esclusivamente sotto il profilo medico comporta da un lato il rischio di non comprendere le reali motivazioni che stanno alla base del comportamento delle persone e dall'altro lato di considerare patologico un comportamento che il contesto in cui si muove l'attore sociale e la collettività nel suo complesso considerano normale.

1 Persone grasse, corpi grassi: questi termini, ovviamente, non sono utilizzati in questo scritto in modo negativo e stigmatizzante. Il termine "grasso" (*fat*) è il termine che viene utilizzato fin dalla loro nascita dai movimenti nati negli USA per tutelare e garantire i diritti delle persone con un corpo "pesante" e che delinea, oggi, un preciso percorso di studio: i *fat studies*, per l'appunto. Utilizzerò, inoltre, la parola "grasso", perché, a mio avviso, è un termine che stigmatizza e colpevolizza in misura minore rispetto agli apparentemente più *politically correct* di obeso/grande obeso, sovrappeso, termini utilizzati in ambito medico, per individuare una patologia e utilizzati dalle collettività per indicare la non performatività, dando di fatto un giudizio morale sulle persone.

È necessario, quindi, attuare una netta e chiara differenza tra l'approccio esclusivamente medico che si occupa di studiare il corpo grasso come patologia o come fattore di rischio per altre patologie e l'approccio interdisciplinare che studia i corpi grassi e l'obesità, mettendo in rilievo gli aspetti economici e sociali del tema e, soprattutto, evidenziando i problemi quotidiani di stigmatizzazione, esclusione sociale e discriminazione che le persone grasse devono affrontare.

Per questo è necessario cercare di capire il significato sociale del concetto di obesità – vale a dire quali sono i criteri e da chi sono fissati per definire una persona in sovrappeso, obesa, grande obesa – e comprendere in quali contesti socio-economici sia più numerosa la popolazione considerata.

In altre parole, ritengo che non sia sufficiente occuparsi di obesità, ma sia necessario occuparsi delle persone grasse.

## 2.2. Obesità, sovrappeso, grassezza

In questo articolo talvolta utilizzerò il termine obesità, altre volte sovrappeso, altre ancora corpi grassi. Pur ritenendo la terminologia importante per comprendere al meglio le questioni, in questo caso specifico il discrimine, che ha senso sotto il profilo medico, non ha un vero e proprio senso sotto il profilo del contesto sociale. L'obesità – e ancor più la grande obesità – è, come abbiamo già detto, una questione medica. Il peso corporeo può essere concausa di morbilità. Ma ciò che conta, in questo scritto, è che molto spesso a livello di relazioni sociali non c'è molta differenza tra chi è un grande obeso e chi è solo un po' in sovrappeso. A livello sociale, infatti, la stigmatizzazione segue il medesimo percorso. Anche l'auto-accettazione e il fatto di piacersi dipendono assai spesso da criteri e da canoni estetici imposti socialmente a tutti i membri di una collettività e questi canoni prevedono il possesso di un corpo snello, giovane e atletico. Essere in sovrappeso è già di per sé causa di giudizi negativi.

Per questo parlare di corpo non conforme alla norma significa studiare cosa la collettività intenda per norma e conseguentemente per non conformità alla norma. Il problema, a livello di giudizio sociale, esiste per tutti i non conformi.

## 3. Il corpo sociale

Mai come in questi ultimi anni vi è la consapevolezza del fatto che il corpo è un bene di consumo<sup>2</sup>. Vi è un vero e proprio culto verso la perfezione del proprio corpo, intesa sia come lotta all'invecchiamento – il corpo deve essere giovane, snello e quindi “bello” – sia come perseguimento di obiettivi performanti – il corpo deve essere non solo giovane e snello, ma anche in salute, atletico e in grado di raggiungere gli standard sempre più elevati che la società contemporanea ci impone.

Il nostro corpo è un elemento determinante della nostra identità sociale. È il primo elemento con cui ci presentiamo agli altri ed è il primo elemento di noi che gli altri vedono e giudicano e, spesso, è proprio sulla base di questo primo giudizio che derivano le nostre possibilità di relazionarci con gli altri. Se guardando il tuo corpo ti giudico non all'altezza, inadeguato e non degno della mia considerazione, allora non vorrò avere più nulla a che fare con te. È difficile, e in alcune situazioni impossibile, mutare la prima impressione e quando ciò accade la cosa ci stupisce tanto da considerarla occasionale e rara.

Il corpo quindi assume rilevanza e significato sociale: il corpo è un sistema d'azione, che può e deve essere plasmato per essere all'altezza dei significati sociali, ed è parte essenziale nella costruzione e nel mantenimento dell'identità personale (A. Giddens 1999<sup>3</sup>).

La componente fisica, biologica e genetica è imprescindibile, ma da sempre il genere umano è intervenuto per modellare i corpi sulla base di regole estetiche, morali ed etiche.

Il giudizio sulla bellezza dei corpi cambia nel tempo e cambia a seconda delle condizioni geografiche, economiche e culturali dei popoli.

Un corpo viene giudicato attraente sulla base di molteplici fattori: l'etnia, il colore dei capelli, il colore della pelle, l'età, l'altezza, il peso, il modo di camminare, e via dicendo. Molti di questi elementi sono modificabili grazie a piccoli interventi – per esempio le tinture, l'utilizzo di tacchi, l'apprendimento di una gestualità socialmente più accattivante –, altri elementi sono modificabili solo attraverso inter-

2 Sul punto si vedano per esempio: P. Borgna, *Sociologia del corpo*, Bari-Roma, Laterza, 2005; E. Pozzi, *Per una sociologia del corpo*, in *Il corpo*, 1994, 1-2, pp. 106 ss.; C. Pausé, *Ray of light: Standpoint theory, fat studies and a new fat ethics*, in *Fat Studies*, 2020, 2, pp. 175 ss.; A. Romeo, *Sociologia del corpo*, Milano, Feltrinelli, 2018.

3 A. Giddens, *Identità e società moderna*, Ipermedium, Napoli, 1999.



venti più invasivi – per esempio le diete, l'utilizzo di medicinali, gli interventi chirurgici –. L'idea stessa di cosa sia plasmabile e trasformabile si modifica grazie allo sviluppo delle tecniche mediche e biotecnologiche, da un lato, e, dall'altro lato, ai pensieri sociali relativi al corpo. Solo per fare un esempio, si pensi a come è andata modificandosi l'idea di sesso corporeo. Da dato ritenuto biologico e immutabile, a dato modificabile e plasmabile sulla base della propria identità psichica e psicologica. Se anche un elemento così determinante per la nostra identità, come il sesso, può essere ripensato e ridefinito, possiamo solo immaginare come anche gli altri aspetti possano essere modificati per adeguarli all'immagine che noi abbiamo e vogliamo dare di noi stessi.

La costruzione della nostra identità e, conseguentemente del nostro corpo, tiene conto dei canoni estetici ed etici che ciascuna società elabora. La costruzione del proprio corpo, quindi, può diventare patologica se i giudizi che gli altri danno di noi e del nostro corpo diventano una gabbia al di fuori della quale l'io cessa di esistere e se i canoni estetici ed etici diventano degli imperativi a cui è impossibile sottrarsi (R. Dameno 2012<sup>4</sup>).

Il corpo è una risorsa spendibile sul mercato delle opportunità sia per quanto riguarda il mondo degli affetti e delle amicizie, sia per quanto riguarda il mondo della scuola, sia per quanto riguarda il mondo del lavoro. In questo senso possiamo dire che il corpo è un luogo attraverso cui viene esercitato il potere sia degli altri su di noi sia di noi sugli altri.

Ciò diventa ancora più vero nella cosiddetta società dell'immagine: il nostro corpo non solo assume una dimensione rilevante della nostra identità, ma diventa l'unica parte di noi realmente importante. "Non abbiamo un corpo, ma siamo il nostro corpo" (M. Niola 2015, p.11<sup>5</sup>).

Plasmare il corpo significa mettere in atto tutte quelle azioni che Mauss già nel 1934<sup>6</sup> definiva come "tecniche del corpo". Nella società dei consumi le tecniche del corpo si ampliano. Non si tratta più solo di imparare a muoversi, dormire la giusta quantità di tempo utile al nostro corpo, curarsi e prendersi cura di noi, riprodursi, ma può diventare necessario mettere in atto delle azioni che possono modificare completamente il nostro aspetto. Modificare l'alimentazione, seguire delle diete, utilizzare dei farmaci, sottoporsi a interventi chirurgici, diventano non solo azioni alla portata di tutti ma anche dei comportamenti giudicati positivamente, in quanto volti al raggiungimento di un corpo fisico coerente con le richieste sociali.

In quest'ottica la medicalizzazione dei corpi diventa da una mera possibilità a obbligo morale. Per adeguarmi ai canoni estetici, etici, medici, posso – e devo – ricorrere a tutti gli strumenti a mia disposizione. E non è un caso che la differenza tra gli interventi curativi e quelli estetici diventi ogni giorno sempre più labile, indefinibile e incomprensibile. Per adeguarmi a ciò che la società mi chiede posso provare a realizzare qualunque tipo di azione. Il fine – essere adeguata, in forma, snella e pertanto persona giudicabile positivamente – giustifica, autorizza e incentiva ogni tipologia di intervento.

Il giudizio sul corpo non è solo un giudizio estetico. Il corpo deviante, perché differente rispetto alla normalità dei corpi presenti in un determinato contesto, assume un significato sociale negativo. Il passaggio da sei brutto a sei cattivo, infatti, è estremamente facile e si realizza assai di frequente. Basti pensare alle persone malvagie nelle favole che vengono spesso rappresentate con delle caratteristiche fisiche considerate brutte o con delle vere e proprie deformità. Chi possiede un corpo deviante può, quindi, andare in contro a processi di stigmatizzazione e all'allontanamento sociale.

A ciò si deve aggiungere un'ulteriore considerazione: l'industria del corpo bello, sano e performante è un'industria rilevante sotto il profilo economico ed è un'industria in continua crescita. La pubblicità investe molto denaro nella costruzione sociale dell'importanza di essere e rimanere belli. Se qualche decennio fa era giudicato se non immorale quanto meno risibile far ricorso alla chirurgia estetica a meno che non si facesse parte di un determinato ceto sociale – per esempio gli artisti o le persone che necessariamente dovevano avere un bell'aspetto a causa del loro profilo professionale – oggi la chirurgia estetica ha perso la sua connotazione negativa e diventa alleata delle persone in cerca del raggiungimento della migliore definizione di sé.

Basta guardare con una minima attenzione i mezzi di comunicazione per notare come gran parte dei messaggi pubblicitari riguardi prodotti di cura del corpo, integratori alimentari, creme contro le rughe e tinte per capelli. E se fino a qualche decennio fa le persone negavano di tingersi i capelli, di effettuare lifting, e di prendere dei prodotti dietetici, ora l'utilizzo di tali prodotti è decisamente sdoganato, tanto che attrici e modelle non negano i loro volti a tali pubblicità.

4 R. Dameno, *Percorsi dell'identità. I diritti fondamentali delle persone transgenere. Una riflessione socio-giuridica*, Ariccia, Aracne, 2012.

5 M. Niola, *Homo dieteticus. Viaggio nelle tribù alimentari*, Bologna, Il Mulino, 2015.

6 M. Mauss, *Les techniques du corp*, in *Journal de Psychologie*, 1936, XXXII, pp. 271 ss.

In pratica abbiamo assistito dapprima al passaggio dal giudizio estetico del corpo a un giudizio morale sul corpo, poi al passaggio dal giudizio negativo sul corpo al giudizio negativo della persona che ha quel corpo e infine al passaggio dal giudizio negativo della persona che ha un corpo deviante al giudizio negativo della persona che non fa nulla per modificare il proprio corpo deviante. Negativo non è avere un corpo non conforme alle regole, ma non mettere in atto le azioni per far sì che tale corpo diventi conforme alle regole.

Non possiamo pensare al corpo, quindi, se non all'interno di una cornice sociale e culturale. Tenendo ben presente che i canoni del corpo "giusto" variano nel tempo e nello spazio. Così per esempio, e per restare nel tema delle misure del corpo, la magrezza così ricercata oggi sarebbe stata considerata (ed è tutt'ora considerata tale in alcuni contesti) come sintomo di malattia o comunque di cattiva salute. Ciò che desideriamo dal nostro corpo, quindi, cambia a seconda delle epoche, delle mode, dei dettami estetici, dei risvolti economici e socio-culturali.

Un ulteriore elemento, da aggiungere a questo punto della trattazione, riguarda il fatto che, nel mondo contemporaneo, possiamo parlare di una globalizzazione del concetto di corpo ideale (A. Brewis et al. 2011<sup>7</sup>). Le immagini del corpo che vengono proposte attraverso i mezzi di comunicazione sono identiche in ogni cultura e in ogni collettività. L'idea del corpo bello è veicolata attraverso i mezzi di comunicazione e di fatto imposta da un contesto culturale – quello occidentale – a tutti gli altri. Per essere considerate belle bisogna avere un corpo magro e in forma. Per essere belli bisogna avere un corpo muscoloso. Per essere belle/i bisogna preferibilmente avere la pelle chiara e preferibilmente gli occhi chiari e i capelli biondi.

Il mondo ha globalizzato il concetto di bello e intere popolazioni, che fino alla fine del secolo scorso consideravano belli i corpi formosi (A.E. Becker 1995<sup>8</sup>; R. Popenoe 2004<sup>9</sup>), oggi hanno modificato il loro ideale di bellezza, uniformandosi all'idea occidentale che vede il corpo magro come bello e sano (A.E. Becker 2004<sup>10</sup>).

#### 4. Il peso del corpo è una questione di genere?

Pare scontato rispondere positivamente alla questione, anche se in questi ultimi anni possedere e modellare un corpo bello, sano, slanciato, performante non pare più essere un fattore determinante esclusivamente per il genere femminile. La società contemporanea, infatti, inizia a chiedere in misura sempre maggiore un adeguamento ai canoni di bellezza anche al genere maschile. Ciò detto, possiamo senz'altro affermare che l'importanza che riveste l'aspetto estetico del proprio corpo per il genere femminile non è paragonabile a quella del genere maschile<sup>11</sup>.

È decisamente più importante per le donne avere un corpo socialmente accettabile, sia sotto il profilo personale e di accettazione del sé sia sotto il profilo delle opportunità relazionali e delle possibilità di trovare affetti, ma anche di trovare un lavoro. Le donne devono confrontarsi in misura maggiore rispetto all'uomo con i modelli non solo di bellezza, ma anche di salute proposti dai contesti in cui si vive. La donna deve essere curata nell'aspetto, basti pensare alle pubblicità su come effettuare le tinte per coprire i capelli bianchi e su come tagliarsi i capelli da sole in epoca di lock-down, pubblicità rivolte esclusivamente al pubblico femminile! Ma la donna deve anche essere efficiente, sana e in grado di occuparsi della salute della famiglia, perché la donna è anche madre e quindi deve essere attenta al benessere dell'intera famiglia.

Da un lato, quindi, il corpo delle donne riveste una parte più consistente, rispetto a quanto accade per gli uomini, del capitale sociale che ciascuno di noi ha a disposizione<sup>12</sup>. Gli uomini, infatti, possono

- 
- 7 A.A. Brevis, A. Wutich, A. Falletta-Cowden, I. Rodriguez-Soto, *Body norms and fat stigma in global perspective*. in *Current Anthropology*, 2011; vol. 52, pp. 269 ss.
- 8 A.E. Becker, *Body, self, and society: The view from Fiji*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1995
- 9 R. Popenoe, *Feeding desire. Fatness, beauty and sexuality among a Saharan people*, London, Routledge, 2004
- 10 A.E. Becker, *Television, disordered eating, and young women Fiji: negotiating body image and identity during rapid social change*, in *Cult Med Psychiatry*, 2004, Dec, pp. 533 ss.
- 11 Su questo punto: V.L. Pitts, *Le donne e i progetti di trasformazione fisica: femminismo e tecnologie del corpo*, in *Rassegna italiana di sociologia*, 2002, XL, pp. 379 ss. e S. Bordo, *Il peso del corpo*, Milano, Feltrinelli, 1997.
- 12 Per approfondire il tema: E.P. Anderson-Fye, A. Brewis (eds), *Fat planet. Obesity, culture and symbolic body capital*, Santa Fe, School for advanced research press, 2017.

contare su giudizi basati in misura minore sull'aspetto fisico e ciò nonostante gli sforzi dei mezzi di comunicazione!

Dall'altro lato, si deve considerare che il corpo della donna si ammanta di significato ulteriore: il corpo femminile è il corpo materno e, a causa di ciò, diventa assoggettato a ulteriori limitazioni. Non solo limitazioni nel momento della gravidanza: non bere, non fumare, mangia sano, non mangiare alcuni alimenti, ma anche limitazioni che riguardano il decoro del corpo. Se l'obesità, ma anche il semplice sovrappeso, viene considerata come una condizione morale riprovevole, le donne in tale condizione vengono giudicate ancora più negativamente perché dalla loro condizione dipende anche la condizione dei loro figli e la condizione dell'intera famiglia.

Il corpo delle donne è soggetto, in misura maggiore rispetto a quello degli uomini, alle condizioni fisiologiche. Non è solo la maternità la condizione che cambia il corpo delle donne, anche la menopausa incide su tutti i corpi femminili a un certo punto della loro vita e li rimodella, rendendoli assai spesso più pesanti. La menopausa, condizione fisiologica naturale, viene, però, spesso considerata al pari di una condizione di malattia i cui sintomi sono da curare. Basta dare uno sguardo ai mezzi di comunicazione: le donne over 50 sono e devono essere in forma, devono essere snelle, non devono essere "pesanti" e – rifacendosi a uno slogan pubblicitario del momento – non devono nascondersi dietro la scena, ma stare sul palcoscenico. Per riprendersi e mantenere la scena, però, devono competere sul piano fisico con le donne più giovani! Il messaggio pubblicitario è chiaro: se non mantieni il tuo corpo giovane e bello è giusto che tu ti nasconda; se non ti affidi ai rimedi che ti proponiamo per mantenerti giovane e bella sei colpevole nei confronti di te stessa e nei confronti della società ai cui canoni non ti vuoi adeguare.

## 5. Obeso o non obeso: una questione di numeri

Il primo punto su cui fare chiarezza è che la definizione di obesità (e più in generale di sovrappeso) anche sotto il profilo medico è un dato tutt'altro che oggettivo, poiché viene calcolato sulla base di indici che sono cambiati nel corso della storia e che sono destinati a variare anche nel futuro.

I primi studi epidemiologici sull'obesità sono stati svolti negli USA a partire dai dati delle ricerche effettuate dalle compagnie di assicurazione. Già da questo fatto si può comprendere come l'obesità si sia fin da subito ricoperta di significato economicamente e socialmente rilevante.

L'assunto è che chi si discosta da un peso ideale è più a rischio per quanto riguarda la salute e conseguentemente costerà di più alle compagnie di assicurazione o – nel caso dei Paesi con un welfare diffuso e garantito – graverà maggiormente sulla collettività rispetto a chi possiede un corpo con un peso "normale".

Ma, come si è già detto in premessa, non effettuare nessuna distinzione tra le persone grandi obese, le persone obese e le persone in sovrappeso o lievemente in sovrappeso, significa commettere gravi errori sia sotto il profilo medico e sanitario, sia sotto il profilo della comprensione del fenomeno e delle eventuali politiche socio-sanitarie da mettere in atto per salvaguardare non solo la salute ma anche gli altri diritti fondamentali, delle persone "grasse" e con loro della collettività nel suo complesso.

Essere un grande obeso comporta certamente una condizione di vita assai difficile, rischiosa sotto il profilo della comorbilità – solo per fare un esempio attualissimo, molti studi<sup>13</sup> hanno dimostrato come l'obesità ha un impatto rilevante sulla mortalità e sulla gravità della malattia nelle persone che hanno contratto il covid19 – e patologica di per sé. Non potersi prendere cura di sé e non poter svolgere le normali azioni di vita quotidiana è infatti una condizione patologica e come tale andrebbe trattata.

Altra cosa è invece ritenere patologica automaticamente qualsiasi condizione di sovrappeso, anche nel caso in cui tale condizione non limiti la normale vita quotidiana. Ciò non significa, ovviamente, che l'obesità e il sovrappeso non possano essere elementi di rischio per l'insorgenza di altre malattie, ma un conto è considerare la condizione delle persone obese come un fattore di rischio – al pari di altre condizioni come per esempio quella del fumatore, o di chi ha il colesterolo o il glucosio alti, o di chi fa sport estremi – un'altra cosa è prevedere per le persone grasse dei percorsi sanitari e di cura che automaticamente vengono proposti per il solo fatto di possedere un corpo troppo pesante.

Si è detto che la definizione di obesità sotto il profilo medico risiede nel superamento di soglie, cioè di indici fissati convenzionalmente che sono soggetti sia ai mutamenti storici e geografici, sia alle

13 Si vedano per esempio: S.M.M. Aghili, M. Ebrahimpur, B. Arjmand *et al.*, *Obesity in COVID-19 era, implications for mechanisms, comorbidities, and prognosis: a review and meta-analysis*. in *International Journal of Obesity*, 2021, n. 45, pp. 998 ss. DOI: 10.1038/s41366-021-00776-8 e J. Yang, C. Tian, Y. Chen, C. Zhu, H. Chi, J. Li, *Obesity aggravates COVID-19: An updated systematic review and meta-analysis*, in *Journal of medical virology*, 2020, pp. 2662 e ss. DOI: 10.1002/jmv.26677.

differenti valutazioni mediche, culturali e perché no giuridiche. Ma quali sono i parametri che vengono utilizzati per indicare se una persona ha il peso giusto?

Dal concetto di peso ideale, dal calcolo dalla misura del giro-vita, che sicuramente avevano dei limiti intrinseci e che si sono dimostrati poco utili nella definizione del concetto di obesità, si è passati al calcolo dell'indice di massa corporea (IMC). Tale indice, però, sconta anch'esso un errore iniziale, dal momento che viene calcolato sui corpi della popolazione caucasica e presuppone che tutti gli uomini abbiano le medesime caratteristiche.

Inoltre, si deve considerare il fatto che lo stesso IMC è andato modificandosi nel tempo! Per esempio, nel 1998 l'OMS ha modificato i criteri per definire, in base all'IMC, le categorie di magrezza, normopeso, sovrappeso, obesità e grande obesità e grazie a questa modifica vi è stato un aumento di persone obese nel mondo, soprattutto in alcune popolazioni dell'Africa. Il fatto che tali indici non tengano conto delle differenze di etnia può essere un errore non solo sotto il profilo culturale, ma anche sotto il profilo medico. Eppure, così come per altre condizioni fisiche, l'appartenenza o meno ad alcune etnie non viene considerata come elemento da tenere in considerazione sia per il calcolo degli indici sia per prevedere un distanziamento dalla "normalità" indicata dai parametri utilizzati.

Il fatto di definire l'obesità esclusivamente sulla base di un indice comporta dei problemi sociali reali. Da un lato tutti gli esseri umani vengono valutati sulla base di un medesimo indice come se fossero tutti uguali tra loro, non tenendo conto delle differenze etniche, fisiche, ma anche delle differenze geografiche e culturali; dall'altro lato viene affermata l'esistenza di un essere umano medio, ideale – nel senso weberiano del termine – che deve essere utilizzato come termine di paragone per giudicare la normalità di tutti gli esseri umani. In altre parole, il rischio di utilizzare in modo acritico dei parametri è quello di creare all'interno dei pensieri delle persone l'idea che esista un corpo ideale – e questa volta non nel senso weberiano – a cui tutti noi dobbiamo tendere per ottenere un buon giudizio e una buona considerazione da parte dell'intera collettività e conseguentemente anche da parte nostra.

Ma l'uomo medio non esiste e non esistono nemmeno i corpi medi!

## 6. L'obesità: la nuova pandemia?

Nel 2015 la World Health Organization riportava con preoccupazione che circa 2 miliardi di adulti nel mondo fossero in sovrappeso. E lanciava l'allarme definendo l'obesità come la futura pandemia, in costante e preoccupante aumento non solo nei Paesi occidentali ma anche in quelli a basso-medio reddito. L'OMS prevede che nel 2030 il 60% della popolazione mondiale sarà obesa, secondo i parametri fissati dall'IMC, ovviamente.

La preoccupazione per la crescita delle persone grasse rappresenta, oggi, per le agende politiche dei Paesi uno dei principali problemi di salute pubblica<sup>14</sup> a livello mondiale poiché il sovrappeso sarebbe riconducibile a un aumento del rischio di contrarre varie malattie croniche, quali il diabete mellito di tipo 2, le malattie cardiovascolari e alcuni tumori. Secondo delle stime epidemiologiche il sovrappeso e l'obesità rappresenterebbero il quinto più importante fattore di rischio per la mortalità globale<sup>15</sup>.

Per quanto riguarda l'Italia, così come per la maggioranza dei paesi europei, la popolazione con eccesso di peso è aumentata nel tempo, anche se in misura minore rispetto agli standard delle altre nazioni. Nel nostro paese negli ultimi 30 anni l'incremento dell'eccesso di peso nella popolazione adulta è stato di circa il 30% e solo un terzo dell'aumento è da attribuire all'invecchiamento della popolazione. Complessivamente gli incrementi nel tempo seguono una variante di genere: sono nettamente superiori tra gli uomini sia per quanto riguarda il semplice eccesso di peso sia per quanto riguarda l'obesità.

In particolare, l'Istituto superiore di sanità ha reso noto che nel 2018 in Italia il 25,2% della popolazione compresa tra i 3 e i 17 anni si trovava in una condizione di eccesso di peso (sia di semplice sovrappeso sia di vera e propria obesità rispetto ai parametri OMS). Tra gli adulti la quota raddoppiava, mentre le prevalenze più basse si riscontravano nella fascia d'età 14-17 anni.

Il dato, però, che non deve essere taciuto è che solo una piccola parte delle persone definibili come grasse rientrava nei parametri che definiscono le persone come affette dalla patologia dell'obesità<sup>16</sup>.

14 OECD, *Obesity update*, 2017, [www.oecd.org](http://www.oecd.org) (consultato il 20 dicembre 2020).

15 Fonte: Ministero della salute, [http://www.salute.gov.it/portale/salute/p1\\_5.jsp?lingua=italiano&id=175&area=Malattie\\_endocrine\\_e\\_metaboliche](http://www.salute.gov.it/portale/salute/p1_5.jsp?lingua=italiano&id=175&area=Malattie_endocrine_e_metaboliche) (visitato il 3 gennaio 2020).

16 Fonte: ISTAT, *Indagine sugli aspetti della vita quotidiana*, 2018, [www.istat.it](http://www.istat.it) (consultato il 23 dicembre 2020).



Ciò, che a mio avviso, è utile evidenziare per quanto riguarda il territorio italiano è la differenziazione del peso corporeo delle persone in base alle regioni in cui esse vivono o in cui esse sono nate. Al Nord la prevalenza si attesta al 43,6% (ed è interessante osservare che molte delle persone grasse affermano di essere nate e di aver vissuto parte dell'infanzia nelle regioni del sud Italia), nel Centro è pari al 44,8% e nel Mezzogiorno raggiunge il 50,2%<sup>17</sup>. Già da questo elemento possiamo comprendere come vi siano alcuni fattori socio-culturali che contribuiscono in modo determinante all'adozione di stili di vita che generano una maggiore propensione all'eccesso di peso e che, ritengo, debbano essere studiati non solo se si vuole comprendere meglio il fenomeno, non solo se si vogliono attivare delle politiche di controllo efficaci, ma anche se si vuole contribuire a tutelare i diritti di tutte le persone coinvolte.

## 7. Le cause del (sovrap)peso: colpa individuale o fattori sociali?

“L'obesità, uno dei principali problemi di salute pubblica, è causata nella maggior parte dei casi da stili di vita scorretti; è quindi una condizione ampiamente prevenibile”, questa frase è utilizzata come titolo sul sito del Ministero della salute alla pagina riguardante il tema dell'obesità. Più avanti, sempre sullo stesso sito, si legge: “L'obesità è causata nella maggior parte dei casi da stili di vita scorretti: da una parte, un'alimentazione scorretta ipercalorica e dall'altra un ridotto dispendio energetico a causa di inattività fisica. L'obesità è quindi una condizione ampiamente prevenibile”.

Credo che le affermazioni sul sito del nostro Ministero della Salute si commentino da sé. Le persone fuori norma e, per meglio dire, fuori peso sono persone egoiste che pensano solo alla soddisfazione del loro piacere immediato e non alla loro salute e all'interesse della collettività.

Ma è corretto ricondurre il peso di una persona solo alla sua cattiva alimentazione e ai suoi cattivi stili di vita?

In realtà il peso dell'uomo, come quello delle altre specie animali, è una caratteristica che dipende da molteplici organi e apparati che, convergendo a livello del sistema nervoso centrale, dovrebbero concorrere ad adattare il nostro corpo e, conseguentemente, anche il suo peso, al tipo di vita che conduciamo.

Le regole dell'alimentazione sono il risultato di lunghi e tortuosi processi di adattamento all'ambiente circostante e la scelta di quali e quanti cibi mangiare è strettamente connessa agli stili di vita propri del contesto sociale in cui vive.

A incidere sul peso delle persone, allora, non vi sono solo dei fattori genetici, fisiologici e delle predisposizioni fisiche, ma giocano un ruolo rilevante anche la tipologia e la quantità di alimenti consumati, che, però, dipendono non solo da un'autonoma, piena e libera scelta comportamentale, ma anche dalle tradizioni culturali e gastronomiche e dalle tradizioni storiche ed economiche strettamente legate ai territori in cui si vive.

Non si deve dimenticare il fatto che i mutamenti degli stili di vita hanno fatto sì che molte persone siano oggi impiegate in lavori sedentari. Non solo si è ridotto lo sforzo fisico in relazione ai mutamenti del mondo del lavoro, si sono anche ridotte le possibilità di fare attività fisica nella quotidianità sia per gli adulti sia per i bambini. Per i bambini che vivono in città, per esempio, trascorrere del tempo all'aria aperta è una consuetudine che si è andata perdendo a causa della mancanza di spazio, del traffico e dell'inquinamento. Andare a scuola a piedi è diventata un'attività che coinvolge un numero sempre minore di bambini e trascorrere il tempo in casa sembra ormai una consuetudine. Ed è un dato consolidato che l'isolamento sociale, gli effetti dell'inquinamento ambientale, i problemi che derivano dall'inquinamento acustico che agiscono direttamente sul ritmo sonno/veglia, sono fattori che contribuiscono all'aumento di alcune patologie e alla condizione di eccesso di peso.

A ciò si deve aggiungere il fatto che, nel mondo, sono andate via via aumentando la disponibilità e la possibilità di accesso al cibo e le persone che hanno dei deficit alimentari si sono, conseguentemente, ridotte. Purtroppo, però, la maggior disponibilità di cibo non significa per la maggior parte delle persone riuscire ad accedere a un cibo sano, salubre e di qualità. E la scarsa qualità del cibo a disposizione è un fattore anch'esso determinante che contribuisce ad aumentare il rischio dell'eccesso di peso.

Un altro dato da considerare è l'elemento geografico-culturale. Come si è visto nel precedente paragrafo, i dati relativi alla percentuale di persone in eccesso di peso in Italia mostrano una differenza geografica abbastanza significativa. Tali dati possono fornirci una chiave di lettura per suffragare ulteriormente il fatto che i fattori socio-culturali, economici e geografici sono elementi da considerare se si

17 Fonte: 2° Italian Obesity Barometer Report, <https://viewer.ipaper.io/sp-servizi-pubblicitari-srl/obesity-barometer-monitor/?page=1> (consultato il 4 gennaio 2021).

vuole comprendere e, in seconda battuta governare, il fenomeno dell'obesità. Non solo, infatti, i fattori sociali sono determinanti di per sé, ma sono anche delle spinte verso l'attuazione di determinati comportamenti.

La prima considerazione riguarda il fatto che nelle aree geografiche del centro e del sud Italia (l'unica regione del nord dove l'incidenza delle persone in sovrappeso è molto simile a quella del sud è l'Emilia Romagna, e per questa regione possono senz'altro valere le osservazioni che seguono) un corpo in carne viene stigmatizzato molto meno rispetto a quanto avviene nelle regioni del nord. Questo fatto può essere spiegato con il fatto che, se è vero che, attualmente, nel contesto italiano le differenze economiche tra nord e sud non sembrano essere ancora così elevate come un tempo, è pur vero che storicamente nei territori del sud Italia vi era un numero maggiore di persone che avevano difficoltà economiche e difficoltà ad avere un giusto apporto alimentare. In questi contesti il fatto di essere grassi significava essere ricchi ed essere in buona salute. Un corpo grasso era preferibile, quindi, anche per quanto riguarda l'aspetto estetico. I fattori storici sono un elemento di formazione della cultura da non tralasciare e, infatti, tuttora in alcune aree del nostro Paese e per alcune fasce di d'età della popolazione essere magri significa essere malati, tristi, non conviviali.

Che il giudizio del peso delle persone sia determinato direttamente dalle condizioni economiche è un dato dimostrabile anche osservando come nelle popolazioni in cui si susseguono periodi di carestia o di guerra si stia facendo strada con molta più lentezza e solo a partire dalle classi economicamente più elevate l'ideale globalizzato di bellezza caratterizzato dai corpi magri e agili.

Un altro dato da sottolineare riguarda il livello di studio delle persone grasse. La probabilità di essere in eccesso di peso, infatti, triplica, in media, se si passa da un titolo di studio alto, come la laurea, a un titolo di studio basso, come la licenza media inferiore. Questo dato è estremamente interessante, a mio avviso, perché costituisce la prova che l'obesità sia una caratteristica legata strettamente alle condizioni non solo sociali, ma anche e soprattutto economiche delle persone. Il peso del corpo dipende, quindi, dalla classe sociale di appartenenza: l'istruzione, le condizioni di lavoro, l'accesso a stili di vita più salutari e al cibo sano, il diritto alla salute, sono tutti fattori correlati in modo diretto al ceto e alla classe economica cui si appartiene.

In altre parole, potremmo dire che la magrezza e la grassezza siano, in buona misura, una questione di classe!

Un ulteriore fattore da tenere in considerazione è dato dal ruolo giocato dai mezzi di comunicazione e, soprattutto per quanto riguarda la popolazione più giovane, dai social media (O.T. Mytton et al. 2020<sup>18</sup>).

In particolare, i mezzi di comunicazione giocano dei ruoli a più livelli.

Innanzitutto, pubblicizzano non solo i cibi, ma i modi di consumarli. Le trasmissioni che si occupano di cibo e della sua preparazione sono tantissime e sempre molto seguite, da queste trasmissioni, però, si impara a cucinare cibi talvolta nuovi, che non rientrano nella tradizione gastronomica e di cui, quindi, non c'è consapevolezza del loro apporto calorico e, soprattutto sono spesso volte a stupire con ricette nuove piuttosto che a fornire dati utili per la preparazione di pasti bilanciati e proporzionali al dispendio calorico dei singoli fruitori.

I mezzi di informazione, poi, di fatto, forniscono informazioni sulla qualità delle materie prime e sulla buona alimentazione e ci bombardano di notizie che riguardano cibi presumibilmente dannosi e cibi altrettanto presumibilmente ritenuti delle vere e proprie panacee. E poco importa se le notizie siano spesso discordanti tra loro e rendano impossibile fare delle scelte "giuste" e consapevoli. Possiamo dire, che nella società dell'informazione vi è un vero e proprio eccesso di informazione sul cibo che crea disinformazione e può generare cattive abitudini alimentari.

Un ulteriore elemento è dato dal fatto che molta pubblicità relativa all'alimentazione riguarda o le grandi catene di distribuzione e di ristorazione o gli integratori alimentari.

Da un lato viene pubblicizzato il cibo non solo gustoso, ma abbondante, economico e comodo, perché consegnato direttamente a casa (e in periodo di lock-down il ricorso ai cibi recapitati direttamente a casa è notevolmente aumentato). Da un altro lato, gli integratori alimentari vengono dipinti come alimenti necessari ed essenziali in ogni dieta, per consentire di essere all'altezza delle richieste sociali che ci vengono rivolte. Essere in forma, restare giovani e attivi è possibile solo se alle nostre diete si aggiungono un numero sempre crescente di integratori e di prodotti dietetici.

18 O.T. Mytton, E. Boyland, J. Adams, B. Collins, S.J. Russell, K. Smith, R. Stroud, R.M. Vinerl, G. Cobiac, *The potential health impact of restricting less-healthy food and beverage advertising on UK television between 05.30 and 21.00 hours: A modelling study in Plos Medicine*, 2020, <https://journals.plos.org/plosmedicine/article?id=10.1371/journal.pmed.1003212> (consultato il 4 gennaio 2021).

Questo tipo di pubblicità, non solo veicola l'informazione discutibile che per ottenere un corpo in salute sia necessario ingerire degli integratori, ma anche il fatto che i corpi debbano essere costantemente in forma: sani, belli, giovani, atletici.

La qualità dell'alimentazione dipende, quindi, non solo da scelte individuali libere e autonome, ma dipende anche da fattori culturali che a loro volta si intrecciano con le disponibilità economiche<sup>19</sup>. Certamente l'alimentazione con cibo spazzatura è prerogativa delle classi più povere sia sotto il profilo economico – a parità di costo non posso permettermi altro che un panino da McDonald's – sia sotto il profilo sociale – non posso permettermi di pensare a un cibo più sano e salutare, dal momento che sono bombardato da messaggi pubblicitari che mi dicono come sia buono e giusto mangiare un determinato cibo – sia sotto il profilo culturale – non sono capace di cucinare da me il mio cibo e non ho tempo da dedicare all'approvvigionamento e alla preparazione del cibo. La disponibilità del tempo e la possibilità di ovviare alla mancanza di tempo con degli aiuti esterni alla famiglia dipendono, anch'esse, dalla classe e dalla disponibilità economica!

## 8. Il peso della discriminazione

Nonostante le osservazioni effettuate in precedenza, ancora molte sono sia le istituzioni – il Ministero della Salute italiano è solo un esempio in questo senso – sia i gruppi sociali sia le singole persone che discriminano e colpevolizzano i comportamenti alimentari delle persone, anziché cercare di comprenderne le motivazioni.

D'altra parte, se si considera che l'obesità sia causata da un cattivo comportamento praticato dalle persone che, pur avendo gli strumenti per adottare degli stili di vita corretti, decidono volontariamente di seguire i propri istinti e non la propria ragione, per "estirpare" il problema basterà far sì che tutti adottino dei comportamenti salutari e "giusti". E poco importa se il peso del corpo derivi da una condizione fisiologica, che pertanto non può essere controllata solo con la "volontà" ad adeguarsi a una dieta sana e a uno stile di vita salubre!

È facile comprendere, infatti, che se si afferma che sia solo ed esclusivamente il comportamento del singolo a mettere a rischio la sua salute, tutti si sentiranno autorizzati non solo a stigmatizzare i comportamenti "sbagliati", ma a stigmatizzare le persone grasse, colpevoli di adottare uno stile di vita dannoso per la loro salute e antisociale, immorale e contrario alle regole della buona convivenza, dal momento che è l'intera collettività a subire i costi sociali ed economici delle loro scelte.

Questo rischio è ancora più realistico nel periodo storico in cui viviamo. Le nostre società, infatti, sono sempre più soggette a scelte governative che limitano la libertà personale e individuale portando come motivazione non solo la tutela della salute e del benessere collettivo, ma anche la tutela e la salute del benessere del singolo.

È la singola persona a essere considerata protagonista della promozione e del mantenimento della propria salute e ciò può avvenire solo attraverso l'adozione di comportamenti volti a controllare i fattori di rischio e a prediligere la scelta di stili di vita sani.

Questo paradigma porta con sé il fatto che le persone con dei corpi non consoni alle proporzioni considerate "giuste" – vale a dire valutate sotto il profilo estetico, medico-sanitario e, soprattutto, etico-morale – siano a rischio per quanto riguarda la piena tutela dei loro diritti fondamentali<sup>20</sup>.

Diverse ricerche svolte soprattutto in ambito statunitense (Erdman Farrell 2020<sup>21</sup>; Nath 2019<sup>22</sup>) – dove da un lato, il fenomeno delle persone obese è sicuramente più presente e la loro stigmatizzazione limita e discrimina maggiormente rispetto ai contesti europei e dove dall'altro lato, vi è un maggiore e consolidato interesse scientifico per gli studi sulla popolazione grassa – hanno evidenziato come le persone in sovrappeso sono spesso oggetto di bullismo da parte delle persone con dei corpi "normali". Gli episodi di bullismo sono di fatto continuativi e ricomprendono l'intero corpo sociale in cui la persona vive, iniziando dalla scuola per proseguire nel mondo del lavoro e più in generale nel mondo relazionale-affettivo.

19 M. Montanari, *Il cibo come cultura*, Bari-Roma, Laterza, 2006.

20 E. Poddighe, *Obesità e diritto. Uno studio sul "paternalismo alimentare"*, Bologna, Il Mulino, 2014.

21 A. Erdman Farrell, *Fat Shame. Lo stigma del corpo grasso*, Roma, Tlon, 2020.

22 R. Nath, *The injustice of fat stigma*, in *Bioethics*, 2019, 33, pp 577 ss. DOI 10.1111/bioe.12560.

Anche in Italia, il rischio della criminalizzazione delle persone che adottano dei comportamenti ritenuti pericolosi è estremamente elevato. Da una recente indagine del Censis (Censis 2018<sup>23</sup>), è emerso che un terzo della popolazione italiana ritiene giusto che le persone che compromettono la propria salute a causa di stili di vita nocivi, come i fumatori, gli alcolisti, i tossicodipendenti e anche gli obesi siano penalizzati con tasse aggiuntive o con limitazioni nell'accesso alle cure del Servizio sanitario. E la cosa interessante è che sono le persone con un titolo di studio più elevato e le persone giovani a essere più agguerrite su questo punto.

La ricerca del Censis ha messo in evidenza come anche in Italia l'obesità ritardi la mobilità sociale intragenerazionale e aumenti la mobilità verso il basso. Ciò non è dovuto solo ed esclusivamente al fatto che, in media, una persona in sovrappeso tende ad assentarsi maggiormente dal lavoro per motivi di salute rispetto alle persone in normopeso, ma anche alle differenti opportunità offerte alle persone in eccesso di peso nel mondo del lavoro. Non solo le persone grasse sono discriminate nel momento dell'assunzione ma, generalmente, a loro vengono proposti lavori meno gratificanti e con posizioni economiche mediamente più basse rispetto alle persone in normopeso. Anche nelle possibilità di progressione di carriera, il pregiudizio sul peso continua a essere una grave fonte di discriminazione.

L'obesità è sicuramente al centro di una operazione culturale che ne enfatizza la dimensione negativa e determina lo stigma sociale nei confronti dei soggetti che ne sono affetti<sup>24</sup>. Si tratta, come abbiamo visto, di un meccanismo legato a due aspetti convergenti. Un primo elemento è relativo alla distanza dell'obeso dall'immagine corporea considerata desiderabile socialmente, che è quella del corpo snello e atletico, l'altro elemento è dato dal fatto che la condizione di obesità, con le difficili condizioni di salute che spesso l'accompagnano, viene attribuita allo scarso impegno del soggetto obeso nelle scelte di promozione della salute.

Il paradigma della responsabilità personale ha, però, anche nel caso del fenomeno dell'obesità, penalizzato gli interventi di prevenzione. Sostenere che il soggetto sia grasso solo perché non è in grado di rispettare le regole del benessere, genera atteggiamenti superficiali e fuorvianti che finiscono per condizionare la qualità di vita delle persone, senza, peraltro, riuscire a modificarne gli stili di vita.

Seppur si consideri, l'obesità (e più in generale il sovrappeso) come un problema che riguarda la salute, questo problema non lo si risolve certo con la violazione sistematica dei diritti delle persone grasse. Ma, esattamente come per tutti gli altri fenomeni di devianza, la stigmatizzazione e l'esclusione sociale delle persone non comporta necessariamente un cambiamento nel loro stile di vita. Anzi, semmai può essere vero il contrario.

Nel caso specifico, poi, stigmatizzare le persone grasse può, addirittura, far aumentare i rischi per la loro salute. Da un lato, sentendosi giudicate sotto il profilo morale, cercheranno di non recarsi dal medico e ciò, non solo per le questioni direttamente ricollegabili al loro peso, ma anche per tutte le questioni di salute indipendenti da esso. Dall'altro lato, la discriminazione crea povertà economica e relazionale e incide direttamente sul giudizio che le persone hanno di loro stesse. E, paradossalmente, questo fatto aumenta i disturbi psicologici e, conseguentemente, il rischio che il cibo diventi l'unica consolazione a una condizione di vita depressa, creando di fatto un circolo vizioso.

Se l'obesità è un problema, la soluzione non è la discriminazione delle persone grasse. La tutela dei diritti fondamentali dovrebbe essere fuori discussione, e non dovrebbe essere assoggettata a un giudizio di idoneità sociale!

## 9. Conclusioni

A questo punto del discorso, credo sia chiaro che non si possa considerare l'obesità solo come un problema di salute della singola persona o come un fattore di rischio per il sistema pubblico di welfare. È una questione di natura culturale e solo se vengono studiati e affrontati in modo interdisciplinare tutti

23 Censis, *VIII Rapporto sulla Sanità Pubblica, Privata ed Intermediata. La Salute è un Diritto di tutti*, 2018, [www.censis.it](http://www.censis.it) (consultato il 2 marzo 2020); Censis, *52° Rapporto sulla situazione sociale del Paese*, 2018, [www.censis.it](http://www.censis.it) (consultato il 2 marzo 2020).

24 Sul tema della creazione dello stigma sociale nei confronti delle persone grasse si vedano per esempio: A. Brewis, A. Wutich, A. Falletta-Cowden, I. Rodriguez-Soto, *Body norms and fat stigma in global perspective*, in *Current Anthropology*, 2011; 52, pp. 269 ss.; T. de Saint Pol, *Corps et appartenance sociale: la corpulence en Europe*, 2006, [www.insee.fr](http://www.insee.fr) (consultato il 20 dicembre 2020); L. Mazzagatti, *Normatività corporea e obesità. Modelli ideali, obiettivi reali e vissuti quotidiani*, in *Studi culturali*, 2015, pp. 61 e ss.; M. Niola, *Umiliati e obesi*, in *Archivio antropologico mediterraneo*, 2018; 20, <http://journals.openedition.org/aam/286>, (consultato il 2 dicembre 2020); A. Prohaska, J.A. Gailey, *Theorizing fat oppression: intersectional approaches and methodological innovations*, in *Fat Studies. An interdisciplinary journal of body, weight and society*, 2018, October.



i fattori che concorrono da un lato alla definizione dei parametri del corpo sano e bello e dall'altro lato all'adozione degli stili di vita, si può pensare di intraprendere delle scelte politiche efficaci per ridurre il numero di persone che versano in uno stato di cattiva salute. È, infatti, la cattiva salute delle persone a dover essere contrastata, indipendentemente dal loro peso corporeo.

Non bisogna, poi, dimenticare che il peso del corpo non dipende solo ed esclusivamente dalle cattive condotte alimentari delle persone. Da un lato ormai i dati scientifici hanno dimostrato che vi è una predisposizione genetica all'obesità, dall'altro lato i fattori socio-culturali, ambientali ed economici non possono essere trascurati. Nonostante, ciò, però, i meccanismi di esclusione sociale e di criminalizzazione delle persone grasse, si alimentano proprio grazie al paradigma della colpa: sei grasso perché mangi male e non fai attività fisica, sei grasso perché ti comporti in modo scorretto, sei grasso perché sei una cattiva persona!

A ciò si aggiunge il fatto che, spesso, le persone grasse – e ancor più le persone obese o i grandi obesi – appartengono alle classi economiche più basse nella scala sociale e partono, quindi, già svantaggiate sotto il profilo economico e anche sotto il profilo dell'accesso alle opportunità migliori. Questo è un dato che contribuisce a determinare una doppia emarginazione sociale: sei povero e sei grasso. E poco importa se le due condizioni sono sì legate, ma a causa delle discriminazioni sociali che le persone sono costrette a subire.

Certamente, l'insoddisfazione per il proprio corpo diventa tanto più forte quanto più elevati sono i requisiti di bellezza, giovinezza, fascino, snellezza, benessere che i media veicolano, ma diventa tanto più forte anche in relazione ai concetti di salute e di performance che la medicina e la politica veicolano. Se il corpo magro, snello, performante diventa non solo un imperativo estetico, ma un imperativo morale, se il fatto di avere un corpo grasso viene collegato solamente alle cattive abitudini alimentari di chi lo possiede, allora difficilmente si potrà prevenire la morbilità delle persone obese, ma si limiteranno solamente il loro diritto all'accesso alle cure e al loro benessere psico-fisico.

La fissazione di criteri per definire chi è obeso e chi non lo è, senza una chiara spiegazione di come siano stati fissati e sul loro reale significato medico, può, inoltre, contribuire a spostare l'accento dalla necessità di adottare degli stili di vita utili per la propria salute, all'esaltazione dei corpi magri, generando, conseguentemente, comportamenti alimentari dannosi, fatti di diete sbilanciate, volte all'ottenimento non di un corpo sano, ma di un corpo conforme agli ideali sociali.

Ritengo che studiare i processi di stigmatizzazione delle persone grasse, porti a interrogarci sul modello di Stato che desideriamo. Soprattutto oggi, in periodo di pandemia, credo sia utile e necessario interrogarci sull'idea di quale sia il confine dell'azione pubblica e quali siano i margini dell'autonomia privata.

Dobbiamo interrogarci quanto il paternalismo degli Stati, che fissa gli ideali di salute e che indica gli stili di vita che tutti noi dobbiamo adottare, sia coerente con i principi di libertà e autonomia espressi dalle Carte costituzionali.

Quanto può, legittimamente, chiederci uno Stato? Quali margini di libertà abbiamo noi cittadini per resistere alle richieste che i governi ci rivolgono? Fino a che punto la tutela dell'interesse della salute collettiva può spingersi nella limitazione delle libertà personali?

Anche se si è favorevoli agli interventi dei governi volti a limitare le libertà individuali per il perseguimento di un superiore interesse collettivo, è necessario per non dire doveroso, porsi i precedenti interrogativi. Certamente è impossibile dare una risposta che valga per ogni situazione e in ogni realtà sociale, ma ragionare sui limiti dell'intervento politico degli Stati è necessario per essere consapevoli dei rischi che si corrono non solo per quanto riguarda la tutela dei diritti di libertà e autonomia individuali, ma anche per quanto riguarda la garanzia degli altri diritti ugualmente fondamentali come il diritto alla salute e il diritto a non subire discriminazioni sulla base delle proprie caratteristiche fisiche e corporee.

Giacomo Viggiani\*

## Il letto di Procuste. Appunti per una grammatica della discriminazione

### Sommario

1. Introduzione – 2. Saper discriminare – 3. Dalla scelta del parametro... – 4. ...a quella del fine – 5. La “cattiva” discriminazione – 6. Variazioni sul tema – 7. Conclusioni.

### Abstract

A fronte di un numero sterminato di articoli e saggi che hanno dissezionato il principio di uguaglianza e le sue innumerevoli declinazioni, meno attenzione è stata dedicata all’idea di discriminazione. In questo contributo si intende indagare i significati e le funzioni che il concetto di discriminazione può assumere nel contesto filosofico-giuridico. Dopo aver sgombrato il campo dai fraintendimenti che generalmente ne accompagnano la formulazione e l’interpretazione, si proporranno alcune prime riflessioni in materia al fine di gettare le basi per una futura grammatica della discriminazione.

*While an endless number of articles and essays analysed the principle of equality and its countless variations, less attention was paid to the idea of discrimination. In this contribution we intend to investigate the meanings and functions that the concept of discrimination can assume in the legal philosophy. After clearing the field of the misunderstandings that generally accompany its formulation and interpretation, some initial reflections on the subject will be proposed in order to lay the foundations for a future grammar of discrimination.*

### 1. Introduzione

Chiunque abbia avuto modo di leggere Apollodoro, Diodoro Siculo, o Plutarco<sup>1</sup>, sa che nella mitologia greca c’era un famigerato giaciglio: il letto di Procuste. Quest’ultimo, o più precisamente “Procruste” (lett. lo stiratore), se si segue fedelmente la traslitterazione dal greco *Prokrústes*, era il soprannome di un leggendario brigante greco di nome Damaste (o, secondo una tradizione alternativa, Polipemone), che attirava nella sua capanna, prospettando un riparo per la notte, gli sventurati viandanti che percorrevano la strada tra Atene e Megara. Procuste aveva una fisima: pretendeva che la statura dei pellegrini si adattasse perfettamente al letto che metteva a disposizione. Se questo non avveniva, come era di frequente, provvedeva ad amputare loro i piedi o a sottoporli a una vigorosa trazione a seconda dei casi. Una lucida prefigurazione di quell’uomo ridotto a una sola dimensione, che trova la sua più suggestiva rielaborazione nell’opera del poeta polacco Zbigniew Herbert, il quale riassume Procuste sotto le mentite

\* Ricercatore di Filosofia del Diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Brescia. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

1 Apollodoro, *Biblioteca*, III, 16.2; Diodoro Siculo, *Libreria Historica*, IV, 59.5; Plutarco, *Vita di Teseo*, 11a.

spoglie di un medico eugenetista con simpatie lombrosiane<sup>2</sup>. Procuste fu alla fine ucciso dall'eroe Teseo che, per contrappasso, gli fece patire la stessa sorte.

Da allora il "letto di Procuste" è entrato nell'immaginario comune per indicare quello stato di profonda angoscia conseguente a un adattamento forzato e snaturante a un contesto. Del mito si è appropriata anche la psicologia, che con "sindrome di Procuste" descrive il disprezzo che il soggetto avverte per coloro che hanno maggiori capacità e talento e che cerca di sabotare o danneggiare nel tentativo di abbassare al proprio livello. Dal punto di vista politico-giuridico, non è vi però dubbio che il metro procusteano rappresenti un'allegoria della più odiosa ingiustizia, perché viola patentemente il principio ciceroniano<sup>3</sup> e giustiniano<sup>4</sup> dell'*unicuique suum*: non solo il leggendario grassatore pretendeva di "ospitare" tutti i viandanti in un letto *one size*, ma, non riuscendoci, li adattava coattivamente a esso.

Se dovessimo però spiegare perché il brigante greco risulta ingiusto, si dovrebbe concludere che è perché non discrimina a sufficienza tra i diversi esempi di pellegrini che incontra. Un'affermazione che stride col sentire comune, il quale associa, ormai di consueto, il concetto di discriminazione a qualsiasi disparità di trattamento operata fra persone, cose, casi o finanche situazioni. È questo il risultato del progressivo affermarsi sul piano politico non tanto della uguaglianza, quanto di una sua retorica, che, per citare Mathieu<sup>5</sup>, ne ha fatto sempre più un'idea-forza a scapito di un'idea-chiara. La discriminazione, in questo quadro, ha così assunto le vesti della nemesi dell'uguaglianza e dunque un'accezione assolutamente negativa. Come invece opinava lo Stagirita nel IV sec. a.C., «si pensa che il giusto sia l'uguaglianza, e lo è, ma non per tutti, bensì per gli uguali»<sup>6</sup>. Se così non fosse, Procuste sarebbe l'eroe della storia anziché l'antagonista di Teseo. È la parità di trattamento, se non si è uguali, a essere procusteano e dunque ingiusta. Giusto, in questo caso, è chi discrimina.

Quello di discriminazione è dunque un concetto più spesso e profondo di quello che talvolta si pensa e che vale la pena analizzare al netto di quelle sfaccettature di significato che, siccome emotivamente più accese, hanno finito per imporsi come le più gettonate. La storia della parola, per esempio, ci dice che la discriminazione è, prima di tutto, la messa in pratica del discernimento, da intendersi come la capacità di valutare e distinguere fra le parti semplici in cui viene scisso il complesso. Difatti, il termine discende dal latino tardo *discriminatio*, a sua volta da *discrimen*, derivato di *discernere*. Quest'ultimo, poi, è composto da *dis-* (separare) e *cernere* (scegliere). Il fatto di discriminare o di essere discriminato è dunque, in estrema analisi, sì una differenziazione, ma non necessariamente una diversificazione iniqua.

Ciononostante, a fronte di un numero sterminato di articoli e saggi che hanno dissezionato il principio di uguaglianza e le sue innumerevoli declinazioni<sup>7</sup>, fino addirittura a proporle l'abrogazione<sup>8</sup>, meno attenzione è stata dedicata all'idea di discriminazione. In questo contributo si intende indagare i significati e le funzioni che il concetto di discriminazione può assumere nel contesto filosofico-giuridico. Dopo aver sgombrato il campo dai fraintendimenti che generalmente ne accompagnano la formulazione e l'interpretazione, si proporranno alcune prime riflessioni in materia al fine di gettare le basi per una futura grammatica della discriminazione.

2 Il componimento si intitola *Damastes z przydomkiem Prokustes mówi* (lett. Damaste, noto anche come Procuste, si racconta) ed è contenuto nella raccolta *Raport z obleżonego Miasta i inne wiersze* (1983), pubblicata nello stesso anno in Italia da Adelphi col titolo *Rapporto dalla città assediata*.

3 «Iustitia [...] suum cuique distribuit» (Cicerone, *De natura deorum*, III, 15).

4 «Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens» (*Institutiones*, I, I, 1).

5 V. Mathieu, *L'eguaglianza giuridica*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1, 1977, pp. 18-26.

6 Aristotele, *Politica*, trad. it. a cura di R. Laurenti, III, 9, 1280a.

7 *Ex multis*: R. Guastini, *La grammatica di 'eguaglianza'*, in *Lavoro e Diritto*, 6, 2, 1992, pp. 205-210. A. Pizzorusso, *Che cos'è l'eguaglianza?*, Editori Riuniti, Roma, 1994; N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, Torino, 1995; A. Schiavello, *Principio di uguaglianza: breve analisi a livello concettuale e filosofico-politico*, in *Ragion Pratica*, 14, 2000, pp. 65-80; R. Dworkin, *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, Feltrinelli, Milano, 2002; P. Ferragamo, *Le formule dell'uguaglianza: da Kelsen a Nagel*, Giappichelli, Torino, 2004; T. Mazzarese, *Eguaglianza, differenze e tutela dei diritti fondamentali*, in *Ragion Pratica*, 2, 2006, pp. 399-420; G. Zanetti, *Uguaglianza come prassi*, Il Mulino, Bologna, 2015; N. Riva, *Egalitarismi. Concezioni contemporanee della giustizia*, Giappichelli, Torino, 2016; L. Ferrajoli, *Manifesto per l'uguaglianza*, Laterza, Bari, 2018; F. Mastromartino (a cura di), *Teoria e pratica dell'eguaglianza. Percorsi di analisi critica*, L'Asino d'Oro, Roma, 2018.

8 P. Westen, *The Empty Idea of Equality*, in *Harvard Law Review*, 95, 3, 1982, pp. 537-96.

## 2. Saper discriminare

Si è appena detto che il letto di Procuste appare ingiusto, perché non rispetta la massima *suum cuique tribuere*, che sta alla base della c.d. giustizia distributiva, e che consiste – aristotelicamente – nel dovere di trattare gli uguali in modo uguale e i diversi in modo diverso. In altre parole, se un'entità A sta rispetto a un'altra B nella proporzione di 2 a 1, una giusta distribuzione farà sì che anche le cose distribuite siano nella stessa proporzione<sup>9</sup>. A dispetto dell'apparente semplicità di questa definizione, la sua applicazione non è per nulla immediata<sup>10</sup>. Anzi, come scriveva Norberto Bobbio, è niente più che un contenitore «generico e vuoto che, se non è specificato o riempito, non significa nulla»<sup>11</sup>.

Per illustrare il punto in modo più chiaro possiamo didascalicamente distinguere tra due accezioni di uguaglianza, l'una forte e l'altra debole.

Nella versione forte, l'uguaglianza è una relazione di equivalenza, ossia riflessiva ( $A = A$ ), simmetrica (se  $A = B$  allora  $B = A$ ), nonché transitiva (se  $A = B$  e  $B = C$ , allora  $A = C$ ). È, in altre parole, sinonimo di identità: due entità A e B sono uguali (*rectius*: identiche) perché condividono gli stessi predicati (o proprietà), tanto da essere indiscernibili<sup>12</sup>, come le qualificava Leibniz<sup>13</sup>. Sempre quest'ultimo, però, la relegava a quelle che definiva successivamente come verità di ragione. E in effetti si tratta di un modello residuale di uguaglianza, nella misura in cui si realizza soltanto nei sistemi formalizzati delle scienze matematiche e, specificamente, in quella relazione binaria rappresentata con il simbolo “=”.

Nella versione debole, l'uguaglianza, per continuare con il linguaggio leibniziano, è una verità di fatto, cioè si basa non sul principio di identità e non contraddizione, quanto piuttosto su quello di ragion sufficiente. Questo significa che nessun rapporto di uguaglianza è stabilito senza che sia possibile, a colui che conosce sufficientemente le cose, dare una ragione del perché è così e non altrimenti. Tale ragione, tuttavia, non è una causa necessitante, quanto un principio di concatenazione, per il quale due entità A e B sono sì uguali, senza però formare una catena necessaria<sup>14</sup>. In questa declinazione, l'uguaglianza, che chiameremo d'ora in poi *normativa* per distinguerla dalla *matematica*, è ancora una relazione simmetrica, ma non è più riflessiva né transitiva<sup>15</sup>. Vi sono però due ulteriori elementi che valgono a differenziare l'uguaglianza normativa da quella matematica.

- 
- 9 Se ne trova un classico esempio nell'episodio biblico della manna, ove i figli di Israele ne raccolsero in proporzione delle proprie necessità: «E, evaporato lo strato di rugiada, apparì sulla superficie del deserto qualcosa di minuto, di granuloso, fine come brina gelata in terra. A tal vista i figli d'Israele si chiesero l'un l'altro: «Che cos'è questo?» perché non sapevano che cosa fosse. E Mosè disse loro: «Questo è il pane che il Signore vi ha dato per cibo. Ecco ciò che ha prescritto in proposito il Signore: ne raccolga ognuno secondo le proprie necessità, un omer a testa, altrettanto ciascuno secondo il numero delle persone coabitanti nella tenda stessa così ne prenderete». Così fecero i figli di Israele e ne raccolsero chi più chi meno. Misurarono poi il recipiente del contenuto di un omer; ora colui che ne aveva molto non ne ebbe in superfluo e colui che ne aveva raccolto in quantità minima non ne ebbe in penuria; ciascuno insomma aveva raccolto in proporzione delle proprie necessità» (*Esodo*, 16.14-18).
- 10 Se trattare gli uguali in modo uguale e viceversa incontra un largo consenso unanime, spiegare come si misura l'uguaglianza/differenza è tutt'altro discorso. In verità, anche il consenso è più sul principio di uguaglianza come valore in sé che sulle sue declinazioni. Per una riflessione sul punto, si vedano G. Tarello, *Su "uguaglianza"*, in S. Castignone (a cura di), *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 1989, pp. 351-355; A. Sen, *Inequality Reexamined*, Oxford University Press, Oxford, 1992.
- 11 N. Bobbio, *Eguaglianza e egualitarismo*, in AA.VV., *Eguaglianza e egualitarismo*, Armando Editore, Roma, 1978, p. 14. In senso adesivo, si vedano anche P. Wester, *The Empty Idea of Equality*, cit., p. 547, che definisce l'idea di uguaglianza un «empty vessel», e H. Kelsen, *Che cos'è la giustizia?*, in Idem, *Democrazia e cultura*, Il Mulino, Bologna, 1955, p. 155, che parla di un principio «troppo vuoto», e A. Ross, *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 1990, p. 272, il quale dubita che sia «un vero principio».
- 12 Non è infatti possibile che si diano due entità individuali distinte, ma identiche in tutti gli aspetti. Per un approfondimento, si rimanda a F. Martinello, *L'identità degli indiscernibili: un punto sulla situazione*, in *Rivista di filosofia*, 3, 2005, pp. 457-482; *L'identità degli indiscernibili in Leibniz*, Albo Versorio, Milano, 2006.
- 13 Per una disamina del pensiero leibniziano in una prospettiva politico-giuridica, si rimanda a C.M. De Iuliis, *Leibniz e la scienza giuridica tra topica e dogmatica*, in *Europa e diritto privato*, 3, 2010, pp. 711-748; P.P. Portinaro, *Leibniz, la logica e la giurisprudenza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2016, pp. 239-252.
- 14 Come scrive P. Comanducci, *'Uguaglianza': una proposta neo-illuminista*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto*, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 85-96, e in particolare p. 89, si tratta di «una relazione comparativa tra due o più soggetti od oggetti, che possiedono almeno una caratteristica rilevante in comune».
- 15 Non solo  $A \neq A$ , ma non è neanche detto che se  $A = B$  e  $B = C$ , allora  $A = C$ . Potrebbe accadere, per esempio, che A abbia una caratteristica in comune con B e quest'ultima con C, ma potrebbero essere due caratteristiche diverse. Mentre dunque quando si dice, in matematica, che due enti sono uguali si intende che sono identici, nel campo giuridico l'espressione sta a indicare solamente che presentano uno o più elementi coincidenti. Come spiega anche Giovanni Tarello, «dire 'uguaglianza'





### 3. Dalla scelta del parametro...

Se il metro di misura dell'uguaglianza non ha un contenuto specifico, ma viene riempito di significato dall'interprete, essa sarà sempre il frutto di decisioni soggettive e quindi discrezionali. Come scrive Gianfrancesco Zanetti,

l'uguaglianza, in questo senso, è in primo luogo una pratica (non una proprietà degli enti): si "prende posizione" nel mondo affermando normativamente che una data differenza non conta, o non dovrebbe contare<sup>21</sup>.

La discrezionalità non deve però essere confusa con la vera e propria arbitrarietà. Se la selezione del parametro fosse non discrezionale, ma arbitraria – cioè incontrollata e incontrollabile – ogni predicato sarebbe commensurabile con un altro e tanto varrebbe scegliere, per esempio, l'altezza, come Erodoto racconta facessero gli antichi etiopi per eleggere il proprio monarca<sup>22</sup>.

Ed è proprio nella differenza tra un parametro arbitrario e uno discrezionale che ancora una volta la discriminazione, come la capacità di saper distinguere e argomentare, dispiega tutta la sua importanza. Ciò che distingue il primo dal secondo è infatti la pertinenza del parametro scelto nel contesto o universo di discorso al cui interno il giudizio di eguaglianza viene espresso<sup>23</sup>. Come insegna lo Stagirita, «tra auleti uguali nell'arte non si devono dare auli superiori a quanti sono più nobili di nascita (perché con ciò non suoneranno affatto meglio) ma a chi eccelle nell'arte bisogna dare anche eccellenza di strumenti»<sup>24</sup>. Altrimenti bisognerebbe che la maggiore nobiltà concorresse all'abilità nell'*aulòs*, ma il punto è proprio che non vi contribuisce affatto.

Vi è forse un solo caso in cui il parametro rilevante è, per così dire, irrilevante e cioè quando non è possibile conoscere la situazione specifica delle due entità confrontate. Si immagini di essere un docente e di assegnare un lavoro di gruppo a tre dei propri studenti. Come talvolta accade, il contributo di uno dei tre sarà maggiore rispetto agli altri due nel determinare il risultato finale. Ora, il principio dell'*unicuique suum* vorrebbe che io assegnassi un voto diversificato a seconda della dedizione di ogni componente del gruppo. E tuttavia accadrà che, come docente, avrò davanti solo il lavoro prodotto dal gruppo nel suo insieme e non la proporzione dell'impegno profuso. Non mi resterà, pertanto, che dare a tutti e tre lo stesso voto per minimizzare il rischio di commettere una ancora più grave ingiustizia.

### 4. ... a quella del fine

Si è detto poc' anzi che distribuire l'*aulòs* in base alla nobiltà dei destinatari è arbitrario, mentre in funzione dell'abilità è discrezionale, e che quest'ultima è controllabile secondo la pertinenza al contesto in cui avviene la distribuzione. Il contesto, e, di conseguenza, la pertinenza a esso ha tuttavia dei confini sfumati, perché dipende a sua volta dal fine della distribuzione<sup>25</sup>. Per proseguire con l'esempio musicale, si immagini, come fa Sen<sup>26</sup>, di dover dirimere una controversia in cui tre litiganti si contendono un flauto, argomentando come di seguente:

- Il soggetto n. 1 sostiene di essere l'unico a saperlo suonare;
- Il soggetto n. 2 afferma di essere l'unico a non possedere altri strumenti;
- Il soggetto n. 3 dichiara di esserne il proprietario, perché lo ha costruito.

Assumendo come vere le tre affermazioni, è evidente che la soluzione della diatriba dovrà dipendere, almeno in parte, dal fine che l'interprete intende perseguire con la distribuzione e, in ultima analisi,

21 G. Zanetti, *Uguaglianza come prassi*, cit., p. 43.

22 Erodoto, *Historiae*, III, 20.

23 In senso adesivo, si veda L. Gianformaggio, *Eguaglianza e differenza: sono veramente incompatibili?*, in Idem, *Eguaglianza, donne e diritto*, a cura di A. Facchi, C. Faralli, T. Pitch, Bologna, Il Mulino, pp. 33-61, e in particolare p. 37.

24 Aristotele, *Politica*, III, 12, 1282b.

25 A questo proposito M. Ainis, *La piccola eguaglianza*, Einaudi, Torino, 2015, p. 17, ha definito l'uguaglianza come «un gioco di scatole cinesi».

26 T. Nagel, *L'idea di giustizia*, Mondadori, Milano, 2010, pp. 28-31.

dal suo posizionamento assiologico. Tutte e tre le caratteristiche invocate (abilità, povertà, proprietà) sono infatti parametri potenzialmente pertinenti per differenziare una persona dall'altra, ma il soggetto n. 1 attirerà le simpatie dell'utilitarista, il n. 2 dell'egualitarista e il n. 3 del liberalista. Ciò significa che sarebbe astrattamente possibile, come storicamente di fatto è avvenuto, introdurre leggi segregazioniste, senza per questo trattare casi uguali in modo diverso. È quanto avvenuto nel noto caso *Plessy v. Ferguson* 163 U.S. 537 (1896), in cui la Corte Suprema statunitense riconobbe che il principio di uguaglianza veniva rispettato nel momento in cui si garantiva a bianchi e neri lo stesso trattamento, seppur in strutture rigorosamente separate (c.d. *separate-but-equal policy*)<sup>27</sup>. La discussione qui insomma si deve spostare dal piano dell'uguaglianza in senso stretto a quello della ragionevolezza<sup>28</sup>, con tutto ciò che ne concerne in materia di specificità esistenziale del vissuto di discriminazione<sup>29</sup>.

## 5. La “cattiva” discriminazione

Fin qui si è descritta una discriminazione, per così dire, “buona”, cioè necessaria al corretto instaurarsi di un qualsiasi giudizio di uguaglianza. Esiste però certamente anche quella che, per parallelismo, possiamo definire “cattiva” discriminazione, che invece invalida questo stesso giudizio. Essa può assumere varie forme.

La prima e più semplice forma è sicuramente quella che metteva in atto Procuste, che a una diversità descrittiva – i viandanti erano tutti di statura differente – associava un'uguaglianza prescrittiva – il letto *one size*; o che denunciava la profemminista Olympe de Gouges, quando scriveva, nella *Dichiarazione dei Diritti della Donna* (1791), che se la donna può essere fatta salire sul patibolo come l'uomo, deve allora poter salire anche in tribuna con lui, perché entrambi presuppongo la capacità di agire<sup>30</sup>. In questo ultimo caso, vi è “cattiva” discriminazione perché a un'uguaglianza descrittiva viene fatta seguire una diversità prescrittiva.

Una seconda forma più subdola è la modifica surrettizia del contesto del giudizio di uguaglianza/differenza e dei suoi elementi costitutivi. Si tratta di un artificio che ricorre, per esempio, in una pronuncia pregiudiziale resa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea a un giudice inglese alla fine degli anni '90. Nella specie la Corte doveva stabilire se la discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale rientrasse o meno nell'ambito del concetto di *sex discrimination* ai sensi della Direttiva 76/207/CEE<sup>31</sup>. La causa principale, da cui aveva avuto poi impulso la procedura di rinvio pregiudiziale, era sta-

27 Tuttavia, in un caso successivo (*Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)), la Corte dichiarò tale *policy* contraria alla Costituzione, poiché la segregazione, seppur applicata allo stesso modo a bianchi e neri, aveva effetti diseguali sui due gruppi. In una vicenda ancora successiva (*Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967)), i giudici riconobbero che il fine delle politiche segregazioniste era di per se stesso illegittimo, perché funzionale ad alimentare suprematismo bianco. Per un approfondimento, si vedano G. Zanetti, K. Thomas (a cura di), *Legge, razza e diritti. La Critical Race Theory negli Stati Uniti*, Diabasis, Reggio Emilia, 2005; T. Casadei, L. Re (a cura di), *Differenza razziale, discriminazione e razzismo nelle società multiculturali*, Diabasis, Reggio Emilia 2007; G. Zanetti, *Critical Race Theory: temi e problemi degli studi critici sulla “razza”*, in O. Giolo, M.G. Bernardini (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pacini, Pisa, pp. 35-49.

28 Sul concetto di ragionevolezza, con specifica attenzione al diritto costituzionale, si vedano A. Vacca, *La ragionevolezza quale criterio decisorio nel giudizio di costituzionalità*, in *Rivista di diritto processuale*, 74, 2, 2019, pp. 416-429; G. Perlingieri, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte Costituzionale*, in *Rivista di diritto civile*, 64, 3, 2018, pp. 716-753; M. Stamile, *Ragionevolezza e giustizia costituzionale*, 49, 2, 2015, pp. 70-82; L. Pace, *La Corte costituzionale tra permanenza e superamento delle “meccaniche del giudizio di ragionevolezza”*, in *Giurisprudenza italiana*, 12, 2013, pp. 2471-2474; M. Barberis, *Eguaglianza, ragionevolezza e diritti*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 2013, pp. 191-204; G. Silvestri, *Uguaglianza, ragionevolezza e giustizia costituzionale*, in *Rassegna parlamentare*, 50, 3, 2008, pp. 573-598.

29 Per un approfondimento sull'equilibrio complesso tra eguaglianza formale e eguaglianza come assenza di discriminazioni irragionevoli nell'ottica della soggettivizzazione del giudizio di eguaglianza, si veda A. Schillaci, *Le storie degli altri. Strumenti giuridici del riconoscimento e diritti civili in Europa e negli Stati*, Jovene, 2018.

30 Sulla figura storica di Olympe de Gouges si rimanda a S. Mousset, *Olympe de Gouges e i diritti della donna*, Argo, Lecce, 2004.

31 *Grant v South-West Trains Ltd*, C-249/96, 17 febbraio 1998. Per una disamina della Direttiva citata e dei successivi sviluppi, nonché dei principali arresti giurisprudenziali in tema, si vedano *ex multis*: M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Feltrinelli, Milano, 1991; Id., *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 99-100, 2003, pp. 399-422; M. Bell, L. Waddington, *Diversi seppur eguali. Riflessioni sul diverso trattamento delle discriminazioni nella normativa europea in materia di eguaglianza*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, p. 99-100, 2003, pp. 373-399; O. Pollicino, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario* Giuffrè, Milano, 2005; D. Izzi, *Eguaglianza e differenze nel rapporto di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio*

ta occasionata un'impiegata omosessuale della South West Trains – Ms Grant – allorché la sua domanda di vedere concesse alcune agevolazioni di viaggio alla propria convivente era stata rigettata, nonostante fossero state concesse alla compagna dell'uomo che in precedenza aveva occupato la stessa posizione. L'azienda aveva motivato il diniego sulla base del fatto che la convivente di Ms Grant fosse del suo stesso sesso, mentre i destinatari delle suddette agevolazioni dovevano intendersi come le coppie eterosessuali.

Orbene, i giudici europei, dando di fatto ragione al convenuto, ritennero che non si fosse trattata di una discriminazione sulla base del sesso (vietata), bensì sull'orientamento sessuale (non vietata<sup>32</sup>). Ciò in ragione del fatto che un ipotetico Mr Grant, in una situazione analoga, sarebbe stato trattato allo stesso modo: come Ms Grant non aveva ricevuto i biglietti omaggio per la sua compagna, così un ipotetico Mr Grant non li avrebbe ricevuti per il suo compagno. In altre parole, la Corte mette a confronto due persone omosessuali di sesso diverso, giungendo alla conclusione che patirebbero un *equal misery*<sup>33</sup>.

Premesso che resta ovviamente opinabile che l'orientamento sessuale sia un parametro convincente per differenziare il trattamento riservato ai dipendenti in materia di agevolazioni di viaggio, ciò che qui più rileva è che Mr Grant non si trova, nel raffronto allestito dalla Corte, in una situazione analoga a Ms Grant. È stato infatti alterato un elemento chiave del contesto: il sesso del convivente. Come si è già detto, Ms Grant si era lamentata di essere stata trattata diversamente rispetto al suo predecessore, un uomo eterosessuale convivente con una donna. Anziché compararla a lui, la Corte la mette a confronto di Mr Grant, a cui però si associa un compagno. Il giudizio di eguaglianza/differenza risulta così capzioso. Se, al contrario, manteniamo il contesto invariato – e dunque Mr Grant è anch'esso accompagnato a una donna – la discriminazione sulla base del sesso appare *ictu oculi*: se a Mr Grant è permesso ricevere delle agevolazioni per la compagna, mentre a Ms Grant no, l'unica differenza tra i due, e quindi il fondamento della distinzione è, evidentemente, il loro sesso<sup>34</sup>.

Una terza forma di "cattiva discriminazione" è quella che denunciava Carla Lonzi quando scriveva che «la donna non va definita in rapporto all'uomo»<sup>35</sup>, descrivendo poi l'impostazione teorica dell'eguaglianza tra i sessi come il «mondo della sopraffazione legalizzata, dell'unidimensionale»<sup>36</sup>. Ora, si è detto fin qui che l'eguaglianza non può che avere natura comparativa, poiché presuppone il confronto tra almeno due entità A e B con riferimento a uno standard comune esterno C che specifichi la caratteristica rispetto alla quale viene valutata l'eguaglianza (o la differenza) tra le due. Dunque, diciamo che A è uguale a B, se A e B stanno a C nello stesso modo<sup>37</sup>.

Accade però talvolta che lo standard comune C non sia effettivamente terzo rispetto ad A e B, ma coincida con uno dei due. Posto in maniera più schematica, si afferma che A è uguale a B, se A sta a B come B sta a se stessa. Impiego, insomma, un'entità come se fossero due, cioè la prendo due volte, la prima come uno dei termini di paragone, la seconda come parametro della comparazione. L'entità misurata e l'unità di misura vengono a sovrapporsi e la relazione comparativa si riduce a una misurazione

*tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, Napoli, 2005; L. Giacomelli, *Ripensare l'eguaglianza. Effetti collaterali della tutela antidiscriminatoria*, Giappichelli, Torino, 2018. Si vedano anche F. Poggi, *Diversi per diritto. Le diseguaglianze formali di genere e le loro giustificazioni nel diritto italiano vigente*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 15, 2, 2015, pp. 9-36; G. Sorrenti, *Differenziare in modo irragionevole e discriminare (in base al sesso): la "distinzione" mancata*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 1, 2020, pp. 161-172.

32 Diversamente da oggi, dove invece l'orientamento sessuale è ricompreso nell'ambito di applicazione e tutela della Direttiva 2000/78/CE. Per un approfondimento, si vedano M. Bonini Baraldi, *La discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale nell'impiego e nell'occupazione: esempi concreti ed aspetti problematici alla luce delle nuove norme comunitarie*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 14, 4, 2004, pp. 775-804; L. Calafà, *Le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale*, M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 171-220; F. Fabeni, M.G., Toniollo, *Discriminazione sul lavoro e orientamento sessuale. La nuova disciplina di legge per la protezione dei diritti delle persone omosessuali*, Ediesse, Milano, 2005; G. Viggiani, *Orientamento sessuale e discriminazione sul luogo di lavoro. Un resoconto sull'utilizzo del D.lgs. 216/2003 in sede giudiziale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XLVII, 1, 2017, pp. 45-66.

33 C. Denys, *Homosexuality: a Non-issue in Community Law?*, in *European Law Review*, 24, 1999, pp. 419-435, in particolare, p. 422.

34 L'orientamento sessuale appare un elemento secondario, seppur consequenziale (se Ms Grant convive con una donna sarà omosessuale).

35 C. Lonzi, *Manifesto di Rivolta Femminile*, in Idem, *Sputiamo su Hegel*, Milano, 2010, pp. 53-59, e in particolare p. 55.

36 C. Lonzi, *Manifesto di Rivolta Femminile*, cit., p. 15.

37 Esemplicando ulteriormente, possiamo immaginare di dover valutare se due soggetti sono sovrappeso e che, per non essere così qualificati, la bilancia deve rendere un peso inferiore agli 80 kg. Ipotizziamo adesso che il primo soggetto pesi 70 kg e il secondo 75 kg. Ebbene, diremmo che entrambi non sono sovrappeso e che quindi, rispetto a questo parametro, sono uguali. A onor del vero, si potrebbe obiettare che tra i due c'è comunque una differenza, seppur entrambi al di sotto del parametro. Ciò dipende se si intendono le qualità differenzianti *per gradum* o *per saltum*. Su questo, si veda più ampiamente G. Zanetti, *Uguaglianza come prassi*, cit., pp. 11-19.



della conformità o meno al modello costituito, che nel nostro esempio, è rappresentato da B. Poiché la relazione di uguaglianza, in questa accezione, non descrive e non prescrive, ma piuttosto valuta, Letizia Gianformaggio la definisce “uguaglianza valutativa” (o *sameness*):

se B costituisce il modello, non può – esso – essere detto diverso, ma nemmeno uguale; essere uguale o essere diverso in questo modo acquista un senso assoluto e non relativo, ed una connotazione di valore – positiva per l’uguaglianza, negativa, cioè svalutativa, per la differenza<sup>38</sup>.

Essere uguali non vuol dire insomma altro che essere uguali a B e quindi, in via consequenziale, dover essere trattati come B. Da qui scaturisce la già menzionata denuncia di Carla Lonzi: l’uguaglianza tra i sessi non deve consistere nel trattare le donne *come se* fossero uomini, cioè assimilandole alla norma standard maschile. Inoltre, come evidenzia la stessa Gianformaggio, nell’uguaglianza valutativa essere diverso diventa una proprietà assoluta e non più relativa e comparativa: «“eguale” significa *degno*, mentre “diverso” significa *inferiore*»<sup>39</sup> rispetto un modello. Si tratta, in altre parole, di un’uguaglianza-inclusione e di una differenza-esclusione.

## 6. Variazioni sul tema

A valle dell’impianto teorico che si è testé tracciato, la discriminazione – quella “cattiva” – è stata qualificata con aggettivi diversi, soprattutto all’interno del diritto antidiscriminatorio di matrice giuslavorista<sup>40</sup>.

La prima di queste qualificazioni è quella che distingue la discriminazione *diretta* da quella *indiretta*. Sussiste una discriminazione diretta quando un lavoratore è trattato meno favorevolmente di quanto sia, sia stato o sarebbe trattato un altro in una situazione analoga sulla base di uno dei fattori protetti<sup>41</sup>. Sussiste, invece, una discriminazione indiretta quando una disposizione, una prassi o un comportamento apparentemente neutro in realtà possono mettere in una posizione di particolare svantaggio<sup>42</sup> categorie di lavoratori portatrici delle caratteristiche protette<sup>43</sup>. In entrambi i casi l’accertamento del trattamento deteriore, si fonda su un giudizio di comparazione tra il soggetto che si dichiara discriminato e un altro soggetto privo del tratto su cui si è sarebbe basata la disparità di trattamento.

38 L. Gianformaggio, *Eguaglianza e differenza: sono veramente incompatibili?*, cit., p. 41.

39 L. Gianformaggio, *Correggere le disuguaglianze, valorizzare le differenze: superamento o rafforzamento dell’uguaglianza*, in Idem, *Eguaglianza, donne e diritto*, a cura di A. Facchi, C. Faralli, T. Pitch, Il Mulino, Bologna, pp. 201-221. In senso adesivo, si veda anche T. Pitch, *Un diritto per due*, Il Saggiatore, Milano, 1998; *Tess e io*, in *Ragion Pratica*, 2, 2004, pp. 339-362. Per un contributo straniero in materia, si veda invece C.A. MacKinnon, *Difference and Dominance: on Sex Discrimination*, in Idem, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1987.

40 Per una panoramica articolata, si vedano M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Feltrinelli, Milano, 1991; M. Barbera e A. Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti strumenti interpreti*, Milano, Giappichelli, 2020; A. Lassandri, *Le discriminazioni nel lavoro*, Cedam, Milano, 2010; D. Izzi, *Eguaglianza e differenze nel rapporto di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, Napoli, 2005; M. Bell, L. Waddington, *Diversi seppur eguali. Riflessioni sul diverso trattamento delle discriminazioni nella normativa europea in materia di eguaglianza*, cit.; L. Calafà, D. Gottardi, *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, Roma, 2009; M. Ranieri, *Direttive antidiscriminatorie di seconda generazione e Corte di giustizia dell’Ue: alcune questioni problematiche*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 63, 1, 2012, pp. 165-210.

41 Di solito sesso/genere, razza, etnia, età, disabilità ed orientamento sessuale.

42 Con particolare svantaggio non si intende casi *particolarmente* gravi o evidenti, ma, al contrario, che sono le persone di un determinato gruppo *in particolare* che si trovano svantaggiate a causa della disposizione apparentemente neutra (Corte di Giustizia, C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, 16 luglio 2015, par. 109). Per un approfondimento, si veda C. McCrudden, *The new architecture of eu equality law after chez: did the court of justice reconceptualise direct and indirect discrimination*, *Queen’s University Belfast School of Law: Research Paper*, 10, 2016, pp. 1-17.

43 La normativa prevede altresì cause di esclusione, per la discriminazione diretta, e cause di giustificazione, per quella indiretta. Senza entrare nei dettagli, basti qui dire che «mentre le prime costituiscono deroghe (tendenzialmente tipiche), delimitazioni poste *ex ante*, all’operare del principio di non discriminazione, le giustificazioni (tendenzialmente atipiche) possono valutarsi solo *ex post*, nell’apprezzamento in concreto dell’atto o del comportamento che si sospetta integri una discriminazione indiretta» (M. Barbera, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in M. Barbera, A. Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria*, cit., pp. 5-84, e in particolare p. 59).

Una seconda qualificazione è quella che viene definita come discriminazione *per associazione*. È ritenuto infatti irrilevante che il soggetto discriminato sia realmente portatore del fattore protetto, essendo sufficiente che lo creda colui che brandisce la frusta della discriminazione<sup>44</sup>.

Una terza qualificazione è detta discriminazione *ipotetica/potenziale*, che è volta a designare l'astrazione dalla comparabilità con una vicenda concreta e una persona reale<sup>45</sup> tramite la *fictio* – appunto – di una discriminazione ipotetica e potenziale, fino a ad ammettere l'assenza di una vittima specifica della discriminazione, laddove, per esempio, le mere dichiarazioni di un datore di lavoro siano sufficienti a far presumere l'esistenza di una politica di assunzione discriminatoria<sup>46</sup>.

Infine, una quarta e ultima qualificazione è detta discriminazione *multipla*<sup>47</sup>, con cui però si indicano situazioni diverse. In una prima accezione la discriminazione occorre in relazione a due (o più) fattori tra quelli protetti, per cui sarà possibile dimostrare che la il trattamento sfavorevole è avvenuto per ognuno dei due separatamente, allo stesso tempo (c.d. discriminazione sequenziale) o in tempi diversi (c.d. discriminazione aggiuntiva). Si tratterà, quindi, semplicemente di valutare su quale dei fattori coinvolti conviene di più impostare l'azione giudiziale. In una seconda variante, la discriminazione *multipla* sta invece a indicare la discriminazione c.d. intersezionale. In tale variante, la discriminazione è il risultato della combinazione di due fattori discriminazione. La difficoltà, fino a ora non superata in modo soddisfacente dalla giurisprudenza, sta nel doppio parametro che regola il giudizio di uguaglianza e, dunque nell'individuare il corretto soggetto comparatore<sup>48</sup>.

## 7. Conclusioni

In chiusura di contributo, resta da spendere qualche parola su quella che viene definita discriminazione "alla rovescia" (o inversa). Con tale espressione si suole designare la disparità di trattamento, attuata tramite misure di diritto diseguale, contro i membri di un gruppo dominante o di maggioranza, a favore di membri di una minoranza o gruppo storicamente svantaggiato<sup>49</sup>.

- 44 Come chiarito dalla Corte di Giustizia nel procedimento C-303/06, *S. Coleman c. Attridge Law, Steve Law*, 17 luglio 2008. Per un commento al caso Coleman, si veda L. Calafà, *Disabilità, discriminazione e molestia "associata": il caso Coleman e l'estensione elastica del campo di applicazione della Direttiva 2000/78*, in *D&L - Rivista critica di diritto del lavoro*, 4, 2008, p. 1168 ss. Per una controversia simile in territorio italiano, si veda invece V. Protopapa, *La discriminazione per associazione e le conseguenze del comportamento discriminatorio*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 63, 3, 2012, pp. 555-565.
- 45 Fino a considerare lo stesso soggetto sia come vittima che come termine di paragone. È quanto avvenuto in *P v. S and Cornwall County Council*, C-13/94, 30 aprile 1996, in un caso relativo al licenziamento di una persona transessuale poi ricondotto a una discriminazione sulla base del sesso. Esso non va tuttavia scambiato per una forma di uguaglianza valutativa, poiché un termine di paragone viene sì usato due volte, ma non come unità misura del giudizio di uguaglianza.
- 46 Si tratta del cosiddetto "svantaggio da scoraggiamento". La Corte di Giustizia ha affrontato la tematica in tre vicende topiche: *Feryn* (C 54/07, 10 luglio 2008), *FC Steaua Bucarest* (C- 81/82, 25 aprile 2013) e *Taormina* (C-507/18, 23 aprile 2020). Per un commento e un approfondimento, si rimanda a D. Izzi, *Discriminazione razziale e accesso al lavoro: il caso Feryn. Il divieto di discriminazioni razziali preso sul serio*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 59, 4, 2008, pp. 765 ss.; L. Fabiano, *Le parole come pietre nel diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, X, 4, 2008, pp. 2054 ss.; F. Savino, *Discriminazione razziale e criteri di selezione del personale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 28, 1, 2009, pp. 243 ss.; L. Calafà, *Dichiarazioni omofobiche nel calcio: il caso FC Steaua Bucarest e la discriminazione per orientamento sessuale alla Corte di Giustizia*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 33, 1, 2014, pp. 133 ss.; F. Rizzi, *Soffia il vento del cambiamento: sapremo costruire i mulini?*, in questa *Rivista*, 3, 2, 2016, p. 212 ss.; L. Tomasi, *L'unico caso italiano di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale in materia di lavoro? Nota a Tribunale di Bergamo, 6 agosto 2014 – Corte d'appello di Brescia*, in questa *Rivista*, 2, 1, 2015, pp. 221 ss.
- 47 Per un approfondimento, si vedano M. Militello, D. Strazzari, *I fattori discriminazione*, in M. Barbera e A. Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti strumenti interpreti*, cit., pp. 85-164, e in particolare pp. 156-160; S. Burri, D. Schiek, (a cura di), *Multiple discrimination in EU Law – Opportunities for Legal Responses to Intersectional Gender Discrimination?*, European Commission, Bruxelles, 2009; D. Schiek, A. Lawson (a cura di), *EU Non-discrimination Law and Intersectionality*, Ashgate, Farnham, 2011; S. Fredman, *Double Trouble: Multiple Discrimination and EU Law*, in *European Anti-Discrimination Law Review*, 2, 2005, pp. 13-21; S. Vasiljević, *Intersectional Discrimination: Difficulties in the Implementation of a European Norm*, in E. Prügl, M. Thiel, *Diversity in the European Union*, Palgrave Macmillan, New York, 2009, pp. 169-182.
- 48 È questa, in parte, la conseguenza dell'impostazione del paradigma antidiscriminatorio di matrice eurounitaria, architettato su alcuni fattori esplicitamente nominati, anziché su un più generale divieto di disparità di trattamento irragionevole.
- 49 In dottrina sono più note col nome di "azioni positive". Per un approfondimento, si vedano F. Spitalieri, *Le discriminazioni alla rovescia nella recente giurisprudenza comunitaria: rimedi insufficienti o esorbitanti?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 4, 2007, pp. 917-939; M. Ainis, *Cinque regole per le azioni positive*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 1999, pp. 359-372; M. Barbera, *Discriminazioni*

La questione si inserisce nel punto di intersezione tra due diversi modi di concepire l'uguaglianza di opportunità. Per prima cosa vi è il principio della *carrière ouverte aux talents* o eguaglianza formale di opportunità, da intendersi come assenza di barriere formali nell'accesso a impieghi e incarichi o a percorsi educativi e con l'unica discriminazione del "merito". Sebbene vi sia un consenso unanime nei paesi democratici circa la necessità di assicurare a tutti questa eguaglianza formale di opportunità, vi è il problema che, come si evince dalla sua stessa denominazione, essa ha una dimensione solo formale. Tutti hanno eguali opportunità di partecipare, ma non tutti hanno eguali possibilità di vincere. Detto altrimenti, la lettura *blind*, base e ragione dell'eguaglianza formale di opportunità, ha come tutte le armi un doppio filo: garantisce l'assegnazione di una risorsa sulla base del merito, ma finisce per penalizzare coloro che nella competizione partono svantaggiati. La discriminazione "alla rovescia" consiste allora in una situazione in cui l'uguaglianza prescrittiva cerca di realizzare un'uguaglianza descrittiva sulla base di un parametro ritenuto rilevante e per un fine che si ritiene legittimo (es. parità delle opportunità)<sup>50</sup>.

Sebbene non vi sia alcun dubbio che il confine tra trattamento preferenziale e privilegio arbitrario possa essere labile e che l'introduzione di politiche siffatte debba essere pertanto attentamente monitorata, è corretto chiamarle discriminazioni "alla rovescia"? Orbene, se con discriminazione si intende la capacità di valutare e distinguere fra le parti semplici in cui viene scisso il complesso, la locuzione allora non ha alcun senso. In questa variante, la discriminazione non ha infatti né un dritto né un rovescio, significa semplicemente distinguere.

Se la discriminazione al rovescio è una discriminazione, può esserlo allora soltanto in una delle altre accezioni che si è discusso e, in particolare, nella forma dell'uguaglianza valutativa. Ma se è il rovescio, e cioè il contrario, di quella, allora non è più una discriminazione, ma una corretta applicazione del giudizio di uguaglianza. Perché definirla allora una discriminazione al rovescio? La ragione è – forse – che colpisce quel termine di paragone che è anche l'unità di misura e che dunque incarna lo standard di normalità, talché ogni azione contro di esso appare appunto il rovescio della realtà. Eppure, è l'uguaglianza valutativa a essere l'inverso dell'uguaglianza, più che i trattamenti preferenziali volti a ripianare vecchie e – queste sì – vere discriminazioni.

---

*indirette e azioni positive: riflessioni comparate al caso nordamericano*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1, 1984, pp. 273-285; M. Caielli, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, Jovene Editore, Napoli, 2008; T. Casadei, *Reverse Discriminations o discriminations reversed? Il corpo a corpo sull'affirmative action e l'egemonia dei valori negli Stati Uniti*, in T. Casadei, L. Re (a cura di), *Differenza razziale, discriminazione e razzismo nelle società multiculturali*, Reggio Emilia, in *Diabasis*, 2007, pp. 91-115; G. Viggiani, *Le azioni positive alla prova delle teorie della giustizia. Dal libertarianismo di Nozick al liberalismo di Rawls*, in *Ragion Pratica*, 53, 2019, pp. 589-610.

50 Conforta in questo senso la stessa Costituzione italiana, la quale, dopo aver sancito il principio di eguaglianza formale (art. 3, comma 1°), prevede altresì che, qualora i cittadini si trovino in presenza di ostacoli di carattere economico e sociale, interviene per rimuoverli, così garantendo l'effettivo godimento dei diritti e delle libertà (art. 3, comma 2°, Cost.).

---

## *Commenti*



Frances Hamilton\*

## NH v Lenford: One Further Step in the Continuing Evolution of Sexual Orientation Non-Discrimination Rights Before the European Union

### Summary

1. Introduction. – 2. Past Treatment of LGBT Persons before the CJEU. – 3. Increased Legislative Competencies of the European Union Institutions Leading to More Rights for LGBT Persons. – 4. Is there a hierarchy of protected characteristics before the CJEU? – 5. *NH v Lenford*: CJEU Adopting an Expansive Purposive Approach. – 6. *NH v Lenford*: Dealing with the Freedom of Expression Argument. – 7. Case law analysis demonstrating more restrictive interpretations of non-discrimination law by the Court of Justice of the European Union (“CJEU”). – 8. CJEU judgments resulting in favourable outcomes for LGBT persons. – 9. *NH v Lenford*: One step further towards levelling the hierarchy of protected rights. – 10. Brexit and Trade and Cooperation Agreement. – 11. Conclusion.

### Abstract

Il caso *NH c. Lenford* riguarda le dichiarazioni rilasciate da un avvocato nel corso un’intervista radiofonica, dalle quali si evinceva che egli non avrebbe mai assunto nel suo studio legale una persona omosessuale. La Corte di giustizia dell’Unione europea (“CGUE”) ha stabilito che quella condotta è contraria alla pertinente normativa europea che vieta la discriminazione sul lavoro, sebbene le dichiarazioni incriminate non fossero inerenti ad una procedura di assunzione effettivamente in corso. Sia la Corte di giustizia, sia successivamente la Corte di cassazione italiana (nel dar attuazione alle indicazioni provenienti dai giudici dell’Unione) hanno ritenuto che fosse rilevante il fatto che la persona che aveva rilasciato tali dichiarazioni esercitasse un’influenza rilevante sulla politica di assunzione dello studio e che un risarcimento fosse dovuto ai ricorrenti nel procedimento *a quo* – l’Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI - Rete Lenford (l’“Associazione”), una no profit che rappresenta gli interessi generali degli avvocati LGBTI - anche in assenza, nel caso in questione, di una vittima specifica. Contrariamente a quanto suggerito da alcuni autori, secondo cui l’orientamento sessuale occuperebbe uno degli ultimi posti nella gerarchia delle caratteristiche protette dalla normativa e dalla giurisprudenza dell’UE in materia di divieto di discriminazione, questo articolo sostiene che *NH c. Lenford* rappresenta un passo in avanti nella continua evoluzione della tutela delle persone LGBT rispetto al principio di non discriminazione nel diritto dell’Unione Europea. Un aspetto che l’articolo in ultimo approfondisce riguarda la situazione post-Brexit nel Regno Unito. Se infatti la normativa dell’UE pre-esistente e già trasposta nel corpo legislativo del Regno Unito sarà mantenuta, la legislazione dell’UE e le sentenze della CGUE successive non troveranno applicazione. Tuttavia, l’accordo commerciale e di cooperazione (“TCA”) raggiunto tra il Regno Unito e l’UE include la protezione dei diritti umani, una clausola di “non regressione” ed una di riequilibrio per quanto riguarda il lavoro e la politica sociale, e quindi, consentirà all’UE e al Regno Unito di continuare, anche se in modo limitato, a influenzarsi a vicenda.

*The facts of NH v Lenford concerned statements made by a senior lawyer in a radio interview, which suggested that he would never hire a gay person to work in his law firm, nor wish to use the services of such a person. The*

\* Associate Professor in Law, University of Reading.  
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

Court of Justice of the European Union (‘CJEU’) determined that this contravened relevant legislation prohibiting discrimination in employment, even though the statements were made without a recruitment procedure being underway. The CJEU and the Italian Court of Cassation when implementing the CJEU judgment both found that the person making such statements was influential on the firm’s recruitment policy and that compensation was payable to the applicants – the *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI* (the ‘Associazione’), a non-profit organization representing the general interest of LGBT lawyers – even in the absence of an individual victim. Contrary to the suggestion of other authors, that sexual orientation discrimination is low down the hierarchy of protected characteristics before the EU legislation and CJEU, this article argues that *NH v Lenford* demonstrates a further step in the continuing evolution of LGBT non-discrimination rights before the European Union. Following Brexit whilst existing EU laws already translated into the UK legislative cannon will be retained, further EU legislation and rulings from the CJEU will not apply to the UK. The Trade and Cooperation Agreement (‘TCA’) reached between the UK and EU includes protection of human rights, a ‘non-regression’ and re-balancing clauses with regards to labour and social policy, and thus, enables the EU and UK continuing, albeit limited, influence on each other.

## 1. Introduction

*NH v Lenford* concerned a request to the Court of Justice of the European Union (‘CJEU’) for a preliminary ruling from the Italian Corte Suprema di Cassazione (Supreme Court of Cassation, Italy)<sup>1</sup>. The case was brought by a legal entity, the *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI* (the ‘Associazione’), representing the collective interest of LGBT (this acronym is used here for functional purposes to refer to lesbian, gay, bisexual and trans) lawyers. They complained that statements made by a senior lawyer, NH, in a radio programme which suggested that the solicitors’ firm where he worked would never hire or use the services of gay persons contravened relevant EU non-discrimination provisions against LGBT persons<sup>2</sup>. The CJEU had to determine whether statements made during the course of a radio interview fell within relevant EU protections, even though the statements were made at a time when no current or planned recruitment procedures were ongoing<sup>3</sup>. A further question to be addressed was whether the Associazione could bring a case representing LGBT persons, even though there were no individual named victims in the case. The CJEU adopted a purposive interpretation of EU law to determine both answers in the affirmative<sup>4</sup>. Of relevance was the fact that the statements were made by a person perceived to have influence on recruitment policy, which could prejudice applicants in deciding against future job applications<sup>5</sup>. In allowing compensation to be payable to a third-party representative organisation, in the absence of individual named victims, this meant that cases could be brought forwards, without needing for individuals to ‘out’ themselves. The Italian Court of Cassation applied the preliminary ruling to allow the representative organisation to bring the action on behalf of its constituent members<sup>6</sup>. They also found that statements fell within the material scope of Directive 2000/77 and that there was sufficient link between the statements made and the employer<sup>8</sup>.

- 
- 1 European Court of Justice, Grand Chamber, April 23<sup>rd</sup> 2020, Case C-507/18 *NH v. Associazione Avvocatura per i Diritti LGBTI – Rete Lenford* (‘NH v Lenford’).
  - 2 Directive 2000/78/EC establishing a General Framework for Equal treatment in Employment and Occupation Prohibiting Discrimination on the Grounds of Religion or Belief, Disability, Age and Sexual Orientation.
  - 3 Of most relevance was Article 3 of Directive 2000/78 (*Ibid.*) which provides that Article 3 “Within the limits of the areas of competence conferred on the Community, this Directive shall apply to all persons, as regards both the public and private sectors, including public bodies, in relation to: (a) conditions for access to employment, to self-employment or to occupation, including selection criteria and recruitment conditions, whatever the branch of activity and at all levels of the professional hierarchy, including promotion;(b) access to all types and to all levels of vocational guidance, vocational training, advanced vocational training and retraining, including practical work experience; (c) employment and working conditions, including dismissals and pay; (d) membership of, and involvement in, an organisation of workers or employers, or any organisation whose members carry on a particular profession, including the benefits provided for by such organisations”.
  - 4 *NH v Lenford* (n1).
  - 5 *Ibid.*
  - 6 Italian Court of Cassation, Section I Civil Ordinance 15 December 2020, n. 28646 at paragraphs 2.4.1 - 2.4.4.
  - 7 *Ibid.* para 5.6.
  - 8 *Ibid.* para 5.8.

The next section analyses how historically the EU, constrained by a lack of competence to act, demonstrated much self-restraint towards developing LGBT discrimination cases and adopted a conservative approach. This led to authors considering that the CJEU had stopped moving forward in this area<sup>9</sup>, or that a hierarchy of protected rights exists<sup>10</sup>, with LGBT persons either not protected<sup>11</sup>, or less well protected from discrimination<sup>12</sup>. In further sections the author sets forward the argument that although much work remains to be done, *NH v Lenford* is a case example demonstrating the continuing evolution of LGBT non-discrimination rights at EU level<sup>13</sup>. This has been done through a series of new legislative tools which include the EU Charter of Fundamental Rights<sup>14</sup>, through expanding protection from discrimination in employment law legislation<sup>15</sup>, and through case law of the CJEU in the area of free movement, where the Court has interpreted the term ‘spouse’ to include the same-sex spouse of a Union citizen for the purpose of granting family reunification rights under EU law<sup>16</sup>. As a British author, the article also contains consideration of the position following Brexit. For a wider audience the points are also relevant as they illustrate how far EU legislation and CJEU judgments have forced Member States to protect LGBT rights. Following Brexit, new EU legislation and judgments from the CJEU will no longer take automatic effect in the UK. The Trade and Cooperation Agreement (‘TCA’) commits the UK and the EU to upholding ‘shared values, principles of democracy and a respect for human rights...’<sup>17</sup> a non-regression clause in relation to existing labour law, including fundamental rights at work<sup>18</sup> as well as potential ‘rebalancing’ provisions in the area of labour law between the EU and UK<sup>19</sup>. As discussed in the final section, in some limited extent, this may allow the opportunity for the EU and the UK to continue to influence each other in the area of LGBT non-discrimination law. However, the author suggests that the required hurdles of effect on ‘trade or investment between the parties’<sup>20</sup> as regards non-regression, and ‘significant divergence’ in labour law leading to a ‘material impact on trade or investment’ as regards rebalancing<sup>21</sup>, will be very difficult tests to meet in practice.

---

9 E. Howard, S. Benedi Lahuerta and A. Zbyszewska, ‘EU Anti-Discrimination Law: Has the CJEU Stopped Moving Forward?’ *International Journal of Discrimination and the Law* 2018-06, Vol 18 (2-3) p. 60 – 81.

10 See *Ibid.*

11 See for example, European Court of Justice, Grand Chamber, February 17<sup>th</sup> 1998, Case C-249/96, *Grant v. South West Trains*, (1998) 1 CMLR 993.

12 For example see European Court of Justice, Grand Chamber, January 7<sup>th</sup> 2004, Case 117/ 01 *KB v NHS Pensions Agency*.

13 See *NH v Lenford* (n1).

14 EU Charter of Fundamental Human Rights of the European Union.

15 See for example Directive 2000/43/EC prohibiting racial and ethnic origin discrimination and Directive 2000/78/EC,2 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation prohibiting discrimination on the grounds of religion or belief, disability, age and sexual orientation.

16 European Court of Justice, Grand Chamber, June 5<sup>th</sup> 2018, Case C-673/16 *Relu Coman and Others v. Inspectoratul General pentru Imigrari and Others*.

17 Trade and Cooperation Agreement, TITLE II: BASIS FOR COOPERATION Article COMPROV.4: Democracy, rule of law and human rights 1. The Parties shall continue to uphold the shared values and principles of democracy, the rule of law, and respect for human rights, which underpin their domestic and international policies. In that regard, the Parties reaffirm their respect for the Universal Declaration of Human Rights and the international human rights treaties to which they are parties.

18 Trade and Cooperation Agreement, Title XI: Level Playing Field for Open and Fair Competition and Sustainable Development Art 6.1 applies to ‘labour and social levels of protection’ which under Art 6.2 ‘non-regression clause both parties agree not to ‘weaken or reduce, in a manner affecting trade or investment between the parties...’

19 Trade and Cooperation Agreement Article 9.4 Rebalancing.

20 Article 6.2: Non-regression from levels of protection para 2.

21 Trade and Cooperation Agreement Article 9.4 Rebalancing.

## 2. Past Treatment of LGBT Persons before the CJEU

EU protection of LGBT persons from discrimination evolved by EU legislation increasing competences across human rights and discrimination law and subsequent purposive interpretation by the CJEU<sup>22</sup>. In the past CJEU case law determined that sexual orientation would not fall within a sex discrimination ground<sup>23</sup>. This meant as Howard sets out that ‘the EU did not have the competence to act against discrimination on the wider grounds beyond sex discrimination...’<sup>24</sup> In addition, where free movement of persons was concerned, only traditional family formats were recognised within the scope of family life as defined by EU legislation<sup>25</sup>. As a result, prior to recent case law<sup>26</sup>, non-EU national same-sex spouses could not relocate with their EU citizen spouse to an EU country which did not recognise their union<sup>27</sup>. Subsidiarity was protected, which meant that gender neutrality of the word ‘spouse’ was never considered by EU institutions<sup>28</sup>, thereby arguably meaning that free movement was not given its most extensive interpretation<sup>29</sup>. Being denied the status of ‘family member’<sup>30</sup> also led to being denied the ‘plethora of benefits’<sup>31</sup> normally accorded to the family members of EU citizens. This included a wide-ranging panoply of rights, ranging from residence<sup>32</sup>, protection from non-discrimination, and access to social assistance schemes<sup>33</sup> and schooling<sup>34</sup>. The division of competencies between the EU and Member States meant (and still means) that Member States were free to determine their own policy with regards to family law, including whether or not to legalise same-sex unions. In *KB*, the CJEU confirmed that pensions came within pay and the remit of relevant national legislation under Art 141 EC<sup>35</sup>. However with regards to transpersons the CJEU made a clear statement that ‘it is for the Member States to determine the conditions under which legal recognition is given to the change of gender of a person’<sup>36</sup>. This followed the approach of the European Court of Human Rights (‘ECHR’) in *Goodwin v United Kingdom*<sup>37</sup>. The law at the time in the UK did not recognize change of gender. A heterosexual couple, where one partner’s

22 See n. 14 – 16.

23 See, for example, Case C-249/96 *Grant v. South West Trains*,(n11). This decision was heavily criticized. For discussion. see D. Kochenov, ‘On Options of Citizens and Moral Choices of States: Gays and European Federalism *Fordham International Law Review* 2009 Vol 33(1) p.156 at p.175 referring to N. Bamforth, ‘Sexual Orientation Discrimination after *Grant v South-West Trains*,’ *Modern Law Review* 2000 Vol 63 at p.720.

24 Howard (n9) at p.61.

25 Whilst Citizenship Directive 2004/38 Article (2(2)) included registered partners amongst family members, this was only strictly ‘on the basis of the legislation of a Member State if the legislation of the host Member State treats registered partnerships as equivalent to marriage and in accordance with the conditions laid down in the relevant legislation of the host Member State.’ Commentary on Article 9 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union provides that ‘[t]here is, however, no explicit requirement that domestic laws should facilitate such marriages. International courts and committees have so far hesitated to extend the application of the right to marry to same-sex couples...’

26 *Relu Coman and Others v. Inspectoratul General pentru Imigrari and Others* (n16).

27 See *Ibid.*

28 D. Kochenov, ‘On Options of Citizens and Moral Choice of States: Gays and European Federalism, 33(1) *Fordham International Law Review* (n.23) 2009 Vol 33(1) p.156 at p.190.

29 See *Ibid.*

30 Citizenship Directive 2004/38.

31 See for discussion H. Stalford, ‘Concepts of Family Under EU Law – lessons from the ECHR’ *International Journal of Law Policy and the Family* 2002 Vol 16(3) p.410 at p.427.

32 Citizenship Directive 2004/38 article 14 (1).

33 Citizenship Directive 2004/38 Article 14(3).

34 Art 10 Regulation 492/2011. Also see European Court of Justice, Grand Chamber, July 3<sup>rd</sup> 1974, Case C-9/74 *Casagrande*.

35 Article 141 EC provides: 1. Each Member State shall ensure that the principle of equal pay for male and female workers for equal work or work of equal value is applied.2. For the purpose of this Article, pay means the ordinary basic or minimum wage or salary and any other consideration, whether in cash or in kind, which the worker receives directly or indirectly, in respect of his employment, from his employer...’ See, in particular, European Court of Justice, Grand Chamber, May 17<sup>th</sup> 1990, Case C-262/88 *Barber* [1990] ECR I-1889, paragraph 28, and European Court of Justice, Grand Chamber, September 12<sup>th</sup> 2002 Case C-351/00 *Niemi* [2002] ECR I-7007 at paragraph 40).

36 See *KB* (n12).

37 *Ibid.* Para 35 referring to European Court of Human Rights, July 11<sup>th</sup> 2012, App. No. 28957/95. *Goodwin v United Kingdom*.



sex resulted from a change of gender, were therefore precluded from gaining the right as beneficiary as a survivor to the pension, with no protection being given from EU law<sup>38</sup>. The case would be decided differently today in the UK, following change of legislation in the UK to recognize gender change if conditions are met<sup>39</sup>.

### 3. Increased Legislative Competencies of the European Union Institutions Leading to More Rights for LGBT Persons

This article argues that the historically restrictive attitude of the CJEU towards LGBT persons is in the process of evolution. The driving force behind this is that the competencies of the EU to act have been enlarged by legislation. The EU has adopted the Charter of the Fundamental Rights ('EUCFR') at art 21(1) which includes same-sex orientation as a protected non-discrimination ground<sup>40</sup>. There is also growing closeness between the EU and the Council of Europe as demonstrated by instances of judicial borrowing between the two institutions<sup>41</sup>. The EU requires compliance with human rights as part of its accession criteria and two institutions have been described as 'natural partners'<sup>42</sup>. In addition, article 19 TFEU – introduced in 1999 – has also functioned as the legal basis for the adoption of measures to 'combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation'<sup>43</sup>.

European Union (EU) Directives adopting more detailed legislation against discrimination include Directive 2000/43/EC, prohibiting racial and ethnic origin discrimination, and Directive 2000/78/EC, establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation prohibiting discrimination on the grounds of religion or belief, disability, age and sexual orientation<sup>44</sup>. Whilst Directive 2000/78/EC did not demand 'final harmonisation... the adoption of the Directive meant that all Member States ... had to amend existing laws...'<sup>45</sup> Although the new Directive did not 'arrive in a vacuum,' the then existing 15 member states had huge variations and 'all kinds of laws – and social attitudes - about sexual orientation' discrimination in employment law<sup>46</sup>. Eight members states had to make additions or changes to their laws, whereas Italy and the UK were both member states who needed to make provisions against sexual orientation discrimination in employment law for the first time. Italian law implemented Directive 2000/78 for equal treatment in employment by means of Legislative Decree No 216 and Occupation of 9 July 2003. Numerous pieces of UK legislation implemented EU directives

38 See *KB* (n12).

39 Gender Recognition Act 2004.

40 EU Charter of Fundamental Rights.

41 See J. Gerards, 'The Prism of Fundamental Rights' 8 *European Constitutional Law Review* 2012 Vol 8 at p.192.

42 The European Parliamentary Assembly (1999) Building Greater Europe Without Dividing Lines' (Opinion on the Report of the Committee of Wise Persons) 15 Opinion No. 208. See also T. Joris and J. Vandenberghe, 'The Council of Europe and the European Union: Natural Partners or Uneasy Bedfellows?' *Colum J Eur L* (2008-2009) Vol 15 p.1, at p.3 argue that they are increasingly active in the same fields and should therefore, according to the European Parliamentary Assembly, not waste resources. See European Parliamentary Assembly (2002) 'The Council of Europe and the New Issues Involved in Building Europe' Recommendation No. 1578 at para 4. See also R. Wintemute, 'In Extending Human Rights, which European Court is Substantively "Braver" and Procedurally "Fitter"? The Example of Sexual Orientation and Gender Identity Discrimination' in S. Morano-Foadi and L. Vickers (eds), *Fundamental Rights in the EU: A Matter for Two Courts*, London, Hart, 2015.

43 Article 19 Treaty on the Functioning of the European Union.

44 Directive 2000/43/EC,1 prohibiting racial and ethnic origin discrimination and Directive 2000/78/EC,2 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation prohibiting discrimination on the grounds of religion or belief, disability, age and sexual orientation.

45 K. Waaldijk, 'Legislation in Fifteen EU Member States Against Sexual Orientation Discrimination in Employment: the Implementation of Directive 2000/78/EC' Leiden, Institute of Public Law, University of Leiden, 2006 available at [https://open-access.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/5217/6\\_170\\_056.pdf;jsessionid=F8FFB9AEC444AD0F236732560194582E?sequence=1](https://open-access.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/5217/6_170_056.pdf;jsessionid=F8FFB9AEC444AD0F236732560194582E?sequence=1) at p.17-p.18.

46 See *Ibid.*

in this area, with the most relevant being the Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations<sup>47</sup>. These have since been consolidated into the Equality Act 2010<sup>48</sup>.

The possibilities for the EU with regard to interpreting non-discrimination provisions in favour of LGBT persons was demonstrated early on by the *Maruko* case<sup>49</sup>. This considered access of a surviving LGBT partner to an occupational pension scheme managed by the *Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* (German theatre company pension organisation). The CJEU stressed the wide remit of Article 2 of Directive 2000/78 which provided that the principle of equal treatment covered both direct and indirect discrimination. Direct discrimination included the situation where overtly 'one person is treated less favorably than another is, has been or would be treated in a comparable situation [whilst] [t]here is indirect discrimination when an apparently neutral provision' can 'disadvantage persons, including those of a particular sexual tendency'<sup>50</sup>. The CJEU found that Directive 2000/78 'precluded legislation such as that at issue in the main proceedings under which, after the death of his life partner, the surviving partner does not receive a survivor's benefit equivalent to that granted to a surviving spouse...'<sup>51</sup> Due regard was paid to member states competencies as 'it was for the referring court to determine whether a surviving life partner is in a situation comparable to that of a spouse who is entitled to the survivor's benefit...'<sup>52</sup> As Germany had enacted legislation on registered partnerships<sup>53</sup>, the surviving partner in *Maruko* was therefore able to benefit from a survivor's pension, but this was of no assistance to LGBT persons in other Member States that did not have domestic legislation enabling them to formalize their relationship.

#### 4. Is there a hierarchy of protected characteristics before the CJEU?

It is a subject of academic debate as to how progressive the CJEU has been in the development of LGBT rights. Some authors, such as Howard, have argued that two equality Directives introduced in 2000 (Dir. 2000/78 and Dir. 2000/43)<sup>54</sup> have not led to the same level of protection<sup>55</sup>. She discusses the literature on these grounds and concludes that there is a '...hierarchy of discrimination grounds...'<sup>56</sup> Ultimately on this argument the prohibitions against sexual orientation discrimination are not as strong as those preventing other types of discrimination. The justification behind the argument as to the existence of a hierarchy of rights is threefold and involves comparisons between the two Directives<sup>57</sup>. It is argued on

---

47 The main UK laws implementing EU laws into the UK include; the Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003; the Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations 2003 and the Employment Equality (Age) Regulations 2006 now all consolidated in the Equality Act 2010.

48 Equality Act 2010.

49 European Court of Justice, Grand Chamber, April 1<sup>st</sup> 2008, Case C 267/06 *Tadao Maruko v Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*.

50 See *Ibid* para 2.

51 See *Ibid*. para 27.

52 *Ibid*. Para 69. This was confirmed in the case of European Court of Justice, Grand Chamber, May 10<sup>th</sup> 2011, C-147/08 *Jürgen Römer v Freie und Hansestadt Hamburg* but in this case the CJEU went further and carried out the comparability assessment themselves.

53 (Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft) of 16 February 2001 (BGBl. 2001 I, p. 266), as amended by the 7 8 I - 1794 JUDGMENT OF 1. 4. 2008 — CASE C-267/06 Law of 15 December 2004 (BGBl. 2004 I, p. 3396, the 'LPartG'), provides: '(1) Two persons of the same sex establish a partnership when they each declare, in person and in the presence of the other, that they wish to live together in partnership for life (as life partners). The declarations cannot be made conditionally or for a fixed period. Declarations are effective when they are made before the competent authority.

54 Directive 2000/43/EC,1 prohibiting racial and ethnic origin discrimination and Directive 2000/78/EC,2 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation prohibiting discrimination on the grounds of religion or belief, disability, age and sexual orientation.

55 Howard (n9).

56 Howard (n9) at p.61.

57 Howard (n9).

this basis that the Directive relating to religion, belief, disability, age and sexual orientation<sup>58</sup> (Directive 2000/78) only relates to employment (defined under its article 3 as including access to employment, employment and working conditions, vocational guidance and training and affiliation and activity)<sup>59</sup> whereas the Directive concerning race or ethnic origin<sup>60</sup> (Directive 2000/43) is much wider and not so restricted in scope<sup>61</sup>. Secondly, whilst the latter instrument obliges Member States to set up bodies providing for equal treatment, there is no corresponding requirement in Directive 2000/78 for persons discriminated against on the other grounds, although many EU states have introduced such bodies anyway<sup>62</sup>. Thirdly the Directive concerning race and ethnic origin (Dir. 2000/43)<sup>63</sup>, only allows discrimination to be justified in ‘two explicitly specified circumstances’<sup>64</sup>, whereas when considering the directive concerning, inter alia, religion and sexual orientation (Dir. 2000/78)<sup>65</sup>, not only are these two grounds given but also other justifications for direct discrimination are allowed including based on religion or belief<sup>66</sup>. Howard’s analysis<sup>67</sup> provides a lens for consideration of the CJEU judgment in *NH v Lenford*<sup>68</sup>. Scrutiny is given as to whether the case demonstrates the CJEU operating a hierarchy of discrimination grounds and if so whether sexual orientation discrimination is still being treated less favourably.

## 5. *NH v Lenford*: CJEU Adopting an Expansive Purposive Approach

In *NH v Lenford* the CJEU adopted an expansive purposive interpretation of relevant legislation. Following the earlier case of *Asociația Accept*<sup>69</sup> the CJEU had to consider the extent of non-discrimination provisions contained in EU law on the basis of sexual orientation applied in the context of employment law. Reference was made to the EUCFHR Article 15 which includes ‘Freedom to choose an occupation and right to engage in work’<sup>70</sup>. The CJEU stressed that these rights had to be enjoyed in a non-discriminatory manner<sup>71</sup>. The CJEU drew attention to Recitals 9, 11, 12, and 28 of Directive 2000/78 which emphasise that ‘employment and occupation are key elements in guaranteeing equal opportunities for all and contribute strongly to the full participation of citizens in economic, cultural and social life and

58 Directive 2000/78/EC,2 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation prohibiting discrimination on the grounds of religion or belief, disability, age and sexual orientation.

59 Directive 2000/78 Art 3. See, U. Belavusau, ‘A Penalty Card for Homophobia from EU Non-discrimination Law: Comment on *Asociația Accept* (C-8/12)’, *Columbia Journal of European Law* (2015) Vol 21 at p.353; A. Tryfonidou, ‘Discrimination on the Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity’, in S. Vogenauer and S. Weatherill (Eds.), *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives* London, Hart, 2017 p.386–p.387.

60 Directive 2000/43/EC,1 prohibiting racial and ethnic origin discrimination.

61 Howard (n9) at p.62.

62 Howard (n9) p.62 referring to I. Chopin and C. Germaine, ‘A Comparative Analysis of Non-discrimination Law in Europe 2017’, *European Network of Legal Experts in the Non-discrimination Field* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2017 p. 108– p.114, available at <https://www.equalitylaw.eu/downloads/4489-a-comparative-analysis-of-non-discriminationlaw-in-europe-2017-pdf-1-35-mb>.

63 Directive 2000/43/EC.

64 Genuine and determining occupational requirements (Article 4) and positive action (Article 5).

65 Directive 2000/78/EC, 2.

66 (Under Directive 2000/78/EC, direct discrimination can be justified for the same reasons (Articles 4(1) and 7, respectively), but other justifications are also provided for. There is an exception for churches and other organizations with an ethos based on religion or belief (Article 4(2)); reasonable accommodation must be made for people with a disability (Article 5); direct discrimination on the ground of age can be justified in a number of situations (Article 6); and Article 2(5) contains a general justification clause.

67 Howard (n9).

68 *NH v Lenford* (n1).

69 European Court of Justice, Grand Chamber, April 25th 2013, Case C-81/12 *Asociația Accept*.

70 EUCFHR Article 15.

71 Article 21 EUCFHR.

to realising their potential...<sup>72</sup> The CJEU documented their purposive approach by stating the reasons behind why these provisions were in place. This was because '[d]iscrimination based on ...sexual orientation may undermine the achievement of the objectives of the TFEU Treaty, in particular the attainment of a high level of employment and social protection, raising the standard of living and the quality of life, economic and social cohesion and solidarity and the free movement of persons...'<sup>73</sup> The CJEU also made reference to the wide interpretation of what was meant by discrimination to include direct and indirect discrimination<sup>74</sup>.

Of key relevant consideration in *NH v Lenford* was the scope of the directive and whether this would include statements made outside of a recruitment programme and during the course of a radio interview. Here, paragraph 3 of Directive 2000/78 was identified as being most relevant. This states the scope of the Directive relates to all '...conditions for access to employment, to self-employment or to occupation, including selection criteria and recruitment conditions...'<sup>75</sup> Statements made in a radio interview were held to be included. The CJEU again took a purposive approach, having regard to the 'objectives...' which Directive 2000/78 seeks to safeguard<sup>76</sup>. The CJEU determined that the 'non-existence of a current or planned recruitment procedure [was] not decisive...'<sup>77</sup> In so doing they reinforced their earlier decision in *Asociația Accept* ruling<sup>78</sup>. That case had concerned anti-gay statements given to the media by a leading personality in the context of potential recruitment to a Romanian football team. These were found to contravene EU discrimination law, a decision described as a positive advance for gay rights before the CJEU<sup>79</sup>. The Italian Court of Cassation in implementing the preliminary ruling from the CJEU also determined that statements made in the course of a radio interview fell within Directive 2000/78<sup>80</sup>.

Interpreting relevant legislation<sup>81</sup>, the CJEU upheld the earlier judgments of the Bergamo District Court and the Court of Appeal Brescia which determined that the Associazione could bring the claim as a non-profit representative agency, even in the absence of a named victim. This followed the CJEU's earlier determination in *Asociația Accept*, which also did not involve an individual victim.<sup>82</sup> In so doing the CJEU offered a purposive and extensive interpretation of relevant EU law, without which, the legislation would have had far less effect. If an individual victim was required to be named, this would have meant 'outing' the individual with all the attendant publicity and potential negative impact from their existing employers. This was also implemented by the Italian Court of Cassation.<sup>83</sup>

In *NH v Lenford*, anti-gay statements made to the media, outside of a recruitment procedure, were also seen as relevant 'conditions for access of employment' within the scope of Article 3 Directive.<sup>84</sup> The CJEU stressed that what was of importance was the pre-selection of the applicants themselves in determining whether or not to apply for a job<sup>85</sup>. The CJEU followed closely Advocate General Sharpston's Opinion, where she had considered that often the 'greatest force in an employment decision is

72 Howard (n9) at p.62.

73 *NH v Lenford* (n1) paragraph 6 referring to Recital 9 of Directive 2000/78.

74 *NH v Lenford* (n1) paragraph 8 referring to Paragraph 2 of Directive 2000/78.

75 Directive 2000/78 paragraph 3.

76 *NH v Lenford* (n1) paragraph 34.

77 *NH v Lenford* (n1) paragraph 43.

78 *Asociația Accept* (n69).

79 See, U. Belavusau, 'A Penalty Card for Homophobia from EU Non-discrimination Law: Comment on *Asociația Accept* (C-8/12)', *Columbia Journal of European Law* 2015 Vol 33 at p.353; A. Tryfonidou, 'Discrimination on the Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity', in S. Vogenauer and S. Weatherill (Eds.), *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives*, London, Hart, 2017, p386– p.387.

80 Italian Court of Cassation, Section I Civil Ordinance 15 December 2020, n. 28646.

81 Commission Recommendation 2013/394/EU of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law (OJ 2013 L 201, at 60) 'Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress.'

82 *Asociația Accept* (n69).

83 Italian Court of Cassation, Section I Civil Ordinance 15 December 2020, n. 28646 n 6.

84 Directive 2000/78 paragraph 3.

85 *NH v Lenford* (n1) paragraph 40.



the applicant’s decision to apply<sup>86</sup>. An additional issue in the case in hand, was that following the radio interview ‘the employer did not clearly distance itself from the statements concerned...’<sup>87</sup> The CJEU looked carefully at the factors which would establish whether there was a sufficient ‘link’ between the statements made in the radio interview and the employment opportunities. Close reference was made to Advocate General Sharpston’s Opinion<sup>88</sup>. Relevant categories in consideration of establishing a link included consideration of the ‘status of the person making the statements, ...the capacity in which he or she made them, establish[ment] of... he or she as a potential employer or is, in law or in fact, capable of exerting a decisive influence on the recruitment policy... or, at the very least, may be perceived by the public of the social groups concerned as being capable of exerting such influence, even if he or she does not have the legal capacity to define the recruitment policy of the employer concerned or bind or represent that employer in recruitment matters...’<sup>89</sup> In *NH v Lenford* the CJEU determined that there was a sufficient link because the statement was made by a senior member of staff. The CJEU concluded that if firms could avoid liability for words made in interview because they ‘allegedly constitute the expression of a personal opinion... the very essence of the protection afforded by that directive in matter of employment and occupation would become illusory’<sup>90</sup>. In so doing the CJEU endorsed AG Sharpston’s opinion, that ‘offhand remarks, particularly those which claim to be purely opinions, or humorous, [could] constitute discrimination...’<sup>91</sup>As Powell comments, the CJEU following AG Sharpston ‘...reject[ed] emphatically the proposition that a ‘humorous’ discriminatory statement somehow ‘does not count’ or is acceptable. Humour is a powerful instrument and can all too easily be abused’<sup>92</sup>.

In determining the discretion left to them following the preliminary ruling, the Italian Court of Cassation found a link between the statements made and the employer because of the status of the person making the statement which ‘configures him as a potential employer’ together with ‘the nature and content of the declarations in questions,... which must refer to the conditions of access to employment and work and demonstrate the intention to discriminate, and finally, the context in which the declarations have been made, in particular their public or private character, and also the fact that they have been disseminated to the public...’<sup>93</sup> The Italian Court of Cassation concluded that the connection of the lawyer Taormina with the firm in question was not ‘merely hypothetical...’ [as] ‘[i]n fact, he was the owner of such a firm and practiced the legal profession and therefore was potentially a possible employer and contractor of collaborators’<sup>94</sup>.

## 6. *NH v Lenford* Dealing with the Freedom of Expression Argument

In *NH v Lenford*, the CJEU had to interpret various conflicting provisions under EU law. An important consideration in relation to statements made in a radio interview were the guarantees under the European Union’s Charter of Fundamental Human Rights (‘EUCFHR’). Article 11 guarantees the right to freedom of expression. This right includes ‘freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers...’<sup>95</sup> Freedom

86 Advocate General Sharpston’s Opinion in *NH v Lenford* (n1) paragraph 65 to 69.

87 *NH v Lenford* (n1) paragraph 43.

88 *NH v Lenford* (n1) paragraph 40 referring to paragraph 53 to 56 Advocate General Sharpston’s Opinion.

89 *NH v Lenford* (n1) paragraph 44.

90 *NH v Lenford* (n1) paragraph 54.

91 C. Powell, *Discrimination Law Association Briefings* March 2020 Vol 69 at p. 925.

92 Advocate General Sharpston’s Opinion as discussed by Claire Powell *Discrimination Law Association Briefings* 925 March 2020 Vol 69.

93 Italian Court of Cassation, Section I Civil Ordinance 15 December 2020, n. 28646 (n6) at para 5.7 judgment

94 *Ibid.* para 5.8.

95 EU Charter of Fundamental Human Rights states that ‘Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinion and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers...’.

of expression is also guaranteed under the Italian constitution<sup>96</sup>. This was of crucial importance to the *NH v Lenford* case as the lawyer argued that the statements made were part of the exercise of freedom of expression by the lawyer in question, guaranteed by the Italian constitution<sup>97</sup>. The Court of Cassation in implementing the preliminary ruling received back from the CJEU in *NH v Lenford* emphasized statements made by the CJEU which recognizes that ‘freedom of expression [is] considered an essential foundation of a democratic and pluralist society reflecting the values on which the Union is founded, pursuant to art 2 TEU and art 11 of the Charter’<sup>98</sup>. The CJEU found that homophobic speech of the lawyer NH fell within Article 11, but had to be balanced against other rights protected by the Charter<sup>99</sup>. The Italian Court of Cassation also followed a similar approach, referring to the principle of proportionality and that freedom of expression had to be balanced against other rights, in this case protection from discrimination on the prohibited grounds listed. Ultimately, the Italian Court of Cassation concluded that such restrictions on freedom of expression could be justified in order to guarantee the employment rights of those with protected characteristics, such as LGBT persons in the case under consideration<sup>100</sup>.

It remains debatable as to whether balancing freedom of expression and protection of labour rights has struck the right approach. It can be argued that the approach taken by the CJEU and the Italian Court of Cassation does not go far enough. Tryfonidou suggests that NH’s comments amounted to ‘hate speech’ and should not have been held to fall within the remit of Article 11 at all<sup>101</sup>. Tryfonidou argues that the approach currently taken ‘...seems to imply that freedom to engage in homophobic speech needs to be protected as an aspect of the freedom of expression which means that it can be deemed acceptable under certain circumstances...’<sup>102</sup> Yet, in finding the speech fell within Article 11 but balancing this against other rights protected in the EUCFHR, the CJEU is following the approach of EctHR case law. The EctHR often finds that extreme speech falls within free speech grounds<sup>103</sup>, but considers restrictions in an exercise known as the proportionality balancing exercise<sup>104</sup>.

Others critique the decision by the CJEU in *NH v Lenford* as ‘being lopsided [because it] embraced a surprisingly broad interpretation of the scope of EU anti-discrimination law at the expense of downplaying potential threats to freedom of expression’<sup>105</sup>. In *NH*, in considering restrictions to Article 11, the CJEU placed stress on the importance of non-discrimination grounds contained in Article 21. The latter prohibits discrimination on any ‘ground such as sex, race, colour, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, members of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation’<sup>106</sup>. Article 21 EUCFHR is a strong statement as it is ‘free-standing’ and explicitly contains sexual orientation as a protected ground of non-discrimination. This is in contrast to the equivalent provision in Article 14 European Convention of Human Rights

- 96 The Constitution of the Italian Republic (Italian: Costituzione della Repubblica Italiana) enacted by the Constituent Assembly on 22 December 1947 Freedom of expression Protected by the Art. 21 of the Italian Constitution, ‘...anyone has the right to freely express their thoughts in speech, writing, or any other form of communication.’
- 97 Italian Court of Cassation, Section I Civil Ordinance 15 December 2020, n. 28646 (n6) at para 5.9 judgment.
- 98 Ibid. at para 5.10. referring to *NH v Lenford* (n1) and also European Court of Justice, Grand Chamber, C-163/10, September 6<sup>th</sup> 2011, *Patriciello*, at para 31).
- 99 *NH v Lenford* (n1).
- 100 Italian Court of Cassation, Section I Civil Ordinance 15 December 2020, n. 28646 (n6).
- 101 A. Tryfonidou, ‘Homophobic Speech and EU Anti-Discrimination Law: The *NH* case’ *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2020 Vol 27(4) p.1 – p.9.
- 102 *Ibid.* at 7.
- 103 European Court of Human Rights, Application No 5493/72, December 7<sup>th</sup> 1976, *Handyside v United Kingdom*, at paragraph 49 states that Article 10 is applicable to ‘ideas’ that are favourably received or regarded as inoffensive or a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population...’
- 104 Article 10 paragraph 2 provides that ‘[t]he exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary...’
- 105 See J. Miller, ‘Op-Ed: “In a tight spot, the Court of Justice Delivers a Lopsided Judgment: *NH v Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford*” April 2020 *Employment and Immigration and Human Rights* available at Op-Ed: “In a tight spot, the Court of Justice delivers a lopsided judgment: *NH v Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford*” by Jeffrey Miller - EU Law Live.
- 106 Article 21 EU Charter of Fundamental Human Rights of the European Union.

(‘European Convention’) which is a ‘conditional’ right only. This means that whilst Article 14 prohibits discrimination in the enjoyment of any other European Convention rights, enforcement is dependent on another breach of human rights argument being made, although it does not actually require an independent proven breach of that right<sup>107</sup>. Moreover, Article 14 of the European Convention, which was drafted in the 1950s, does not mention sexual orientation as one of the protected grounds. This has meant that the EctHR has had to engage in dynamic and imaginative interpretation of the European Convention under an extended line of case law in order to protect LGBT persons by including ‘sexual orientation’ within the grounds of ‘sex’ or ‘other status’<sup>108</sup>. Given the explicit reference to sexual orientation as a ground of discrimination in EU law this is not necessary. This has led to commentators describing the European Union as engaging in a ‘rights revolution...’<sup>109</sup> In operating the proportionality balancing exercise between freedom of expression and protection from discrimination for LGBT persons and deciding in favour of the latter, the CJEU is moving one step further in its evolution of sexual orientation non-discrimination protection.

## 7. Case law analysis demonstrating more restrictive interpretations of non-discrimination law by the Court of Justice of the European Union (‘CJEU’)

Not all CJEU case law has adopted an expansive interpretation of non-discrimination provisions<sup>110</sup>. In *Parris v Trinity College Dublin*, it was ruled that Parris was unable to claim for ‘multiple or intersectional discrimination’ attempting to combine the grounds of sexual orientation and age discrimination<sup>111</sup>. Trinity College Dublin only allowed payment of survivor’s pensions, providing the marriage or civil partnership had been entered into before the age of 60. Since same-sex civil partnerships were only introduced in Ireland in 2011, this meant that only the same-sex civil partner of an employee who was born after 1951, could claim a survivor’s pension. Although Mr Parris had been in a relationship for 30 years, he only got civil partnered after the Civil Partnership Act 2010 came into force in the Republic of Ireland, when Mr Parris was 63 and just after he had retired. Trinity College Dublin refused his request for his partner to have his survivor’s pension. Rejecting the Opinion of Advocate General Kokott who would have found ‘...indirect sexual orientation discrimination as well as direct age discrimination...’<sup>112</sup>, the CJEU refused Parris’ claim as they would not allow a combination of sexual orientation and age discrimination<sup>113</sup>. Tryfonidou comments that the decision ‘demonstrates the [CJEU’s] failure to accept the reality of multiple discrimination’<sup>114</sup>. Howard gives the *Parris* case as an example of restrictive analysis by the CJEU of equality provisions and also cites as further evidence of this approach, restrictive case law from the CJEU concerning Muslim women wishing to wear veils in the workplace<sup>115</sup>. In *Achbita* the complainant challenged her employer’s rule that no one was able to wear ‘...visible signs

107 Article 14 provides that “The enjoyment of the rights and freedoms set forth in the European Convention on Human Rights and the Human Rights Act shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status”.

108 See for example European Court of Human Rights, October 22<sup>nd</sup> 1981, Application No 7525/76 *Dudgeon v United Kingdom* and European Court of Human Rights, July 24<sup>th</sup> 2003, Application no. 40016/98 *Karner v Austria*.

109 For discussion, see M. Dawson, E. Muir, and M. Claes, ‘Enforcing the EU’s Rights Revolution; the Case of Equality’ *European Human Rights Law Review* 2012 Vol 3 p. 276.

110 See Howard (n9) for discussion.

111 European Court of Justice, Grand Chamber, November 24<sup>th</sup> 2016, C-443/15 *Parris v Trinity College Dublin*.

112 Howard (n9) at 69 discussing *Parris v. Trinity College Dublin* (n111), Opinion Advocate General Kokott paragraphs 110, 146, and 159.

113 See for discussion D. Lahuerta Shiek, S. Benedi and A. Zybyszewska, ‘On Uses, Mis-Uses and Non-Uses of Intersectionality before the Court of Justice (EU)’, *International Journal of Discrimination and the Law*, 2018-06, Vol 18 (2-3) p.82-p.103.

114 See Howard (n9) referring to A. Tryfonidou, ‘Awaiting the ECJ Judgment in Coman: Towards the Cross-Border Legal Recognition of Same-Sex Marriages in the EU?’, *EU Law Analysis* March 2017 available at EU Law Analysis: Awaiting the ECJ Judgment in Coman: Towards the Cross-Border Legal Recognition of Same-Sex Marriages in the EU?

115 Howard (n9) referring to European Court Justice, Grand Chamber, March 14<sup>th</sup> 2017, Case C-157/15 *Achbita v. G4S* and European Court of Justice, Grand Chamber, March 14<sup>th</sup> 2017, C-188/15 *Bougnanou v. Micropole*.

of political, philosophical or religious beliefs...<sup>116</sup> Ultimately her refusal to obey resulted in her losing her employment. When interpreting Directive 2000/78 the CJEU found that the employer’s rule did not result in direct discrimination because all workers were treated equally<sup>117</sup>. No indirect discrimination was found either, as any undue burden could be supported by the legitimate aim of supporting the employer’s relationship with its customers<sup>118</sup>. Howard, when writing in 2018, subsequently stated that in areas of contention surrounding same-sex marriage and the wearing of headscarves that the ‘CJEU wants to tread carefully... and try to find a way of deciding these cases which can be supported by majority of Member States...’<sup>119</sup> Ultimately, she concluded that the ‘hierarchy of discrimination grounds’ still existed and ‘that the protection against discrimination on some grounds is stronger than others’<sup>120</sup> with protection from sexual orientation discrimination being low down the list of protected grounds. She considered that the case law of the CJEU ‘contributed to this hierarchy rather than challenging it’<sup>121</sup>. The next section investigates more recent case law from the CJEU demonstrating a more positive impact for LGBT persons.

## 8. CJEU judgments resulting in favourable outcomes for LGBT persons

More recently the CJEU has reached judgments resulting in favourable outcomes for LGBT persons. Of great prominence in this area is the high-profile case of *Relu Coman and Others v. Inspectoratul General pentru Imigrari and Others* (‘Coman’)<sup>122</sup>. In the area of family law the EU system defers to subsidiarity and the rights of member states to choose whether to legalise same-sex marriage<sup>123</sup>. However, in *Coman* the CJEU extended free movement and residence rights to the non-EU citizen same-sex spouse of a migrant Union citizen<sup>124</sup>. The CJEU determined that a non-EU citizen same-sex spouse must be granted the right to reside in Romania for more than 3 months, following the relocation of their EU citizen same-sex spouse to that Member State. This was the case even though Romania does not recognize same-sex marriages or partnerships domestically. Although the CJEU judgment in no way required EU states to introduced same-sex marriage in their own territory (but only to provide recognition – for the purpose of the grant of family reunification rights – to same-sex marriages contracted in other EU Member States), it has enhanced EU free movement rights for same sex couples. Tryfonidou comments on the inherent ‘symbolic value’ of *Coman*<sup>125</sup>.

Further in another move forwards for LGBT rights before the CJEU, in *MB v Secretary of State for Work and Pensions* (‘the MB case’) the CJEU ruled that trans citizens are entitled to acquire state pension at the age of their acquired gender<sup>126</sup>. The case concerned the requirement under the UK Gender Recognition Act 2004, for transpersons to annul their marriage before they would be granted a Gender Recognition Certificate in their new sex<sup>127</sup>. This was pre same-sex marriage being recognized in the UK in

116 *Ibid.*

117 *Ibid.* The CJEU was interpreting Directive 2004/43 including the general framework for combating discrimination on the grounds of religion or belief, disability, age or sexual orientation as regards employment or occupation.

118 *Ibid.*

119 Howard (n9) at p.74.

120 Howard (n9) at p.74.

121 Howard (n9) at p.74.

122 *Coman* (n16).

123 See for instance commentary on art 9 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union which states that Member States do not have an ‘explicit requirement to facilitate [same-sex] marriages’.

124 *Coman* (n16) paragraph 56.

125 A. Tryfonidou, ‘The EU Top Court Rules that Married Same-Sex Couples can Move Freely between EU Member states as Spouses’ Case C673/16 *Relue Adrian Coman Robert Clabourt Hamilton, Asocitia Accept v Inspectoratul general pentru Imigrari, Ministerul Afacerilor Interne Feminist Legal Studies* 2019 Vol 27 (2) p.211-p.22.

126 European Court of Justice, Grand Chamber, June 26<sup>th</sup> 2018, Case C-451/16. *MB v Secretary of State for Work and Pensions*.

127 Section 4 Gender Recognition Act 2004 as discussed in the (see the MB case (n126) para 29). The Gender Recognition Act 2004 therefore provided that in order to obtain a full gender recognition certificate not only did strict medical conditions have to



2013. However, many individuals naturally did not wish to annul their marriages, and so did not obtain Gender Recognition Certificates. Consequently, as they were not recognized in their new sex, they were not able to claim their pension at the age of 60, the lower age given to women pre pension reform. In *MB* a complaint was made that the UK position contravened Article 4 of Directive 79/7 which prohibits all forms of discrimination on grounds of sex as regards social security. The CJEU, although confining their decisions to non-discrimination in state pension age<sup>128</sup>, and not transgressing on state competencies in family law, followed a progressive approach to transpersons<sup>129</sup>. The CJEU determined in *MB* that transpersons are able to benefit from the progressive implementation of the principle of equality between sexes in matters of social security, therefore being able to acquire the state pension at the lower age of their acquired gender.

## 9. *NH v Lenford*: One step further towards levelling the hierarchy of protected rights

Howard argues that one of the reasons for the existence of a hierarchy of protected discrimination grounds, is that Directive 2000/78/EC, which prohibits religion, belief, disability, age and sexual orientation discrimination, only relates to employment, whereas Directive 2000/43/EC, prohibiting racial and ethnic origin discrimination, is much wider and not so restricted in its material scope<sup>130</sup>. It is therefore of interest to the analysis in this piece how the CJEU justified their extensive interpretation of EU law in *NH v Lenford*<sup>131</sup>. In the latter case, the CJEU made reference to a wide range of legislation and case law concerning not only sexual discrimination in employment law but also the interpretation of Directive 2000/43 on equal treatment of persons irrespective of racial or ethnic origin<sup>132</sup>. Rather than treating sexual orientation discrimination as lower down the hierarchy than other types of discrimination<sup>133</sup>, these were treated in a similar manner, with lessons to learn from one area translated to another. In *NH v Lenford*, the CJEU justified their expansive purposive approach by referring to the cases of *Runevič-Vardyn and Wardyn*<sup>134</sup> and *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*<sup>135</sup>, both of which concerned Directive 2000/43 on equal treatment of persons irrespective of racial or ethnic origin. In the former case the CJEU made a strong statement endorsing the importance of equality and the necessity of its wide-ranging interpretation. The CJEU stated that the Directive was ‘an expression, within the area under consideration, of the principle of equality, which is one of the general principles of European Union law, as recognised in Article 21 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, [thus] the scope of that directive cannot be defined restrictively...’<sup>136</sup> The subject matter of the case however, which concerned national rules about the spelling of a person’s surnames and forenames and the entering of these onto civil status certificates, only in a form governed by the spelling of the official national language, related to a situation outside of the scope of Directive 2000/43<sup>137</sup>.

---

be met but that also that a married applicant had to have their marriage annulled by the court (ss 4(3) and 5, GRA 2004). This provision was only reformed following the Marriage (Same Sex Couples) Act 2013, Sch 5 of which amended s 4 of the GRA 2004 to provide that a full gender recognition certificate could be issued to a married applicant if their spouse consents.

128 *MB* (n126) paragraph 27.

129 This reflects CJEU earlier case law concerning transpersons. See European Court of Justice, Grand Chamber, April 30<sup>th</sup> 1996, Case C-13/94 *P v S and Cornwall County Council*.

130 Howard (n9) referring to Directive 2000/78/EC,2 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation prohibiting discrimination on the grounds of religion or belief, disability, age and sexual orientation and Directive 2000/43/EC,1 prohibiting racial and ethnic origin discrimination.

131 *NH v Lenford* (n1).

132 Directive 2004/43 on equal treatment of persons irrespective of racial or ethnic origin.

133 As suggested by Howard (n6).

134 European Court of Justice, Grand Chamber, May 12<sup>th</sup> 2011, C-391/09.*Runevič-Vardyn and Wardyn*.

135 European Court of Justice, Grand Chamber July 16<sup>th</sup> 2015, C-83/14.*CHEZ Razpredelenie Bulgaria*.

136 *Runevič-Vardyn and Wardyn* (n134) paragraph 43.

137 *Ibid* Paragraph 44.

Ultimately however it was the principle of a wide interpretation of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin which was endorsed subsequently in the case of *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*<sup>138</sup>. Once again reference was made to the fact that the ‘principle of equality, which is one of the general principles of EU law, as recognised in Article 21 of the Charter, ... cannot be defined restrictively...’<sup>139</sup> Consequently, the facts of the case, which concerned the installation of electricity meters, were found to fall within the wide scope of the Directive. The subject matter of the dispute concerned a complaint that the electricity meters were installed at a height of between six or seven meters in the area of Dupnista (Bulgaria) whereas in other areas of the country this was a height of 1.7 meters. The residents of Dupnista argued that this meant they were overcharged as they were unable to check their consumption. Discrimination was alleged as Dupnista was primarily a Roma town. Ultimately the CJEU determined that such a measure would constitute direct discrimination<sup>140</sup>. Both cases were given as examples by the CJEU in *NH*, militating against ‘restrictive’ interpretations of equality provisions and justifying a wider purposive approach to sexual orientation discrimination<sup>141</sup>. Sexual orientation discrimination was not seen as lower down the hierarchy than other protected rights.

## 10. Brexit and Trade and Cooperation Agreement

As a British author, this article also considers the position following Brexit. For a wider audience the points are also relevant as they illustrate how far EU legislation and CJEU judgments have forced Member States to protect LGBT rights. Following Brexit, all EU law already incorporated into UK legislation will be retained<sup>142</sup>. New EU legislation and judgments from the CJEU will no longer apply automatically in the UK. In certain constrained ways under the terms of the TCA the EU and the UK will arguably continue to maintain limited influence over each other in the area of LGBT non-discrimination in employment<sup>143</sup>. Three points are worth noting here. Firstly both parties have agreed to uphold ‘shared values, principles of democracy and the rule of law, and respect for human rights...’<sup>144</sup> Whilst the European Convention is not specifically mentioned, it would seem to come under the reference to international human rights treaties made. Any judgments of the EctHR concerning discrimination against LGBT persons would therefore apply to both the UK and the EU. However, where arguably the EU is developing case law exceeding the protections from the EctHR this would not take automatic effect in the UK.

Secondly, in relation to ‘labour and social levels of protection’ more specifically defined to include – of relevance to this piece – ‘(a) fundamental rights at work and ... (c) fair working conditions and employment standards’<sup>145</sup>, the parties commit to a non-regression clause. The parties agree not to ‘weaken or reduce in a manner affecting trade or investment between the Parties, [their] labour and social levels of protection below the levels in place at the end of the transition period...’<sup>146</sup> In addition, the parties affirm their commitment to promoting and respecting core labour standards of relevance to this piece including ‘elimination of discrimination in respect of employment and occupation’<sup>147</sup> as further defined in

138 *CHEZ Razpredelenie Bulgaria* (n135).

139 *Ibid.* paragraph 42.

140 *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, (n135) unless being capable of being objectively justified by the intention to ensure the security of the electricity transmission network and the due recording of electricity consumption.

141 *NH v Lenford* (n1).

142 European Union (Withdrawal Act) 2018.

143 Trade and Cooperation Agreement between the European Union and the UK.

144 *Ibid.* Article LAW.GEN.3: Protection of human rights and fundamental freedom.

145 Trade and Cooperation Agreement Labour and social standards Article 6.1: Definition 1. For the purposes of this Chapter, “labour and social levels of protection” means the levels of protection provided overall in a Party’s law and standards, in each of the following areas: (a) fundamental rights at work; (b) occupational health and safety standards; (c) fair working conditions and employment standards; (d) information and consultation rights at company level; or (e) restructuring of undertakings.

146 Trade and Cooperation Agreement 6.2.

147 Trade and Cooperation Agreement Article 8.3: Multilateral labour standards and agreements Article 8.3. Paragraph 2(d).

International Labour Organisation documents<sup>148</sup>. It remains to be seen what effect these provisions will have in reality. The point in time for judgment of non-regression to be measured is as at the end of the transition period 31 December 2020. Even then much reference is given under the agreement in the TCA to the 'right of each Party to set its policies and priorities<sup>149</sup>' and to 'exercise reasonable discretion and make bona fide decisions'<sup>150</sup>. In order for the TCA to have any effect the alleged regression must affect 'trade or investment between the parties'<sup>151</sup>. It is unclear when this test would be met and it is difficult to envisage that differences in LGBT non-discrimination laws would meet this seemingly high and yet to be defined standard. In relation to both the non-regression clause and commitment to ILO standards there is a special rule on dispute settlement which requires the parties to refer the matter to a panel of experts<sup>152</sup>. Ultimately the panel's decisions are toothless as all they can do is make recommendations in their report. However a negative judgment could result in political impact. Further the parties have agreed that where the responding party 'chooses not to take any action in conformity with the panel of experts report... they may use the remedies authorised under Article Inst. 24'<sup>153</sup>. This includes the ability of the winning party to request compensation or suspension of obligations<sup>154</sup>.

Thirdly, although the TCA recognises the 'right of each Party to determine its future policies and priorities with respect to labour and social control...' <sup>155</sup> the TCA also refers to the possibility of 'rebalancing' in the event of significant divergences following future developments in labour law<sup>156</sup>. The latter however is subject again to the same special rules on arbitration and a different (higher) threshold to show that divergence affects trade or investment resulting in 'significant divergences.../[which have change[d] the circumstances that have formed the basis for the conclusion of this Agreement'<sup>157</sup>. If this then results in a 'material impact on trade or investment' the Parties are then able to take 'appropriate rebalancing measures to address the situation... [although these measures are] restricted to their scope and duration to what is strictly necessary and proportionate to remedy the situation'<sup>158</sup>. Once again it is difficult to envisage that future developments in LGBT non-discrimination laws would meet the yet undefined but seemingly even higher standards required to trigger the rebalancing clause. So therefore whilst the TCA does offer some limited opportunity for continuing EU and UK influence on each other this is subject to many constraints.

## 11. Conclusion

In *NH v Lenford* the CJEU determined that homophobic statements made in the course of a radio interview contravened relevant non-discrimination in employment law provisions in EU legislation<sup>159</sup>. This was despite the fact that these statements were made outside of a recruitment campaign and with no job offer having been made. What was of importance was that the statements were made by a person perceived to have influence on recruitment policy, which could prejudice applicants in deciding against future job applications<sup>160</sup>. Compensation was also payable to a non-profit representative agency, therefore

148 *Ibid.* referring to International Labour Constitution and International Labour Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-Up adopted at Geneva on 18 June 1999.

149 TCA Article 6.2: Non-regression from levels of protection para 1

150 TCA Article 6.2: Non-regression from levels of protection para 3.

151 Article 6.2: Non-regression from levels of protection para 2.

152 Article 9.2: Panel of experts.

153 TCA Article 9.3: Panel of experts for non-regression areas paragraph 3.

154 Article INST.24: Temporary Remedies para 2 and 3

155 Article 9.4 Rebalancing para 1

156 Trade and Cooperation Agreement Article 9.4 Rebalancing.

157 *Ibid.* Para 1

158 *Ibid* Para 2.

159 *NH v Lenford* (n1).

160 *Ibid.*

also widening the group of applicants who could bring cases<sup>161</sup>. The Italian Court of Cassation implemented the CJEU preliminary reference determining that there was a link between the statements made in the radio interview and employment, despite no ongoing recruitment campaign<sup>162</sup>. They also, following the CJEU, determined that freedom of expression guaranteed by the Italian constitution, had to be balanced against other rights, in this case protection from discrimination on the prohibited grounds listed, and that the latter prevailed<sup>163</sup>. It is argued that *NH v Lenford* is one further step in the continuing evolution of sexual orientation discrimination before the European Union, following extensive furthering of EU legislative tools including the EUCFHR (where sexual orientation is specifically listed as a protected ground of discrimination)<sup>164</sup> and a directive (Directive 2000/78) prohibiting discrimination on the basis of sexual orientation. This expansive purposive approach adopted by the CJEU in *NH v Lenford* corresponds with that of the CJEU in other areas, although strict respect for member state competencies in family law is maintained<sup>165</sup>.

Other authors argue that a hierarchy of protected characteristics exists, with LGBT discrimination least protected<sup>166</sup>. Analysis of the reasoning used by the CJEU in the *NH v Lenford* case, demonstrates that in making an extensive interpretation of non-discrimination provisions, the CJEU drew upon a wide range of case law to support their position<sup>167</sup>. Examples were taken from the area of non-discrimination on the basis of race and ethnic groups and these were held to justify a purposive approach in the area of sexual orientation discrimination<sup>168</sup>. The author would suggest that it is difficult to maintain the argument that a hierarchy of protected grounds still exists. This methodology, of borrowing precedents from a wide area of protected characteristics, will also be of use in assisting the CJEU in further development of non-discrimination on the basis of sexual orientation. Following Brexit, whilst under the terms of the European Union (Withdrawal Act) 2018, all existing EU law will be retained in UK domestic legislation<sup>169</sup>, future EU legislation and judgments from the CJEU will no longer have immediate effect in the UK. Under the terms of the TCA provisions relating to human rights<sup>170</sup>, non-regression clause in relation to labour rights<sup>171</sup> and rebalancing provisions in respect of future divergences in labour law<sup>172</sup> lead to the possibility of the UK and EU continue to affect each other in the area of LGBT non-discrimination law. In practice however there are significant hurdles to be overcome before arbitration or ultimately suspensions or fines are triggered, including requiring effect on 'trade or investment between the parties'<sup>173</sup>, as regards non-regression, and 'significant divergence' in labour law leading to a 'material impact on trade or investment', as regards rebalancing<sup>174</sup>. Going forwards UK citizens will no longer be able to benefit from such interventions from the CJEU as seen in *NH v Lenford*<sup>175</sup>, The EU will have limited effect on the UK, who will have to determine their own laws in this area.

161 *vIbid.*

162 Italian Court of Cassation, Section I Civil Ordinance 15 December 2020, n. 28646 (n6).

163 *Ibid.*

164 See Charter of Fundamental Rights of the European Union 2000/C 364/01 Article 21(1).

165 See *Coman* (n16) and *MB* (n126).

166 Howard (n9).

167 *NH v Lenford* (n1) referring to *Runevič-Vardyn and Wardyn* (n134) and *CHEZ Razpredelenie Bulgaria* (n135).

168 *NH v Lenford* (n1).

169 European Union (Withdrawal Act) 2018.

170 TCA Article LAW.GEN.3: Protection of human rights and fundamental freedom.

171 Trade and Cooperation Agreement 6.2.

172 Trade and Cooperation Agreement Article 9.4 Rebalancing.

173 Article 6.2: Non-regression from levels of protection para 2.

174 Trade and Cooperation Agreement Article 9.4 Rebalancing.

175 *NH v Lenford* (n1).



Marco Poli\*

## Maternità e surrogazione nel progetto di riforma nel Regno Unito: quando la *volontà* non basta

### Sommario

1. Introduzione. – 2. Maternità naturale e artificiale: unica e indisponibile. – 3. La surrogazione di maternità come eccezione alla maternità della gestante. – 3.1. Lo *status filiationis* nel panorama attuale. – 3.2. Lo *status filiationis* nel progetto di riforma. – 4. Genetiche e biologiche: la rilevanza delle origini nella costruzione di una maternità minore-centrica. – 4.1. Le soluzioni proposte. – 5. Una riforma disattesa: la riconferma della maternità escludente. – 6. Conclusioni: maternità biologica e maternità psicosociale, tra diritto alla vita privata e diritto alla vita familiare.

### Abstract

Questo contributo riflette sul concetto giuridico di madre, analizzando la rilevanza dell'elemento biologico e dell'accordo nell'attribuzione della titolarità del rapporto di filiazione. Pratiche come la procreazione medicalmente assistita e la surrogazione di maternità, infatti, mettono in crisi la maternità *ipso iure*, tradizionalmente costruita sulla rassicurante regola del *mater semper certa*. La disciplina del *new pathway*, contenuta nella proposta di riforma in materia di surrogazione nel Regno Unito, sembra stravolgere ulteriormente tale scenario: il parto non è più criterio centrale per l'attribuzione della maternità e la volontà assume *ab initio* rilevanza costitutiva dello *status* genitoriale. Tale innovazione, sebbene a prima vista paia rivoluzionaria, resta in realtà nel solco della maternità unica ed escludente, permettendo alle Commissioni di non affrontare la questione relativa all'autonoma rilevanza della maternità biologica e sociopsicologica, che meglio permetterebbe di rappresentare la pluralità di soggetti coinvolti in una surrogazione di maternità.

*This paper aims to provide a critical analysis of the legal concept of 'mother' in the UK lawscape, by investigating the influence of pregnancy and intention as factors on the attribution of motherhood. In the last decades, medically assisted reproduction and surrogacy have been challenging the common-law principle of mater semper certa est (the mother is always certain), but the recent UK proposal for surrogacy law reform seems to depart from it. In the new pathway, the intention of intended parents provides a means to address claims to legal parenthood at birth. By doing so, the Law Commissions have been willing to minimize the legal significance of childbirth. While at first glance the new pathway approach may appear as innovative, it rather sticks to the old path: motherhood remains exclusive, and by adopting the either/or approach it reinforces the idea that maternity and mothering are antagonist concepts.*

\* Dottorando in Diritto, Persona e Mercato presso l'Università di Torino e Research Associate presso la University of Antwerp – Faculty of Law.  
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

## 1. Introduzione

In seno al XIII Progetto di Riforma<sup>1</sup>, la *Law Commission* di Inghilterra e Galles e la *Scottish Law Commission* hanno rilevato la desuetudine e la problematicità della disciplina relativa alla surrogazione di maternità<sup>2</sup> nel Regno Unito<sup>3</sup>, evidenziando la necessità di un intervento normativo. Attualmente, infatti, il processo di attribuzione di genitorialità giuridica ai genitori intenzionali può richiedere molti mesi per essere completato e non riflette la realtà della vita familiare del bambino, oltre ad influire negativamente sulla capacità dei genitori designati di prendere decisioni per la prole. Per far fronte a tali problematiche, le Commissioni hanno sviluppato una proposta di riforma, sottoposta a consultazione<sup>4</sup>. Nel documento consultivo congiunto si è delineato un nuovo approccio alla genitorialità, il *new pathway*. La *ratio* è quella di garantire un miglior supporto giuridico a tutti i soggetti coinvolti nella surrogazione: le persone minori, surrogate, donatori, donatrici e genitori intenzionali. Nello specifico, con l'intento di dare un riscontro alla volontà dagli adulti coinvolti e per garantire, nell'interesse dei minori, una maggiore certezza dei rapporti, le Commissioni hanno proposto di consentire ai genitori intenzionali di diventare genitori legali *ab initio*, a condizione che la surrogata mantenga il diritto di opporsi per un breve periodo dopo la nascita. Tale proposta, limitando la rilevanza giuridica al processo biologico del parto, fino quasi ad eliminarla, ha, come è evidente, delle ripercussioni sullo *status* della surrogata.

Questo lavoro si propone di analizzare la costruzione giuridica del concetto di maternità nella pratica della surrogazione, guardando in particolare alle novità introdotte dalla disciplina del *new pathway* e indagandone l'innovatività, paventata dalle Commissioni.

Il contributo si compone di sei paragrafi. Dopo una ricognizione della nozione di maternità giuridica, che guarda anzitutto alla filiazione naturale e ai casi di procreazione medicalmente assistita (sez. 2), l'analisi si sposta sulla surrogazione di maternità, tradizionalmente interpretata come eccezione alla regola generale del *mater semper certa* (sez. 3). Si procede dunque ad una ricostruzione della disciplina ad oggi in vigore e di quella proposta nel *consultation paper*, facendo emergere il mutato atteggiamento in relazione al valore costitutivo della volontà e del parto. Nell'indagare il concetto giuridico di madre, visceralmente ancorato all'identità di ognuno, non si è potuto esimersi dall'affrontare la tematica del diritto alle origini, portando alla luce la rilevanza dei legami genetici e di quelli biologici (sez. 4). Il quinto paragrafo mette poi in luce come gli elementi di discontinuità rispetto alla disciplina tradizionale, evidenziati nel terzo paragrafo, non facciano altro che riconfermare l'impostazione escludente della maternità unica. L'analisi si conclude con alcune riflessioni sul ruolo del parto e della volontà nel riconoscimento della maternità giuridica: in un sistema caratterizzato dal binarismo genitori/terzi della famiglia nucleare, si mette in luce la necessità di frazionare la nozione unica e indisponibile di madre per garantire un'adeguata rappresentazione giuridica alle complessità introdotte dalla surrogazione.

- 
- 1 La descrizione del Progetto e i relativi report sono reperibili nel sito della Law Commission, *lawcom.gov.uk*, al link: <https://www.lawcom.gov.uk/project/13th-programme-of-law-reform/> (ultima consultazione, 07.09.2020).
  - 2 Tra le diverse espressioni usate per indicare questa pratica (si pensi a surrogazione di maternità, utero in affitto, gestazione per altre/i), si utilizzeranno qui le dizioni di *surrogazione di maternità* e *madre surrogata*, aderenti all'originale inglese *surrogacy* e *surrogate mother*, meglio in grado di riflettere, nella resa italiana, le sfumature linguistiche e giuridiche oggetto di analisi. A tal proposito Brazier e Cave affermano che «[l]anguage is instructive. A surrogate mother may be seen as a person with a relationship with and interest in the child born. A gestational carrier is more easily perceived as simply a service provider». Così, M. Brazier, E. Cave, *Medicine, patients and Law*, Manchester, Manchester University Press, 2016, pp. 388-9. In particolare, *surrogazione* deve essere inteso come la forma abbreviata di "surrogazione di maternità", così come *surrogata* di "madre surrogata".
  - 3 Alla fine degli anni Novanta, Galles, Scozia e Irlanda sono stati dotati di Assemblee cui è stato attribuito potere legislativo primario nelle cd. *devolved matters*. A fronte di un generale riconoscimento della competenza legislativa in materia di politiche sanitarie a tutte e tre le Assemblee, però, il potere di legiferare in materia di surrogazione di maternità resta di competenza del Parlamento del Regno Unito. Cfr. Schedule 5 dello Scotland Act 1998; Schedule 3 del Northern Ireland Act 1998; Schedule 7A del Government of Wales Act 1998.
  - 4 Le Commissioni hanno infatti collaborato alla stesura di un *consultation paper*, sottoposto a consultazione, chiusasi l'11 ottobre 2019. Le tappe del processo di riforma sono raccolte nel sito della Law Commission, *lawcom.gov.com*, al link: <https://www.lawcom.gov.uk/project/surrogacy/> (ultima consultazione, 07.09.2020). M. Poli, *The New Pathway: luci e ombre del progetto di riforma in materia di gestazione per altri nel Regno Unito*, in *BioLawJournal*, 2020, 2, pp. 349-372.

## 2. Maternità naturale e artificiale: unica e indisponibile

Il concetto giuridico di madre, un tempo dato per scontato, è invece oggi oggetto di dibattito a causa del nuovo livello di complessità introdotto da pratiche quali la procreazione medicalmente assistita e la surrogazione. Queste hanno reso evidente come l'attribuzione della genitorialità, di solito presentata come assiomatica, sottenda in realtà una scelta - e quindi un giudizio - consapevole relativamente a quali siano gli elementi costitutivi per lo *status* (e quali no)<sup>5</sup>.

Nel Regno Unito, il concetto giuridico di *madre* riflette il paradigma della filiazione *naturale*, con ciò intendendosi la procreazione a seguito di un rapporto eterosessuale: è madre colei che affronta la gravidanza e partorisce.

Già nell'*Amphill Peerage Case*, infatti, Lord Simon aveva statuito che «sebbene integri un rapporto giuridico, la maternità è basata su un dato di fatto, dimostrato in modo tangibile dal parto»<sup>6</sup>. La maternità, dunque, nella filiazione naturale, segue la regola del *mater semper certa* e il parto ne è l'elemento costitutivo.

In tal senso, il parto anonimo, o meglio, l'assenza di tale istituto nell'ordinamento del Regno Unito, rappresenta una conferma della rilevanza impositiva della dimensione biologica. A differenza di Francia<sup>7</sup> e Italia<sup>8</sup>, infatti, colei che partorisce non può opporsi alla registrazione del suo nome nell'atto di nascita della persona minore<sup>9</sup> e all'attribuzione della titolarità del rapporto di filiazione. Le donne sono trattate come madri durante tutta la gravidanza e «l'interruzione di gravidanza è l'unica possibilità concessa ad una donna incinta che non voglia divenire madre»<sup>10</sup>.

La rilevanza del parto resta centrale anche nei casi di procreazione medicalmente assistita (PMA). La *section 33(1)* HFEA 2008, intitolato *il significato di "madre"*, infatti, riporta che «potrà essere riconosciuta quale madre soltanto la donna che stia portando avanti o abbia portato a termine una gravidanza, quale risultato dell'impianto di un embrione o di sperma e cellule uovo, e nessun'altra»<sup>11</sup>. Allo stesso modo, poi, la *Section 47* HFEA 2008 chiarisce che la donatrice di cellule uovo non è *ipso iure* madre per il solo fatto di aver contribuito con i propri gameti all'IVF<sup>12</sup>.

Tali previsioni ribadiscono la rilevanza costitutiva del parto (e del parto soltanto) nell'attribuzione dello *status* di madre, escludendo invece autonoma rilevanza costitutiva al legame genetico e/o sociale<sup>13</sup>.

Siffatta impostazione appare ancora più evidente in alcuni casi che ne mettono alla prova la tenuta e che, a scopo esemplificativo, si andranno ora brevemente a delineare.

5 Così anche A. Diduck, F. Kaganas, *Family Law, Gender and the State*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 125. «[W]hile it is usually presented as a question of fact, the determination of which of the features that are normally associated with parenthood should be singled out as identifying the "real" mother or father of a child is actually a question of judgment».

6 Liberamente tradotto da «Motherhood, although also a legal relationship, is based on a fact, being proved demonstrably by parturition». Così, *Amphill Peerage Case* [1977] A.C. 547, §577.

7 Art. 341-1 Code Civil. «Al momento del parto, la madre può chiedere che il ricovero e il parto vengano mantenuti segreti». Liberamente tradotto da «Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé». Per un'evoluzione storica dell'istituto, cfr. M. Iacub, *Naître sous X*, in *Savoirs et Clinique*, 2004, 1(4), pp. 41 ss; T. Gründler, *Les droits des enfants contre les droits des femmes: vers la fin de l'accouchement sous X?*, in *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, 2013, 3, consultato in formato digitale al link <http://journals.openedition.org/revdh/197> (ultima consultazione, 07.09.2020).

8 Legge 4 maggio 1983, n. 184. J. Long, *L'accesso dell'adottato adulto figlio di partoriente anonima alle sue origini familiari e genetiche*, in *Minorigiustizia*, 2015, 3, pp. 211 ss.

9 *Births and Deaths Registration Act*, 1953, 1 & 2 Eliz. 2, c. 20.

10 M. Freeman, A. Margaria, *Who and What Is a Mother? Maternity, Responsibility and Liberty*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 2012, 13, p. 157.

11 Liberamente tradotto da «The woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child».

12 In tal senso, la *section 47* HFEA 2008 chiarisce che la donatrice di cellula uovo non sarà riconosciuta dal diritto quale madre per il solo fatto di aver fornito il gamete: l'attribuzione dello *status* è vincolato alla gravidanza e al parto.

13 Sulla rilevanza dell'adozione, v. *ultra*.

Si pensi, ad esempio, alla maternità di una coppia composta da due donne. In quel caso, potrà essere madre solo colei che ha partorito, mentre la moglie, *civil partner*<sup>14</sup> o compagna<sup>15</sup> assumerà, dopo la nascita della prole, lo *status* di *genitore*<sup>16</sup>. Ciò accadrà sia nel caso in cui la donna non abbia partecipato geneticamente al progetto genitoriale, sia qualora la stessa abbia invece contribuito alla nascita fornendo il materiale genetico impiegato nella formazione dell’embrione, poi impiantato nell’utero della compagna. Sebbene entrambe le donne saranno in egual misura titolari del rapporto di filiazione, colei che non ha partorito, non sarà mai madre. Si palesa, in tal senso, un contrasto evidente tra il linguaggio di genere utilizzato nell’identificazione delle figure giuridiche di *madre*<sup>17</sup> e *padre*<sup>18</sup>, e la dicitura neutra cui si è ricorsi per descrivere la genitore che non è *genitrice*. Nonostante la distinzione terminologica tra *madre* e *genitore* non comporti, nella fase fisiologica del rapporto orizzontale, alcuna differenza *ipso iure* nelle attribuzioni, il ricorso ad uno *status* indefinito come quello di *non-gestational female parent* ha determinato, a livello giurisprudenziale, risultati altalenanti e contraddittori nella rilevanza di tale figura nella risoluzione delle situazioni conflittuali<sup>19</sup>. Già questo scenario ci permette di assistere a quello che facilmente potremmo percepire come un cortocircuito: siamo di fronte ad una genitorialità femminile che non si può ascrivere alla maternità. Questo senso di smarrimento è imputabile alla riproposizione di un modello tradizionale di maternità giuridica unica ed escludente che ricalca la maternità nella filiazione naturale<sup>20</sup>. Madre è solo colei che resta incinta e partorisce: a nessun’altra potrà essere attribuito quello *status*. La necessità di ricorrere a perifrasi articolate o ad attribuzioni di *status* neutre rispetto al genere, rende palese come la madre non biologica non sia *madre* agli occhi del diritto<sup>21</sup> e «non esista un’autonoma dicitura capace di garantirle rappresentazione giuridica».<sup>22</sup>

Allo stesso modo, gravidanza e parto si sono riconfermati condizione necessaria e sufficiente per l’attribuzione dello *status* di madre in *TT, R v The Registrar General for England and Wales*<sup>23</sup>. Nel caso di specie, un uomo transessuale<sup>24</sup>, dopo aver sospeso l’assunzione di testosterone, si è sottoposto ad un trattamento della fertilità finalizzato alla fecondazione di sue cellule uovo con spermatozoi di un donatore. Quando, dopo il parto, l’ufficiale di stato civile ha informato l’uomo che sarebbe stato registrato come *madre*, questo è ricorso in giudizio chiedendo di vedersi attribuire lo *status* di padre o, in via subordinata, di genitore. Nel decidere in senso contrario, la *Family division* della *High Court* ha affermato che «sussiste una differenza sostanziale tra l’identità di genere di un soggetto e il suo *status* genitoriale. Sebbene essere *madre* sia sempre stata considerata una prerogativa femminile, lo *status* è attribuito alla persona che affronta il processo fisico e biologico della gravidanza e del parto. Ad oggi, è possibile – tanto da un punto di vista medico quanto giuridico – che un uomo *ipso iure* sperimenti la gravidanza e il parto. Nonostante il genere anagrafico sia quello di uomo, il suo *status* genitoriale, che deriva dal

14 S.42 (1) HFEA 2008

15 S.43 HFEA 2008

16 Per descrivere la figura della donna che, oltre alla madre gestazionale, ricopre un ruolo genitoriale, vengono usate varie dizioni, quali, ad esempio, *Co-Mother, Co-Parent, Other Mother, Second Female Parent, etc.* V. nota 12.

17 S.33 HFEA 2008.

18 S.35-37 HFEA 2008.

19 Brown, a tal proposito, analizza il concetto di *non-gestational female parent* nella crisi della coppia genitoriale lesbica (1) e nel contrasto tra coppia genitoriale lesbica e donatore (2). Così, A. Brown, *What is the Family of Law? The Influence of the Nuclear Family*, Oxford, Hart, 2019, pp. 158 ss. A livello giurisprudenziale, *ex multis*, per (1): *Re G (Children)(Residence: Same-Sex Partner)* [2006] 2 FLR 629 and *Re G (Children) (Shared Residence Order: Biological Non-Birth Mother)*[2014] 2 FLR 897; per (2): *A v B and C (Role of Father)*[2012] 2 FLR 607 and *Re G, Re Z (Children: Sperm Donors: Leave to Apply for Children Act Orders)*[2013] 1 FLR 1334.

20 *Mutatis mutandis*, si rimanda alle riflessioni di F. Swennen, M. Croce, *The Symbolic Power of Legal Kinship Terminology: An Analysis of ‘Co-Motherhood’ and ‘Duo-Motherhood’ in Belgium and the Netherlands*, in *Social and Legal Studies*, 2015, 25, 2, pp. 181-203.

21 Per una riflessione sulla necessità di un linguaggio giuridico capace di rappresentare la complessità dell’universo familiare, A. Diduck, *If only we can find the appropriate terms to use the issue will be solved: Law, identity and parenthood*, in *Child and Family Law Quarterly*, 2007, 19(4), pp. 458-480.

22 A. Brewaeys, *Lesbian Couples in DI Practice*, in *The Regulation of Assisted Reproductive Technology*, J. Gunning, H. Szoke (ed.), Farnham, Ashgate, 2003, p. 148. Liberamente tradotto da «there is not even a name to make her visible».

23 In re: *TT, R (On the Application Of) v The Registrar General for England and Wales* [2019] EWHC 2384 (Fam).

24 Nel caso di specie, a TT, è stato concesso un certificato di rettifica anagrafica del genere (*Gender Recognition certificate*) nell’aprile del 2017, prima che lo stesso si sottoponesse al trattamento per la fertilità. Ai sensi della section 9.1 del *Gender Recognition Act 2004*, con il rilascio del *GR certificate*, la persona cui è destinato acquisisce a tutti gli effetti il genere indicato nell’atto.



ruolo biologicamente ricoperto nel parto, è quello di madre»<sup>25</sup>. Di nuovo, si riconferma la regola per cui, per determinare chi sia madre, «[c]iò che conta quindi è, essenzialmente, l'esperienza procreativa della gravidanza e del parto, a prescindere da chi la porti avanti, sia esso un uomo o una donna»<sup>26</sup>.

In base alla casistica ora riportata, appare evidente come la maternità sia *unica*: una sola donna può essere titolare dello *status* ed è colei che ha partorito. Non ci sono maternità *altre*: le figure femminili che non hanno gestato, infatti, saranno *genitori* (non madri) agli occhi del diritto. La maternità unica risulta altresì *indisponibile*: chi partorisce non può determinarsi nell'attribuzione della titolarità del rapporto, che viene imposto per il fatto biologico del parto, indipendentemente dall'identità di genere della persona coinvolta.

In dottrina si individuano tre possibili *rationes* sottese alla regola in esame<sup>27</sup>. Anzitutto, la centralità del legame gestazionale potrebbe trovare fondamento nella cura e nel dolore insiti in gravidanza e parto. «La madre gestazionale ha dato tutta se stessa al minore, più della madre genetica»<sup>28</sup>: il legame instaurato tramite gravidanza e parto, dunque, costituirebbe elemento costitutivo autonomo e sufficiente alla formazione dello *status* di madre. La seconda possibile *ratio*, invece, muove dall'assunto che il parto costituisca di per sé un elemento di fatto più facilmente tracciabile e accertabile, rispetto alla donazione di una cellula uovo: in tal senso, la regola in esame si proporrebbe di tutelare la certezza dei rapporti familiari. Infine, nell'ultima ipotesi formulata, la scelta di non far discendere la maternità dal legame genetico rappresenterebbe un incentivo alla donazione di gameti. L'automatica attribuzione dello *status* e dei relativi diritti e doveri, infatti, potrebbe spingere molte a desistere dal prestarsi a tale pratica.

Parallelamente, a livello giurisprudenziale, nel caso Re G [2006]<sup>29</sup>, la Baronessa Hale ha esposto che:

«Se, in parte, questa impostazione [quella di *favor gestationis*] potrebbe rappresentare la risposta ad un'esigenza di certezza e convenienza, essa riconosce anche una verità più profonda: che il processo del portare in grembo un bambino e del metterlo al mondo (che potrebbe poi essere seguito dall'allattamento al seno per alcuni mesi) porta con sé, nella stragrande maggioranza dei casi, una relazione molto speciale tra madre e figlio, una relazione diversa da qualsiasi altra»<sup>30</sup>.

Alla luce di quanto affermato da dottrina e giurisprudenza e della rilevanza da questi associata al rapporto, tra surrogata e minore, instaurato *in ragione del* parto, la soluzione individuata dall'ordinamento del Regno Unito fa emergere in modo chiaro come, il concetto giuridico di *madre* sia non solo unico, ma anche indissolubile: la dimensione genetica, biologica e sociopsicologica si concentrano in un'unica figura, quella della donna che partorisce. Ciò riflette inequivocabilmente la riproposizione *tout court* della filiazione naturale, in cui l'assimilazione dei legami genetico, biologico e di cura è dato per scontato. *L'id quod plerumque accidit* è stato imposto come regola generale, impedendo di riflettere su modelli diversi, tanto che «costruzioni alternative del concetto giuridico di *madre* non trovano accoglimento in relazione allo *status* e ai diritti relativi alla persona minore concepita tramite la donazione di gameti»<sup>31</sup>, e non solo.

25 Id. § 279. Liberamente tradotto da: «There is a material difference between a person's gender and their status as a parent. Being a "mother", whilst hitherto always associated with being female, is the status afforded to a person who undergoes the physical and biological process of carrying a pregnancy and giving birth. It is now medically and legally possible for an individual, whose gender is recognised in law as male, to become pregnant and give birth to their child. Whilst that person's gender is "male", their parental status, which derives from their biological role in giving birth, is that of "mother"».

26 M. Mantione, *Il parto non è solo donna: la decisione dell'High Court inglese richiama l'attenzione sul concetto di "madre"*, in *Minori-giustizia*, 2019, 3, p. 186.

27 J. Herring, *Family Law*, Harlow, Pearl, 2017, p. 356.

28 *Id.*, Liberamente tradotto da «The gestational mother has given more of herself to the child than the genetic mother». L'autore sostiene che «the most convincing argument is that the care, pain and effort of pregnancy and childbirth and the closeness of the bond which develops through pregnancy and birth justifies the status of motherhood». Cfr. Sul punto J. Herring, *Caring and the Law*, Oxford, Hart Publishing, 2013.

29 Re G (Child) (Residence: Same Sex Partner) [2006] 1 FCR 436.

30 *Id.* § 34. Corsivo mio. Liberamente tradotto da «While this may be partly for reasons of certainty and convenience, it also recognises a deeper truth: that the process of carrying a child and giving him birth (which may well be followed by breast-feeding for some months) brings with it, in the vast majority of cases, a very special relationship between mother and child, a relationship which is different from any other».

31 C. Jones, *Parents in Law: Subjective Impacts and Status Implications around the Use of Licensed Donor Insemination*, in *Feminist Perspectives on Family Law*, A. Diduck e K. O'Donovan (ed.), Abington, Routledge-Cavendish, 2006, p. 80. Liberamente tradotto da «[...] alternative constructions of 'mother' are disqualified for the purposes of legal status and rights in relation to the donor-conceived child».

A ciò si potrebbe facilmente ribattere, facendo notare come l'adozione introduca nell'ordinamento la maternità "non naturale" per eccellenza. In modo non provocatorio, a parere di chi scrive, l'istituto dell'adozione non fa che confermare l'unicità e l'esclusività della nozione giuridica di madre. Affinché la madre adottiva possa vedersi riconosciuta la titolarità dello *status filiationis*<sup>32</sup>, infatti, è prevista la cancellazione della genitrice<sup>33</sup>, cui, alla nascita, era stata imposta la titolarità del rapporto di filiazione. In tal senso l'ordinamento dimostra ancora una volta l'impossibilità di scindere lo *status* unico madre (*motherhood*), negando così autonoma dignità giuridica<sup>34</sup> alla maternità biologica (*maternity*) e alla maternità sociopsicologica (*mothering*)<sup>35</sup>. Queste, infatti, sono sempre state interpretate come elementi di fatto, da riscontrare, all'occorrenza, per dimostrare la titolarità della maternità giuridica, precludendo l'affermarsi di una maternità plurale.

### 3. La surrogazione di maternità come eccezione alla maternità della gestante

In dottrina si è notato come «la legge inglese attribuisca lo *status* di madre alla gestante, perché questo produrrà il risultato corretto in termini di genitorialità in tutti i casi, tranne che per quelli di surrogazione di maternità»<sup>36</sup>.

La *surrogacy*, dunque, si scosta dalla filiazione naturale, mettendo potenzialmente in crisi la maternità *ab initio* unica ed escludente e la relativa attribuzione delle componenti genetico, biologica e di cura ad un'unica donna<sup>37</sup>. Come è noto, infatti, la surrogazione di maternità è la pratica tramite la quale, sulla base di un accordo preventivo, una donna, la madre surrogata, dà alla luce per un altro soggetto o un'altra coppia (c.d. genitori intenzionali) un figlio o una figlia, con cui non sussiste necessariamente un vincolo genetico.

Può infatti verificarsi il caso in cui colei che fornisce la cellula uovo, la gestante e la madre intenzionale siano tre persone distinte.

Nei prossimi paragrafi ci si propone di indagare la costruzione della maternità giuridica, facendo particolare attenzione al mutato atteggiamento legislativo nei confronti della volontà delle parti e le conseguenti ripercussioni sullo *status* della surrogata.

32 ACA 2002, s 46(1).

33 Più in generale l'*adoption order* estingue lo *status* e la responsabilità genitoriale di chiunque non sia l'adottante/gli adottanti. Ai sensi della *section 67* ACA 2002, infatti, una persona adottata è, agli occhi del diritto, figlia naturale dell'adottante o degli adottanti (*an adopted person is to be treated in law as if born as the child of the adopters or adopter*). Sull'impatto del diritto alle origini, v. *ultra* para. 4.

34 A. Diduck, K. O'Donovan, *Feminism and Families: Plus Ça Change?*, in *Feminist Perspectives on Family Law*, A. Diduck, K. O'Donovan (eds.), Abingdon, Routledge-Cavendish, p. 10.

35 Sulla distinzione tra *maternity* e *mothering* e le ricadute sull'autodeterminazione della donna, v. K. O'Donovan, J. Marshall, *After Birth: Decisions about Becoming a Mother*, in *Feminist Perspectives on Family Law*, A. Diduck, K. O'Donovan (a cura di), Abingdon, Routledge-Cavendish, pp. 101 ss.

36 Liberamente tradotto da «English law views the gestational mother as the legal mother because this will produce the right result in terms of parentage for all cases except for surrogacy». G. Douglas, *The Intention to Be a Parent and the Making of Mothers*, in *The Modern Law Review*, 1994, 57, p. 640.

37 Sul riconoscimento giuridico di maternità plurali, v. F. Swennen, *Motherhoods in the Law*, in H. Willekens, K. Scheiwe, T. Richarz, E. Schumann (eds.), *Motherhood and the Law*, Göttingen, 2019, pp. 101-18.

### 3.1. Lo status filiationis nel panorama attuale

Come accennato, attorno alla surrogazione di maternità gravitano una pluralità di soggetti: la madre surrogata, i genitori intenzionali e, potenzialmente, una donatrice e/o un donatore di gameti. È possibile, proprio in base alle persone coinvolte, distinguere due forme di *surrogacy*, quella *tradizionale*<sup>38</sup> e quella *gestazionale*<sup>39</sup>.

A fronte di questa pluralità di soggetti, viene spontaneo chiedersi chi sia *ipso iure* genitore. L'ordinamento del Regno Unito, a differenza di altri<sup>40</sup>, non diversifica la risposta giuridica a seconda che si ricada nel primo o secondo scenario.

Come già riportato, il mero legame genetico non è giuridicamente determinante per l'attribuzione dello *status filiationis*. Centrale, invece, nella determinazione della genitorialità giuridica, è il cd. *surrogacy agreement*, un accordo nel quale, anteriormente all'inizio della gestazione, surrogata e genitori intenzionali stabiliscono che la prima porterà avanti la gravidanza con l'intento di affidare il nascituro ai secondi, che saranno gli unici genitori *ipso iure*. L'attribuzione dello *status* genitoriale alla coppia, però, non si produce per effetto della mera *volontà* delle parti, così come manifestata nell'accordo: è infatti necessario l'intervento del giudice competente, tramite *parental order* (*p.o.*). Si tratta di una pronuncia *dichiarativa*<sup>41</sup>, tramite la quale viene giudizialmente accertata la genitorialità giuridica dei genitori intenzionali, eliminando quella della madre surrogata.

Il *parental order*, dunque, ricopre un ruolo fondamentale. In base alla disciplina attualmente in vigore, infatti, la genitorialità *ipso iure* relativa alle persone di età minore nate tramite surrogazione è *inequivocabile*<sup>42</sup>: la gestante è, al momento della nascita, *madre* e i genitori intenzionali devono, in un successivo momento, fare domanda di *parental order* per veder stabilito un legame giuridico di filiazione con il nato.

Più nel dettaglio, alla nascita, la gestante è, nei confronti della persona minore, madre giuridica e titolare della responsabilità genitoriale<sup>43</sup>. Anche la persona con cui è sposata o unita civilmente ricopre lo *status* di genitore giuridico, a prescindere dalla sussistenza di legami genetici.

Nell'ipotesi in cui la madre non sia sposata o unita civilmente, invece, la legge riconosce la paternità giuridica del padre intenzionale che abbia un legame genetico con la persona minore<sup>44</sup>. Affinché allo stesso venga attribuita anche la responsabilità genitoriale<sup>45</sup>, dovranno essere rispettati i requisiti dettati dalla *sec. 4 del Children Act 1989*.

Se, dopo la nascita, tutto procede come originariamente pattuito nell'accordo di surrogazione, la surrogata affiderà – *de facto* – la persona minore ai genitori intenzionali e questi provvederanno a richiedere un *p.o.* In tale ipotesi, la coppia committente si vedrà riconosciuta – *ipso iure* – la genitorialità giuridica e la titolarità della responsabilità genitoriale, estinguendo così lo *status* di madre della surrogata<sup>46</sup>.

38 *Traditional surrogacy* (conosciuta anche come *straight* o *partial surrogacy*). Nella surrogazione tradizionale, la madre surrogata non contribuisce solo biologicamente alla nascita, ma anche geneticamente alla formazione dell'embrione, fornendo la cellula uovo che sarà fecondata con il materiale genetico del padre intenzionale.

39 *Gestational surrogacy* (conosciuta anche come *host* o *full surrogacy*). Nello scenario della surrogazione gestazionale, la madre surrogata non ha alcun legame genetico con l'embrione, che sarà il risultato di una IVF omologa o eterologa (a seconda che si ricorra a gameti forniti, rispettivamente, dai soli genitori intenzionali o anche da terzi).

40 Sull'impostazione californiana del cd. *modello forte* v. M. Gattuso, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, in *Riproduzione e relazione: la surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (a cura di), CIRSDe – Collana "Studi di Genere. Convegni", Vol. 5, Torino, 2019, pp. 3 ss.

41 Liberamente tradotto da «Declaratory order».

42 Così J. Herring, *Family Law*, Harlow, Pearl, 2017, p. 368.

43 S. 33 HFEA 2008.

44 Ss. 36-38 HFEA 2008.

45 La s. 3 del *Children Act 1989* definisce la responsabilità genitoriale come «all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent has in relation to the child and administration of his/her property».

46 S. 54 HFEA 2008. L'effetto *trasformativo* (cfr. nota 33) non si limita al solo *status* giuridico, ma anche ad una dimensione più intima, legata all'identità stessa del/della minore.

Per ottenere una pronuncia di questo tipo, i genitori intenzionali dovranno integrare i requisiti previsti alle ss. 54 e 54A HFEA 2008<sup>47</sup> e seguire la procedura *ex Part 13* del *Family Procedure Rules 2010*<sup>48</sup>.

È chiaro quindi che, affinché i genitori intenzionali possano essere identificati *ipso iure* quali genitori del minore nato tramite surrogazione di maternità, è fondamentale la concessione di un *p.o.* L'ordinamento UK, infatti, nell'individuare il legame materno, attribuisce, *ab initio*, rilevanza costitutiva al solo dato biologico. L'atto di nascita si formerà registrando la maternità giuridica della madre surrogata. La volontà di genitorialità dei genitori intenzionali assumerà rilievo giuridico solo in un secondo momento, con il *parental order* pronunciato da una *Family Court*, e comunque solo qualora vengano rispettate le condizioni tassativamente previste *ex lege*. La volontà, dunque, assume una rilevanza soltanto *so-pravvenuta*, limitatamente alle ipotesi ritenute meritevoli dal legislatore. In quest'ottica, i *parental orders* assumono, nell'ordinamento britannico e nord-irlandese, la valenza di «*transformative orders*»<sup>49</sup>, capaci di garantire rappresentazione e tutela alla genitorialità dei genitori intenzionali instaurata a seguito di una surrogazione di maternità, che finisce per cancellare la rilevanza – fino a quel momento centrale – dell'esperienza del parto e della gravidanza.

### 3.2. Lo status filiationis nel progetto di riforma

Il *consultation paper* presentato delle Commissioni di Riforma propone di affiancare *all'iter* tradizionale un nuovo procedimento per il riconoscimento della genitorialità nei casi di surrogazione di maternità. Il *new pathway (n.p.)* si caratterizza per la possibilità di attribuire ai genitori intenzionali la titolarità del rapporto di filiazione *ab origine*, fatta salva la possibilità per la madre surrogata di opporvisi dopo il parto.

In tale nuova procedura, per garantire adeguata tutela ai soggetti coinvolti, le Commissioni hanno individuato specifici requisiti di idoneità<sup>50</sup> e garanzie procedurali<sup>51</sup>. Limitatamente a ciò che è rilevante ai fini di questa indagine, è importante rilevare come, nel *n.p.*, a differenza di quanto previsto *ex s. 54* HFEA 2008, non sia necessario che almeno uno dei genitori intenzionali condivida un legame genetico con il minore<sup>52</sup>.

Per accedere al *n.p.*, le parti dovranno stipulare un *surrogacy agreement*<sup>53</sup> prima del concepimento. L'accordo dovrà contenere una dichiarazione atta a dimostrare la volontà<sup>54</sup> delle parti a che, alla nascita, il bambino partorito dalla surrogata viva con i genitori intenzionali, che ne saranno i genitori *ipso iure*. Dovrà inoltre essere formalizzato l'accordo relativo al fatto che la madre surrogata e l'eventuale partner<sup>55</sup> non saranno genitori legali. Dopo il parto, la madre surrogata avrà, comunque, per un periodo limitato, il diritto di opporsi all'acquisizione della genitorialità giuridica da parte dei genitori intenzionali.

47 Ad oggi, il *parental order* può essere richiesto da single e coppie sposate, unite civilmente o conviventi more uxorio. La persona nata tramite *surrogacy* dovrà condividere un legame genetico con almeno uno dei genitori intenzionali. Al momento in cui viene formulata la domanda di *p.o.*, i genitori intenzionali devono risiedere nel Regno Unito, nelle Isole del Canale o nell'Isola di Man e a loro deve essere affidata la persona minore. La richiesta di *parental order* deve essere presentata entro un termine massimo di sei mesi dal parto. È inoltre necessario che i genitori (la surrogata e l'eventuale partner) prestino consenso all'*order*. Infine, l'ultimo requisito previsto riguarda la remunerazione: secondo la disciplina ora in vigore, infatti, la surrogata non può guadagnare, ottenendo denaro se non per rimborsare le spese ragionevolmente sopportate nel corso della gravidanza.

48 La *Part 13* è titolata *Proceedings Under Section 54 Of The Human Fertilisation And Embryology Act 2008*.

49 Lord Munby attribuisce ai *p.o.* un *transformative effect* in High Court (Family Division), A&B (No. 2 – Parental Order), [2015] EWHC 2080 (Fam), § 44. Con tale espressione si enfatizza la capacità di tali *order* di incidere – modificandola – sull'identità stessa della persona di età minore.

50 Ch.12.

51 Ch. 13.

52 § 12.35 ss.

53 § 8.8

54 *Id.* n. 7.

55 Al momento della nascita, il/la partner della surrogata non acquisisce lo *status* di padre o genitore. Così §§ 8.54 ss.



Il consenso a questa costruzione dello *status filiationis* dovrà essere prestato volontariamente da individui capaci<sup>56</sup> ed essere ricevuto da soggetti a ciò autorizzati<sup>57</sup>. Più nello specifico, nella proposta delle Commissioni, il consenso dovrà essere raccolto dal personale della clinica presso cui si opererà l'IVF (funzionale alla surrogazione) o di una *surrogacy organization* accreditata<sup>58</sup>. Questi dovranno altresì controfirmare l'accordo di surrogazione ogni volta che saranno rispettate le condizioni previste *ex lege*, operando un'autorizzazione amministrativa pre-parto<sup>59</sup> a registrare la persona minore come figlio dei genitori intenzionali<sup>60</sup>.

Le medesime cliniche e agenzie, dovranno poi tenere traccia degli accordi di surrogazione in cui saranno coinvolti. Tale documentazione sarà conservata per un periodo di 100 anni (che il *consultation paper* identifica come lunghezza ideale di una vita umana), per dimostrare l'avvenuta surrogazione<sup>61</sup>. Una copia degli accordi verrà altresì custodita nel Registro nazionale degli accordi di surrogazione<sup>62</sup>, annotando le generalità dei genitori intenzionali, della madre surrogata e di eventuali donatori di gameti, specificando chi ha contribuito geneticamente alla formazione dell'embrione<sup>63</sup>.

Dopo il parto, dunque, non sarà il servizio sanitario nazionale (NHS) a fornire al Registro dello stato civile le informazioni utili alla formazione dell'atto di nascita (data, ora, luogo di nascita, generalità della persona minore e dei genitori *etc.*)<sup>64</sup>. Saranno i genitori, infatti, ad essere gravati dell'onere di denunciare la nascita entro i termini stabiliti *ex lege*, pari a 42 giorni in Inghilterra e Galles<sup>65</sup> e 21 giorni in Scozia<sup>66</sup>. Il periodo di tempo concesso alla surrogata per opporsi all'acquisizione della genitorialità giuridica da parte dei genitori intenzionali, quindi, dovrà essere necessariamente inferiore agli intervalli appena indicati, così da consentire la tempestiva formazione degli atti di nascita. Le Commissioni, vista la disomogeneità delle regolazioni nazionali, propongono che la durata del lasso concesso alla surrogata sia di una settimana inferiore rispetto al termine previsto per la registrazione delle nascite<sup>67</sup>.

Nel caso in cui la surrogata decidesse di opporsi<sup>68</sup>, dunque, potrà farlo in qualsiasi momento, dopo il parto, entro i termini stabiliti. A quel punto, sarà lei a denunciare la nascita della prole e, nell'atto di nascita, alle sue generalità verrà associato lo *status* di madre<sup>69</sup>.

Qualora, invece, l'intervallo di tempo concesso trascorresse senza manifestazioni di volontà da parte della surrogata difforni rispetto a quelle manifestate nell'accordo di surrogazione, solo dopo lo spirare del termine, invece, saranno i genitori intenzionali a rivolgersi allo stato civile e ad assumere, *ab initio*, lo *status* di genitori. Per procedere in tal senso non sarà necessaria la presenza della surrogata<sup>70</sup>, ma saranno richieste una dichiarazione di quest'ultima, attestante che i genitori intenzionali sono i genitori della persona minore<sup>71</sup>, e un'annotazione dell'ospedale presso cui la donna ha partorito che menzioni la sussistenza di un accordo di surrogazione in relazione a quel parto<sup>72</sup>.

56 §8.10 lett. a-b.

57 §8.10 lett. c.

58 §8.11. Relativamente alla proposta di istituzionalizzare "*regulated*" *surrogacy organisations*, v. §§ 9.38 ss.

59 §7.81.

60 §8.26.

61 §8.12.

62 §10.92. Le Commissioni propongono l'istituzione del *National register of surrogacy arrangements*, una sezione del *Register of information* gestito dalla *Human Fertilisation and Embryology Authority*.

63 §10.90.

64 *Registration of Births and Deaths Regulations 1987* (SI 1987 No 2088), regs 7 - 9; *Registration of Births, Still-births, Deaths and Marriages (Prescription of Forms) (Scotland) Regulations 1997* (SI 1997 No 2348), reg 3 - sch 1.

65 *Births and Deaths Registration Act 1953*, s 2.

66 *Births, Deaths and Marriages (Scotland) Act 1965*, s 14(1).

67 §8.27. Quindi, 35 giorni in Inghilterra e Galles e 14 in Scozia.

68 Sul diritto della surrogata di opporsi, v. §§ 8.23 ss.

69 § 8. 29.

70 § 8.28.

71 Dichiarazioni analoghe sono richieste qualora il padre o la co-madre intendano registrare la nascita della prole, pur non essendo sposati o uniti civilmente con la madre e senza che questa sia fisicamente presente alla formazione dell'atto. *Cfr. Births and Deaths Registration Act 1953*, s 10 e *Births, Deaths and Marriages (Scotland) Act 1965*, ss 18 - 18B.

72 *Ibid* a 58.

La grande novità introdotta dal *n.p.* è dunque quella di riconoscere la volontà delle parti (*intention*) quale elemento costitutivo *ab origine* del rapporto genitoriale. Come menzionato nel paragrafo precedente, nel percorso “tradizionale”, la volontà delle parti aveva solamente una rilevanza sopravvenuta. L’atto di nascita, infatti, si formava con l’indicazione della madre surrogata e dell’eventuale partner come genitori *ipso iure*. Solo in un secondo momento, con l’intervento giudiziario di una *Family Court*, lo *status filiationis* mutava, esplicando la valenza trasformativa dei *p.o.*

Nel *n.p.*, invece, la volontà delle parti consente l’instaurazione *ab origine* della titolarità della genitorialità in capo ai genitori intenzionali, rimuovendo quindi rilevanza all’elemento gestazionale; lo stesso che nell’ordinamento del Regno Unito, come visto, assume invece un ruolo centrale tanto nella riproduzione naturale quanto in quella medicalmente assistita.

Parte della dottrina ha criticato questo approccio alla genitorialità giuridica, ritenendo che «la volontà [sia] legata essenzialmente ad una dimensione di individualità e scelta autonoma, non a relazioni fisse basate sulla verità biologica. Di conseguenza, la decisione di basarsi sulla volontà implica inevitabilmente l’adesione ad un modello di risoluzione di queste fattispecie di tipo contrattualistico»<sup>73</sup>. Come sopra riportato, però, le Commissioni propongono che la genitorialità venga attribuita ai genitori intenzionali per effetto di legge<sup>74</sup> a seguito di un *iter* amministrativo, e non in relazione ad un’obbligazione contrattuale<sup>75</sup>.

Nel *new pathway* dunque, la volontà dei genitori intenzionali e della gestante, così come manifestata nell’accordo di surrogazione, assume, dopo la verifica amministrativa, rilevanza costitutiva *ab initio* per lo *status* genitoriale. Il riconoscimento della genitorialità dei genitori intenzionali dal momento del parto, però, è frutto di una *fictio*. A ben vedere, infatti, al momento della nascita, nessuno gode di una piena titolarità del rapporto di filiazione.

Sebbene, in base all’accordo di surrogazione, si presuma che i genitori intenzionali saranno *ipso iure* genitori, questi non possono procedere *de plano* a registrare la nascita della persona minore, poiché tale facoltà è sottoposta a un limite temporale corrispondente al periodo concesso alla surrogata per opporsi. In questo senso, quindi, se si vuole parlare di genitorialità *ab initio*, lo si dovrebbe fare, fino allo spirare del termine concesso alla surrogata, in termini di genitorialità *potenziale* e *sospesa*. Parallelamente, la surrogata, per esplicita previsione di legge, non è genitore e, per poter essere riconosciuta madre *ipso iure*, dovrà necessariamente prima avocarsi tale *status* opponendosi formalmente all’attribuzione della genitorialità ai genitori intenzionali.

Per quanto attiene la responsabilità genitoriale, invece, questa, dopo il parto, è riconosciuta alla madre surrogata, cui è rimessa la facoltà di decidere se affidare o meno la persona minore ai genitori intenzionali, nell’attesa che spiri il termine di opposizione<sup>76</sup>.

#### 4. Genetiche e biologiche: la rilevanza delle origini nella costruzione di una maternità minore-centrica

Il concetto di madre e le sue ripercussioni sull’identità di ognuno sono inscindibilmente fusi con l’esperienza di ogni persona. Per questo motivo, le Commissioni dedicano un intero capitolo del *consultation paper* ad indagare il diritto della persona minore ad accedere alle informazioni relative all’accordo di surrogazione<sup>77</sup>.

Molti danno per scontata la conoscenza delle loro origini, potendole apprendere direttamente in famiglia, ma per altri, come figli adottati, abbandonati, concepiti tramite tecniche di PMA o surrogazione, si tratta di una conquista recente, visto che è solo dalla fine degli anni Ottanta che si è cominciato a parlare, a tal riguardo, di un diritto fondamentale<sup>78</sup>.

73 J. Dolgin, *Defining the Family: Law, Technology, and Reproduction in an Uneasy Age*, New York, NYU Press, 1997, p. 213.

74 § 7.82

75 § 8.92.

76 § 8.135.

77 Ch. 10: *Children’s access to information about surrogacy arrangements*.

78 A livello internazionale, è la Convenzione sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza, approvata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, ad affermare per prima, all’art. 7, che le persone minori hanno il diritto, nella misura del possibile, di conoscere i loro genitori. Successivamente è intervenuta la Convenzione de L’Aia del 1993 sulla protezione dei minori e cooperazione in materia di adozione internazionale che prevede all’art. 30, che le autorità competenti si impe-

Una persona adottata, ai 18 anni, ad esempio, ha diritto di accedere al suo atto di nascita originale, rendendo così possibile identificare e rintracciare i suoi genitori naturali<sup>79</sup>.

Per quanto riguarda la procreazione medicalmente assistita, invece, fino al 2005, l'ordinamento UK ha garantito particolare tutela all'anonimità dei donatori di gameti, riconoscendo solo limitati diritti ai minori concepiti con IVF eterologa<sup>80</sup>. La *section 31* dello HFEA 1990, infatti, prevedeva che alla maggiore età fosse garantito l'accesso solamente a informazioni non identificative. In concreto, rientravano in tale categoria quelle necessarie da un punto di vista medico e quelle relative ad eventuali familiarità genetiche con la persona che si intendeva sposare<sup>81</sup>.

Lo *Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulation 2004*<sup>82</sup>, poi, ha ribaltato tale impostazione emendando proprio la *Section 31* dello HFEA 1990. L'intervento legislativo del 2004, infatti, ha stabilito che tutte le persone concepite tramite fecondazione eterologa con gameti donati dopo il 1° aprile 2005 possano, una volta raggiunta la maggiore età, richiedere e venire a conoscenza di informazioni relative alla persona che ha donato, finanche quelle identificative.

Nello specifico, nella sua formulazione attuale, lo HFEA 1990<sup>83</sup> prevede che all'età di 16 anni le persone concepite con il contributo genetico di un donatore possano essere rese edotte di dati *non* identificativi, quali l'altezza, il peso, l'appartenenza etnica e il colore degli occhi di chi ha fornito i gameti, oltre a informazioni mediche, quali l'anamnesi individuale e familiare, la presenza di figli, la sua confessione religiosa, occupazione lavorativa e il motivo per cui si è deciso di donare<sup>84</sup>. Il medesimo dispositivo di legge, poi, permette, al compimento dei 18 anni, l'accesso ad informazioni identificative, seppur con una differenziazione tra chi è stato concepito prima e dopo l'entrata in vigore della disciplina che ha rimosso l'anonimato del donatore.

Coloro che sono stati concepiti con gameti donati prima dell'aprile del 2005, infatti, potranno venire a conoscenza di quanto sopra riportato solamente se tali dati identificativi sono stati forniti alla clinica volontariamente. Facendo riferimento a donazioni successive al 1° aprile 2005, invece, gli individui nati grazie a quei gameti avranno accesso a informazioni identificative quali il nome della persona che ha donato, il suo ultimo indirizzo conosciuto e qualsiasi altra informazione fosse stata precedentemente taciuta in quanto identificativa<sup>85</sup>.

La disciplina relativa al diritto a conoscere le proprie origini è plasmata sulla fattispecie della procreazione medicalmente assistita eterologa<sup>86</sup>. Sarà infatti possibile fornire tali dati solo nel caso in cui sia stata operata un'IVF e ciò sia avvenuto in una clinica autorizzata. Va da sé che la comunicazione di tali dati non potrà essere garantita qualora i soggetti coinvolti abbiano deciso di ricorrere a pratiche di fecondazione *fai-da-te*, senza l'intervento di personale medico-sanitario, o si siano rivolti a cliniche straniere (non UK): in queste fattispecie, infatti, non può essere garantito il rispetto dell'obbligo sancito *ex s. 31* HFEA 1990 di registrare e conservare le informazioni sopra elencate<sup>87</sup>.

gnino a conservare e garantire l'accesso alle informazioni sulle origini del minore, in particolare quelle relative all'identità della madre e del padre e quelle relative alla storia sanitaria. Il diritto a conoscere le proprie origini è stato oggetto di un graduale percorso di riconoscimento anche, *rectius* soprattutto, attraverso le sentenze della Corte europea dei diritti umani in relazione agli articoli 8 e 14 CEDU. Il primo caso in cui la Corte affronta la questione del diritto a conoscere le proprie origini è Corte Edu, 7 luglio 1989, *Gaskin c. Regno Unito*.

79 Sections 56-64 *Adoption and Children Act 2002* e *Disclosure of Adoption Information (Post-Commencement Adoptions) Regulations 2005*. La possibilità di accedere a tali informazioni era già prevista in *Adoption Act 1976*, s 51(2). Cfr. G. Van Bueren, *Children's Access to Adoption Records – State Discretion or an Enforceable International Right?*, in *The Modern Law Review*, 1995, 58(1), pp. 37 ss; *Explanatory Memorandum to the Disclosure of Adoption Information (Post-Commencement Adoptions) Regulations 2005* 2005 No. 888, in [https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2005/888/pdfs/ukxiem\\_20050888\\_en.pdf](https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2005/888/pdfs/ukxiem_20050888_en.pdf) (ultima consultazione, 07.09.2020).

80 I. Turkmendag, R. Dingwall, T. Murphy, *The Removal of Donor Anonymity in the UK: The Silencing of Claims by Would-Be Parents*, in *International Journal of Law, Policy and the Family* 2008, 22, pp. 283–310.

81 HFEA 1990, s 31(4)(b).

82 *Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations* (SI 2004 No 1511).

83 La disciplina attualmente dello HFEA 1990 attualmente in vigore è stata modificata ai sensi della s 24, HFEA 2008.

84 *Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations* (SI 2004 No 1511), regs 2(1), (2) e (3) (a).

85 *Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations 2004* (SI 2004 No 1511), regs 2(1), 2(2), 2(3) e 3(a).

86 §10.11.

87 §10.57.

Quanto finora delineato ha evidentemente delle ripercussioni anche nelle fattispecie di surrogazione di maternità, in quanto i minori nati tramite tale pratica potranno avere accesso all'identità di chi ha donato i gameti nel caso in cui si sia ricorsi a una PMA in strutture riconosciute.

Con esplicito riferimento alla surrogazione, poi, è bene sottolineare come non sia previsto alcun obbligo, in capo ai genitori (intenzionali) di comunicare al minore le circostanze che hanno portato al suo concepimento e alla sua nascita<sup>88</sup>. Parallelamente, sebbene la s. 31HFEA 1990 individui la procedura atta a soddisfare il diritto a conoscere le proprie origini genetiche, l'ordinamento UK non contempla norme specifiche relative alla divulgazione di informazioni circa la nascita per surrogazione<sup>89</sup>. Appare quindi evidente come, in seno al diritto a conoscere le proprie origini, da intendersi come il diritto a identificare la propria provenienza<sup>90</sup>, si crei una netta distinzione tra discendenza genetica, di cui si ha il diritto di venire a conoscenza, e discendenza biologica, che invece non sembra ricoprire alcuna rilevanza giuridica nell'ambito della surrogazione di maternità dopo la formazione dell'atto di nascita.

Le Commissioni, però, ritengono non sussista alcun motivo per trattare le origini biologiche di una persona in modo differente rispetto a quelle genetiche, nascondendo le prime e rendendo possibile accedere alle seconde<sup>91</sup>.

Alla luce di questa disparità di trattamento, si è dunque evidenziata la necessità di riformare la disciplina in materia, così che i/le minori nati tramite surrogazione di maternità possano conoscere le proprie origini biologiche, cioè il fatto di essere stati portati/e in grembo da una madre surrogata e l'identità stessa della gestante<sup>92</sup>.

#### 4.1. Le soluzioni proposte

Lo stato civile del Regno Unito prevede due forme di atto di nascita: quello *integrale* (*full birth certificate*) che riporta anche le informazioni relative ai genitori, e quello *sintetico* (*short birth certificate*), contenente i soli dati della persona minore<sup>93</sup>.

Come già visto *supra*<sup>94</sup>, i genitori intenzionali saranno, nel *n.p.*, genitori *ab initio*. Che ruolo riservare, dunque, alla madre surrogata, negli atti dello stato civile?

Le Commissioni sottolineano che una riforma dei registri anagrafici esorbiterebbe rispetto all'oggetto del *consultation paper*. Per questo motivo, hanno concluso che l'identità della surrogata non possa essere ivi riportata e che, nell'atto di nascita sintetico, per il suo largo impiego nella vita di una persona<sup>95</sup>, non si debbano includere riferimenti alla surrogazione di maternità. Affinché le persone nate tramite surrogazione possano accedere alle proprie origini biologiche, però, propongono che l'atto *integrale* faccia esplicita menzione dell'avvenuta stipulazione dell'accordo di surrogazione<sup>96</sup>.

Le informazioni identificative, invece, saranno conservate nel registro nazionale degli accordi di surrogazione<sup>97</sup>. Si tratta di un registro *ad hoc* che le commissioni propongono di istituire, complementare a registro delle informazioni gestito dalla *HFEA Authority*<sup>98</sup>. Al suo interno dovranno essere riportate tutte le informazioni utili a rivelare le origini genetiche e biologiche di una persona nata tramite surrogazione di maternità. In tal senso, quindi, sarà necessario riportare l'identità dei genitori intenzionali,

88 A Bainham, *Arguments about parentage*, in *Cambridge Law Journal*, 2008, 67, p. 33.

89 §10.7, nota 10.

90 Besson ne parla in termini di «each individual's interest to identify where she comes from». S. Besson, *Enforcing the child's right to know her origins: contrasting approaches under the convention on the rights of the child and the European Convention on Human Rights*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2007, 21, p. 140.

91 §10.78.

92 §10.12.

93 *Register a birth: Birth certificates*, in *gov.uk*, al link: <https://www.gov.uk/register-birth/birth-certificates> (ultima consultazione, 07.09.2020).

94 *Infra* para 3.2.

95 Inserire tali informazioni nell'atto sintetico, infatti, equivarrebbe, nella visione delle commissioni, ad una «unjustifiable interference with the family and privacy of both parents and child». Così K Wade, *The regulation of surrogacy: a children's rights perspective*, in *Child and Family Law Quarterly*, 2017, 29(2), p. 113.

96 § 10.84.

97 *Supra*, nota 62.

98 § 10.92. La *HFEA Authority* è un ente di controllo governativo responsabile di assicurare che le cliniche della fertilità e i centri di ricerca rispettino quanto previsto *ex lege* (link al sito ufficiale [hfea.gov.uk](http://hfea.gov.uk)).



della gestante e di qualsiasi donatore, specificando chi ha contribuito geneticamente alla formazione dell'embrione<sup>99</sup>. Proprio a tal fine, ad esempio, nel caso in cui si ricorresse alla cellula uovo della madre surrogata, ciò dovrà essere specificato.

Il diritto a conoscere le proprie origini, rispondente al *bisogno psicologico di identità*<sup>100</sup> di ognuno, quindi, verrà soddisfatto attraverso gli atti anagrafici e il nuovo registro, come sopra individuati. Ciò implica necessariamente che solo alcune persone nate tramite surrogazione potranno accedere ad una rivelazione piena delle loro origini genetiche e biologiche. Gli accordi di surrogazione contenuti nel registro, infatti, riporterà solamente le pattuizioni sussumibili nel *n.p.* In tal senso, dunque, solo chi è nato a seguito di un accordo ascrivibile alla nuova disciplina potrà venire a conoscenza delle informazioni identificative della surrogata. Tutti gli altri, cioè coloro che sono dovuti ricorrere ad un *parental order*, avranno invece la facoltà di richiedere l'atto di nascita integrale, potendo così accedere all'informazione di essere nati tramite surrogazione<sup>101</sup>.

Nonostante questa differenziazione, l'accesso alle origini biologiche si impone dunque come imperativo nella nuova disciplina relativa alla surrogazione di maternità.

## 5. Una riforma disattesa: la riconferma della maternità escludente

L'ordinamento del Regno Unito propone dunque, quale regola generale, una maternità unica e indisponibile. Ricalcando la filiazione naturale, la madre è una sola e coincide con chi partorisce e si occuperà anche della cura della prole<sup>102</sup>.

Tale impostazione generale sarebbe, secondo alcuni, messa in crisi dalla surrogazione di maternità e, a maggior ragione, dal *new pathway*. La scissione tra maternità biologica e sociale e l'attribuzione, sulla base della volontà, della maternità ad una donna diversa dalla gestante, infatti, comporterebbe una maggiore fluidità dello *status*.

La disciplina del *n.p.*, in particolare, sembrerebbe consacrare una nuova maternità *ipso iure* disponibile, proprio per la rilevanza costitutiva riconosciuta *ab initio* alla volontà delle parti. Sebbene all'accordo tra madre surrogata e genitori intenzionali non possa essere attribuita natura contrattuale, alla volontà dei privati viene riconosciuta nuova valenza costitutiva, mettendoli in condizione di derogare, tramite l'accordo di surrogazione, all'assioma della maternità per il parto<sup>103</sup>.

Se da una parte è innegabile come la surrogazione di maternità sfidi alcuni principi consolidati in materia di filiazione,<sup>104</sup> dall'altra, a parere di chi scrive, il riconoscimento di rilevanza giuridica accordato alla volontà non intacca il modello di maternità unica ed escludente. La disciplina del *n.p.*, infatti, non ha fatto altro che attribuire la maternità alla madre intenzionale, svuotando il parto di significato, sulla base di un accordo validato da un controllo amministrativo. Il *n.p.*, dunque, non costruisce una maternità giuridica flessibile, plasmata sulla complessità introdotta dalla surrogazione e già negata nell'HFEA1990<sup>105</sup>; questo si limita a tracciare un nuovo percorso parallelo a quello tradizionale e, quindi, escludente.

99 § 10.90.

100 K. O'Donovan parla di «psychological need for identity» in K. O'Donovan, *A right to know one's parentage?*, in *International Journal of Law and the Family*, 1988, 2, p. 31.

101 § 10.84.

102 Fatta salva la possibilità di ricorrere all'adozione.

103 Come visto, a differenza del modello forte californiano, residua, in capo alla surrogata, la possibilità di opporsi *post-partum* all'attribuzione della genitorialità *ab initio* ai genitori intenzionali.

104 «Surrogacy is problematic for traditional notions of “mother”, “father” and “family” when it introduces a third (or even fourth) party into reproduction, when it introduces contractual or “public” arrangements into “private” affairs and when it fragments motherhood. Surrogacy makes motherhood negotiable and confounds both social and biological bases of claims to parenthood». R. Cook, S. Day Sclater, F. Kaganas, *Introduction*, in *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, R. Cook, S. Day Sclater, F. Kaganas (a cura di), Oxford, Hart Publishing, 2003, p. 4.

105 L'adesione al modello unico della famiglia nucleare naturale emerge in modo chiaro dal Warnock report, che ha poi portato allo *Human Fertilisation and Embryology Act* 1990. Cfr. M. Warnock, *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*, Cmnd 9314, Londra, 1984. Così anche A. Brown, *ivi*, p. 114. Sulla necessità di individuare una disciplina che tenga conto delle differenze tra surrogazione di maternità e PMA, *mutatis mutandis*, J. Long, *Ri(?)pensare la maternità*, in *Riproduzione*

L'idea di madre che emerge, infatti, è ancora quella in cui si condensano - inscindibili - la dimensione biologica e quella sociopsicologica. Nel momento in cui la madre naturale si fraziona, il diritto risponde con una *factio*, cancellando gli elementi disturbanti e attribuendo, *ab initio*, lo *status* unico ad una sola donna.

Per meglio comprendere cosa si intende quando si parla inscindibilità della dimensione biologica e sociopsicologica, è bene fare però un passo indietro. La costruzione della genitorialità giuridica nell'ordinamento UK, infatti, si muove attorno ai tre concetti cardine di *parentage*, *parenthood* e *parental responsibility*<sup>106</sup>. Come è noto, *parentage*, che potrebbe essere tradotto<sup>107</sup> con *discendenza*, rimanda - in una impostazione evidentemente patrilineare<sup>108</sup> - alla dimensione genetica della genitorialità. Quando il legame tra genitore e figlio viene accertato, da ciò, solitamente, discende l'instaurazione del rapporto giuridico di filiazione, cioè la *parenthood*.

Il *parentage*, dunque, non assume una rilevanza giuridica autonoma, ma rappresenta la genitorialità naturale, un elemento di fatto<sup>109</sup> funzionale all'attribuzione della titolarità dello *status* (*parenthood*) e dei poteri e doveri ad esso ricollegati (*parental responsibility*).

Guardando alla dimensione biologica, nella maternità giuridica si ripropone la medesima dinamica. Secondo la regola generale, il parto attribuisce alla donna lo *status* giuridico di madre nella misura in cui il fatto di mettere al mondo un figlio le impone la titolarità della filiazione, consentendole di esplicare la sua genitorialità prendendosi cura del minore. Nella surrogazione si interrompe l'automatismo di fatto, ma il legislatore ha costruito una genitorialità giuridica plasmata sullo *status* unico della maternità naturale. A tal proposito, relativamente alla disciplina dell'HFEA 2008 ora in vigore, la dottrina evidenzia l'inadeguatezza del concetto tradizionale di maternità a fronte della pratica della surrogazione, in quanto «[q]uesto approccio alla determinazione della maternità *ipso iure* [quello della maternità unica] dà un significato o un riconoscimento limitato alla realtà sociale prevista nei casi di maternità surrogata, in cui il processo di gestazione e di parto è separato dalla pratica sociale del *mothering*, in quanto saranno intraprese da donne diverse». La risposta fornita dal *n.p.*, affermando l'irrelevanza del parto, in quanto non funzionale all'attribuzione della titolarità del rapporto di filiazione, si inserisce nello stesso solco.

Il diritto non concepisce infatti la maternità biologica (*maternity*) e la maternità sociale (*mothering*) come due *status* autonomi, potenzialmente separati e coesistenti. Nella traduzione italiana, infatti, l'apposizione non assume *ipso iure* una valenza qualificativa e propria di posizioni giuridiche distinte. *Biologica* e *sociale*, dunque, rivelano l'elemento costitutivo (il parto o il legame sociale) della maternità, che però resta unica ed escludente<sup>110</sup>. Nel *new pathway*, nello specifico, le Commissioni, attribuendo *ab initio* la titolarità della genitorialità ai genitori intenzionali, hanno riconfermato la necessità di operare una scelta esplicita tra queste due forme di maternità, interpretate come necessariamente concorrenti.

Alla luce del *n.p.*, dunque, sembra ragionevole affermare che l'adozione di un approccio *aut aut* finisce inevitabilmente per delegittimare la forma di maternità *altra* rispetto a quella che nel caso specifico si è scelto di privilegiare. Quali sono, però, le ripercussioni della riproposizione di questo modello escludente? Pur cambiando la titolare *ab initio* del rapporto di filiazione, la maternità unica si riconfermerà, ancora una volta, una coperta troppo corta?

e relazione: la surrogazione di maternità al centro della questione di genere, M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (a cura di), CIRSDe - Collana "Studi di Genere. Convegni", Vol. 5, Torino, 2019, pp. 132.

106 A. Bainham, *Parentage, Parenthood and Parental Responsibility*, in *What is a Parent? A Socio-Legal Analysis*, A. Bainham, S. Day Sclater e M. Richards (ed.), Oxford - Portland Oregon, Hart, 1999, 27.

107 Consapevoli dei rischi insiti nella traduzione giuridica, solo per questa volta si ricorrerà alla resa in italiano, nel tentativo di spiegare la *ratio* di questa costruzione giuridica.

108 Come si è avuto modo di vedere, nell'accertamento della maternità, la dimensione genetica è solo marginale. Il legame genetico assume rilevanza nella determinazione della discendenza del padre.

109 «[P]arentage is an exclusively genetic idea». A. Bainham, *ivi*, p. 29.

110 La condizione delle *non-gestational female parents* rappresenta un'altra ripercussione della costruzione escludente della maternità unica. Cfr. *infra* para 2.

## 6. Conclusioni: maternità biologica e maternità psicosociale, tra diritto alla vita privata e diritto alla vita familiare

Il *n.p.* nasce con l'intento di fornire un nuovo approccio alla genitorialità nella surrogazione. La disciplina delineata nel *consultation paper*, infatti, non solo riconosce *ab initio* la titolarità nel rapporto di filiazione ai genitori intenzionali, rendendo obsoleto il *p.o. post partum*, ma elimina anche il requisito del legame genetico con almeno uno dei committenti. In altre parole, nel *n.p.*, la genitorialità *ipso iure* verrà attribuita sulla base della sola volontà (*intention*), a soggetti che potranno essere biologicamente e geneticamente estranei a chi nasce tramite surrogazione.

La posizione giuridica della surrogata, dunque, è destinata a mutare. Nella disciplina attualmente in vigore, la donna, dopo la pronuncia di un *parental order*, perde lo *status* di madre, originariamente attribuitole per il fatto del parto. Nel progetto di riforma, invece, chi affronta il travaglio non sarà mai titolare *ipso iure* del rapporto di filiazione, che si instaurerà, dalla nascita, tra minore e genitori intenzionali<sup>111</sup>. In entrambi gli scenari, però, ciò che non muta è l'evidente adesione ad un modello binario di famiglia nucleare, caratterizzato da una maternità escludente che elimina la genitorialità della surrogata per fare spazio allo *status* dei genitori intenzionali. A causa dell'approccio legislativo che interpreta la maternità biologica e la maternità sociopsicologica come confliggenti e alternative, solo la madre intenzionale sarà *madre*. A tal proposito, le Commissioni rifiutano il modello multigenitoriale (*three-parent model*<sup>112</sup>), escludendo esplicitamente che nel *n.p.* la genitorialità possa essere condivisa tra gli adulti coinvolti, anche solo in via temporanea, nei termini concessi alla surrogata per opporsi all'attribuzione dello *status* ai genitori intenzionali.

Come si è avuto modo di vedere, quello della genitorialità giuridica è un concetto complesso che è stato e tuttora è interessato da profondi mutamenti. Relativamente allo *status filiationis*, però, è possibile rinvenire un punto cardine, cioè la distinzione tra dimensione interna ed esterna<sup>113</sup>, tra genitori ed estranei. In questo senso, per aspetti interni si fa riferimento ai rapporti tra genitori e figli, mentre il profilo esterno attiene ai rapporti intrattenuti da genitori e figli con soggetti terzi.

In quest'ottica, nella proposta di riforma, la madre surrogata sarà *ab initio* estranea per la persona minore, poiché dal parto, abitualmente interpretato come costitutivo di un legame familiare, non discendono gli effetti giuridici solitamente individuati dall'ordinamento<sup>114</sup>. I rapporti con la prole, dunque, dovranno essere equiparati, in linea di principio, alle interazioni con i terzi. A ben vedere, però, nello stesso *consultation paper* è riportata una disciplina *ad hoc*, che individua obblighi e responsabilità in capo alla surrogata e alla persona minore.

Come già previsto *de iure condito*, infatti, anche nel *n.p.* l'individuo nato tramite surrogazione tradizionale, non potrà sposarsi o unirsi civilmente con "fratelli e sorelle" (*sibling*), figli della surrogata, ricadendo nel divieto ex *Marriage Act 1949* o *Marriage (Scotland) Act 1977*<sup>115</sup>.

Le commissioni si interrogano, poi, proprio sul concetto di "fratelli e sorelle", suggerendo che questo rimandi ad un rapporto basato su un legame genetico, non riscontrabile, ad esempio, in una surrogazione *gestazionale*. Nonostante ciò, nel *consultation paper*, è stato richiesto ai cittadini di esprimersi circa la possibilità di consentire l'accesso agli atti, alle persone nate tramite surrogazione gestazionale, per scoprire se la persona con cui intendono sposarsi, unirsi civilmente o intraprendere una relazione intima sia stata partorita dalla stessa donna (seppur in assenza di un legame genetico)<sup>116</sup>.

Ciò riconosce la sussistenza di un legame, non ascrivibile all'estraneità *ab initio* delineata nel *consultation paper*. Tanto il divieto relativo alla possibilità di formare un vincolo familiare orizzontale giuridicamente riconosciuto nei casi di surrogazione tradizionale, quanto l'apertura ad una *disclosure* nelle ipotesi di surrogazione gestazionale, non possono che trovare fondamento proprio nell'esistenza di una relazione *ipso iure* rilevante tra madre surrogata e minori.

Allo stesso modo, nel progetto di riforma, si fa esplicito riferimento al diritto delle persone nate tramite surrogazione a conoscere le proprie origini. In tal senso, quindi, si è proposta l'introduzione,

111 Cfr. *infra* para. 3.2.

112 §§ 7.85 ss e 8.88.

113 J.M. Scherpe, *The Present and Future of European Family Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016, pp. 84 ss; J. Ferrer-Riba, *Parental responsibility in a European Perspective*, in *European Family Law Volume III: Family Law in a European Perspective*, J.M. Scherpe (ed.), Cheltenham, Edward Elgar, 2016, pp. 284 ss.

114 J. Herring, *The Law of Persons*, in *English Private Law*, A. Burrows (a cura di), Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 39.

115 *Id.*, p. 368.

116 § 10.113.

nell'atto di nascita integrale, di una menzione all'avvenuta surrogazione, oltre all'istituzione di un registro degli accordi di surrogazione che custodirà l'identità di tutti i soggetti coinvolti, specificando chi ha contribuito geneticamente alla formazione dell'embrione. Come visto, grazie a tali misure, a 16 anni sarà concesso ai *surrogacy born children* di apprendere informazioni sulla madre naturale, rilevanti da un punto di vista medico e, al compimento della maggiore età, dati identificativi relativi alla surrogata. Il diritto a conoscere le proprie origini comprenderà dunque sia la ascendenza genetica<sup>117</sup> che quella biologica.

Permettere alle persone nate tramite surrogazione di conoscere tali informazioni, sottraendo alla surrogata la possibilità di decidere se rendere o meno accessibili i suoi dati identificativi, rappresenta sicuramente una compressione del suo diritto alla *privacy*. Tale limitazione è giustificata da un diritto concorrente, cioè quello a conoscere le proprie origini degli individui nati per surrogazione.

Com'è evidente, dunque, il riconoscimento esplicito della rilevanza del fattore biologico relativamente alle origini di ciascuno impone a chi ha partorito di sopportare la violazione della *privacy* derivante dalla diffusione dei propri dati identificativi; e tale *pondus*, seppur minimo, è dovuto al fatto del parto. In altre parole, dare alla luce un minore comporta il sorgere di un legame giuridico tra madre surrogata e minore, in cui si intersecano il dovere di sopportare la limitazione della *privacy*, il diritto a conoscere le proprie origini e il divieto di matrimonio o unione civile con una specifica categoria di soggetti.

È chiaro, a questo punto, che lo *status* di *terzietà* imposto alla madre surrogata mal descriva il legame con la persona minore. Come inquadrare, dunque, il rapporto? La maternità unica ed escludente impedisce l'attribuzione dello *status* di *madre* alla surrogata, poiché già conferito alla madre intenzionale<sup>118</sup>. Operando in un contesto caratterizzato dal dualismo tra dimensione familiare interna ed esterna, dunque, è facile comprendere perché, esclusa la maternità della surrogata, le Commissioni abbiano optato per l'estraneità giuridica della stessa rispetto alla persona minore: era l'unica alternativa possibile.

Il fascio di diritti e responsabilità specifiche che caratterizza il rapporto tra surrogata e persona nata tramite surrogazione – due estranei giuridici – rappresenta però evidentemente un cortocircuito. Tale contraddizione in termini potrebbe, a parere di chi scrive, trovare una soluzione nell'abbandono del modello unico della maternità naturale escludente e nel riconoscimento della maternità biologica della surrogata.

A tal proposito, è bene sottolineare come non si intenda in tal senso enfatizzare il legame biologico a discapito di quello sociopsicologico<sup>119</sup> (instaurato *ab initio* attraverso l'accordo di surrogazione), o viceversa: ciò, infatti, risulterebbe inevitabilmente nella riconferma di un approccio unico ed escludente alla maternità, lo stesso che si propone di superare.

In un ordinamento (che resta) caratterizzato dal binarismo escludente della famiglia nucleare<sup>120</sup>, in cui le uniche alternative possibili sono *genitorialità* o *terzietà*, il solo modo per garantire un riconoscimento giuridico a colei che ha partorito (e non intende assumere un ruolo genitoriale) è il frazionamento dello *status* unico di madre in maternità biologica e maternità sociopsicologica<sup>121</sup>. Proprio attraverso il riconoscimento di dignità *ipso iure* distinte e autonome alla maternità biologica e alla maternità sociop-

117 Già disciplinata ai sensi della s. 31 HFES 1990 (come attualmente in vigore).

118 «Because the law has been stymied by the principle of parental exclusivity, its response to the splitting of the normal incidents of parenthood has been to try to identify a hierarchy of criteria which will result in one putative parents claim trumping the others. In so doing, it has become spectacularly confused and confusing, not least because different hierarchies operate in different circumstances». E. Jackson, *What is a Parent?*, in *Feminist Perspectives on Family Law*, Diduck and O'Donovan (a cura di), Abingdon, Routledge-Cavendish, p. 60.

119 «Il riconoscimento del rilievo peculiare del fatto biologico della gravidanza e del parto non significa però che la madre di parto sia l'unica "madre" e che la gestazione sia la sola via per la costituzione di un vincolo giuridico di filiazione». Anche se riferite all'ordinamento italiano, *mutatis mutandis*, si rimanda alle riflessioni di J. Long, *Di madre non ce n'è una sola, ma di utero sì. alcune riflessioni sul ruolo dell'ordine pubblico internazionale nelle fattispecie di surrogazione di maternità*, in *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), Napoli, Jovene, 2017, p. 154. V. anche B. Pezzini, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dell'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, 1, pp. 194 ss.

120 Sull'impatto del modello binario della famiglia nucleare nel diritto di famiglia nel Regno Unito, A. Brown, *ivi.*; anche se rivolte all'ordinamento italiano, si rimanda, *mutatis mutandis*, alle riflessioni di Palmeri sulla necessità di ripensare le regole in materia di filiazione, G. Palmeri, *Accordi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsabilità genitoriale*, in *Riproduzione e relazione: la surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (a cura di), CIRSDe – Collana "Studi di Gemere. Convegni", Vol. 5, Torino, 2019, pp. 44 ss.

121 Sulla frammentazione della maternità (*gespaltene Mutterschaft* o *split motherhood*), v. F. Swennen, M. Croce, *Family (Law) Assemblages: New Modes of Being (Legal)*, in *Journal of Law and Society*, 2017, 44, 4, pp. 532-558.



sicologica<sup>122</sup>, dunque, sarebbe possibile garantire un'adeguata rappresentazione alla pluralità di figure femminili (qui necessariamente materne) che, con funzioni e spazi diversi, gravitano attorno alla persona nata tramite surrogazione.

Sebbene nella maggior parte delle famiglie non si assisterà ad una netta scissione della *motherhood* tra *maternity* e *mothering*, quando ciò accade è fondamentale che il diritto non imponga rappresentazioni giuridiche troppo distanti dalla realtà sociale e biologica, tanto da impedire ai soggetti coinvolti di riconoscersi<sup>123</sup>.

La tentazione di chiedersi, a questo punto, chi, tra le due, è la vera madre, è forte. La domanda, però, è mal posta, nel senso che non c'è bisogno di escludere completamente nessuno, visto che le due realtà rimandano a dimensioni tra loro giuridicamente diverse. In particolare, forti di quanto affermato dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani<sup>124</sup>, il legame per il parto è da ricondurre al diritto alle origini e per questo attiene alla vita privata e all'identità, come «interesse vitale nello sviluppo di ogni individuo»<sup>125</sup>. Proprio per questo motivo, e mancando il rapporto di cura, la relazione di *maternity* tra i due soggetti non sarebbe di tipo familiare, come invece accade nel *mothering*, ma atterrebbe piuttosto alla vita privata.

In questo senso, dunque, la maternità biologica, *ex se*, non nega la rilevanza della volontà della surrogata e dei genitori intenzionali, sacrificandola sull'altare del positivismo biologico. Nello scenario che si propone, infatti, la titolarità del rapporto genitoriale non discende dal processo biologico e quindi la gestante non assume, per il solo fatto del parto, un ruolo genitoriale. La necessità di individuare uno *status ad hoc* per colei che partorisce, infatti, nasce dalla necessità di garantire adeguata rappresentazione giuridica ad un legame ad oggi acefalo, da cui però vengono fatti discendere obblighi, diritti e responsabilità. La relazione cui la dicitura di *maternità biologica (maternity)* rimanda, dunque, è in grado di intersecarsi con l'esplicita e consapevole intenzione della surrogata di contribuire al progetto genitoriale di un'altra persona / coppia. A tal proposito, nello specifico, nel caso in cui i genitori intenzionali siano una o due donne, la distinzione tra *maternity* e *mothering* permetterebbe l'attribuzione, ad una o entrambe, dello *status di madre sociopsicologica*, superando la distinzione gerarchizzante tra *madre* e *genitore*.

Ponendoci dal punto di vista della persona nata tramite surrogazione, poi, la giuridicizzazione di questi concetti socialmente accettati, permetterebbe di riconoscere dignità al diritto di accedere, se lo si vorrà, alle proprie origini<sup>126</sup>. In questo senso, dunque, attribuire autonoma rilevanza a *maternity* e *mothering*, permetterà a chi è stato concepito tramite surrogazione di non essere costretto nelle maglie della maternità (unica) naturale, ma di poter accedere ad una narrazione di maternità *ipso iure* plurale e non più stigmatizzante, capace di raccontare (a chi le vorrà ascoltare, senza però imporle) le sue origini.

122 E superando così la maternità escludente.

123 Già trent'anni fa emergeva come «il nostro attaccamento emotivo a una definizione basata sul sangue, la nostra moderna tendenza verso una definizione basata sul contratto e le nostre definizioni legali basate sulla ricreazione fittizia della famiglia biologica nucleare sono tutti maturi per la riforma e l'integrazione»; così R. Alta Chao, *And baby makes three – or four – or five – or six: redefining the family after the reproductive revolution*, in *Wisconsin Women's Law Journal*, 1992–1993, 7(1), p. 1. A tal proposito, Penasa evidenzia la necessità di un «meccanismo normativo dotato tanto della capacità di regolare in modo certo, effettivo e ragionevole dinamiche sociali che appaiano ormai consolidate, quanto di sapersi adattare agli incessanti mutamenti che caratterizzano l'ambito sociale e medico-scientifico»; in S. Penasa, *Tra legge e corti: la gestazione per altri in prospettiva comparata e multidimensionale*, in *Riproduzione e relazione: la surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (a cura di), CIRSDe – Collana "Studi di Gemere. Convegni", Vol. 5, Torino, 2019, p. 101.

124 Corte Edu, 13 febbraio 2003, *Odièvre c. Francia*, §44. Sempre sulla distinzione tra diritto a conoscere le proprie origini e il diritto alla vita familiare, cfr. con Corte Edu, 21 dicembre 2010, *Anayo c. Germania*; Corte Edu, 25 settembre 2012, *Godelli c. Italia*. V. Joëlle Long, *La Corte Europea dei Diritti dell'uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informazioni sulle proprie origini: il caso Odièvre c. Francia*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2004, 2, pp. 283 ss; L. Poli, *Il diritto a conoscere le proprie origini e le tecniche di fecondazione assistita: profili di diritto internazionale*, in questa *Rivista*, 2016, 1, pp. 43 ss.

125 Corte Edu, 13 febbraio 2003, *Odièvre c. Francia*, §44, liberamente tradotto da «vital interests in its personal development».

126 Il 19 novembre 2019 a Ginevra, per la prima volta, una delegazione di persone concepite tramite PMA e surrogazione ha avuto modo di raccontare e condividere esperienze di vita e istanze davanti a rappresentanti delle Nazioni Unite; così facendo è emersa la volontà di conoscere la propria identità biologica, la propria provenienza. «Children have a right to know their biological parents and siblings and to seek contact with them. Not through detective work when they're adults but right from the start». Donor Kindren, *Written speeches - UN - 19 Nov 2019 - Geneva*, al link <https://www.donorkinderen.com/speeches-united-nations>, 2019 (ultima consultazione, 07.09.2020).

*Rosaria Piroso\**

## **L'impronta (v-)etero-patriarcale e adultocentrica nel diritto di famiglia italiano. Alcune riflessioni teorico-giuridiche a partire dal "ddl Pillon"**

### **Sommario**

1. Introduzione – 2. La "peculiare" ambivalenza del diritto – 3. Il rapporto tra società e diritto: una lettura nella prospettiva del diritto di famiglia– 4. "Una genitorialità a orologeria" – 5. "Nell'interesse del minore": una strumentalizzazione a 370 gradi? – 6. Alienazione genitoriale. C'è un giudice a Strasburgo ("da sfruttare") – 7. Cognizione interdisciplinare e giurisprudenza. Un giudice italiano ("da estromettere") – 8. Un indicatore lampeggiante.

### **Abstract**

Il presente saggio, a partire dai presupposti del ddl Pillon, si propone di sviluppare una riflessione sulla solidità di una concezione paritaria nelle relazioni familiari e sulle prospettive di mutamento di una visione "monistica" della genitorialità nel diritto italiano. Il contributo intende, infatti, vagliare l'iniziativa legislativa, proponendone una lettura che, oltre a evidenziare le discontinuità rispetto alla normativa in vigore, "diagonalizzi" i profili che rimandano alla preesistenza e alla persistenza di un'impronta etero-patriarcale e adultocentrica nel diritto di famiglia del nostro paese. Prendendo in considerazione la specifica ambivalenza dello strumento giuridico in ambito familiare, l'articolo, infine, ha l'obiettivo di marcare la connessione tra la marginalizzazione dell'approccio giusfemminista nella cultura giuridica e le carenze dell'ordinamento nella tutela soggettiva, con riguardo alla violenza di genere, all'eguaglianza dell'orientamento sessuale e alla cognizione giudiziale nella materia dei rapporti di famiglia.

*Starting from the assumptions of the Pillon bill, the present essay aims to develop a reflection on the strength of an equal conception of family relationships and on the prospects for changing a "monistic" vision of parenthood in Italian law. As a matter of fact, the contribution intends to examine the legislative initiative, proposing a reading that, as well as highlighting the discontinuities with respect to the legislation in force, "diagonalizes" the profiles that refer to the pre-existence and persistence of a hetero-patriarchal and adult-centric imprint in the family law of our country. Finally, taking into consideration the specific ambivalence of the legal tool in the family context, the article has the objective to mark the connection between the marginalization of the legal-feminist approach in juridical culture and the deficiencies of the Italian system in the legal protection with regards to gender violence, equality of sexual orientation and litigation in matter of family relations.*

\* Assegnista di ricerca in Filosofia del diritto, Università di Firenze.  
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

## 1. Introduzione

È verosimile che il disegno di legge n. 735 “Norme in materia di affidamento condiviso, mantenimento diretto e garanzia di genitorialità” non sarà approvato, ma, a distanza di oltre due anni dal dibattito parlamentare che ha accompagnato la presentazione del cd. “ddl Pillon”, può risultare comunque di un qualche interesse una riflessione volta a mantenere viva l’attenzione sui suoi presupposti. Il presente saggio, sollecitato dalla permanente centralità di una concezione “monistica” di genitorialità nell’ordinamento italiano e dai recentissimi sviluppi in materia di alienazione genitoriale, intende proporre un’analisi che, partendo dalle discontinuità con la normativa vigente in materia di affidamento di minori, figli di genitori separati o divorziati, prevista dalla legge n. 54/2006, offra spunti per “diagonalizzare” l’iniziativa legislativa Pillon. Tale espressione intende restituire almeno un’eco della complessa prospettiva della “diagonalizzazione del presente attraverso la storia” che, nel pensiero di Michel Foucault, investe la dimensione ontologica, gnoseologica ed epistemologica. Questo approccio innerva la costituzione e il riconoscimento delle soggettività, le forme di produzione della verità, passando, soprattutto, attraverso strutture epistemologiche che non divaricano l’attualità dal passato<sup>1</sup>. In tal senso, il presente è continuamente sfidato e la storia non è soltanto uno strumento diagnostico che “accede” alla dimensione soggettiva, sociale e politica che si dà nel contingente. Pertanto, si evidenzieranno i profili del ddl che rimandano alla preesistenza e alla persistenza nel diritto di famiglia italiano di un’impronta etero-patriarcale e adultocentrica, secondo un’analisi che intende considerare il rapporto tra le forme politiche e giuridiche, la collettività sociale e le singole persone.

Più in particolare, nel § 2, si introdurrà il tema della centralità del paradigma organicistico della “famiglia sessuale e procreativa” che, in generale, inadatto a dare contezza del mutato rapporto tra l’ambito familiare e la sfera pubblica nelle odierne società pluralistiche, si pone alla base della “diversa velocità” del diritto di famiglia italiano rispetto ad altri settori giuridici e ad altri ordinamenti europei e nordamericani. Muovendo da questo argomento, si intende evidenziare che la costitutiva ambivalenza dello strumento giuridico con riguardo alle relazioni familiari conosce una declinazione specifica.

Nel § 3 anche l’analisi del nesso strutturale tra la dimensione giuridica e quella sociale trova collocazione in un orizzonte analitico ed ermeneutico distinto, richiamato dalla sfera familiare e non dalla società nel suo complesso, che consente di mostrare come la concezione dell’irriducibilità al diritto dei rapporti familiari – ovvero l’idea che la complessità delle relazioni interpersonali nella famiglia non possa essere irrigidita e compressa nella dimensione giuridica – abbia l’esito di assegnare eccessiva rilevanza alla morale<sup>2</sup> e, dunque, conferisca stabilità al binarismo “etero-omo”. L’impronta (v-)etero-patriarcale, riflessa in alcune scelte politiche e giudiziali, dunque, offre supporto all’ipotesi di un’interpretazione “diagonalizzante” dell’iniziativa legislativa Pillon e dei suoi tratti qualificanti (§ 4).

Nel § 5 e § 6, questa lettura del ddl, mettendo in questione la solidità di una visione paritaria delle relazioni familiari come fulcro del diritto di famiglia vigente, ha l’obiettivo di fare emergere l’intento strumentalizzante dei proponenti in rapporto all’uso dei principi di diritto, agli “approdi” della giurisprudenza nazionale e comunitaria, ai presupposti sostanziali e “deontologici” degli istituti rilevanti in materia e, soprattutto, agli effetti sulle persone “destinatari” delle decisioni del legislatore e dei giudici. Nel § 6, in particolare, si evidenzia l’utilizzo “funzionalistico” del complesso territorio dell’alienazione parentale. Con riferimento a questo ambito di osservazione, nel § 7, si affronta la cesura tra la cognizione giudiziale e gli ambiti di conoscenza diversi dal diritto, il cui apporto, se non compresso negli stilemi “istituzionalizzati” delle valutazioni processuali su perizie e consulenze tecniche, avrebbe l’effetto di accrescere le chances di effettiva protezione del minore e della madre. Infine, nel § 8, guardando al coinvolgimento della cultura giuridica italiana, refrattaria ad accogliere (e a comprendere) il giusfemminismo, ci si propone di mostrare come il disegno di legge Pillon sia un indicatore significativo dell’insufficiente risposta del sistema giuridico rispetto alla violenza di genere e anche dell’attaccamento ad una concezione “monistica” di genitorialità.

1 Sulle implicazioni epistemologiche di questa visione cfr. M. Foucault, *Le courage de la vérité. Le gouvernement de soi et des autres II. Cours au Collège de France, 1984*, Paris, Gallimard Seuil, 2009, tr.it. *Il coraggio della verità. Il governo di sé e degli altri II*. Corso al Collège de France (1984), Milano, Feltrinelli, 2016, pp. 14-15. Sandro Chignola valorizza la “diagonalizzazione del presente” nella prospettiva foucaultiana anche nel suo recente *Foucault’s Politics of Philosophy. Power, Law and Subjectivity*, New York, Routledge, 2019.

2 Per un’analisi del tema dell’irriducibilità al diritto dei rapporti familiari in questa tale cornice teorica, un riferimento imprescindibile è S. Rodotà, *Diritto d’amore*, Roma-Bari, Laterza, 2015.

## 2. La “peculiare” ambivalenza del diritto

Con l’entrata in vigore del Codice civile del 1942 e la consacrazione nella Carta fondamentale, il matrimonio eterosessuale è stato rafforzato nella sua funzione di cellula costitutiva e di storico fondamento dell’ordine sociale. Questa concezione, che ha il suo centro nel paradigma organicistico<sup>3</sup> della “famiglia sessuale e procreativa”<sup>4</sup>, sebbene inadatta a dare contezza del mutato rapporto nelle società pluralistiche tra l’ambito familiare e la sfera pubblica<sup>5</sup>, è stata rinnovata attraverso le scelte del legislatore italiano, ma, come si evidenzierà, ha continuato ad avere spazio nella cultura giuridica e nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

La locuzione “cultura giuridica” può essere usata, come ha suggerito Lawrence M. Friedman,

per descrivere un gran numero di fenomeni tra loro collegati. Anzitutto è usata per riferirsi alla conoscenza del sistema giuridico da parte del pubblico e agli atteggiamenti e modi di comportamento del pubblico riguardo al diritto [...]. Un tipo estremamente importante di cultura giuridica di gruppo è quello dei professionisti del diritto<sup>6</sup>.

Rilevante è per il celebre studioso statunitense la distinzione tra “la cultura giuridica esterna”, che definisce come “la cultura giuridica propria di tutta la popolazione e comune a tutta la popolazione”, e la “cultura giuridica interna”, ovvero “la cultura giuridica propria di quei membri della società che compiono attività giuridiche specializzate”<sup>7</sup>.

La recente sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale ha confermato la persistenza nell’ordinamento italiano dell’idea di famiglia come “società naturale”<sup>8</sup> fondata sul matrimonio. La Suprema Corte, infatti, ha stabilito la rilevanza costituzionale delle “unioni omosessuali” e, tuttavia, riconducendole all’ambito delle “formazioni sociali” previste dall’art. 2 Cost., ha escluso la possibilità di riconoscere il diritto di matrimonio, previsto dall’art. 29 Cost., alle coppie di persone dello stesso sesso.

Orbene, per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l’unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di

- 
- 3 La concezione organicistica della società, che pone al suo centro la famiglia, si può fare risalire a Emile Durkheim (*La Famille conjugale*, in *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, Librairie Félix Alcan, 1932, 91, pp. 1-14), ma, rappresenta, anche uno dei cardini dello struttural-funzionalismo di Talcott Parsons (*Structure of Social Action*, 2 voll., New York, Macmillan Publishers, 1967, vol.1). In questa seconda declinazione che, a differenza di quella durkheimiana, non individua il proprio referente empirico in una società socialmente e culturalmente omogenea, ma nella società multiculturalmente degli Stati Uniti d’America della seconda metà del secolo scorso, il ruolo dei gruppi familiari (bianchi, anglosassoni e protestanti) sembra funzionale alla tenuta del conformismo sociale, obiettivo storico e trasversale ai settori delle politiche sociali e previdenziali statunitensi. Per una disamina filosofico-giuridica e sociologico-giuridica del rapporto tra diritto e integrazione sociale si veda F. Belvisi, *Diritto e integrazione sociale: la teoria delle istituzioni. Materiali per una ricostruzione storica*, in E. Santoro (a cura di), *Diritto come questione sociale*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 1-57.
  - 4 Per l’inquadramento sociologico di questo paradigma, rimane un riferimento centrale C. Saraceno, *Sociologia della famiglia*, Bologna, Il Mulino, 1988.
  - 5 Con riguardo all’incapienza della prospettiva meccanicistica della “famiglia sessuale e procreativa” in relazione alla crescente complessità sociale, si vedano le puntuali argomentazioni contenute in V. Pocar, P. Ronfani, *La famiglia e il diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003. Sul superamento del “paradigma tradizionale” verso altre forme familiari, si segnalano I. Théry, *Le démariage*, Paris, Editions Odile Jacob, 1993; C. Saraceno, *Coppie e famiglie. Non è una questione di natura*, Milano, Feltrinelli, 2012; *Ead.*, *L’equivoco della famiglia*, Roma-Bari, Laterza, 2017. Per un’interessante analisi giusfilosofica, nel contesto anglosassone, si veda M.A. Fineman, *The Neutered Mother, The Sexual Family and Other Twentieth Century Tragedies*, London, Routledge, 1995.
  - 6 L. M. Friedman, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Bologna, Il Mulino, 1978, cap. VIII, p. 326, cit. in V. Pocar, P. Ronfani, *La famiglia e il diritto*, p. 225.
  - 7 L. M. Friedman, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Bologna, Il Mulino, 1978, cap. IX, p. 371, cit. in V. Pocar, P. Ronfani, *La famiglia e il diritto*, p. 225. È evidente che la nozione di “cultura giuridica interna” non comprende soltanto i giuristi che adempiono a un ruolo tecnico nel processo legislativo, ma anche gli avvocati e i giudici nell’esercizio delle rispettive professioni.
  - 8 “Con tale espressione, come si desume dai lavoratori preparatori dell’Assemblea Costituente, si volle sottolineare che la famiglia contemplata dalla norma aveva dei diritti originari e preesistenti allo Stato, che questo doveva riconoscere”, Corte costituzionale, sentenza del 23 marzo 2010 n. 138, p. 18.



vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri<sup>9</sup>.

Ancora ha sottolineato come possa “accadere che, in relazione a 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”<sup>10</sup>.

Questi passaggi, centrali nel tessuto motivazionale della pronuncia, segnalano che il giudice costituzionale è rimasto ancorato alla “consolidata e ultramillenaria nozione di matrimonio”<sup>11</sup> e al concetto di una naturale complementarietà biologica tra coniugi di sesso diverso. Come sostengono autorevoli costituzionalisti<sup>12</sup>, scegliendo la forma di una “sentenza addittiva”, la Corte costituzionale avrebbe potuto superare un’ermeneutica “giusnaturalistica” e originalistica dell’articolo 29 Cost., non restando ai margini del dialogo giurisprudenziale<sup>13</sup> che, in materia di riconoscimento del diritto di matrimonio, si è sviluppato nello spazio giuridico europeo tra le Corti Supreme e sovranazionali a partire dal primo decennio degli anni Duemila<sup>14</sup>.

Richiamando l’art. 2 della Carta fondamentale, invece, il giudice costituzionale si è indirizzato verso un’interpretazione “conservativa”<sup>15</sup> che, non intervenendo sul fondamento costituzionale del matrimonio, ha confermato la “dicotomia”<sup>16</sup> tra eterosessualità e omosessualità. Si possono avanzare ipotesi sulle ragioni per le quali nell’esperienza politico-giuridica e nella giurisprudenza italiana, la visione

9 *Ibidem*, p. 18.

10 Corte costituzionale n. 138/2010, cit., p. 18. Va osservato che il termine “trattamento” porta con sé il retaggio di una visione del diritto di famiglia tipica di uno Stato autoritario/paternalistico che “mette sotto tutela” i soggetti più che garantirne la protezione giuridica. Per un approfondimento dei profili rilevanti della regolamentazione legislativa della famiglia tradizionale in Italia, che prende in considerazione la penetrante influenza dell’ordine pubblico sull’ordine privato, si veda l’opera citata di V. Pocar, P. Ronfani, *La famiglia e il diritto*, in particolare pp. 5-29.

11 *Ibidem*, p. 17.

12 Si segnala, in particolare, il contributo di A. Pugiotto, *Una lettura non reticente della sentenza n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio* in *www.forumcostituzionale.it*, 2011. Sul tema si veda anche A. Pugiotto, *La ‘società naturale’ e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Atti del seminario di Ferrara*, Torino, Giappichelli, 2010, e-book, pp. XV-XVII.

13 L’espressione “dialogo giurisprudenziale”, con riguardo al caso specifico, ha una sua plausibilità posto che le decisioni in materia sono state numerose, concomitanti e di orientamento assimilabile (cfr. la nota seguente). Il rigore epistemologico del concetto di “dialogo tra Corti”, tuttavia, può non resistere alla prova di temi in cui la convergenza tra le Corti internazionali e sovranazionali deve fare i conti con la specificità dei singoli ordinamenti giuridici. In questo senso, per esempio, è significativa la vicenda del rapporto tra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti umani, nell’ambito della quale, oltre alle cosiddette “sentenze gemelle” (Corte costituzionale, sentenza del 22 ottobre 2007 n. 348; Corte costituzionale sentenza del 22 ottobre 2007 n. 349), è rilevante la pronuncia n. 49/2015 (Corte costituzionale, sentenza del 14 gennaio 2015 n. 49). In essa, il giudice costituzionale italiano, rispondendo “politicamente” al giudice di Strasburgo in *Varvara* (Cedu, *Varvara c. Italia*, 29 ottobre 2010, ricorso n. 17475/09), ha inteso ribadire l’infungibilità dello sguardo della giurisdizione domestica rispetto a fenomeni di rilevanza nazionale come quello degli effetti della criminalità mafiosa. Per un approfondimento sul tema, si veda D. Tega, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, 2, pp. 405-405. Sull’epistemologia della categoria del dialogo e sulla peculiare “relazione dialogica” tra la Corte Edu e le Corti inglesi, si rinvia a S. Creighton, N. Padfield, R. Piroso, *England and Wales: an uncertain relationship with European institutions* in G. Cliquennois, H. de Suremain (eds.), *Monitoring Penal Policy in Europe*, Routledge, New York, 2018, pp. 127-149. In generale, si segnala A.M. Slaughter, *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2009. Utili considerazioni si trovano anche in L. Marchettoni, *Dialogo fra corti e judicial borrowing: una prospettiva inferenzialista*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2015, 1, 4, pp. 149-170. Nel dibattito scientifico italiano, un riferimento importante è l’opera monografica di B. Pastore, *Interpreti e fonti nell’esperienza giuridica contemporanea*, Padova, CEDAM, 2014.

14 Di impulso è stato il Tribunale costituzionale del Portogallo, con sentenza del 9 luglio 2009 n. 359. Di lì a poco hanno riconosciuto la costituzionalità del diritto al matrimonio di persone dello stesso sesso il Tribunale costituzionale spagnolo, con la pronuncia del 6 novembre 2012 n. 198, e il Conseil constitutionnel francese, con la decisione del 17 maggio 2013 n. 2013-669. Anche l’ordinamento belga e olandese si sono posti nella stessa direzione. Nel caso *Oliari e altri c. Italia*, di cui si tratterà più avanti, la Corte Edu, ha evidenziato il mancato allineamento del Governo italiano a questa tendenza, in via di progressiva affermazione, nell’ambito del contesto comunitario.

15 Un timido ampliamento della tutela alle coppie formate da persone dello stesso sesso viene riconosciuto dalla Corte di Cassazione, prima sezione civile, nella sentenza del 15 marzo 2012 n. 4184, che ribadisce il ricorso al giudice come strumento per ristabilire le violazioni soggettive.

16 “La dicotomia funziona con logica binaria e impone un’alternativa”, Gf. Zanetti, *Eguaglianza come prassi. Teoria dell’argomentazione normativa*, Bologna, Il Mulino, 2015, p. 11.

“naturalizzante” del matrimonio eterosessuale – che continua a dare linfa al binarismo “etero-omo”<sup>17</sup> – abbia avuto una tenuta maggiore rispetto ad altri ordinamenti.

Sul tema, un argomento centrale riguarda senza dubbio il condizionamento storicamente impresso sulle determinazioni del legislatore ordinario dalla presenza dello Stato Vaticano nel territorio del nostro paese e dalla posizione di potere della Chiesa cattolica. In questo senso, non è un caso che, come si evidenzierà, l'intreccio tra cattolicesimo oltranzista e opportunismo politico abbia consentito di “mettere in forma” i contenuti del disegno di legge Pillon<sup>18</sup>, a partire da un'istanza di riaffermazione della “famiglia tradizionale” che ha preso corpo nelle frange venete dell'elettorato della Lega Nord<sup>19</sup>. Mentre il discorso scientifico sull'influenza del cattolicesimo offre un orizzonte analitico fecondo entro cui collocare la difficile affermazione delle istanze di cambiamento in materia di relazioni familiari<sup>20</sup>, il narrative *mainstream* rimane confinato entro gli steccati di argomentazioni “tautologiche” che si limitano a marcare un'incontestabile esposizione dell'ordinamento italiano rispetto all'influenza delle istituzioni cattoliche, risultando, pertanto, scollate dall'ambito di una riflessione politica proiettata verso le soluzioni normative<sup>21</sup>.

In Italia, il diritto di famiglia sembra scandito da una velocità diversa rispetto ad altri settori giuridici, avendo faticato a garantire eguale tutela a tutti i soggetti del rapporto familiare<sup>22</sup> e, pertanto, ad accogliere una prospettiva incentrata sul singolo individuo come fulcro di universo relazionale<sup>23</sup>. Guardando alla storia del diritto italiano, questa considerazione non riguarda soltanto il legislatore ordinario, ma può estendersi alle scelte del Costituente. Se il cattolicesimo politico ha partecipato in modo rilevante all'approvazione di norme fondanti l'ordine costituzionale come gli artt. 2 e 3 della Carta fondamentale, con riguardo alla prospettiva di genere e alla materia del diritto di famiglia, in senso altrettanto decisivo, questa corrente ha contribuito all'affermazione di opzioni “meno dirompenti”<sup>24</sup>.

Centralità della persona, pluralità dei gruppi nei quali l'individuo si realizza, primato del bene comune, carattere strumentale e non finale dello Stato sono dunque i punti di forza di un movimento cattolico che, nel momento in cui entra nel vivo della lotta antifascista, per un verso è costretto a fare i conti con la propria tradizione, prendendo le distanze da ciò che in essa poteva aver indotto ad assumere un atteggiamento ‘transigente’ nei confronti del regime, mentre per un altro verso è sollecitato a interrogarsi sulla possibilità di individuare punti di convergenza con le molteplici componenti dello schieramento resistenziale. In questo processo di rinnovamento e di coinvolgimento del cattolicesimo politico in un contesto tanto nuovo quanto imprevedibile non possono certo mancare le tensioni e divaricazioni interne (...). Non è però (...) sulla visione della persona come tale che si appuntano le divergenze<sup>25</sup>.

- 
- 17 Per le implicazioni di tale concetto, nella letteratura internazionale, pionieristico è il contributo di E.K. Sedgwick, *Epistemology of the Closet*, Berkeley, University of California Press, 1990, tr.it. *Stanze private. Epistemologia e politica della sessualità* (traduzione a cura di F. Zappino), Roma, Carocci, 2011. Nel dibattito scientifico nazionale di grande interesse M.R. Marella, *Queer Eye for The Straight Guy. Sulle possibilità di un'analisi giuridica queer*, in M.G. Bernardini, O. Giolo (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pisa (Ospedaletto), Pacini, pp. 249-272.
- 18 Si tratta del disegno di legge n. 735 “Norme in materia di affido condiviso, mantenimento diretto e garanzia di bigenitorialità”, comunicato alla presidenza il 1° agosto 2018 nel corso della diciottesima legislatura, noto come “ddl Pillon”, d’iniziativa dei senatori Pillon, Ostellari, Candura, Pellegrini, Piarulli, D’Angelo, Evangelista, Giarrusso e Ricciardi.
- 19 Questo profilo sarà trattato nel paragrafo 4.
- 20 V. S. Garbagnoli, M. Prearo, *La croisade “anti-genre” du Vatican aux manif pour tous*, Paris, editions Textuel, 2017, tr. it. *La crociata “anti-gender” dal Vaticano alle manif pour tous*, Torino, kaplan, 2018.
- 21 Un ragionamento circolare, la cui premessa iniziale consiste nel rimarcare che l'influenza della Chiesa Cattolica impedisce il cambiamento e la cui conclusione si incentra sul fatto che i mutamenti sono impediti dalla presenza della Chiesa cattolica è, spesso, invocato nelle giustificazioni della politica ed è presente nel sentire comune. Per un'analisi che offre un'alternativa alla visione delle confessioni religiose (e dei loro apparati organizzativi) come impedimenti (automatici) nell'esercizio dei diritti delle persone omosessuali si segnala J. Nedelsky, R. Hutchinson, *Clashes of Principle and the Possibility of Dialogue: A Case Study of Same-Sex Marriage in the United Church of Canada*, in R. Moon (ed.), *Law and Religious Pluralism in Canada*, Vancouver-Toronto, UBC Press, 2008, pp. 41-64.
- 22 Si veda M. R. Spallarossa, *Verso una più efficace protezione dei diritti dei figli: l'affidamento dei figli ad entrambi i genitori separati*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2006, 36, 2, pp. 529-540.
- 23 Per una revisione dell'approccio organicistica in materia di relazioni personali, affettive e intime: A. Giddens, *The Transformation of Intimacy: Sexuality, Love and Eroticism in Modern Societies*, Cambridge, Polity Press, 1992.
- 24 Cfr. sul tema M. Gigante (a cura di), *I diritti delle donne nella Costituzione*, Napoli, ESI, 2007.
- 25 P. Costa, *Storia della cittadinanza in Europa. 4. L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 450.

I riferimenti sin qui introdotti non rimandano soltanto alla “diversa velocità” del diritto di famiglia, ma anche alla costitutiva ambivalenza dello strumento giuridico nel suo complesso che, nel campo dei rapporti familiari, “sconta” una declinazione specifica. Infatti, il diritto nel suo carattere ancipite, che contribuisce all’affermazione delle logiche di dominio e, a un tempo, garantisce la protezione delle situazioni soggettive<sup>26</sup>, in relazione alla sfera familiare, da un lato, ha trattenuto (più a lungo) la sua matrice oppressiva e, dall’altro, continua a esprimere con forza la sua carica emancipatoria<sup>27</sup>. La persistente impronta discriminatoria del diritto, come si sottolineerà, si riconnette alla tardiva liberazione dal paradigma di una morale tradizionale, dalla categoria della “natura”<sup>28</sup> e dalla “conformità sociale”, mentre il potenziale rivendicativo (in azione)<sup>29</sup> mostra che gli istituti esistenti non sono in grado di assicurare ancora una tutela solida a tutte le soggettività (“rilevanti”).

### 3. Il rapporto tra società e diritto: una lettura nella prospettiva del diritto di famiglia

La difficile soccombenza dell’idea che la protezione della famiglia come “società naturale” ed entità sovraordinata sia prioritaria rispetto alla soggettività dei suoi membri proviene da (non molto) lontano. In questa direzione, è utile richiamare brevemente alcune fattispecie previgenti che, *in violazione del principio di uguaglianza di genere*, assumevano il matrimonio come unico ambito di esercizio legittimo della libertà sessuale (persino ad effetto retroattivo)<sup>30</sup>. Lo scopo, agli effetti del presente saggio, non è quello di fornire una ricostruzione formale di tali istituti giuridici, quanto di discuterne i presupposti sostanziali nel quadro di un approccio sociologico che si propone di individuare una “diagonale genealogica” tra il presente e alcuni profili emblematici del suo retroterra storico.

La norma penale sull’illegittimità dell’adulterio femminile, il matrimonio riparatore o le previsioni civilistiche che ricollegavano al difetto di verginità l’annullamento del matrimonio (non attribuendo, invece, alcuna rilevanza all’*impotentia coeundi et generandi*, pur all’interno del modello della famiglia procreativa), non possono essere considerate soltanto guardando alla responsabilità del legislatore, ma chiamano in causa, in senso più generale, la funzione del diritto nel suo complesso e, dunque, il tema della strutturale relazione tra diritto e società.

Questo nesso ha delle distinte implicazioni, quando i termini sono la dimensione giuridica, da un lato, e l’ambito intimo e personale delle relazioni affettive, amorose o, meglio in senso comprensivo, familiare<sup>31</sup>, non genericamente “sociale”, dall’altro. I processi di positivizzazione sollecitano la questione relativa al se sia l’azione del legislatore ad informare evolutivamente la mentalità comune o se, piuttosto, siano le istanze provenienti dalla collettività a costituire il fattore propulsivo di alcune scelte politiche, con la conclusione che sia difficile enucleare chirurgicamente quale dei profili abbia una maggiore

26 Per un’analisi giusfilosofica sull’ambivalenza del diritto si vedano B. Pastore, *Per un’ermeneutica dei diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2004; F. Mancuso, *Il doppio volto del diritto*, Torino, Giappichelli, 2019.

27 Nel quadro dei *Critical Legal Studies*, il diritto ha avuto un ruolo centrale nella costruzione – non neutrale rispetto al genere – della soggettività titolare di diritti, ma è anche uno strumento che consente di mettere in atto processi rivendicativi.

28 La “natura” come categoria fondativa e come premessa per l’esercizio dei diritti, oltreché nell’articolo 29 comma 1, ricorre anche nell’art. 37 Cost. che, nel prevedere il principio della parità di retribuzione, in generale delle condizioni di lavoro della donna lavoratrice rispetto all’uomo lavoratore, pone riferimento all’ambito familiare e alla maternità, come a una funzione “essenziale” della donna. Cfr. M. Barbera, *L’evoluzione storica e normativa del problema della parità retributiva tra uomo e donna*, in *Lavoro e diritto*, 1989, 3, pp. 593-633. Sull’apparente neutralità e imparzialità del diritto come strumento di perpetuazione della disuguaglianza di genere, si veda il contributo di T. Pitch, *Sesso e genere del e nel diritto: il femminismo giuridico* in E. Santoro (a cura di), *Diritto come questione sociale*, cit., pp. 91-128, in particolare in relazione all’impronta “giusnaturalistica” dell’art. 37 Cost., pp. 28-29.

29 In tale direzione, si collocano certamente le azioni giudiziali che hanno condotto alle sentenze incentrate sul riconoscimento giuridico delle unioni tra persone dello stesso sesso, richiamate nel presente contributo.

30 Come si evidenzierà più avanti, all’interno del rapporto di coniugio, acquistava rilevanza giuridica il difetto di verginità della moglie.

31 Il paradigma della “famiglia sessuale”, che esclude un’idea di famiglia incentrata su relazioni affettive, in una prospettiva foucaultiana, è maggiormente funzionale al controllo sociale, dal momento che uno dei principali dispositivi del biopotere è l’etero coercizione della sessualità. Cfr. M. Foucault, *La volontà di sapere. Storia della sessualità*, 1, Milano, Feltrinelli, 2013. Recentemente, in Canada, nella provincia dell’Alberta, e in alcuni stati della federazione statunitense, come lo Utah, sono state riconosciute delle forme di tutela anche alle “coppie non coniugali”.

“rilevanza causale” nella produzione dei mutamenti sociali. Con riguardo alla materia dei diritti delle persone nella sfera delle relazioni familiari, assieme alle dimostrazioni più risalenti di cui tratteremo, anche recenti esempi evidenziano il ruolo di traino del diritto giurisprudenziale – non a caso derivante dall’*activity of claiming*<sup>32</sup> – rispetto ad un “sentire comune” che ha tardato a liberarsi dalle “pastoie” di una morale conservatrice e che ha gravato sulle strutture normative.

Come è stato puntualmente sottolineato,

L’orientamento sessuale è il problema classico relativo alla coercizione giuridica della morale, il *Legal Enforcement of Morals*, con le conseguenti riflessioni sui cosiddetti *victimless crimes*; l’orientamento sessuale emerge come problema tipico relativo alla relazione tra diritto e morale in rapporto alle discriminazioni delle minoranze<sup>33</sup>.

In tal modo Gianfrancesco Zanetti afferma la specifica rilevanza della riflessione giusfilosofica sui problemi posti dall’orientamento sessuale, attraverso l’esperienza politico-giuridica statunitense in cui le relazioni tra persone omosessuali sono state “giuridicamente qualificate” con categorie penalistiche e previsioni “eticizzanti” (le cosiddette *Sodomy Laws*), hanno poi ricevuto un riconoscimento *de facto* – che ha consentito di ascrivere alla sfera del *valuable*<sup>34</sup> quelli che erano definiti “comportamenti omosessuali” oggetto di fattispecie incriminatrici – e, infine, sono state ricondotte all’alveo della tutela costituzionale, sia pure entro una protezione coestensiva che ha allargato ai “nuovi titolari” i diritti previsti per le persone eterosessuali<sup>35</sup>. Decisiva, in tal senso, è stata la sentenza della Corte Suprema *Obergefell v Hodges*<sup>36</sup>. Nel caso italiano, la legge n. 76 del 2016, nota come legge Cirinnà<sup>37</sup>, ha ricevuto impulso<sup>38</sup> dalla pronuncia *Oliari e altri c. Italia*, nella quale la Corte EDU ha accertato la violazione dell’art. 8 della Convenzione europea per avere omesso di adottare una legislazione diretta al riconoscimento e alla protezione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso<sup>39</sup>. Il giudice di Strasburgo ha ricordato che tale norma, diretta

32 Per un’analisi giusfilosofica della concezione rivendicativa del diritto come alternativa teorica (e pratica) si veda L. Baccelli, *I diritti dei popoli. Universalismo e differenze culturali*, Roma-Bari, Laterza, 2009, pp. 86-148.

33 Gf. Zanetti, *L’orientamento sessuale. Cinque domande tra diritto e filosofia*, Bologna, Il Mulino, 2015, p. 8. Herbert Lionel Adolphus Hart e Patrick Devlin ebbero un ruolo importante nel dibattito sulla coercizione giuridica della morale, Nel testo citato, Gianfrancesco Zanetti si sofferma, in particolare, sulle posizioni di Devlin e sulla cosiddetta *disintegration thesis*, secondo cui le società soggiacenti agli ordinamenti giuridici necessitano di valori condivisi, di un *idem sentire* in fatto di morale (pp. 13-46).

34 Zanetti utilizza il termine inglese preferendolo all’espressione “dotato di valore”, perché rispetto a quest’ultimo sintagma “che non fa parte del repertorio comunicativo abituale di chi parla la lingua italiana”, “ha una flessibilità maggiore, ma nello stesso tempo è meno ambiguo”, *ibidem*, p. 47.

35 Le coppie concettuali *legal/illegal, valuable/non valuable*, eguale / diseguale, secondo Zanetti, possono essere utili per inquadrare queste tre fasi che “sono collegate (...) in una successione genetica, non assolutamente cronologica”, nella tesi “che non c’è fra loro un rapporto seriale di causa-effetto; e che ogni fase costituisce una condizione necessaria ma non sufficiente per l’attivazione di una fase successiva. Successione non assolutamente cronologica significa che non è necessario che una fase sia conclusa affinché la fase successiva possa partire (anzi una *timeline* mostrerebbe sovrapposizioni e aperture di vario tipo), ma che idealmente una fase non può essere attiva se prima non sia partita la fase precedente, anche se quest’ultimo evento, di per sé stesso, non è una causa sufficiente (ma neppure un *triggering factor*) della fase successiva. Questo significa, intuitivamente, che non è stato possibile, dal punto di vista logico-genetico delle argomentazioni, porre il problema del valore meritevole di tutela delle relazioni gay e lesbiche senza che si fosse prima sviluppata l’idea della problematicità della condanna penale di tali relazioni, e che non è possibile, sempre dal punto di vista logico-genetico delle argomentazioni, porre il problema dell’eguaglianza fra relazioni eterosessuali e relazioni omosessuali se non si è prima attirato l’orientamento omosessuale entro la sfera di ciò che è dotato di valore”, *ibidem*, pp. 9-10.

36 Corte Suprema degli Stati Uniti, *Obergefell v. Hodges*, 25 giugno 2015, 576 US. Per un’ampia disamina di carattere giusfilosofico sul percorso seguito dalla giurisprudenza costituzionale statunitense in merito al riconoscimento giuridico delle coppie *same-sex*, si veda, in un’ampia letteratura, G. Viggiani, *Dal diritto alla privacy al diritto al matrimonio. L’omosessualità nella giurisprudenza costituzionale statunitense*, Milano-Udine, Mimesis, 2015.

37 Tale legge, avente ad oggetto la “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”, è entrata in vigore il 5 giugno 2016.

38 Cfr. G. Viggiani, *L’inerzia del legislatore e il caso Oliari e altri c. Italia*, in *Ragion Pratica*, 2016, 1, pp. 261-268.

39 La pronuncia, associata al cognome Oliari, trae origine da due ricorsi riuniti presentati da tre coppie dello stesso sesso. La coppia Oliari (che non ha richiesto l’anonimato) aveva impugnato presso il Tribunale di Trento, senza successo, il diniego opposto dall’ufficiale di stato civile di procedere con le pubblicazioni. Nell’ambito del giudizio di appello, successivamente instaurato, era stato sollevato il rinvio alla Corte costituzionale, che ha condotto alla citata sentenza n. 138/2010. Le tre coppie si sono rivolte alla Corte di Strasburgo lamentando appunto la violazione dell’art. 8 (diritto alla vita privata e familiare) e altresì dell’art. 12 (diritto al matrimonio) e dell’art. 14 (divieto di discriminazione) della Convenzione europea. Risulta significativo che, pur non avendo i ricorrenti esaurito i rimedi interni predisposti dallo Stato italiano, la Corte di Strasburgo abbia



a proteggere gli individui dalle ingerenze arbitrarie dello Stato nella loro vita privata e familiare, può imporre a quest'ultimo l'adozione di misure positive per assicurare il rispetto effettivo dei diritti. Richiamando la propria recente giurisprudenza ha ribadito che le coppie formate da persone dello stesso sesso hanno la medesima capacità di dare vita ad una relazione stabile e lo stesso bisogno di riconoscimento e di protezione della propria unione di quelle formate da persone di sesso diverso. La Corte ha preso atto dell'esistenza nell'ordinamento italiano dei contratti di convivenza e dei registri delle unioni civili, ma ha ritenuto che non fossero strumenti sufficienti, individuando un argomento centrale nel conflitto e nell'assenza di comunicazione tra la dimensione della realtà sociale dei ricorrenti – che vivono apertamente la loro relazione in Italia – e la legge che non consente un riconoscimento formale sul territorio. Il giudice di Strasburgo, pertanto, richiede la regolamentazione statale nell'obiettivo di tutelare situazioni giuridiche rilevanti in un ambito rispetto a cui il legislatore italiano era stato a lungo inerte.

Qualche decennio prima, invece, Arturo Carlo Jemolo, valorizzando l'autonomia della famiglia rispetto all'interventismo statale, memore degli effetti delle politiche del regime fascista, aveva messo in risalto, in un'ottica anch'essa garantista, l'eterogeneità del diritto rispetto a un territorio complesso come quello delle relazioni personali, affettive e intime<sup>40</sup>. Guardando ai profili di criticità di alcuni istituti del diritto di famiglia e alla prospettiva eminentemente giuridica e "culturalmente orientata" di alcuni giudici<sup>41</sup>, questa idea potrebbe calzare appieno. I senatori della Lega Nord che hanno proposto il disegno di legge n. 735 non hanno esitato a citare l'illustre ecclesiasticista e storico italiano<sup>42</sup>, ignorando che egli "si è giustamente domandato se questo ritirarsi del diritto non lasci irrisolte, e affidate al solo costume, le difficili questioni del rapporto tra amore e diritto"<sup>43</sup>. Nella lotta per i diritti negati alle donne eterosessuali, alle persone omosessuali, transessuali, *queer* e intersessuali<sup>44</sup> l'argomento dell'irriducibilità al diritto delle relazioni familiari, infatti, rischia di essere una zavorra. Come sostiene Stefano Rodotà, "la conquista da parte del diritto di territori prima affidati unicamente alla regola religiosa o all'imperativo etico o alla conformità sociale o al dato naturalistico non assumeva i caratteri di un'indebita espansione della dimensione giuridica"<sup>45</sup>. Uno sguardo alla storia ci mostra che all'assenza del riconoscimento giuridico conseguiva la centralità del privilegio e delle posizioni di favore riconducibili all'appartenenza cetuale<sup>46</sup>.

Il dibattito sviluppatosi nell'Assemblea Costituente sull'attuale disposto dell'art. 29 comma 2 Cost. offre un chiaro saggio della resistenza rispetto a un diritto definitivamente emancipato dalla "conformità sociale" o dal "dato naturalistico". L'introduzione nell'ordinamento del principio dell'eguaglianza

---

ritenuto i ricorsi ricevibili, in quanto l'eventuale azione intentata presso le autorità italiane, non sarebbe stata assimilata a un ricorso effettivo, tale da consentire agli stessi di ottenere la riparazione del pregiudizio subito, cfr. Corte europea dei diritti umani, *Oliari e altri c. Italia*, 21 luglio 2015, (Ricorsi n.18766/11 e 36030/11), in particolare i paragrafi 83-84.

- 40 Questo pensiero è stato efficacemente sintetizzato nella metafora che assimila la famiglia "ad un'isola, che il diritto può solo lambire".
- 41 Si presta, qui, riferimento all'effetto che, da un lato, la formazione culturale e, dall'altro, la refrattarietà ad attingere a campi disciplinari diversi dal diritto, producono nella cognizione giudiziale.
- 42 Si riporta, di seguito, il riferimento che compare nella prima pagina del "ddl Pillon": "Come soleva dire Arturo Carlo Jemolo, la famiglia è un'isola che il diritto può solo lambire, essendo organismo normalmente capace di equilibri e bilanciamenti che la norma giuridica deve saper rispettare quanto più possibile, disegno di legge n. 735 "Norme in materia di affidato condiviso, mantenimento diretto e garanzia di bigenitorialità", cit., p. 1
- 43 S. Rodotà, *Diritto d'amore*, cit., p. 18.
- 44 Talvolta è il "+" che conclude l'acrostico LGBTQ. Quest'ultima scelta solleva il tema dell'incerto statuto sociale dell'intersessualità, dovuto alla persistenza di un approccio medicalizzante in materia e al carattere "normalizzante" del diritto. Su queste tematiche rinvio a A. Comeni, La condizione intersessuale: una testimonianza, in questa *Rivista di Studi Giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2018, 5, n. 1, pp. 12-16. Sull'indebolimento dei diritti e delle garanzie soggettive nelle esperienze di "transito", invece, si segnala A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, FrancoAngeli, 2014.
- 45 S. Rodotà, *Diritto d'amore*, cit. p. 19.
- 46 Per esempio, era molto più facile per una donna benestante (e lo è tutt'ora in molti paesi), fare luogo ad un'interruzione di gravidanza senza che l'intervento la esponesse (o la esponga) al rischio della vita. L'intersezione tra la disuguaglianza di genere e il piano delle disparità sociali ed economiche tra donne conosce una specifica dimensione con riguardo allo scenario della globalizzazione e delle migrazioni transnazionali. Per un'analisi giusfilosofica e sociologico-giuridica sul tema si veda T. Pitch, *Tess e io. Differenze e disuguaglianze nella differenza*, in *Ragion pratica*, 2004, 34, 2, pp. 339-362 e più in generale T. Pitch, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, Milano, Il Saggiatore, 1998. Sulle tappe salienti che hanno condotto alla legalizzazione dell'aborto in Italia, cfr. I. Fanlo Cortés, *A quarant'anni dalla legge sull'aborto in Italia. Breve storia di un dibattito*, in *Politica del diritto*, 2017, 48, 4, pp. 643-660.

morale e giuridica tra coniugi, contenuto nella predetta norma costituzionale, infatti, non individuò una piena convergenza<sup>47</sup>.

Nel corso dei lavori dell'Assemblea Costituente, il testo dell'art. 29 comma 2 Cost. nell'attuale formulazione, infatti, incontrò l'opposizione di Piero Calamandrei, di Francesco Saverio Nitti e di Vittorio Emanuele Orlando. In una visione organica del dibattito sulla disposizione costituzionale citata, poi, non è difficile notare come l'attenzione della maggioranza dei Costituenti fosse tutta volta verso l'opportunità di introdurre nel testo dell'art. 29 comma 2 il carattere di "indissolubilità" del matrimonio.

Pensando alla proposta di offrire fondamento costituzionale all'eguaglianza tra coniugi, Orlando dichiarò: "Avete pensato che c'è l'articolo 144 del codice civile che dice il contrario?"<sup>48</sup> Dunque, su quella che sarebbe stata una disposizione della Costituzione Repubblicana, avrebbe dovuto prevalere una norma codicistica che esprimeva una concezione gerarchica dei rapporti familiari<sup>49</sup>. Come se questo richiamo non fosse bastato, l'ulteriore argomento fu quello secondo cui il principio dell'eguaglianza morale e giuridica tra marito e moglie avrebbe avuto conseguenze destabilizzanti per l'unità familiare, collidendo con la mentalità sociale prevalente. Il testo fu poi approvato grazie alla forza con cui Maria Maddalena Rossi – potremmo dire senza alcun dubbio un'autorevole "Madre Costituente" – ne difese la rispondenza alle istanze delle donne italiane<sup>50</sup>. Non è superfluo dire che questo nome sia assai meno conosciuto degli altri tre<sup>51</sup>.

A distanza di circa quindici anni dalla conclusione dei lavori dell'Assemblea Costituente e dall'entrata in vigore della Carta fondamentale, la Corte Costituzionale ha respinto l'eccezione di incostituzionalità sull'art. 559 c.p. che incriminava la condotta di adulterio femminile<sup>52</sup>, circoscrivendo la rilevanza penale dell'adulterio maschile ai soli casi di "concubinato stabile e notorio". La salvaguardia del matrimonio eterosessuale, tutta affidata alla moralità femminile, trovava una giustificazione tecnica nella tutela della "fedeltà genitale e procreativa" che, più agevolmente rispetto alla fedeltà coniugale, ha consentito di puntellare ancora per sette anni una fattispecie incriminatrice che si poneva in pieno contrasto con l'art. 29 comma 2<sup>53</sup>. L'allocazione esclusiva del bene della libertà sessuale nella sfera del matrimonio "etero", come accennato in precedenza, aveva effetto retroattivo dal momento che l'ordinamento italiano individuava nel celamento del difetto di verginità un motivo di annullamento del rapporto di coniugio. Su questo punto, una sentenza emessa nel 1911 dalla Corte d'appello di Milano su un caso di *error virginitalis* per errore sulle qualità personali del coniuge offre ancora assai spunti significativi:

Elevare la verginità fisica della donna a qualità essenziale, il cui difetto, se non è stato prima dichiarato, diviene causa di annullamento delle nozze, significa abbassare il matrimonio ad un contratto

- 
- 47 Tale circostanza può risultare emblematica della "diversa velocità" del diritto di famiglia cui si è posto riferimento e, verosimilmente, anche del "doppio registro giuridico", utilizzato da eminenti protagonisti della storia del diritto italiano.
- 48 Camera dei deputati, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, II, Camera dei deputati, Roma, 1979, rispettivamente pp. 963 per Calamandrei, 1034 per Nitti, 1161 per Orlando, cit. in S. Rodotà, *Diritto d'amore*, cit., p. 62.
- 49 Il previgente articolo 144 c.c. rubricato "Potestà maritale" stabiliva che "Il marito è il capo della famiglia; la moglie segue la condizione civile di lui, ne assume il cognome ed è obbligata ad accompagnarlo dovunque egli crede opportuno fissare la sua residenza", art. 144, R.d. 16 marzo 1942, n. 262.
- 50 "C'è qualcuno che ha intenzione di cambiare il Codice civile in materia, e sono precisamente le donne italiane", Camera dei deputati, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, II, Camera dei deputati, Roma, cit. in S. Rodotà, *Diritto d'amore*, cit., p. 10.
- 51 Secondo Judith Butler, la modalità discorsiva è centrale rispetto alla "performatività di genere", non sostanziantesi in un atto singolare, ma in un "processo" che riproduce comportamenti normativi a partire da orientamenti condivisi e prassi linguistiche atte a istituire "regimi di verità". Questa idea riveste grande rilevanza con riferimento agli usi linguistici che si riconnettono alla protratta esclusione delle donne dall'elettorato attivo e passivo e dalle professioni legali. Se ormai ben desta – forse in ragione dell'elevato numero di avvocate e avvocati in Italia – è l'attenzione ad utilizzare il termine "avvocata" quando chi possiede il titolo o esercita la professione forense è una donna, meno avvedute sono le scelte lessicali con riguardo al genere dei Costituenti. È invalso l'utilizzo esclusivo dell'espressione "Padri Costituenti", esattamente come, spesso, per una consuetudine irriflessa, si definisce al maschile "il rapporto filiale" di un'opera o di un'invenzione scientifica con la sua autrice. In coerenza con la prospettiva giusnaturalistica, invece, la lingua "è madre". Sul carattere processuale della performatività, v. J. Butler, *Questione di genere. Il femminismo e la sovversione dell'identità*, Roma-Bari, Laterza, 2017.
- 52 Corte costituzionale, sentenza del 28 novembre 1961 n. 64.
- 53 La Corte costituzionale, nella sentenza del 19 dicembre 1968 n. 126, accolse finalmente l'eccezione di incostituzionalità sull'adulterio femminile. L'articolo 37 Cost., come si è visto, definendo la maternità una funzione essenziale della donna, giustificava la criminalizzazione della condotta adulterina femminile, essendo il "soggetto agente" colpevole per aver disposto del proprio corpo, bene "familiare" – o peggio "bene sociale" – atto a generare la vita.

commutativo, nel quale l'oggetto principale sarebbe costituito dal corpo degli sposi; vuol dire estendere al matrimonio i principi della garanzia che il venditore deve al compratore per i vizi e difetti occulti della cosa venduta, assegnando precisamente al difetto di verginità la funzione di un vizio redibitorio, per la quale si considera la sposa deflorata non atta a raggiungere i fini del matrimonio<sup>54</sup>.

Considerando, come si è accennato, che l'*impotentia coeundi et generandi* non era causa di scioglimento della relazione coniugale, quello che emerge chiaramente è lo schiacciamento della figura femminile entro una logica economicistica.

Come evidenzia Ludovico Mortara, estensore della decisione sopra citata, il diritto del marito a far valere il difetto di verginità della moglie individuava una base identica al presupposto sostanziale su cui la disciplina civilistica dei contratti basa il diritto del compratore, garantito dall'ordinamento per i vizi della cosa acquistata, a risolvere la compravendita<sup>55</sup>.

Questi riferimenti restituiscono un sistema matrimoniale che sanciva disparità e subordinazione e, al contempo, un orizzonte giuridico e una giurisprudenza costituzionale che ha tardato ad emanciparsi dalle scelte compiute dal potere politico decenni prima. Come è stato opportunamente osservato, "[l]a permanenza di una concezione del matrimonio come istituzione alla quale una volta assegnate funzioni di stabilità e di disciplinamento spetta la realizzazione di questi obiettivi giustifica il sacrificio dei diritti fondamentali delle persone"<sup>56</sup>.

In tal senso, la riforma del 1975<sup>57</sup> è stata un passaggio importante nell'attuazione del principio dell'eguaglianza di genere, ma non ha tolto centralità al modello di famiglia sessuale e procreativa, superando la visione gerarchica dei rapporti familiari e, tuttavia, non riuscendo a eliminare del tutto la logica della patrimonializzazione del rapporto matrimoniale e, pertanto, mantenendo "acquiescente" un potenziale ambito di istituzionalizzazione della violenza<sup>58</sup>. La vicenda del disegno di legge Pillon segna una preoccupante reviviscenza di questi aspetti, una sorta di compendio rappresentativo dei retaggi di cui il diritto di famiglia non si è scrollato o si è liberato troppo tardi.

Questa iniziativa di legge, come si evidenzierà nel prosieguo della trattazione, ha riproposto la logica sottesa alla norma di cui al previgente art. 144 c.c. (e 143 c.c.<sup>59</sup>), espressione di una visione patriarcale e adultocentrica che riponeva la tutela dell'interesse del minore<sup>60</sup> nel padre, il soggetto ritenuto più idoneo a stabilire le scelte relative alla cura, all'educazione e all'istruzione dei figli.

Il ddl pretende che le disparità economiche e le situazioni di fatto che segnano la subordinazione della donna all'uomo in costanza di matrimonio non abbiano rilevanza nella fase dello scioglimento del rapporto matrimoniale, con un inevitabile condizionamento della libera determinazione delle mogli/madri di addivenire al divorzio.

54 Corte d'appello di Milano, sentenza del 20 maggio 1911, in *Foro italiano*, 1911, I, col. 124, cit. in S. Rodotà, *Diritto d'amore*, cit. p. 8.

55 Altro istituto previgente, travolto da una declaratoria di incostituzionalità intervenuta nel 1968, era il cosiddetto matrimonio riparatore (art. 544 c.p.) in base al quale, se il violentatore sposava la sua vittima, il reato veniva cancellato. Soltanto nel 1981, l'ordinamento supera i delitti per causa d'onore, che Fabio Basile definisce "un vero e proprio lasciapassare per la violenza sulle donne". Se il marito cagionava la morte della moglie "nell'atto in cui ne scopre la illegittima relazione carnale o nello stato d'ira determinato dall'offesa recata all'onore suo e della famiglia" (previgente art. 587 c.p.), non era punito con la pena prevista per l'uxoricidio (la reclusione da 24 a 30 anni secondo i previgenti artt. 575 e 577 comma 2), ma con la reclusione da 3 a 7 anni. Il confinamento della libertà sessuale nel territorio del matrimonio, poi, ha fatto sì che fino alla (tardiva) riforma dei delitti del 1996, la violenza sessuale fosse un reato contro la moralità pubblica e il buon costume e non una fattispecie incriminatrice a tutela della libertà sessuale della persona offesa, con l'evidente sottinteso che quest'ultima fosse sempre una donna. La legge 15 febbraio 1996, n. 66 riorganizza i reati contro la libertà sessuale secondo il bene di categoria della persona, superando l'impostazione del Codice Rocco del 1930. Sul carattere sessuato del diritto e il posizionamento del genere nelle fattispecie normative si veda C. Smart, *The Woman of Legal Discourse*, in *Social and Legal Studies*, 1992, 1, 1, pp. 29-44. Cfr. anche F. Basile, *Violenza sulle donne: modi, e limiti, dell'intervento penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, ora nella sezione Archivio della *Rivista Diritto Penale e Uomo*, p. 2; *Id.*, *Immigrazione e reati culturalmente motivati: Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 148 e ss.

56 S. Rodotà, *Diritto d'amore*, cit., p. 68.

57 Legge 19 maggio 1975, n. 15, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 135 in data 23 maggio 1975.

58 In questo quadro, il "debito coniugale", ha storicamente costituito una scriminante di condotte penalmente rilevanti, non ritenute tali perché poste in essere nell'ambito di una relazione familiare "contrattualizzata".

59 "Il matrimonio impone ai coniugi l'obbligo reciproco della coabitazione, della fedeltà e dell'assistenza", art. 143, R.d. 16 marzo 1942, n. 262.

60 Per un'efficace disamina di questa nozione in rapporto alla giurisprudenza italiana in materia di separazione e divorzio, si veda: P. Ronfani, *L'interesse del minore: dato assiomatico o nozione magica?*, in *Sociologia del diritto*, 1997, 1, pp. 85-88.

Anche la “storica” necessità che il coniuge economicamente più debole fosse costretto a tollerare gravi forme di prevaricazione e di violenza, dunque, sembra un corollario del progetto previsto dal senatore Pillon.

#### 4. “Una genitorialità a orologeria”

Il disegno di legge Pillon è stato presentato all’esito di un lungo percorso che, in particolare in Veneto, ha segnato il coinvolgimento dei distretti elettorali più popolosi (e delle principali diocesi). I cattolici più conservatori, alcune associazioni di padri divorziati<sup>61</sup> (politicamente orientate) e gruppi di mediatori si sono riuniti nelle chiese per discutere della necessità di riaffermare la centralità della famiglia “tradizionale”, allo scopo di arginare le spinte disgregatrici che minacciano l’ordine sociale e politico.

L’iniziativa legislativa promossa dal senatore della Lega Nord, Simone Pillon, come si è accennato in apertura, si proponeva di intervenire sulla materia relativa all’affidamento di minori, figli di genitori separati o divorziati, regolata, nell’ordinamento giuridico italiano, dalla legge n. 54/2006<sup>62</sup>.

Questa disciplina prevede che, nell’interesse del minore, sussistendone i requisiti, venga applicata in via prevalente, la misura dell’affidamento condiviso nel presupposto che gli adulti cessano di essere uniti nel rapporto matrimoniale, ma continuano a condividere la responsabilità genitoriale. Come si è sottolineato, il saggio intende vagliare le novità proposte dal disegno di legge Pillon allo scopo di proporre una lettura che, oltre ad evidenziare le discontinuità rispetto alla normativa in vigore, “diagonalizzi” i profili che rimandano alla preesistenza e alla persistenza, nella visione del diritto di famiglia italiano, di un’impronta etero-patriarcale<sup>63</sup> e adultocentrica<sup>64</sup>.

Nel dichiarato intento dei proponenti, l’iniziativa legislativa Pillon è stata concepita per due fini prioritari: 1) tutelare il diritto del minore a una “bigenitorialità perfetta”; 2) risolvere, attraverso la mediazione obbligatoria, le situazioni di alta conflittualità intrafamiliare.

Con riguardo al primo profilo, si evidenzia che la bigenitorialità, intesa come diritto del minore a intrattenere rapporti significativi con entrambi i genitori, rappresenta un cardine del diritto giurisprudenziale. La giurisprudenza, infatti, ha saldato in questo unico concetto la condizione di genitorialità e la responsabilità degli adulti di fronte al minore e il legislatore vi ha dato finalmente seguito nel 2013 con l’emancipazione dal concetto di “potestà genitoriale” verso quello di “responsabilità genitoriale”. Secondo il giudice di legittimità, il “diritto alla bigenitorialità” non presuppone l’equivalenza temporale delle relazioni del minore con ciascun genitore<sup>65</sup>. Il principio di una “bigenitorialità perfetta”, a ben vedere, potrebbe richiamarsi all’affidamento alternato (che prevede che il minore trascorra metà del suo tempo con un genitore e metà con l’altro), di cui giudici e psicologi hanno messo in luce gli effetti destabilizzanti<sup>66</sup>. Il ddl Pillon configura la previsione relativa al tempo minimo che il figlio o la figlia deve trascorrere con ciascun genitore come la principale modalità di attuazione del diritto alla bigenitorialità “perfetta”<sup>67</sup>.

61 In generale, per un’analisi delle concrete situazioni dei padri divorziati e separati e delle loro istanze, si veda G. Petti, L. Stagi, *Nel nome del padre. Paternità, conflitti e governo della famiglia neoliberale*, Verona, Ombre corte, 2015.

62 Legge 8 febbraio 2006, n. 54, “Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli”, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 50 del 1° marzo 2006.

63 Fuori dalle analisi di *Queer Theory*, tale lemma non è molto diffuso nel dibattito scientifico. Per un uso di questo termine nella teoria giusfemminista che evidenzia, oltre all’idea dell’inferiorizzazione delle donne da parte degli uomini, l’imposizione dell’etero-sessualità come costruzione eteronormativa, v. L. Re, *Femminismi e diritto: un rapporto controverso*, in M.G. Bernardini, O. Giolo (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, cit., pp. 179-205, in particolare p. 187. In generale sul tema si veda F. Valdes, *Unpacking hetero-patriarchy: tracing the conflation of sex, gender, and sexual orientation to its origins*, in *Yale Journal of law & the humanities*, 1996, 8, 1, pp. 161-211.

64 Il concetto di “adultocentrismo” è uno dei cardini del dibattito scientifico nell’ambito della sociologia dell’educazione. Con riguardo a tale profilo cfr. B. Pacheco Salazar, *Las voces del estudiando en la investigación socio-educativa: trascendiendo el adultocentrismo*, in *Ciencia y Educación*, 2018, 2, 2, pp. 43-51.

65 Questo profilo sarà oggetto di specifico approfondimento nel corso del saggio e, in particolare, nel paragrafo 5.

66 Si segnala al riguardo un recente provvedimento del Tribunale barese, Trib. di Bari, prima sezione civile, sentenza n. 17113/2019.

67 È significativo che, nel linguaggio giuridico, l’aggettivo “perfetto” ravvisi l’istanza paritaria nella identità di funzioni, di attribuzioni e di poteri di organi istituzionali, utilizzando, per esempio, questa qualificazione con riferimento alla forma di governo bicamerale.



L'idea di bigenitorialità, così declinata, viene utilizzata come elemento prodromico all'abolizione degli istituti della "casa familiare" e dell'"assegnamento di mantenimento", le principali novità che il disegno di legge intendeva introdurre. Se, infatti, il minore permane per un tempo eguale presso la residenza di ciascun genitore e, se entrambi i genitori sono chiamati a mantenere il minore in "eguale"<sup>68</sup> misura, nella *ratio* complessiva del disegno di legge, non avrebbe senso assegnare l'abitazione familiare o prevedere un contributo al mantenimento a favore della madre o, (anche?) del padre. Le ipotesi "fisiologiche" in cui il minore, più che "affidato" "non viene diviso tra i genitori" o "è diviso dai genitori", come si evidenzierà, vengono ricondotte all'ambito dell'alienazione genitoriale, cui l'iniziativa legislativa risponde prevedendo sanzioni penali nei confronti del genitore che incentiva il comportamento di rifiuto del minore verso l'altro genitore.

Per ciò che concerne il secondo obiettivo, invece, il legislatore ha inteso introdurre l'obbligatorietà della mediazione familiare come soluzione normativa centrale nella regolazione dei rapporti familiari successivi allo scioglimento del matrimonio. A tal proposito occorre osservare che l'istituto della conciliazione può risultare un rimedio efficace solo se muove dalla effettiva volontà di temperare un rapporto conflittuale e se può essere esperita in alternativa al ricorso al giudice<sup>69</sup>. In caso di violenza domestica, per esempio, lo strumento mostra i suoi evidenti limiti. Pertanto, il legislatore sembra non "mettere a tema" le dinamiche intrafamiliari che, per genesi e modalità, risultano di difficile o impossibile composizione.

Sin da queste prime considerazioni non emerge la novità dei concetti giuridici, ma risalta come *nuovo* l'uso che il disegno di legge Pillon ne fa. Possiamo pensare ad alcuni esempi. Anche il legislatore del 2006 aveva previsto l'affidamento alternato, ma, con non poca sciattezza, in alcune disposizioni della legge n. 54, aveva richiamato questo istituto riferendosi, in realtà, all'affidamento condiviso, non accogliendo, pertanto, l'idea del minore "itinerante", equamente "collocato" presso ciascun genitore. E pure il progetto iniziale di questa riforma aveva previsto la mediazione come obbligatoria, ma la proposta era stata abbandonata senza apprezzabile resistenza per il dissenso degli operatori giuridici (che avevano opposto il requisito ineliminabile della volontarietà del rimedio e l'argomento del rango costituzionale del diritto di ricorrere al giudice). Nel complesso terreno dell'alienazione genitoriale, invece, la giurisprudenza aveva argomentato in ordine a misure volte a sanzionare il comportamento del genitore alienante, ma profilandone l'applicazione soltanto a scopo deterrente.

Una lettura diacronica permette di evidenziare gli aspetti di continuità dell'iniziativa legislativa Pillon con la disciplina codicistica, rimasta al di fuori dell'orbita costituzionale anche dopo l'entrata in vigore della Carta fondamentale, ma consente anche di interpretare in una logica strumentalizzante l'intento dei proponenti in rapporto a vari livelli del campo di indagine: in particolare, con riguardo all'uso dei principi di diritto, all'orientamento della giurisprudenza nazionale e comunitaria, ai presupposti sostanziali e "deontologici" degli istituti rilevanti in materia. Questi ambiti di analisi sollecitano una riflessione sulla solidità di una concezione paritaria delle relazioni familiari come fulcro del diritto di famiglia vigente.

## 5. "Nell'interesse del minore": una strumentalizzazione a 370 gradi?

Il ddl Pillon strumentalizza concetti (non istanze o presupposti) già presenti nella tutela giuridica e giurisprudenziale dei minori, figli di genitori separati o divorziati, torcendo la "svolta puerocentrica" promossa dalla legislazione vigente e, non secondariamente, sostenuta dalla giurisprudenza più innovativa e garantista<sup>70</sup>.

Il complessivo intento strumentalizzante si estrinseca a partire dall'idea di bigenitorialità, nella quale l'interesse del minore si eclissa a favore del diritto alla genitorialità dei genitori o, peggio, verso la

68 L'eguaglianza come revisione del principio di identità di trattamento opera su questa materia non soltanto stabilendo un rapporto proporzionale tra il livello reddituale e il mantenimento del minore, ma anche valorizzando, dopo il divorzio, il lavoro di cura prestato da ciascun coniuge in costanza di matrimonio.

69 Per un'analisi sociologico-giuridica delle soluzioni conciliative, v. S. Pellegrini, *La mediazione e le sue tecniche. Un diverso metodo di gestione del conflitto tra dover essere ed essere*, in *Sociologia del diritto*, 2012, 3, pp. 69-87. Un contributo esaustivo in materia resta E. Urso, *La mediazione familiare: modelli, principi, obiettivi*, Firenze, Florence University Press, 2012.

70 L'unica disposizione, non a caso di natura processuale che, forse, aveva ad oggetto una riforma in *melius* della disciplina previgente è l'articolo 6 del disegno di legge. Proponendo una modifica all'art. 178 del codice di procedura civile, infatti, questa disposizione stabiliva che l'ordinanza del giudice istruttore in materia di separazione e di affidamento dei figli fosse impugnabile dalle parti con reclamo immediato al collegio.

garanzia di privilegi per il genitore più forte, con effetto – potrebbe dirsi con espressione tecnica – esimente sugli obblighi parentali, ovvero con la conseguenza di deresponsabilizzare proprio chi, tra i due ex-coniugi, detiene una posizione economica di vantaggio.

L'ordinamento giuridico italiano ha superato con fatica il concetto di potestà genitoriale, atipica posizione giuridica soggettiva che riunisce diritti e doveri<sup>71</sup>. Questa circostanza ha assegnato una durevole fortuna alla modalità deontica del “dovere filiale”, correlativa rispetto ai diritti genitoriali e, in particolare, simmetrica alle prerogative paterne<sup>72</sup>. Come si è visto, la norma codicistica in vigore fino al 1975, l'art. 144 c.c., affermava una concezione gerarchica e organicistica della famiglia, attribuendo al padre il ruolo di “capofamiglia” e implicando l'idea che le relazioni familiari fossero un “insieme organizzato” da destinare al governo di un solo soggetto, capace di prendere decisioni e di impedire contrasti. In questa logica, il conferimento del comando a una sola persona era pensato come la scelta più efficace.

La nozione di “bigenitorialità”, di conio giurisprudenziale<sup>73</sup>, travolto l'istituto della potestà a partire dal 2013, poggia sul solido basamento legislativo della “responsabilità genitoriale”. Tale ritardo ha gravato sull'affermazione di un principio di diritto di centrale rilevanza, nel quale, come si è rilevato, si fondono la genitorialità e la responsabilità degli adulti nei confronti dei minori e, verosimilmente, ha salvaguardato l'idea dell'esercizio disgiunto della “potestà genitoriale”. Dopo lo scioglimento del rapporto matrimoniale, infatti, gli ex-coniugi intrattenevano una relazione con i figli minori in cui la dimensione della responsabilità condivisa poteva non avere la priorità, soccombendo rispetto alle dinamiche della separazione.

In altri ordinamenti giuridici, la nozione di “cogenitorialità”, non di “bigenitorialità”, ha rappresentato un alveo più congeniale rispetto alla progressione giuridica che, in materia di relazioni familiari, ha sancito una più matura autonomia della relazione figli-genitori rispetto al rapporto tra ex-coniugi<sup>74</sup>. Nel diritto, infatti, la scelta di ogni singolo termine, soprattutto con riferimento all'elaborazione di principi, non si attegge a mero nominalismo, ma può avere significative ricadute sulla normazione. A tal proposito si è richiamato in precedenza il *lapsus linguae* del legislatore del 2006 sulla sovrapposizione tra “affidamento alternato” e “affidamento condiviso”, verosimile espressione di una concezione “bilaterale” della relazione genitoriale, intesa come campo di “domini separati”, più che come sfera affettiva “partecipata”, “condivisa”, che individua il suo centro nei figli.

La commistione tra l'ambito dello scioglimento del rapporto coniugale e il delicatissimo terreno delle relazioni dei genitori con i figli minori riversa i propri effetti nella fase successiva al divorzio o alla separazione, nella quale la sproporzione del lavoro di cura tra uomo e donna che caratterizza il rapporto tra adulti in costanza di matrimonio può replicarsi, individuando una sostanziale latitanza dei padri. A tal riguardo, i casi giudiziari confermano un ruolo più attivo delle madri rispetto ai figli minori dopo lo scioglimento della relazione coniugale.

Il disegno di legge Pillon, dunque, oltreché frustrare, “funzionalizza” l'approccio puerocentrico ai suoi obiettivi, ravvivando il ricordo della disciplina codicistica postunitaria in cui emergeva l'invocazione del “prevalente e superiore interesse” del minore, quale corollario di una visione patriarcale che riponeva la tutela dell'interesse dei figli (e delle figlie) nelle determinazioni paterne, prescindendo dalle situazioni concrete. Secondo Pocar e Ronfani, infatti, l'idea di “prevalenza e superiorità” di una posizione soggettiva senza alcun dubbio meritevole di prioritaria tutela, celava, in realtà, la disparità dei genitori di fronte ai minori, richiamando l'esclusivo esercizio della “patria potestà”, tramite cui si estrinsecava il potere del “marito-padre” di disporre nei confronti della moglie e dei figli<sup>75</sup>.

Come si è evidenziato, l'idea della bigenitorialità perfetta, nell'intento dell'iniziativa legislativa Pillon, viene intrecciata all'abolizione della casa familiare e dell'assegno familiare. Tale scelta alimenta una

71 L'emancipazione del diritto familiare dal concetto di potestà genitoriale si deve al D.lgs. 28 dicembre 2013 n. 154.

72 La categoria giuridica del “dovere filiale” è stata il principale fondamento sostanziale dello *ius corrigendi* che il padre (e la madre) poteva(no) esercitare ove i figli e le figlie tenessero una condotta inadempiente.

73 In tal senso si può citare la sentenza n. 18817/2015 della Corte di cassazione civile che stabilisce che il principio della bigenitorialità debba intendersi “quale presenza comune dei genitori nella vita del figlio, idonea a garantirgli una stabile consuetudine di vita e salde relazioni affettive con entrambi, i quali hanno il dovere di cooperare nella sua assistenza, educazione e istruzione”, Cfr. Corte di cassazione, quarta sezione civile, sentenza del 23 settembre 2015 n. 18817. Al principio di diritto affermato in questa pronuncia il giudice di legittimità si riferisce in modo analogo nella decisione n. 6919/2016 (Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza dell'8 aprile 2016 n. 6919, p.3). In questa direzione si colloca anche la pronuncia n. 22744/2017 (Corte di cassazione, sesta sezione civile, sentenza del 28 settembre 2017 n. 22744) che alla pagina 4 statuisce che “tra i requisiti di idoneità genitoriale rileva anche la capacità di preservare la continuità delle relazioni parentali con l'altro genitore, a tutela del diritto del figlio alla bigenitorialità e alla crescita equilibrata e serena”.

74 Cfr. C. Smart, S. Sevenhuysen (eds.), *Child Custody and the Politics of Gender*, London, Routledge, 1989.

75 V. Pocar, P. Ronfani, *La famiglia e il diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, pp. 157-173.

strumentalizzazione della materia del mantenimento del minore che stravolge l'istanza perequativa, già presente nel contrasto delle posizioni di rendita del genitore affidatario, introdotta nell'ordinamento attraverso il superamento della periodicità dell'assegno familiare.

In questo caso, il disegno di legge incorpora una pesante discontinuità rispetto al quadro vigente che, fuori da alcune derive giurisprudenziali connesse ai singoli casi, intendeva assegnare un valore economico al lavoro di cura compiuto, in prevalenza o quasi esclusivamente dalla donna, tutt'ora posta di fronte all'esigenza di conciliare l'ambito familiare con quello professionale o davanti alla necessità di scegliere tra la famiglia e le possibilità di carriera<sup>76</sup>. La giurisprudenza che ha svolto un ruolo storicamente compensativo rispetto a un lungo passato in cui la "patrimonializzazione" del rapporto matrimoniale, e non della cura, aveva colonizzato assieme al corpo, la libertà di autodeterminazione delle donne-mogli-madri, è stata individuata dai proponenti del disegno di legge come una delle cause della deprivazione dei "padri-vittime".

L'idea sottesa all'iniziativa legislativa Pillon, pertanto, consiste in una ripatrimonializzazione della relazione uomo-donna nella quale, come si è accennato, se si addiviene allo scioglimento del rapporto coniugale, non ha alcuna rilevanza l'intero vissuto della vita matrimoniale. Il ddl Pillon, infatti, impone che i figli siano ospitati in un alloggio idoneo e, nella residuale ipotesi in cui la casa familiare debba essere mantenuta in considerazione dell'interesse del minore, l'ex-coniuge, che non ne è proprietario e vi risiede, è obbligato a corrispondere una cifra all'altro, equivalente al canone di locazione.

Al di là degli evidenti profili discriminatori che emergono con riguardo al fattore economico e sociale, è evidente il reingresso di una logica patrimoniale. Una concezione proprietaria delle relazioni personali, come si è visto, si è posta alla base della disuguaglianza giuridica e morale tra i coniugi, orientando, in passato, il legislatore verso una disparità di trattamento di comportamenti identici, ma non egualmente considerati dall'ordinamento per il diverso genere del "soggetto agente".

Ancora, sovrapponendo la conflittualità intrafamiliare e la violenza domestica, il ddl Pillon torce le finalità garantistiche della mediazione, assegnando a tale istituto una "coattiva" centralità, in contrasto con il divieto internazionale (previsto dalla Convenzione del Consiglio d'Europa<sup>77</sup>) dell'obbligo di ricorrere, in caso di violenza, a modalità alternative di soluzione della controversia<sup>78</sup>. Anche con riguardo a questo profilo, si può sostenere l'intento strumentalizzante dell'iniziativa legislativa, poiché le pratiche conciliative rappresentano un settore importante del diritto di molti paesi, che consente di stabilire un compromesso tra regolazione giuridica e autoregolamentazione in tutti i casi in cui il conflitto tra due persone adulte sia sanabile e, durante la vita familiare, non siano stati lesi beni giuridici fondamentali come l'integrità fisica o la libertà sessuale<sup>79</sup>. La necessità di prevedere deroghe alla mediazione, in ordinamenti come quello britannico<sup>80</sup> – che, per primo, in Europa, ha introdotto questo istituto – per esempio, ha spinto a un ripensamento generale circa l'opportunità di questo rimedio, con specifico riguardo alle situazioni in cui la genesi del conflitto si riconduce ad un trascorso di maltrattamenti, violenza e sopraffazione nei confronti del coniuge più debole.

Considerando che l'unico modo per riuscire a sottrarsi alla violenza sia quello di allontanarsi dalla persona che la infligge, l'obbligatorietà della mediazione costituisce un freno alla separazione o al divor-

76 La perpetuazione della divisione dei ruoli in base al genere si riconduce anche alle disparità retributive, dipendenti o meno dall'inquadramento e dalla tipologia della mansione professionale. Per esempio, gli uomini addivengono raramente alla scelta di un impegno lavorativo *part-time*, perché ciò determinerebbe una riduzione del reddito familiare assai maggiore rispetto al caso in cui a chiederlo sia la donna. Sul tema si vedano S. Pozzolo, *Lo sguardo neutrale (del diritto) e le inspiegabili scelte delle donne. Riflessioni intorno a una sentenza della Cassazione*, in *Ragion Pratica*, 2017, 49, 2, pp. 573-597, in particolare pp. 579-580. Con riguardo al riflesso dell'arretratezza culturale e della crisi economica sulla condizione delle donne nel mercato del lavoro, della stessa autrice si veda *59 giorni a salario zero'. Appunti per uno studio sulla condizione delle donne in Europa, fra riforma del mercato del lavoro e crisi economica*, in Th. Casadei (a cura di), *Donne, diritto, diritti. Prospettive del giusfemminismo*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 215-226. In ambito internazionale, sulle "scelte" femminili e i problemi connessi al concetto di "preferenza" si segnala M. C. Nussbaum, *Women and Human Development. The Capabilities Approach*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 2000, tr.it. *Diventare persone* (traduzione a cura di W. Mafezzoni), Bologna, Il Mulino, 2001, in particolare pp. 141-204.

77 Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, 11 maggio 2011, Istanbul.

78 L'obbligatorietà della mediazione, come si vedrà in seguito, si coniuga ad un complessivo, sebbene non coerente, progetto di "de-giurisdizionalizzazione" della materia.

79 Cfr. E. Urso, *Le ragioni degli altri: mediazione e famiglia tra conflitto e dialogo in una prospettiva comparatistica e interdisciplinare*, Firenze, Florence University Press, 2013.

80 Rileva, in tal senso, la terza parte delle Family Procedure Rules. In particolare, l'allegato c) della Practice direction 3A consente di valutare se la mediazione sia la soluzione più idonea.

zio. Come si è evidenziato, tale esito si riconduce al concetto di indissolubilità del legame matrimoniale che cristallizzava la prevalenza del supremo bene dell’“unità familiare” su tutti gli altri beni giuridici meritevoli di protezione. La tutela della famiglia come bene astratto rendeva trascurabili le concrete situazioni di pregiudizio dei suoi membri. Pertanto, il legislatore, non considerando la rilevanza delle singole soggettività, “metteva sotto tutela” la famiglia e abdicava alla protezione delle persone che ne facevano parte.

## 6. Alienazione genitoriale. C’è un giudice a Strasburgo (“da sfruttare”)

Un approccio che pone al centro le relazioni familiari, sostenuto dagli attori giuridici e dai professionisti del sociale, richiama la necessità di una comunicazione tra il diritto e i saperi specialistici<sup>81</sup>. Questo comporta che prima si proceda con l’analisi dei referenti empirici in rapporto a cui si richiede l’intervento legislativo, essendo inefficace (e dispendioso) prescindere dalle realtà sociali che sollecitano l’azione dei poteri pubblici. Considerando l’esperienza italiana con riguardo a quest’ultimo profilo, l’iniziativa legislativa a firma del senatore Pillon non sembra inaugurare una consistente discontinuità con il passato. Il carattere ideologico di una legge, infatti, non si lega per forza a un’impronta regressiva, quanto piuttosto a un esercizio della funzione legislativa eccessivamente (e perennemente) condizionato dalla contingenza elettorale che pregiudica la possibilità che il potere politico assegni una dimensione centrale ai fatti sociali e ponderi soluzioni giuridiche per il medio o lungo periodo.

In particolare, l’apporto dei saperi specialistici risulta fondamentale con riguardo agli ambiti di conflitto e alle situazioni più critiche che possono prospettarsi nella relazione familiare. A tal proposito, emblematica è la sfera dell’alienazione genitoriale, nella quale una visione incentrata sulla nozione nosografica e patologizzante di *Parental Alienation Syndrome*<sup>82</sup> conduce a inquadrare come sindrome le ricorrenti dinamiche relazionali della coppia che si disgrega o, peggio, le conseguenze di condotte genitoriali violente<sup>83</sup>.

Di tale complesso ambito il ddl Pillon “strumentalizza gli aspetti strumentalizzanti”, escludendo un accertamento sulle ragioni del rifiuto del minore nei confronti del genitore “alienato”. Come emerge dalla dottrina giuridica<sup>84</sup> e dall’esperienza degli operatori del settore<sup>85</sup>, infatti, è un contegno parentale non adeguato e, spesso violento, a determinare il distacco del bambino o della bambina dalla madre o dal padre. A partire dal luglio 2020, sembra che i poteri pubblici abbiano finalmente preso in considerazione la pericolosa intersezione tra la violenza di genere e un uso “strategico” – per utilizzare un eufemismo – da parte “dei padri” dell’alienazione genitoriale nei procedimenti relativi all’affidamento dei figli minori<sup>86</sup>.

81 Sui riflessi concreti di un approccio relazionale in questa materia, cfr. P. Donati, F. Folgheratter, M. L. Raineri (a cura di), *La tutela dei minori. Nuovi scenari relazionali*, Trento, Erickson, 2011.

82 In questa direzione, si colloca l’analisi di R.A. Gardner, *The Parental Alienation Syndrome*, Cresskill, New Jersey, Creative Therapeutics, 1992, che, a distanza di trent’anni, occupa un ruolo certamente minoritario nella comunità scientifica.

83 Come ricorda il giudice di legittimità nella pronuncia n. 7041/2013 (p. 19) di cui si tratterà, numerose sono le perplessità del mondo accademico internazionale sullo statuto scientifico di questa nozione al punto che il manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali non la riconosce come sindrome o malattia. Cfr. Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza del 20 marzo 2013 n. 7041.

84 Al riguardo si veda V. Di Gregorio, *La mediazione familiare nel diritto di famiglia ri-formato*, in *Politica del diritto*, 2017, 47, 4, pp. 603-641, in particolare pp. 634-641.

85 Già nel 2003 la *National District Attorneys Association* aveva messo in luce i rischi di applicazione della SAP (o PAS nell’acrostico di lingua inglese) in ambito giudiziario e, nella specie, in campo forense. Nel contesto italiano, autorevoli voci del dibattito in materia sono Graziella Rumermori, Maria Teresa Semeraro e Milli Virgilio.

86 Questo profilo sarà approfondito nell’ultimo paragrafo del presente saggio, ma sin da ora si intende fornire qualche dato relativo al tema qui introdotto. Nell’ambito della “Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere” presso il Senato della Repubblica, nel luglio 2020, tre magistrato sono state incaricate di esaminare quasi 600 procedimenti in materia di separazioni e di affidamento dei minori, in cui gli ex coniugi sono anche parti di un procedimento penale. A partire dall’accertamento delle difformità tra la cognizione civile e la cognizione penale sulle medesime fattispecie concrete, tali indagini potrebbero condurre a destituire di ogni fondamento (e statuto) l’argomento dell’alienazione genitoriale, laddove si riscontri che essa altro non è che la conseguenza di condotte violente dei genitori che in giudizio hanno dedotto di essere “padri alienati”.



Il disegno di legge recupera la nozione di “Sindrome da Alienazione Parentale” (SAP) come disturbo individuale a carico del minore, respingendo, invece, il concetto di alienazione genitoriale come grave rischio per lo sviluppo psicoaffettivo nell’età evolutiva. Dunque, “funzionalizza” a questa scelta anche l’opinione dei medici o quantomeno mutua e generalizza la posizione minoritaria della comunità scientifica. In questo senso, il ddl irrigidisce in un’iniziativa legislativa l’approccio aproblematico di una parte della giurisprudenza nazionale<sup>87</sup>, ma anche l’analogo contegno della Corte europea dei diritti umani che, nei casi *Strumia c. Italia*<sup>88</sup>, *Improta c. Italia*<sup>89</sup>, *Lombardo c. Italia*<sup>90</sup>, non mette in discussione il rango scientifico della SAP.

Sul tema il giudice di legittimità, invece, è intervenuto con una pronuncia dirimente – la sentenza n. 7041 del 2013<sup>91</sup> – nella quale ha escluso lo statuto di scientificità della SAP, fondando la propria argomentazione sulla posizione prevalente nell’ambito della medicina psichiatrica. La sentenza risulta significativa poiché la Corte di Cassazione italiana ha ribadito con forza il principio di diritto secondo cui il giudice di merito che intenda porre a fondamento della propria decisione una teoria scientifica minoritaria ha l’obbligo di motivare tale scelta e, quindi, non può menzionare in modo cursorio ciò che secondo il proprio convincimento personale ritiene essere una teoria<sup>92</sup>.

La questione sulla scientificità della Sindrome da Alienazione Parentale non riveste un ruolo secondario in relazione alle decisioni giudiziali, in quanto l’adesione a una visione che “psichiatrizza il minore”, sovente contrae l’accertamento di fatto e determina una contraddittorietà dei provvedimenti giudiziali.

Nel caso di specie, il padre del minore, affidato in via esclusiva alla madre, aveva dedotto in giudizio la sussistenza di un processo patogenetico riguardante il figlio che, secondo la ricostruzione contenuta nel ricorso, traeva origine da un conflitto di fedeltà con il genitore affidatario. I giudici di merito avevano ritenuto che una progressiva intensificazione della relazione con il padre sarebbe stata significativa per lo sviluppo psico-fisico del minore. Questa necessaria progressività, richiesta dalla tutela di un armonioso sviluppo della personalità del minore, non trova spazio nella previsione del disegno di legge Pillon che prevede la collocazione del minore presso il genitore “alienato”, non tenendo conto degli effetti di un cambiamento radicale e repentino nell’equilibrio del figlio o della figlia che si troverebbe a vivere con il genitore rifiutato.

La sentenza del giudice di legittimità costituisce un’efficace censura della decisione della Corte d’appello di Venezia<sup>93</sup>. La Corte lagunare, infatti, accogliendo acriticamente le risultanze peritali, ha ommesso la verifica dell’attendibilità scientifica della teoria minoritaria sulla cui base era stata formulata la diagnosi della Sindrome da Alienazione Parentale. La Cassazione civile eccepisce la tenuta della motivazione della pronuncia di secondo grado poiché essa non “nomina” neppure il filone teorico che tratta come base della decisione. La statuizione di una condizione patologica – che risulta più un’asserzione – collide, infatti, con la ricostruzione della vicenda di fatto.

La Corte distrettuale dà atto della progressiva ripresa del rapporto tra il figlio e il padre e del comportamento collaborativo della madre, non tenendo conto dell’incompatibilità tra la riconosciuta mutevolezza della situazione intersoggettiva concreta e il carattere, in astratto, irreversibile di un disturbo psichiatrico.

87 In tale direzione si pone la Corte di Cassazione civile nelle sentenze n. 7452/2012 e n. 5847/2013. Nella decisione del 2012, la Corte di Cassazione prende in considerazione il tema dell’idoneità del professionista incaricato di svolgere la perizia, ma tralascia la questione relativa alla scientificità della Sindrome da Alienazione Parentale. Nel caso di specie, la diagnosi di SAP riguardante il minore solidale rispetto alla madre vittima di accertate violenze da parte del padre, non era stato effettuato da uno psichiatra, ma da una psicologa. Analogamente, nella pronuncia del 2013, il sindacato di legittimità sulla statuizione di merito relativa all’accertamento della condotta “alienante” della ricorrente non muove da una disamina del rango scientifico della SAP. Cfr. Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza del 14 maggio 2012 n. 7452; Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza dell’8 marzo 2013 n. 5487.

88 Corte europea dei diritti umani, *Strumia c. Italia*, 23 giugno 2016, ricorso n. 53377/13.

89 Corte europea dei diritti umani, *Improta c. Italia*, 4 maggio 2017, ricorso n. 66396/14.

90 Corte europea dei diritti umani, *Lombardo c. Italia*, 29 gennaio 2013, ricorso n. 25704/11.

91 Corte di cassazione civile, sentenza n. 7041/2013.

92 In questo senso si collocano Corte di cassazione civile, sentenza del 29 maggio 2002 n. 13937; Corte di cassazione civile, sentenza dell’8 luglio 2005 n.14390; Corte di cassazione civile, sentenza del 16 gennaio 2019 n. 979; Corte di cassazione, sentenza dell’11 febbraio 2011 n. 3367, citate nella decisione in discussione.

93 Questa pronuncia, pur avendo del tutto integrato le conclusioni della consulenza tecnica di ufficio, da un lato, ha estromesso dall’argomentazione giudiziale il tema della controversa scientificità della nozione della Sindrome da Alienazione Parentale, dall’altro, ha sorvolato sulla riscontrabilità di essa nel caso di specie.

Il giudice di Cassazione, invece, fuori da ogni logica “funzionalistica” ha respinto la Sindrome da Alienazione Parentale in quanto costruito pseudo-scientifico<sup>94</sup>, definendo l’alienazione genitoriale come un processo di “ingravescente involuzione”<sup>95</sup> prodromico a uno sviluppo patologico.

Come si è accennato, sul fronte della giurisdizione comunitaria, non vi è stato un analogo approfondimento e il disegno di legge Pillon ha sfruttato l’eco (dell’ autorità giuridica) delle decisioni della Corte europea dei diritti umani.

Nel caso *Strumia c. Italia*, il ricorrente lamentava la violazione del diritto alla vita privata e familiare e del divieto di discriminazione<sup>96</sup> denunciando la condotta dell’ex moglie che, oltre a impedirgli di vedere la figlia, lo aveva infondatamente accusato di aver compiuto molestie sessuali nei confronti di quest’ultima.

Questo aspetto della fattispecie concreta, a partire dal motto promozionale di Pillon: “noi non siamo solo contro la violenza, siamo anche contro chi accusa di falsa violenza” rimanda al campo di maggiore strumentalizzazione dell’iniziativa legislativa<sup>97</sup>. Data la gravità della vicenda di fatto, il motivo di ricorso collega la discriminazione alla stessa condizione di paternità. Il giudice di Strasburgo, tuttavia, dichiarando non sussistente la violazione dell’articolo 14 della Convenzione europea dei diritti umani sulla base di presupposti giuridici, respinge questa idea.

Nell’analisi giuridica della Corte alsaziana, la situazione concreta di persona lesa nell’esercizio di un diritto non viene generalizzata nello *status* di vittima sessualmente connotata. Il ragionamento giudiziale pone un argine alla polarizzazione tra istanze (che il ddl Pillon cavalca): tra la maternità come “*status* genitoriale naturale”, “indiscusso e privilegiato” e la paternità come “relazione revocabile”, bersaglio di una “giurisprudenza discriminatoria”.

Sulla violazione dell’art. 8 Cedu, *Strumia* eccepisce l’inerzia dei giudici nazionali rispetto al comportamento della ex moglie, in quanto la mancata esecuzione – protrattasi per ben sette anni – dei provvedimenti giudiziali, che avrebbero dovuto garantire il diritto di visita, ha inciso in modo decisivo sul deterioramento del rapporto tra padre e figlia. Questo tema risulta centrale per l’accertamento della violazione del diritto alla vita privata e familiare, per il quale è rilevante l’inadempimento degli “obblighi positivi” da parte dello Stato Membro. La Corte, tuttavia, “parafrasa” le ragioni del governo italiano, sottolineando che l’obbligazione positiva statale non è assoluta e che, pertanto, l’assunzione di misure a tutela del diritto di visita non è un dovere statale coercibile.

Una pronuncia di decadenza dalla potestà genitoriale nei confronti della madre, al tempo della sentenza *Strumia*, nell’orizzonte dei giudici italiani, rappresentava una soluzione da vagliare con cura nell’interesse della minore, potendo costituire una soluzione drastica e controproducente.

Le Corti nazionali, infatti, avevano ritenuto misura congrua l’affidamento della minore ai nonni paterni e profilato la decadenza dalla potestà genitoriale della madre in caso di inottemperanza ai provvedimenti giudiziali e il collocamento della bambina in un istituto. Il giudice di Strasburgo, invece, propende in via principale per quest’ultima determinazione. Nell’argomentazione estrae dal diritto interno le fattispecie di cui agli artt. 337 ter e quater del codice penale italiano che prevedono, nell’interesse del minore, l’esclusività della “potestà genitoriale” come conseguenza dell’affidamento monogenitoriale. Come si evince, la cognizione della Corte di Strasburgo, tuttavia, non è aggiornata al concetto di responsabilità genitoriale e omette la questione di scientificità della Sindrome da Alienazione Parentale<sup>98</sup>.

Anche nella pronuncia *Improta* e nella sentenza *Lombardo*, di orientamento analogo alla decisione della Corte Edu in *Strumia*, la condotta ostruzionistica della madre rispetto al diritto di visita del padre nei confronti della figlia e l’intempestività delle giurisdizioni di merito sono stati gli elementi di fatto su cui il giudice di Strasburgo ha incentrato l’accertamento positivo relativo alla violazione dell’art. 8 della Convenzione europea.

94 Nell’argomentazione sul punto, il giudice di legittimità si riferisce alle posizioni sostenute dall’*Asociacion Espanola de Neuropsiquiatria* nel 2010.

95 Corte di cassazione civile, sentenza n. 7041/2013, cit., p. 3.

96 “Il ricorrente invoca gli articoli 8 e 14 sostenendo di essere discriminato dai giudici in quanto padre”, *Strumia c. Italia*, cit. p.6.

97 La giurisprudenza italiana ha preso in considerazione l’integrazione del reato di calunnia agli effetti della responsabilità aquiliana. La Corte di Cassazione, nella pronuncia n. 6790 del 2016, in merito ad un caso di false accuse di violenza sessuale aggravata su minore, stabilisce che la richiesta di archiviazione da parte del pubblico ministero e il decreto di accoglimento del giudice per le indagini preliminari sostanziano un’attività pubblicistica che, incidendo sulla causalità materiale, spezza il nesso tra l’iniziativa della denunciante (la madre) e il danno del denunciato (il padre), con conseguente elisione della responsabilità civile derivante da fatto illecito. V. Corte di cassazione, terza sezione civile, sentenza del 7 aprile 2016 n. 6790/2016.

98 In punto di quantificazione risarcitoria per danno morale, sette anni di vita relazionale con la figlia minore vengono commisurati in 15.000 euro.

Più della giurisprudenza nazionale, dunque, le statuizioni della giurisdizione comunitaria sono state terreno fertile per l’iniziativa legislativa Pillon, che ha rivendicato con forza l’istanza di una “giustizia compensativa” a beneficio dei padri “storicamente” discriminati rispetto alle madri nei procedimenti relativi allo scioglimento del rapporto matrimoniale e all’affidamento dei figli, in ragione delle scelte di giudici “partigiani” o “partigiane”.

Nella previsione normativa che “precostituiva” il genitore alienante e quello alienato, volta a confezionare nella forma della presunzione *ex lege* soggetti predefiniti, non sembra emergere un’effettiva intenzione di tutela dell’interesse del minore. Il disegno di legge Pillon, infatti, una volta per tutte, istituisce la categoria dei padri vittime (alienati) e delle madri vendicative (alienanti), prevedendo, come si è evidenziato, in contrasto con l’orientamento seguito dai giudici nazionali, che il minore possa essere “collocato” presso il genitore rifiutato.

L’influenza dell’iniziativa legislativa, tuttavia, ha già estrinsecato i suoi effetti sulle decisioni di alcune giurisdizioni di merito, poiché se, nella giurisprudenza antecedente a tale iniziativa legislativa, la collocazione dei figli minori presso il genitore “alienato” era una misura “agitata” ma non “agita” dall’organo giudicante, nel “post Pillon” alcuni Tribunali sono addivenuti a disporre in via primaria tale provvedimento<sup>99</sup>.

Le Corti giudiziarie e i medici psichiatri hanno sostenuto con decisione che la coabitazione con il genitore rifiutato ha un effetto destabilizzante sul minore. Ciò che, invece, risulta determinante nella reversibilità del processo che si genera nella bambina o nel bambino che rifiuta un genitore e nel recupero della relazione con quest’ultimo è la tutela del *diritto di visita* o del *right to visit*. La giurisdizione italiana di merito non ha prestato sufficiente attenzione alle condizioni di esercizio effettivo di tale diritto, disponendo ordini sommari o scegliendo di ricorrere all’applicazione di fattispecie incriminatrici (come la non esecuzione dolosa dei provvedimenti giudiziari) che, nei fatti, non hanno incidenza sui comportamenti del genitore cosiddetto “alienante”<sup>100</sup>.

Come esempio di buona prassi, si segnala, invece, una sentenza del Tribunale di Milano, in cui il giudice emette ordini precisi e circostanziati con i quali vincola la responsabilità di tutti gli organi coinvolti nella concreta attuazione del diritto di visita<sup>101</sup>.

## 7. Cognizione interdisciplinare e giurisprudenza. Un giudice italiano (“da estromettere”)

Come per altri settori, emerge un problema strutturale nella giurisprudenza in materia di relazioni familiari, ovvero l’esigenza di cementare la comunicazione tra le discipline giuridiche e gli altri saperi specialistici. Una scarsa permeabilità del diritto giurisprudenziale rispetto all’apporto di altre discipline si pone alla base di una maggiore discrezionalità del potere giudiziale, riducendo le possibilità di contenere le derive soggettivizzanti del singolo giudice<sup>102</sup>. Si verifica qualcosa di analogo a quanto accade con riguardo ai “reati culturalmente motivati”, posto che il sistema non assegna rilevanza al fattore culturale in fattispecie di diritto penale di parte generale o di parte speciale e, dunque, rende assai difficile l’ingresso dell’antropologia o della sociologia nella cognizione giudiziale<sup>103</sup>, generando una dilatazione dell’arbitrio dell’organo giudicante. Se il magistrato, infatti, dovesse attenersi ai risultati della perizia compiuta da un esperto antropologo – che, con gli strumenti dell’indagine scientifica, contestualizza un

99 Cfr. Tribunale di Castrovillari, sentenza del 27 giugno 2018 n. 728.

100 È quanto risulta dalla giurisprudenza di legittimità rilevante in materia che, agli effetti della presente trattazione, è stata presa in considerazione.

101 Tribunale di Milano, nona sezione civile, decreto del 9-11 marzo 2017, Pres. Amato – est. G. Buffone, pp. 5-7. Un analogo approccio ha adottato la terza sezione civile del Tribunale di Brescia nella sentenza del 19 novembre 2018 con giudice estensore Andrea Tinelli.

102 Alf Ross, nella sua teoria del diritto, integra l’approccio dei realisti psicologici – che fissano il canone di validità della norma giuridica nei fatti psichici e nell’applicazione delle regole di diritto da parte del singolo giudice – con il riferimento a prassi applicative riconducibili alla comunità giudiziale nel suo complesso, restituendo tale idea con i concetti di “ideologia normativa” o di “coscienza giuridica formale”. In questo caso, l’assenza di pratiche giudiziali condivise che si incentrano su un approccio interdisciplinare può contribuire all’allargamento della discrezionalità giudiziale. Cfr. A. Ross, *On Law and Justice*, London, Steven & Sons Ltd, 1958, tr.it. *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi, 2001.

103 I. Ruggiu, *Culture and the Judiciary. The Anthropology Judge*, New York, Routledge, 2019.

comportamento all'interno dell'orizzonte culturale e normativo di riferimento – avrebbe l'obbligo di "incorporare" i risultati di questo contributo tecnico nella sua decisione.

In questo ambito, il giudice non si avvale di un'indagine teorica funzionale all'interpretazione dei fatti e, costretto a vestire panni non suoi, spesso, decide "sbilanciandosi" in base al proprio *background* culturale. Nell'ambito del diritto di famiglia, come si è accennato, alcuni ordinamenti hanno affrontato il problema dell'espansione della discrezionalità giudiziale, ponendovi l'argine di una proficua osmosi tra lo specialismo giuridico e le altre scienze. In generale, il contributo di altre branche scientifiche può sollecitare una risposta sistemica più aderente ai fatti sociali e, in un settore delicato come quello delle relazioni familiari, è funzionale alla prevenzione di una legislazione scarsamente "regolativa".

I casi analizzati hanno dimostrato come gli approdi della psichiatria, della pedagogia, delle scienze della formazione, in materia di alienazione genitoriale e di "right to visit" abbiano tracciato delle solide coordinate per gli orientamenti giudiziali saldamente ancorati alle istanze soggettive concretamente rivendicate in giudizio.

L'iniziativa legislativa Pillon, peraltro, non soltanto non ha preso in considerazione le risorse dei saperi specialistici, ma, come si è accennato, intendeva, sebbene con scarsa linearità, ridimensionare il ruolo della cognizione giudiziale.

Il disegno di legge, infatti, spingeva il potere giudiziario "fuori dalla porta", ma "apriva portoni" al contenzioso giudiziario, poiché non "prendendo sul serio" le situazioni di elevata conflittualità, si proponeva di introdurre istituti applicabili soltanto in presenza di rapporti pacifici<sup>104</sup>.

L'obiettivo di estromettere il giudiziario, tuttavia, non poggia sull'idea che la legge, con i suoi attributi di "generalità" e "astrattezza", debba essere centrale. In materia di alienazione parentale, infatti, il disegno di legge "positivizza" il ricorso a misure di carattere sanzionatorio che, come si è visto, integrano una soluzione specifica che i giudici si limitano a prospettare ove lo richieda la vicenda soggettiva sottostante alla controversia. L'idea affermata dalla giurisprudenza secondo cui "il contegno di un genitore che, nei confronti dell'altro, favorisce sentimenti ostili del figlio o della figlia minore rileva nella valutazione dell'idoneità genitoriale", da rapportarsi a un procedimento di concreto accertamento, viene trasportata sul terreno del sillogismo. In questo modo una condotta, normalmente considerata in relazione a un quadro complessivo, comporta "automaticamente" – in forza di un'assolutizzazione – la decadenza dalla "potestà genitoriale" (non più responsabilità genitoriale).

I principi di diritto che ispessiscono il tessuto argomentativo di una sentenza, contribuendo a cementarne la logicità, non esauriscono la determinazione giudiziale e, dunque, si collocano in modo stabile, ma "relazionale", nell'orizzonte interpretativo del giudice.

Il ddl Pillon, invece, ha cristallizzato in un'iniziativa legislativa i principi invocati nell'ambito della cognizione e della decisione di casi concreti per affermarne una "rigida" prevalenza rispetto a diritti e interessi "preminenti", consolidando in un disegno di legge la particolarità di specifiche situazioni e la logica dicotomico-contrappositiva del processo.

Stabilendo previsioni normative che danno un volto o attribuiscono un genere a "precostituiti" destinatari, l'iniziativa legislativa mette in campo una logica discriminatoria e la afferma con vigore servendosi di una "tecnica" stereotipizzante.

Per gli ordinamenti, la protezione del minore o del genitore in condizione di vulnerabilità rimane un obiettivo oneroso, ma neppure ci si può attendere che i soggetti della tutela siano strumentalizzati o continuino ad essere sigillati nell'involucro (normativo) dello *stereotipo*<sup>105</sup> che genera discriminazioni.

## 8. Un indicatore lampeggiante

Lo spazio che il ddl Pillon ha avuto nella discussione parlamentare e pubblica, anche a distanza di settant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione Repubblicana, offre la misura del coinvolgimento della cultura giuridica nell'affermazione di un diritto (v-)etero-patriarcale ed è un indicatore efficace

104 In tal senso, un esempio è costituito dal piano genitoriale che, prevedendo una serie di attività e impegni atti a scandire la vita della figlia o del figlio, nell'ambito di una situazione non irenica, può essere oggetto di continue frizioni, e poi di insanabili contestazioni, tra gli ex-coniugi.

105 Sul rapporto tra gli stereotipi e le discriminazioni di genere in una prospettiva giusfilosofica, si segnala, Th. Casadei, *Diritto e (dis)parità. Dalla discriminazione di genere alla democrazia paritaria*, Roma, Aracne, 2017. Cfr. anche L. Morra, B. Pasa, *Diritto tacito, diritto implicito e questioni di genere nei testi normativi*, in L. Morra, B. Pasa (a cura di), *Questione di genere nel diritto: impliciti e crittoteripi*, Torino, Giappichelli, 2015.



della ritrosia del legislatore italiano a intervenire in modo mirato in ambiti cruciali dell'ordinamento giuridico, come quello delle relazioni familiari.

Guardando alla funzione, alla comprensione e all'insegnamento del diritto<sup>106</sup>, la responsabilità della "cultura giuridica interna" – per dirla con Friedman – richiama la marginalizzazione della prospettiva giusfemministica nel dibattito scientifico italiano e la scarsa rilevanza che essa occupa nelle istituzioni accademiche, sia con riferimento alle materie esistenti sia con riguardo all'introduzione di nuove discipline<sup>107</sup>. Fuori dalla letteratura scientifica – di cui si sottolinea il carattere specialistico e non quello di centrale rilevanza per un approccio (non dimidiato) alla teoria del diritto – la stessa idea di "femminismo giuridico" o ancor più di "giusfemminismo" fatica ad essere compresa<sup>108</sup>.

Una revisione della prospettiva teorico-giuridica, infatti, potrebbe offrire la base per "un approccio olistico alle cause strutturali di discriminazione, oppressione e marginalizzazione delle donne"<sup>109</sup> e di tutte le soggettività non conformi al paradigma (v-)etero-patriarcale e adultocentrico. Un avanzamento nella riflessione sul ruolo del diritto<sup>110</sup>, sulle sue tecniche stereotipizzanti, sulle radici di alcune forme della concettualizzazione giuridica, potrebbe essere il baricentro di nuove risposte politiche, giudiziarie e amministrative.

Alla luce di quanto finora trattato, risulta evidente la distanza che separa i presupposti dell'iniziativa Pillon dalle situazioni soggettive e familiari specifiche e, in generale, dalla realtà di una società complessa, chiamata a modificare le sue strutture giuridiche e normative. Se si pensa all'ordinamento italiano nel suo insieme, il disegno di legge Pillon ha evidenziato l'insufficiente risposta del sistema giuridico rispetto alla violenza di genere (nell'ambito delle relazioni coniugali ed ex-coniugali<sup>111</sup>) e l'attaccamento ad una concezione "monistica"<sup>112</sup> di genitorialità.

Con riguardo al primo profilo, da un lato, la giurisprudenza di legittimità ha consentito di fare emergere l'incerto statuto scientifico della nozione di "alienazione genitoriale" e, dall'altro, una valutazione complessiva delle controversie giudiziali in materia, a lungo sollecitata dalle associazioni forensi e da alcuni tribunali, ha finalmente posto l'attenzione sul drammatico intreccio tra l'alienazione genitoriale e la violenza di genere.

Tale intersecazione trovava rappresentazione processuale nel fenomeno dei "procedimenti paralleli" o dei "procedimenti a grappolo". A partire dall'entrata in vigore della legge n. 54 del 2006, infatti, sono stati assai frequenti i casi in cui, i coniugi di una coppia erano parti processuali nel giudizio relativo all'affidamento dei figli minori e al contempo parti processuali in un giudizio penale. Non di rado accadeva che la madre, accusata di fronte al giudice civile di porre in essere condotte alienanti, secondo la cognizione e l'accertamento di un giudice penale, fosse vittima del reato di maltrattamenti familiari o di violenza sessuale, posto in essere dal "padre alienato".

La commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio<sup>113</sup> nonché su ogni forma di violenza di genere" presso il Senato della Repubblica, presieduta da Valeria Valente, ha stabilito di acquisire 572

106 Per un'analisi giusfilosofica delle metodologie e delle pratiche della didattica del diritto si rinvia a V. Marzocco, S. Zullo, Th. Casadei, *La didattica del diritto. Metodi, strumenti, prospettive*, Pisa (Ospedaletto), Pacini, 2019.

107 Si segnala C. Faralli, *Didattica e ricerca al femminile nelle facoltà di giurisprudenza*, in A.C. Amato Mangiameli (a cura di), *Donne tra storia e politica*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 132-136.

108 Per le potenzialità di questo approccio si vedano le argomentazioni sviluppate da Thomas Casadei, il quale spiega: "Utilizzo in questa sede l'espressione 'giusfemminismo', anziché quella interscambiabile di 'femminismo giuridico', poiché l'intento precipuo è quello di collocare la riflessione femminista sul diritto non tanto nell'alveo dell'articolatissimo dibattito sul femminismo quanto piuttosto nell'orizzonte di riflessione filosofico-giuridico: da questo punto di vista le teorizzazioni e le prassi che ne scaturiscono paiono andare oltre i più consolidati filoni del 'giusnaturalismo', del 'giuspositivismo' e del 'giusrealismo' e fornire le basi per un'operatività innovativa sul piano legislativo e istituzionale" (Th. Casadei, *Itinerari del giusfemminismo*, in Id. (a cura di), *Donne, diritto, diritti. Prospettive del giusfemminismo*, pp. 247-288, cit., p. 249).

109 B. Spinelli, *Femminicidio e riforme giuridiche*, in Th. Casadei (a cura di), *Donne, diritto, diritti. Prospettive del giusfemminismo*, cit., pp. 155-167, in particolare p. 159.

110 Sul ruolo del diritto rispetto alle disuguaglianze di genere, si veda la sezione monografica pubblicata in *About Gender. Rivista internazionale di studi di genere*, 2019, 8, 15.

111 Come si è evidenziato, il matrimonio eterosessuale è stato anche un contenitore "istituzionalizzante" della violenza contro le donne che, tuttavia, non è localizzabile nel perimetro della famiglia tradizionale. Per un'opera che restituisce la complessità del 'fenomeno', si veda G. Viggiani, S. Pozzolo (a cura di), *Investigating Gender-based Violence*, London, Wildy, Simmonds and Hill, 2016.

112 Si tornerà sul significato che si intende attribuire a tale espressione nel corso del presente paragrafo.

113 Per un'analisi giusfilosofica relativa ai limiti con cui il legislatore ha affrontato la violenza di genere e sulla possibilità che la figura del "femminicidio" trovi spazio nell'ordinamento italiano, cfr. G. Viggiani, *Il femminicidio come reato. Prassi applicative e*

fascicoli di separazioni con affidamento di minori, “per capire quanti abusi siano stati compiuti in questi anni in nome della presunta alienazione parentale”<sup>114</sup>.

Secondo Paola De Nicola, giudice penale del Tribunale di Roma, “il problema di fondo è la mancanza di comunicazione tra giudici penali e civili e la mancanza di specializzazione di questi ultimi sui temi della violenza”. La giudice sottolinea che “il dato più grave è il poco valore che si dà alla parola della donna. Mentre la violenza dell’uomo viene depotenziata a conflitto, la tenacia di una madre nel voler difendere i figli, viene giudicata in modo negativo. E da vittima diventa colpevole, madre cattiva”<sup>115</sup>.

L’indagine affidata, nel mese di luglio 2020, alle tre magistrato Maria Monteleone, Monica Valetti e Francesca Ceroni intende accertare se l’operato dei giudici civili, competenti nei procedimenti in esame, rifletta l’idea di bigenitorialità “perfetta” di impronta “pilloniana” e, dunque, intende accertare i casi nei quali, in nome di un astratto interesse del minore, la civile giurisdizione si sia orientata nell’affermare ad ogni costo il rapporto dei figli o delle figlie con i genitori dopo la separazione.

La difesa ostinata di una “bigenitorialità perfetta” si lega a una prospettiva “imperfetta” nel senso di “mancante” e “incompiuta” sulla genitorialità.

Nel discorso prevalente, l’idea che riconduce la condizione di genitorialità a una donna o a un uomo uniti nel matrimonio eterosessuale viene restituita con l’espressione “genitorialità tradizionale”.

Come si è evidenziato, nel primo paragrafo, la categoria della “tradizione” nella sfera dei rapporti familiari, non a caso, traccia un argine rispetto alla dimensione di una tutela giuridica che si incentra sull’eguaglianza di genere e di orientamento sessuale. Potremmo parlare di concezione “monistica” della genitorialità, intendendo con essa, un approccio che riconduce la genitorialità a una soggettività “idealtipica” riprodotta dal patriarcato e dalle concezioni giunaturalistiche più conservatrici, a prescindere dalle istanze che il pluralismo e la crescente complessità delle società sollevano.

Il punto saliente non è quello di sostituire alla “madre tradizionale” e al “padre tradizionale”<sup>116</sup> una coppia di genitori dal genere o dall’orientamento sessuale indifferenziato o indifferenziabile, (idea espressa dalla *politically (un-)correctness* dell’espressione “genitore 1” e “genitore 2”), ma di contemplare la possibilità che il minore possa avere due madri o due padri.

Questa condizione di genitorialità (denominata “sociale”)<sup>117</sup>, attualmente, può avere rilevanza giuridica nel nostro ordinamento soltanto attraverso l’istituto dell’“adozione in casi particolari”<sup>118</sup> che individua la sua *ratio* nel concetto di “famiglia ricomposta”, ovvero di una famiglia nella quale occorre considerare il ruolo del *partner* della madre o del padre nella cura del minore.

Come è evidente, questa previsione della legislazione civile non si attaglia alla tutela di una situazione soggettiva diversa, ovvero quella della “co-madre” che non dà la vita alla bambina o al bambino, ma che intende condividere in via esclusiva con il genitore biologico l’esperienza della genitorialità. Una protezione giuridica per i “copadri” è radicalmente esclusa dal nostro ordinamento che, vietando la surrogazione di maternità per contrasto con l’ordine pubblico, non ammette la trascrizione dell’atto di nascita del minore nato all’estero, entro la giurisdizione degli ordinamenti in cui è consentita la “gestazione per altri (e altre)”<sup>119</sup>.

Con riguardo alla previsione di forme di tutela delle “co-madri” che fuoriescano dal perimetro dell’adozione in casi particolari, il legislatore italiano potrebbe guardare a quegli approcci che, valorizzando il concetto di *genitorialità sociale*, propongono un’emancipazione – laddove la situazione concreta lo consenta – dal vincolo della paternità biologica. In Québec, per esempio, nel 2005 è entrata in vigore

*prospettive de jure condendo*, in questa Rivista, 2019, n. 2, pp. 130-145. Sulla costruzione dell’emergenza come rimedio all’incapacità di porre in essere riforme strutturali si veda il già citato contributo di B. Spinelli, *Femminicidio e riforme giuridiche* in Th. Casadei (a cura di), *Donne, diritto, diritti. Prospettive del giusfemminismo*, cit., pp. 155-167.

114 La Repubblica, “Il dramma dei bimbi sottratti alle madri. Si indaga su 572 casi di separazioni”, 29 luglio 2020.

115 Per una più ampia trattazione di siffatte tematiche, lungo questa prospettiva, si veda P. Di Nicola, *La mia parola contro la sua. Quando il pregiudizio è più importante del giudizio*, Milano, Harper Collins, 2018.

116 Dal momento che l’aggettivo “tradizionale” si utilizza per i capi di abbigliamento, per le usanze, per le modalità di cottura e di preparazione del cibo, forse, la qualificazione di “tradizionale” per una condizione complessa e relazionale come quella di genitore è suscettibile di revisione.

117 Per un’analisi non confinata entro gli steccati del diritto civile cfr. A. Gorgoni, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Padova, CEDAM, 2017; cfr. A. Gorgoni, *La filiazione*, Torino, Giappichelli, 2018.

118 L’adozione in casi particolari è prevista dagli artt. 44 e seguenti della Legge 4 maggio 1983 n. 184.

119 Sull’articolatissimo dibattito relativo a questa materia si vedano, *ex multis*, i lavori di Susanna Pozzolo: S. Pozzolo, *Gestazione per altri (ed altre). “Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista”*, in *BioLaw Journal- Rivista di biodiritto*, 2016, 2, pp. 93-110; Ead., *Delocalizzare la (ri)produzione? Riflessioni sul diritto, la maternità surrogata e il superiore interesse del minore*, in *notizie di POLITEIA, Rivista di etica e scelte pubbliche*, 2016, 32, 124, pp. 19-31.

una disciplina che in riferimento alle coppie di madri omosessuali esclude che la paternità biologica possa essere fatta valere dopo un anno dalla nascita della bambina o del bambino che è nato da una mamma e convive con entrambe<sup>120</sup>.

Al di là delle diverse soluzioni normative, è ragionevole ipotizzare che la stagnazione legislativa presente in questa materia abbia dato un qualche spazio a un disegno di legge proteso a ribadire una declinazione tutta ed esclusivamente *maschile, eterosessuale e adultocentrica* della genitorialità.

Si può stabilire, dunque, in via di considerazione conclusiva, una connessione tra la circostanza che il legislatore non abbia messo compiutamente a tema una riflessione sulla tutela giuridica di una genitorialità “diversa” da quella riconducibile alla “famiglia sessuale procreativa” e il fatto che alle soglie degli anni Venti del terzo Millennio sia stato a lungo discusso, su impulso di alcune forze politiche, un disegno di legge che ha inteso “valorizzare” la genitorialità (paterna), ma soltanto in opposizione alla filialità (e, prima di tutto, alla maternità).

---

120 Il paradigma di tutela nel diritto di famiglia canadese appare particolarmente avanzato se si guarda a una prospettiva relazionale della genitorialità e della filialità, dal momento che l’art. 33 del Codice civile, in vigore in Québec dal 1991, prevede che le decisioni riguardanti i minori devono essere assunte non soltanto nel rispetto del loro interesse, ma dei loro diritti. “Le décisions concernant l’enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits” che segue all’articolo 32: “Tout enfant a droit à la protection, à la sécurité et à l’attention que ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu peuvent lui donner”, all’interno della Sezione seconda rubricata “Du respect des droits de l’enfant”.

Elena Caruso, Marco Fisicaro\*

## Aborto e declino democratico in Polonia: una riflessione a margine della sentenza del Tribunale costituzionale del 22 ottobre 2020

### Sommario

1. Premessa - 2. L'aborto nella Polonia post-1989 - 2.1. La riforma "controcorrente" del 1993 - 2.2. L'accesso all'aborto in Polonia: l'*everyday life* della legge del 1993 - 2.3. L'aborto legale nei casi originariamente previsti dalla legge del 1993 - 2.4. La sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 22 ottobre 2020 - 3. L'intreccio con la crisi costituzionale in Polonia - 3.1. La parabola del Tribunale costituzionale e il nodo della composizione - 3.2. Il ritardo nella pubblicazione della sentenza - 4. Conclusioni.

### Abstract

L'articolo analizza gli sviluppi socio-giuridici concernenti la legislazione sull'aborto in Polonia in seguito alla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 22 ottobre 2020, con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'ipotesi di accesso all'aborto per malformazioni fetali. Questo commento sostiene che, più che eccezionali, questi eventi risultano in realtà uno sviluppo coerente sia alla luce della legislazione e della *policy* in materia di aborto della Polonia post-comunista, che nel quadro del declino democratico che sta attraversando il Paese dalla fine del 2015.

*The article considers recent socio-legal developments regarding abortion law in Poland after the Constitutional Tribunal's ruling of 22 October 2020, which declared access to abortion in case of foetal abnormalities unconstitutional. This comment argues that, rather than exceptional, these events are actually consistent with the law and policy on abortion in Post-Communist Poland, as well as with the democratic backsliding facing the country since the end of 2015.*

\* Elena Caruso, dottoranda di ricerca, Kent Law School;  
Marco Fisicaro, dottorando di ricerca, Università di Catania.

Le idee espresse nel presente lavoro sono frutto di una riflessione comune. Elena Caruso ha curato la redazione del paragrafo 2, Marco Fisicaro del paragrafo 3. Tutti gli accessi agli indirizzi internet sono datati al 10 febbraio 2021, le traduzioni italiane dal polacco sono di Caruso e Fisicaro. L'autrice e l'autore ringraziano Livia Hinz, Dunia Jelinska e Giulia Zanini per i feedback ricevuti in fase di scrittura.

Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.



## 1. Premessa

Il 22 ottobre 2020, il Tribunale costituzionale polacco ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 4a della *Legge sulla pianificazione familiare, la protezione dell'embrione umano e le condizioni di ammissibilità dell'aborto*<sup>1</sup>, che dal 1993 regola le ipotesi di accesso legale all'interruzione volontaria della gravidanza (di seguito IVG) in Polonia<sup>2</sup>.

Già prima della pronuncia in esame, il quadro giuridico tracciato da questa legge rendeva la Polonia uno dei Paesi con la normativa più restrittiva in materia di IVG tra gli attuali 27 Stati membri dell'Unione Europea, secondo solo a Malta in cui l'accesso a questa procedura è oggetto di una totale criminalizzazione<sup>3</sup>. In particolare, la formulazione previgente consentiva ai medici di eseguire una procedura di aborto volontario solo in tre casi: 1) quando la gravidanza mettesse a rischio la vita o la salute della persona incinta; 2) quando sussistesse un'alta probabilità di grave e irreversibile malformazione fetale o incurabile malattia che minacciasse la vita del feto; 3) quando ci fossero ragioni per sospettare che la gravidanza fosse il risultato di un atto illecito<sup>4</sup>.

Con la sentenza del 22 ottobre 2020 è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'accesso all'aborto giustificato dalla presenza di gravi malformazioni fetali, casistica che riguardava il 97,9% di tutte le procedure legali di IVG eseguite in un anno, sulla base dei dati ufficiali più recenti<sup>5</sup>. La sentenza ha scatenato un'imponente mobilitazione a livello nazionale<sup>6</sup> e ha destato preoccupazioni nell'opinione pubblica<sup>7</sup> e tra le istituzioni europee ed internazionali<sup>8</sup>, in quanto conduce, per via giudiziaria, a un divieto (quasi)

- 1 Tribunale costituzionale polacco, sentenza del 22 ottobre 2020, causa K 1/20 (Giornale delle Leggi del 27 gennaio 2021, fascicolo 175). Traduzione dall'originale in lingua polacca *Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 października 2020 r. K 1/20*. Il testo della motivazione in lingua originale è disponibile su *Monitor Polski* del 27 gennaio 2021, fascicolo 114: <https://dziennikustaw.gov.pl/M2021000011401.pdf>. Una traduzione italiana del dispositivo della sentenza è disponibile al seguente indirizzo internet: [https://www.giurcost.org/casi\\_scelti/AlteCortistraniere/CORTE%20COSTITUZIONALE%20POLACCA.pdf](https://www.giurcost.org/casi_scelti/AlteCortistraniere/CORTE%20COSTITUZIONALE%20POLACCA.pdf).
- 2 Legge del 7 gennaio 1993 sulla pianificazione familiare, la protezione dell'embrione umano e le condizioni di ammissibilità dell'aborto (Giornale delle leggi 1993, n. 17, fascicolo 78). Traduzione italiana dall'originale in lingua polacca per *Ustawa z Dnia 7 Stycznia 1993 o Planowaniu Rodziny, Ochronie Plodu Ludzkiego I Warunkach Dopuszczalności I Przerwywania Ciąży* (Dz.U. 1993 nr 17 poz. 78). Il testo è disponibile al seguente indirizzo internet: <http://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19930170078&SessionID=3F612417E7B41E079117A367CA61E445128458B4>.
- 3 Si vedano gli articoli 241 cc. 1-2 e 243 del Codice penale maltese, consultabile sul portale ufficiale della legislazione della Repubblica di Malta disponibile al seguente indirizzo internet: <https://legislation.mt/eli/cap/9/eng/pdf>.
- 4 La versione originale del testo in lingua polacca recita testualmente: «Przerwanie ciąży może być dokonane wyłącznie przez lekarza, w przypadku gdy: 1) ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej, 2) badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu, 3) zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego».
- 5 Il Rapporto del Consiglio dei ministri sull'andamento e gli effetti dell'applicazione nel 2017 della legge del 7 gennaio 1993 sulla pianificazione familiare, la protezione del feto umano e le condizioni per consentire l'interruzione della gravidanza, pubblicato nel Gennaio 2019, riporta che su un totale di 1057 interruzioni volontarie di gravidanza legali ne sono state effettuate 22 "se la gravidanza ha rappresentato una minaccia per la vita o la salute della donna incinta"; 1035 "nel caso in cui i test prenatali o altri motivi medici indicassero un'alta probabilità di una compromissione grave e irreversibile del feto o di una malattia incurabile pericolosa per la vita"; 0 "nel caso in cui vi fosse un giustificato sospetto che la gravidanza derivasse da un atto illecito/illegale" (Tabella 21 - Casistica delle procedure di interruzione volontaria di gravidanza eseguite nel 2008-2017, p. 105). Il seguente *Sprawozdanie* (rapporto) è disponibile in lingua polacca sul sito dello *Sejm* al seguente indirizzo <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?documentId=6F82FBB36BAA945CC125839200434FC7>.
- 6 A. Taub, *In Poland, Protests Over Abortion Ban Could Revolutionize Politics*, in *New York Times*, 7 dicembre 2020, <https://www.nytimes.com/2020/12/07/world/europe/poland-abortion-protests.html>.
- 7 J. Plucinska, A. Ptak, *Polish court ruling amounts to almost total ban on abortion*, in *Reuters*, 22 ottobre 2020, <https://in.reuters.com/article/uk-poland-abortion/polish-court-ruling-amounts-to-almost-total-ban-on-abortion-idUKKBN27720J>; *Poland rules abortion due to foetal defects unconstitutional*, in *The Guardian*, 22 ottobre 2020, <https://www.theguardian.com/world/2020/oct/22/poland-rules-abortion-due-to-foetal-defects-unconstitutional>; *Poland's draconian restrictions on abortion*, in *Financial Times*, 8 novembre 2020, <https://www.ft.com/content/7381bba9-e5ab-4b45-8165-e061a50315f5>.
- 8 Si segnala l'immediata critica della Commissaria per i diritti umani del Consiglio d'Europa, tramite il canale istituzionale su Twitter: <https://twitter.com/CommissionerHR/status/1319273573240893452?s=20>; nonché le successive prese di posizione dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani (*Poland has slammed door shut on legal and safe abortion – UN experts*, comunicato stampa del 27 ottobre 2020, <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26434&LangID=E>) e del Parlamento europeo (Risoluzione del 26 novembre 2020 sul divieto di fatto del diritto all'aborto in Polonia, P9\_TA(2020)0336). Dopo la pubblicazione della sentenza, si è tenuto un nuovo dibattito in seno al Parlamento europeo alla seduta plenaria del 9 febbraio 2021: il video della seduta è disponibile all'indirizzo internet

totale dell'aborto in Polonia. Come si dirà meglio in seguito (v. *infra* §3.2), proprio l'eccezionale reazione popolare sembrerebbe aver influito sulla decisione del Governo di "ritardare" la pubblicazione della sentenza, intervenuta solo il 27 gennaio 2021<sup>9</sup>. Dato che la pubblicazione sul *Dziennik Ustaw* (Giornale delle Leggi) costituisce atto necessario affinché le sentenze del Tribunale costituzionale producano effetti giuridici, la controversa scelta del Governo ha creato un clima di incertezza sul reale valore giuridico della pronuncia e, di conseguenza, sul quadro normativo in materia di IVG in Polonia, rimasto nel limbo per oltre tre mesi fino alla pubblicazione della sentenza.

Intanto, l'annuncio della sentenza e la sua successiva pubblicazione hanno ulteriormente polarizzato il mai sopito dibattito sull'aborto nel Paese. Da una parte, il crescente movimento *pro-choice*, forte del consenso interno e del sostegno proveniente da gruppi stranieri e internazionali, reclama l'aborto *on demand* (cioè a richiesta)<sup>10</sup>. Dall'altra, nonostante le manifestazioni di protesta, il partito di maggioranza (*Prawo i Sprawiedliwość*, "PiS") sta valutando l'opportunità di intervenire anche in via legislativa nella materia oggetto della sentenza del 22 ottobre<sup>11</sup>.

In questo commento, ci proponiamo di offrire una lettura della decisione del Tribunale costituzionale, contestualizzandola all'interno di una complessa vicenda che riguarda la regolamentazione dell'aborto nella Polonia post-1989 e i suoi recenti intrecci con la crisi costituzionale in corso nello Stato polacco dalla fine del 2015, anno in cui PiS assunse la guida dell'esecutivo. La combinazione di queste due prospettive risulta, a nostro parere, necessaria per comprendere la sentenza e gli sviluppi successivi.

Per un verso, come anticipato, la sentenza si colloca in un quadro normativo in materia di aborto che risultava particolarmente restrittivo già prima del progressivo declino democratico degli ultimi anni. Inoltre, più che una deviazione occasionale, la sentenza può essere considerata in linea con l'approccio conservatore che caratterizza la giurisprudenza del Tribunale costituzionale polacco su temi eticamente sensibili e, più in generale, la *governance* della Polonia post-1989 in materia di aborto, diritti sessuali e riproduttivi.

Per l'altro, pur essendo limitante leggere la pronuncia del 22 ottobre 2020 esclusivamente come una manifestazione patologica della crisi costituzionale polacca, non si può ignorare il più ampio contesto di progressivo arretramento della Polonia sul terreno del rispetto dei principi della *rule of law* e della tutela dei diritti fondamentali. In particolare, l'annichimento delle funzioni di garanzia un tempo svolte dal Tribunale costituzionale polacco e la progressiva erosione della tutela dei diritti e delle libertà individuali, ancora più marcata con riferimento a donne e persone LGBTIQ+, rappresentano una necessaria prospettiva d'indagine.

Il commento si articola in due parti. Nella prima si propone un breve *excursus* storico-giuridico sulla legge sull'IVG a partire dalla caduta del comunismo: si considererà, quindi, come i cambiamenti legislativi intervenuti abbiano inciso sull'effettivo accesso all'aborto in Polonia. Nella seconda parte, si analizzerà come e in che misura il tema si sia intrecciato con la crisi costituzionale in corso nel Paese: in particolare, si porrà l'attenzione sulla parabola del Tribunale costituzionale e sulle problematiche inerenti la sua composizione e gli ormai non nuovi "ritardi" nella pubblicazione delle sentenze.

---

<https://www.europarl.europa.eu/plenary/it/vod.html?mode=chapter&vodLanguage=IT&vodId=7fa6f6dc-ee55-8674-d666-992ab7bd5b74&date=20210209#>. Per completezza, e a testimonianza del clima di conflittualità generatosi dopo la sentenza, si segnala inoltre che l'organizzazione polacca *pro-life* "Ordo iuris" ha presentato un ricorso per annullamento dinanzi alla Corte di Giustizia avente ad oggetto la Risoluzione del Parlamento europeo sopraccitata: *Fundacja Instytut na rzecz kultury prawnej Ordo Iuris c. Parlamento europeo*, causa T-42/21 (pendente).

9 Giornale delle Leggi del 27 gennaio 2021, fascicolo 175.

10 Il 3 febbraio 2021 alcuni gruppi femministi hanno lanciato una raccolta firme a sostegno di una proposta di legge di iniziativa popolare dal titolo "aborto legale senza compromessi", si veda sul punto: V. Gera, *Polish activists seek support for liberalizing abortion law*, in *ABCnews*, 3 febbraio 2021, <https://abcnews.go.com/Health/wireStory/polish-activists-seek-support-liberal-abortion-law-75661230>.

11 E. Łętowska, *A Tragic Constitutional Court Judgment on Abortion*, in *Verfassungsblog*, 12 novembre 2020, <https://verfassungsblog.de/a-tragic-constitutional-court-judgment-on-abortion/>. Si veda anche la parte finale del comunicato del Primo ministro Mateusz Morawiecki del 1 dicembre 2020: *Stanowisko w przedmiocie terminu publikacji wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie o sygn. akt K 1/20*, in *Monitor Polski*, 1 dicembre 2020, atto n. 1104, <https://dziennikustaw.gov.pl/M2020000110401.pdf> (su cui v. *infra* §3.2).

## 2. L'aborto nella Polonia post-1989

### 2.1. La riforma "controcorrente" del 1993

La ristretta casistica di accesso all'aborto rende la Polonia uno dei Paesi dell'Unione europea con la legislazione più restrittiva in questa materia<sup>12</sup>, soprattutto dopo i recenti processi di riforma intervenuti in Repubblica d'Irlanda e in Irlanda del Nord tra il 2018 e 2020<sup>13</sup>. Come accennato in premessa, la legge sull'aborto attualmente in vigore nel Paese risale al 1993, quando si è deciso di riformare in senso restrittivo l'accesso all'IVG rispetto al quadro giuridico previgente. Infatti, già nel 1956, la Repubblica Popolare Polacca (*Polska Rzeczpospolita Ludowa*) aveva varato una legge che ammetteva l'aborto anche per motivi socioeconomici<sup>14</sup>. Pertanto, seguendo una traiettoria opposta a quella di diversi Stati occidentali, la cui legislazione sull'aborto è stata oggetto di riforme liberali a partire dagli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso<sup>15</sup>, in Polonia il dibattito per introdurre il divieto assoluto di aborto si è acuitizzato invece soprattutto dopo il 1989, complice anche la crescente influenza politica acquisita dalla Chiesa cattolica nel Paese nel periodo di transizione verso la democrazia<sup>16</sup>.

Il tema dell'aborto ha acquisito un peso non indifferente nel dibattito nazionale sulla costruzione di una "nuova" Polonia democratica, quale parte di un processo di progressivo radicamento di un "monopolio" politico della Chiesa cattolica in ambito etico-morale nello Stato, in piena discontinuità e contrasto con il precedente regime comunista, che invece aveva legalizzato l'IVG<sup>17</sup>. Il ruolo della Chiesa cattolica negli equilibri politici della Polonia post-1989 è una significativa chiave di lettura per mettere a fuoco il recente dibattito sull'aborto<sup>18</sup>, come emerge anche da queste dichiarazioni rese nel dicembre 2020 dall'accademica Agnieszka Graff al *The Guardian*:

*«To understand the origins of the ban [on abortion] you have to go back to 1979 and the beginning of John Paul II, Karol Wojtyła's pontificate as the Pope. [He was] the Polish Pope, our Pope, as is often referred to in Poland. John Paul II was extremely dedicated to the idea of banning abortion. This was his thing. And he was much beloved in Poland not just because of national pride but because he was a charismatic person with an enormous contribution to the abolition of Communism in Poland and in the 1980s, before transition, abortion was part of the debate of what the new Poland might be like, if we manage to get rid of Communism. And I remember from my own teenager, Church's exhibition of photographs of bloody fetuses. It was part of the opposition to the Communist Government<sup>19</sup>».*

- 
- 12 Gli organismi ONU di monitoraggio dei diritti umani hanno espresso a più riprese preoccupazione per la legislazione sull'aborto in Polonia. Si rinvia in particolare alle osservazioni conclusive del Comitato per i diritti umani nel 2016 (CCPR/C/POL/CO/7), del Comitato dei diritti economici, sociali e culturali nel 2016 (E/C.12/POL/CO/6), del Comitato per l'eliminazione della discriminazione contro le donne nel 2014 (CEDAW/C/POL/CO/7-8). I documenti citati sono disponibili al seguente indirizzo internet: <https://www.ohchr.org/EN/Countries/ENACARegion/Pages/PLIndex.aspx>.
  - 13 Sulla Repubblica d'Irlanda si rinvia a F. de Londras, *'A Hope Raised and Then Defeated'? The Continuing Harms of Irish Abortion Law*, in *Feminist Review*, 2020, 124, pp. 33 ss.; sull'Irlanda del Nord si rinvia invece a S. Sheldon, J. O'Neill, C. Parker, e G. Davis, *'Too Much, too Indigestible, too Fast'? The Decades of Struggle for Abortion Law Reform in Northern Ireland*, in *The Modern Law Review*, 2020, 83, pp. 761 ss.
  - 14 Legge del 27 aprile 1956 sulle condizioni per l'ammissibilità dell'interruzione della gravidanza, (Giornale delle Leggi 1956, n. 12, fascicolo 61), traduzione italiana dall'originale per *Ustawa z dnia 27 kwietnia 1956 r. o warunkach dopuszczalności przerywania ciąży* (Dz.U. 1956 nr 12 poz. 61). Il testo ufficiale è consultabile in lingua polacca a questo indirizzo internet <http://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=wdu19560120061>. Il numero degli aborti legali effettuati annualmente in Polonia negli anni Cinquanta, dopo la legalizzazione, era di oltre 700000 (779835 nel 1956; 782319 nel 1957; 752600 nel 1958; 722928 nel 1959), come riportato in R. Johnston, *Historical abortion statistics in Poland*, disponibile al seguente indirizzo internet: <http://www.johnstonsarchive.net/policy/abortion/ab-poland.html>.
  - 15 Riforme liberali in materia di aborto sono state approvate, ad esempio, in Regno Unito nel 1967, in Francia nel 1975 e in Italia nel 1978.
  - 16 M. Fuszara, *Legal Regulation of Abortion in Poland*, in *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 1991, 17, pp. 117 ss.
  - 17 H. Jankowska, *Abortion, Church and Politics in Poland*, in *Feminist Review*, Autumn, 1991, 39, pp. 174 ss.
  - 18 Sul ruolo della Chiesa cattolica nell'equilibrio (bio)politico della Polonia post-1989 con riferimento alla legislazione sull'aborto si rinvia a: J. Mishtal, *The Politics of Morality. The Church, the State and Reproductive Rights in Postsocialist Poland*, Ohio, Ohio University Press, 2015; D. Szelewa, *Killing 'Unborn Children'? The Catholic Church and Abortion Law in Poland Since 1989*, in *Social & Legal Studies*, 2016, 25, pp. 741 ss.
  - 19 A. Asthana, *Three women on their fight for abortion rights in Poland*, in *The Guardian*, 3 Dicembre 2020, disponibile a questo indirizzo internet: <https://www.theguardian.com/news/audio/2020/dec/03/three-women-on-their-fight-for-abortion-rights-in-poland-podcast>.



Significativamente, la legge del 1993 è considerata un “compromesso” rispetto alla richiesta oltranzista della Chiesa cattolica di introdurre un divieto totale, perché garantisce l’accesso all’aborto in alcune circostanze particolari e non criminalizza la persona incinta che abortisce illegalmente<sup>20</sup>. Per comprendere appieno il significato politico di questo “compromesso” occorre tenere presente che, durante il regime comunista, la Repubblica Popolare Polacca vantava una delle legislazioni e *policy* più liberali nell’accesso all’aborto in Europa<sup>21</sup>, al punto da essere meta del c.d. turismo abortivo per le donne provenienti da Paesi occidentali come la Svezia in cui invece erano vigenti legislazioni restrittive in materia<sup>22</sup>.

Dal 1993, si sono susseguiti vari tentativi di modificare la legge in senso più liberale<sup>23</sup>. Ad oggi, l’unico tentativo riuscito (anche se per poco tempo) di allargare le maglie della ristretta casistica risale alla legge del 30 agosto 1996 che ha introdotto la giustificazione di natura socioeconomica per «la donna incinta [che] si trova in condizioni di vita difficili o in una situazione personale difficile<sup>24</sup>». Tale nuova disposizione è rimasta vigente per un lasso di tempo limitato, fino all’abrogazione della stessa intervenuta a seguito della decisione del Tribunale costituzionale di dichiararne l’illegittimità il 28 maggio 1997<sup>25</sup>, pochi giorni prima del viaggio apostolico di Papa Giovanni Paolo II in Polonia<sup>26</sup>.

In modo quasi opposto alla decisione della Corte costituzionale italiana del 1975 con cui, nel rilevare la parziale incostituzionalità dell’allora vigente reato di procurato aborto<sup>27</sup>, si stabiliva che «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell’embrione che persona deve ancora diventare<sup>28</sup>», nella sentenza del 1997 il Tribunale costituzionale polacco fonda il proprio giudizio proprio sulla non sussistenza di questa distinzione:

«La vita è un valore protetto dalla Costituzione e la vita nello stato prenatale non può essere oggetto di differenziazione. Non ci sono criteri soddisfacenti e precisi che giustifichino questa differenziazione a seconda della fase di sviluppo della vita umana. Fin dal suo inizio, la vita umana è un valore costituzionalmente protetto. Questo riguarda anche la fase prenatale»<sup>29</sup>.

- 
- 20 S. Calkin, M.E. Kaminska, *Persistence and Change in Morality Policy: The Role of the Catholic Church in the Politics of Abortion in Ireland and Poland*, in *Feminist Review*, 2020, 124, pp. 93 ss.
- 21 L’interpretazione liberale della legge del 1956 è stata favorita dalla successiva *policy* del Ministero della Salute polacco che, nel dicembre 1969, ha di fatto introdotto l’aborto *on demand* nel Paese. Si rinvia sul punto al Regolamento del Ministro della Salute del 19 dicembre 1959 sull’interruzione della gravidanza (Giornale delle leggi 1960, n. 2, fascicolo 15), traduzione dall’originale *Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 19 grudnia 1959 r. w sprawie przerywania ciąży* (Dz.U. 1960 nr 2 poz. 15). Il testo ufficiale è disponibile in lingua polacca al seguente indirizzo internet: <http://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19600020015>.
- 22 Sulla Polonia come luogo di destinazione del c.d. turismo abortivo per le donne svedesi si rinvia a: A. Linders, D. Besset, *Freeing Abortion in Sweden*, in S. De Zordo, J. Mishtal, e L. Anton (a cura di), *A Fragmented Landscape: Abortion Governance and Protest Logics in Europe*, New York, Berghahn Books, 2017, pp. 46 ss.; L. Lennerhed, *Sherri Finkbine flew to Sweden*, in C. Sethna, and G. Davis (a cura di), *Abortion Across Borders: Transnational Travel and Access to Abortion Services*, 2019, Baltimora, Johns Hopkins University Press, pp. 25 ss.
- 23 Si veda W. Nowicka, *The struggle for Abortion Rights in Poland*, in R. Parker, R. Petchesky e R. Sember (a cura di), *SexPolitics - Reports from the Front Lines*, Brasile, 2009, pp. 167 ss.
- 24 Legge del 30 agosto 1996 sulle modifiche alla legge sulla pianificazione familiare, la protezione del feto umano e le condizioni per l’ammissibilità dell’interruzione della gravidanza e alcuni altri atti (Giornale delle leggi 1996, n. 139, fascicolo 646), traduzione dall’originale *Ustawa z dnia 30 sierpnia 1996 r. o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz o zmianie niektórych innych ustaw* (Dz.U. 1996 nr 139 poz. 646). Il testo ufficiale è disponibile in lingua polacca a questo indirizzo internet: <http://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19961390646&SessionID=3F612417E7B41E079117A367CA61E445128458B4>.
- 25 Tribunale costituzionale polacco, sentenza del 28 maggio 1997, causa K 26/96, traduzione dall’originale Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 r. K 26/96, disponibile in lingua polacca al seguente indirizzo internet: <https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/k-26-96-orzeczenie-trybunalu-konstytucyjnego-520122839>.
- 26 Alcuni commentatori non hanno mancato di osservare l’eccezionale tempestività della sentenza; sul punto si rinvia a D. Szewlewa, *Killing ‘Unborn Children’? The Catholic Church and Abortion Law in Poland Since 1989*, cit., pp. 752 ss.
- 27 Art. 546 c. p. Aborto di donna consenziente, abrogato dall’art. 22 Legge 22 maggio 1978, n. 194.
- 28 Considerato in diritto, Corte costituzionale italiana, sentenza 18 febbraio 1975, n. 27, disponibile al seguente indirizzo internet: <https://www.giurcost.org/decisioni/1975/0027s-75.html>.
- 29 Di seguito il passaggio in lingua originale: «Wartość konstytucyjnie chronionego dobra prawnego jakim jest życie ludzkie, w tym życie rozwijające się w fazie prenatalnej, nie może być różnicowana. Brak jest bowiem dostatecznie precyzyjnych i uzasadnionych kryteriów pozwalających na dokonanie takiego zróżnicowania w zależności od fazy rozwojowej ludzkiego życia. Od momentu powstania życie ludzkie staje się więc wartością chronioną konstytucyjnie. Dotyczy to także fazy prena-



Una decisione, questa, con la quale il Tribunale costituzionale ha di fatto posto fine all'unica riforma varata dal Parlamento volta ad allargare le ipotesi di accesso legale all'aborto nel Paese dalla caduta del Muro di Berlino.

## 2.2. L'accesso all'aborto in Polonia: l'*everyday life* della legge del 1993

Per comprendere l'impatto della riforma del 1993 sui servizi d'IVG, è sufficiente tenere presente che le tre scriminanti originariamente previste da questa legge coprivano solo il 3 per cento della casistica degli aborti effettuati nella Repubblica Popolare Polacca dal 1956<sup>30</sup>. Infatti, a partire dagli anni Ottanta, il numero degli aborti eseguiti in strutture pubbliche si era stabilizzato a circa 130000 l'anno (dato che non include le procedure effettuate privatamente)<sup>31</sup>. Con la caduta del regime comunista, invece, il numero si è progressivamente abbassato a 82137 nel 1989, 59417 nel 1990, 30878 nel 1991 fino a 11640 nel 1992<sup>32</sup>. Nel 1993, anno di entrata in vigore della legge, il dato sugli aborti legali è sceso a 1240, toccando la punta minima di 124 nel 2001<sup>33</sup>.

Non ci sono stime ufficiali sul numero di aborti clandestini eseguiti in Polonia o sul c.d. turismo abortivo delle donne polacche all'estero, ma secondo la *Federation for Women and Family Planning* il numero delle persone che cercano un aborto in Polonia si attesta tra gli 80000 e i 100000 l'anno<sup>34</sup>. Come ha osservato Ewelina Ciaputa, la Polonia è diventata, da luogo di destinazione negli anni Sessanta, punto di partenza per le persone polacche che abortiscono all'estero<sup>35</sup>, ad esempio in cliniche situate nei Paesi Bassi, Germania e Slovacchia, che promuovono i propri servizi mediante *hotlines* e *websites* in lingua polacca<sup>36</sup>. Invece, per reperire i contatti per ottenere un aborto clandestino in Polonia, sembra sufficiente cercare negli annunci dei quotidiani alla sezione "Salute" o "Ginecologi"<sup>37</sup>. Come riportato in uno studio del 2015 condotto dall'antropologa Joanna Mishtal, gli annunci sull'aborto

*«are very short and simple and often contain only a mobile telephone number, and one of the following euphemisms signaling abortion services: "all services provided", "cheap", "vacuum method", "safe", "anesthesia" and "discreet", among others. The doctors who advertise illegal abortion services compete for clientele with phrases such as "A-Z gynecology" or the use of "AAAAA" opening the start of the ad to ensure that one's ad is listed first»<sup>38</sup>.*

Quello degli aborti clandestini sembrerebbe quindi essere un vero e proprio *open secret*, in quanto nella maggioranza dei casi gli *abortion providers* sono ginecologi che eseguono le prestazioni illegalmente all'interno di cliniche o studi medici privati, complice anche una limitata attività di investigazione e repressione del fenomeno da parte delle autorità competenti<sup>39</sup>. Mishtal rileva inoltre che la qualità tecnica dei servizi clandestini può essere anche superiore a quella disponibile nelle strutture sanitarie pubbliche, in cui l'aborto è ancora eseguito tramite raschiamento<sup>40</sup>.

talnej» Punto 3, Considerato in diritto (Uzasadnienie prawne), Tribunale costituzionale polacco, sentenza del 28 maggio 1997, causa K 26/96.

30 J. Mishtal, *The Politics of Morality. The Church, the State and Reproductive Rights in Postsocialist Poland*, op. cit., p.140. Sull'impatto della riforma del 1993 sull'accesso all'aborto in Polonia si rinvia *ex multiis* a: W. Nowicka, *The effects of the 1993 Anti-Abortion Law in Poland*, in *Entre Nous*, 1996, 33-34, pp. 13 ss. e B. Chazan, *The story of abortion law in Poland*, in *Entre Nous*, 1996, 33-34, p. 16.

31 J. Mishtal, *The Politics of Morality. The Church, the State and Reproductive Rights in Postsocialist Poland*, op. cit., p. 141.

32 R. Johnston, *Historical abortion statistics in Poland*, cit.

33 *Ibidem*.

34 Federation for women and family planning, *Twenty years of Anti-abortion law in Poland*, 2013, Varsavia, p. 22.

35 E. Ciaputa, *Abortion and the Catholic Church in Poland*, in C. Sethna, and G. Davis (a cura di), *Abortion Across Borders: Transnational Travel and Access to Abortion Services*, 2019, Baltimora, Johns Hopkins University Press, pp. 278 ss.

36 G. Baczynska, *More Polish women seen seeking abortions abroad*, in *Reuters*, 26 Agosto 2010, <https://www.reuters.com/article/us-poland-abortion/more-polish-women-seen-seeking-abortions-abroad-idUSTRE67P46Z20100826>; E. Hirvonen, *Polish Abortion Tourism*, Master's thesis, University of Applied Sciences, Dicembre 2017.

37 J. Mishtal, *The Politics of Morality. The Church, the State and Reproductive Rights in Postsocialist Poland*, op. cit., p.143.

38 Ivi, pp. 143-144.

39 A. Chełstowska, *Stigmatisation and commercialisation of abortion services in Poland: turning sin into gold*, in *Reproductive Health Matters*, 2011, 19, pp. 98 ss.

40 J. Mishtal, *The Politics of Morality. The Church, the State and Reproductive Rights in Postsocialist Poland*, op. cit., p. 146. Il raschiamento è una tecnica chirurgica considerata meno sicura dell'aspirazione dalla stessa Organizzazione Mondiale di Sanità.

In uno studio del 2011 sulle conseguenze economiche della stigmatizzazione e illegalità dell'aborto, Agata Chelstowska ha efficacemente mostrato come la legge del 1993 «abbia trasformato il peccato in oro», aumentando le barriere di accesso all'aborto soprattutto per le persone di estrazione socioeconomica più modesta<sup>41</sup>. Il mercato degli aborti, stimato a circa 95 milioni di dollari statunitensi, ha creato una fonte di introiti esentasse che potrebbe in parte spiegare lo scarso coinvolgimento della classe medica nel cambiare la legge<sup>42</sup>. Secondo Chelstowska,

«In Poland, private sector health care providers have almost a monopoly on abortion services. Abortion has been criminalised and stigmatised in the public sphere and in public health care facilities in Poland. It has been pronounced to be morally wrong, legally prohibited, made inaccessible in public hospitals, and unacceptable to speak of, even between the closest of friends. Once abortion leaves the public sphere, it enters the grey zone of the private: private arrangements, private health care and – the most private aspect – private worries. In the private sector, illegal abortion must be cautiously arranged and paid for out of pocket. When a woman enters that sphere, her sin turns into gold. Her private worries become somebody else's private gain. And the more abortion is stigmatised in the public sphere, the more women depend on the private sector for solutions»<sup>43</sup>.

In tempi più recenti, lo sviluppo delle tecniche abortive e delle tecnologie ha cambiato il volto dell'attivismo *pro-choice* e aperto nuove possibilità per l'accesso al *safe abortion*<sup>44</sup>. Ne sono un esempio organizzazioni *non profit* come *Women on Web* e *Women Help Women*, che offrono servizi di aborto farmacologico in telemedicina fino alla decima settimana di gravidanza in Paesi in cui sono vigenti legislazioni restrittive in materia<sup>45</sup>. Come riportato anche dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, l'aborto farmacologico indica una tecnica *safe and effective* per l'interruzione volontaria di gravidanza attraverso l'uso di due farmaci, il mifepristone e il misoprostolo, oppure il solo misoprostolo<sup>46</sup>. Con telemedicina, invece, si fa riferimento alla modalità di dare esecuzione ad una consultazione o prestazione medica a distanza attraverso l'uso di tecnologie di comunicazione (telefono, internet, video-call etc.). Dalla sua fondazione nel 2005 ad ottobre 2020, *Women on Web* ha aiutato oltre 25000 persone in Polonia ad accedere al *safe abortion* tramite i propri servizi<sup>47</sup>.

Inoltre, da diverse ricerche emerge che a volte siano gli stessi medici a fornire informazioni utili alle donne per ottenere l'aborto fuori dal sistema sanitario nazionale, attraverso la condivisione del numero telefonico di un ginecologo "compiacente" oppure il rinvio proprio a *Women on Web* e *Women Help Women*<sup>48</sup>. In uno studio del 2020<sup>49</sup>, una donna polacca di 25 anni racconta che

Si rinvia sul punto a World Health Organization, *Safe abortion: technical and policy guidance for health systems* (2nd ed.), 2012, Ginevra, p. 51.

41 A. Chelstowska, *Stigmatisation and commercialisation of abortion services in Poland: turning sin into gold*, cit., p. 103

42 Ivi, p. 100.

43 Ivi, p. 99.

44 J.N. Erdman, K. Jelinska and S. Yanow, *Understandings of self-managed abortion as health inequity, harm reduction and social change*, in *Reproductive Health Matters*, 2018, 26, pp.13 ss.; K. Jelinska, S. Yanow, *Putting abortion pills into women's hands: realizing the full potential of medical abortion*, in *Contraception*, 2018, 97, pp. 86 ss.

45 Per un approfondimento sulle attività di queste organizzazioni in Paesi in cui sono vigenti legislazioni restrittive in materia di aborto si rinvia a: S. Sheldon, *Empowerment and Privacy? Home Use of Abortion Pills in the Republic of Ireland*, in *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 2018, 43, pp. 823- 849; Ead., *How can a state control swallowing? The home use of abortion pills in Ireland*, in *Reproductive Health Matters*, 2016, 24, pp. 90 ss.; T. Hervey e S. Sheldon, *Abortion by Telemedicine in Northern Ireland: Patient and Professional Rights across Borders*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2017, 68, pp.1 ss.; Eadem, *Abortion by Telemedicine in the European Union*, in *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, 2019, 145, pp. 125 ss. Sull'aborto in telemedicina si veda: M. Endler, A. Lavelanet, A. Cleeve, B. Ganatra, R. Gomperts, K. Gemzell-Danielsson, *Telemedicine for medical abortion: a systematic review*, in *BJOG*, 2019, 126, pp.1094 ss.

46 World Health Organization, *Safe abortion: technical and policy guidance for health systems* (2nd ed.), op. cit., pp. 42 ss. Sia il mifepristone che il misoprostolo sono inclusi nell'elenco dei farmaci essenziali stilato dall'Organizzazione Mondiale di Sanità. Sul punto si rinvia a: World Health Organization, *Model Lists of Essential Medicines* (20<sup>a</sup> edizione), Ginevra, 2017, p. 46.

47 *Women on Web*, *Support safe abortion in Poland!*, disponibile al seguente indirizzo internet: <https://www.womenonweb.org/en/page/20541/support-safe-abortion-in-poland>.

48 J. Mishtal, *The Politics of Morality. The Church, the State and Reproductive Rights in Postsocialist Poland*, op. cit., p. 149.

49 Si tratta di un recentissimo studio pubblicato nel 2020 che analizza le esperienze di donne e persone gestanti che hanno ricevuto supporto da *helplines* per ottenere l'aborto farmacologico in Brasile, Polonia e Nigeria (in tutti e tre i Paesi considerati sono vigenti legislazioni restrittive in materia di accesso all'aborto), S. E. Baum, A. M. Ramirez, S. Larrea, S. Filippa, I. Egwuatu, J. Wydrzynska, M. Piasecka, S. Nmezi e K. Jelinska, *"It's not a seven-headed beast": abortion experience among women*

«I asked [my doctor] if she would help me get rid of it. She said that she cannot give a prescription because she is afraid, but she had heard about Women Help Women and Women on Web and I could order a kit on such sites. She said that it is safe and that she is available by phone if something happens, and that's how it was»<sup>50</sup>.

Dinanzi alle barriere di accesso all'aborto legale e a fronte degli ostacoli a cambiare in senso liberale la legge del 1993, l'attivismo *pro-choice* polacco si è progressivamente internazionalizzato nel plasmare la propria agenda politica e nel creare reti transnazionali di solidarietà con gruppi costituitisi in altri Paesi<sup>51</sup>. In questo quadro strategico si inseriscono il ricorso allo *human rights approach* come strumento di denuncia della violazione dei diritti alla salute sessuale e riproduttiva, così come l'organizzazione di iniziative dal forte richiamo mediatico su questi temi<sup>52</sup>.

Ad esempio, nel 2004, l'organizzazione *non profit Women on Waves* ha effettuato una prima campagna in Polonia a bordo di una imbarcazione battente bandiera olandese, dotata di una clinica mobile autorizzata, a bordo della quale sono stati offerti una serie di *workshops* informativi sulla salute sessuale e riproduttiva<sup>53</sup>. Il personale medico di bordo ha inoltre effettuato alcuni aborti farmacologici quando l'imbarcazione si trovava in acque internazionali a largo della Polonia, uno spazio giuridico in cui si applica la legge dello Stato che batte bandiera sul vascello, in questo caso olandese, e non quella del Paese costiero<sup>54</sup>. Successivamente, nel 2015, *Women on Waves* ha lanciato il primo "Abortion drone" telecomandato dalla Germania e atterrato a Slubice in Polonia, dove due donne hanno ingerito le pillole abortive trasportate dal drone<sup>55</sup>. Ancora, nel dicembre 2018, durante una rappresentazione teatrale a Varsavia, un "Abortion robot" è entrato in scena portando farmaci abortivi ingoiati sul palco da una delle attrici della *performance*<sup>56</sup>.

In sintesi, la riforma del 1993 ha spinto e spinge le donne e le persone gestanti a cercare "soluzioni private" al problema dell'accesso all'aborto quando non ricorrono le scriminanti previste dalla legge. Non solo: anche in presenza di una delle tre giustificazioni che nell'originaria formulazione legittimavano la procedura, l'accesso all'aborto legale era già fortemente ostacolato, e talvolta perfino negato, così come si osserverà nel prossimo sottoparagrafo.

### 2.3. L'aborto legale nei casi originariamente previsti dalla legge del 1993

Una delle conseguenze principali della legge del 1993 è stata la criminalizzazione e stigmatizzazione dell'aborto *tout court*. Infatti, anche nei pochi casi in cui sussistono i presupposti previsti dalla legge del 1993 per accedere all'aborto, «*illegal is easier than legal*»<sup>57</sup>. Tra le barriere più ostative all'accesso all'aborto legale vi è la dichiarazione di obiezione di coscienza del personale medico e di intere strutture ospeda-

that received support from helplines for medication abortion in restrictive settings, in *Health Care for Women International*, 2020, pp. 1 ss.

50 Ivi, p. 8.

51 J. Mishtal, *The Politics of Morality. The Church, the State and Reproductive Rights in Postsocialist Poland*, op. cit., pp. 67-104.

52 *Ibidem*.

53 C. Lambert-Beatty, *Twelve Miles: Boundaries of the New Art/Activism*, in *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 2008, 33, pp. 309 ss. Sul resoconto della campagna di *Women on Waves* in Polonia si rinvia a: *Women on Waves, Abortion ship Poland 2003*, disponibile al seguente indirizzo internet: <https://www.womenonwaves.org/en/page/954/abortion-ship-poland-2003>.

54 Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, 10 dicembre 1982, artt. 95 e 96.

55 *Women on Waves, First flight Abortion Drone, Poland 2015*, disponibile al seguente indirizzo internet: <https://www.womenonwaves.org/en/page/5832/first-flight-abortion-drone-poland-2015>.

56 *Women on Waves, Abortion robot on stage in Poland, 2018*, disponibile al seguente indirizzo internet: <https://www.womenonwaves.org/en/page/5832/first-flight-abortion-drone-poland-2015>.

57 J. Mishtal, *The Politics of Morality. The Church, the State and Reproductive Rights in Postsocialist Poland*, op. cit., p. 154.

liere<sup>58</sup>, accompagnata talvolta dalla precisazione da parte di alcuni medici che fuori dall'ospedale «possibilities exist»<sup>59</sup>. Joanna Mishtal spiega così le conseguenze di questo ricorso all'obiezione di coscienza:

«The use of conscientious refusals to deny lawful abortions in public hospitals while performing services clandestinely and privately has several implications: doctors can earn far more in their private clinics, and they shield themselves from potential, or perceived, harassment by the church, leaving the women patients to endure the secrecy and stigma of a clandestine procedure for a large fee<sup>60</sup>».

Le difficoltà ad abortire legalmente in Polonia nei casi più gravi si traducono in un vero e proprio diniego di accesso alla procedura di IVG, pur ricorrendo i requisiti originariamente previsti dalla legge del 1993. In tal senso, tre decisioni con cui la Corte europea dei diritti umani ha condannato la Polonia, ciascuna riguardante una diversa ipotesi di accesso legale all'aborto, mettono ulteriormente in luce le carenze dei servizi abortivi nel Paese<sup>61</sup> già prima della recente declaratoria di parziale incostituzionalità della legge del 1993.

In ordine cronologico, il primo caso riguarda Alicja Tysiac, una donna affetta da grave miopia alla quale è stato negato l'accesso all'aborto terapeutico, nonostante il rischio di diventare cieca cui sarebbe incorsa durante la gravidanza e il parto, circostanza che si è poi verificata<sup>62</sup>. La Corte in quella occasione ha rilevato una violazione dell'art. 8 CEDU (diritto al rispetto alla vita privata e familiare) per non adeguata determinazione delle condizioni che legittimano l'accesso all'aborto terapeutico<sup>63</sup>. Il secondo caso vagliato dalla Corte europea dei diritti umani concerne il mancato tempestivo accesso a un test genetico prenatale, che ha ostacolato la possibilità per la ricorrente di accedere a un aborto entro i termini previsti dalla legge<sup>64</sup>. La Corte ha rilevato in questo caso, oltre che la non osservanza del già citato art. 8 CEDU<sup>65</sup>, anche la violazione dell'art. 3 CEDU (divieto di tortura) per i trattamenti inumani e degradanti

58 La questione delle barriere poste dalla clausola di coscienza all'accesso ai servizi di IVG è stata oggetto nel giugno del 2020 di una missiva inviata al Ministero della Salute polacco da parte del Commissario per i diritti umani in Polonia. Si veda: Adam Bodnar, *Klauzula sumienia nie zwalnia państwa z obowiązku zagwarantowania dostępu do aborcji*. RPO pisze do Ministra Zdrowia, 3 giugno 2020, disponibile in lingua polacca al seguente indirizzo internet: <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/rpo-klauzula-sumienia-nie-zwalnia-panstwa-z-obowiazku-zagwarantowania-dostepu-do-legalnej-aborcji>. Nel 2015, il Tribunale costituzionale polacco ha dichiarato l'illegittimità dell'obbligo del medico obiettore di fornire informazioni sull'accesso ai servizi di IVG alla paziente. Si veda sul punto: Tribunale costituzionale polacco, sentenza del 7 ottobre 2015, causa K 12/14, traduzione dall'originale Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 października 2015 r. sygn. akt K 12/14 (Dz.U. 2015 poz. 1633). Il testo ufficiale della decisione in lingua polacca è disponibile a questo indirizzo internet: <http://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU20150001633>. La pronuncia del Tribunale costituzionale è stata oggetto di 'concern', tra gli altri, anche del Comitato per i diritti umani e il Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, nei loro rapporti periodici sulla Polonia pubblicati nel 2016 (v. supra nota 12). Inoltre, dal 2014, circa 4000 medici polacchi hanno firmato la Dichiarazione di fede dei medici cattolici e degli studenti di medicina sulla sessualità e la fertilità umana che impegna gli aderenti ad osservare la legge di dio nello svolgimento della professione medica.

59 J. Mishtal, *The Politics of Morality. The Church, the State and Reproductive Rights in Postsocialist Poland*, op. cit., p. 155.

60 *Ibidem*.

61 Corte Edu, 20 marzo 2007, *Tysiac c. Polonia* (ricorso n. 5410/03); Corte Edu, 26 maggio 2011, *R R c. Polonia* (ricorso n. 27617/04); Corte Edu, 30 ottobre 2012, *P and S c. Polonia* (ricorso n. 57375/08). Sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di aborto si rinvia a: D. Fenwick, *The Modern Abortion Jurisprudence under Article 8 of the European Convention on Human Rights*, in *Medical Law International*, 2012, 12, pp. 249 ss.; J. Westeson, *Reproductive health information and abortion services: standards developed by the European Court of Human Rights*, in *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, 2013, 122, pp. 173 ss.; J.N. Erdman, *The Procedural Turn: Abortion at the European Court of Human Rights* in R. Cook, J.N. Erdman, B. M. Dickens (a cura di), *Abortion Law in Transnational Perspective*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2014, pp. 121 ss.; Ead., *Procedural Abortion Rights: Ireland and the European Court of Human Rights*, in *Reproductive Health Matters*, 2014, pp. 22 ss.; C. Cosentino, *Safe and Legal Abortion: An Emerging Human Right? The Long-lasting Dispute with State Sovereignty in ECHR Jurisprudence*, in *Human Rights Law Review*, 2015, 15, pp. 569 ss.; L. Oja, A.E. Yamin, *Woman in the European Human Rights System: How Is the Reproductive Rights Jurisprudence of the European Court of Human Rights Constructing Narratives of Women's Citizenship*, in *Columbia Journal of Gender and Law*, 2016, pp. 62 ss.

62 Corte Edu, 20 marzo 2007, *Tysiac c. Polonia*, cit., §§ 7-31.

63 Nelle parole della Corte europea dei diritti umani: «The Court concludes that it has not been demonstrated that Polish law as applied to the applicant's case contained any effective mechanisms capable of determining whether the conditions for obtaining a lawful abortion had been met in her case. It created for the applicant a situation of prolonged uncertainty. As a result, the applicant suffered severe distress and anguish when contemplating the possible negative consequences of her pregnancy and upcoming delivery for her health», Corte Edu, 20 marzo 2007, *Tysiac c. Polonia*, cit., §124.

64 Corte Edu, 26 maggio 2011, *R R c. Polonia*, cit., §§6-63.

65 Ivi, §§192-214.



messi in atto dalle autorità sanitarie nei riguardi della ricorrente che, ai tempi del giudizio, aveva dato alla luce una bambina affetta da una malattia genetica (sindrome di Turner)<sup>66</sup>. Il terzo caso esaminato dalla Corte riguarda una ragazza minorenni rimasta incinta a seguito di uno stupro<sup>67</sup>. La ragazza, con il sostegno della madre (anch'ella ricorrente), ha infine ottenuto l'aborto in un ospedale polacco a 500 km di distanza da casa, dopo una lunga e tortuosa vicenda che ha avuto una forte eco mediatica nel Paese<sup>68</sup>. Anche nell'esaminare questo ricorso, la Corte europea dei diritti umani ha rilevato la violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU)<sup>69</sup> e del diritto al rispetto della propria vita privata e familiare (art. 8 CEDU)<sup>70</sup>.

Questi casi evidenziano quale fosse lo stato di sistemica violazione dei diritti umani in materia di accesso all'aborto in atto nel Paese già prima della sentenza del Tribunale costituzionale del 22 ottobre 2020. Segnali di allarme che prefiguravano l'aggravamento della situazione erano stati lanciati in un rapporto del marzo 2020 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, l'organo di monitoraggio dell'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo<sup>71</sup>. E poco prima, nel gennaio 2020, la Commissaria per i diritti umani del Consiglio d'Europa, Dunja Mijatovic, aveva rilevato che «*the situation in the area of sexual and reproductive health and rights in Poland has not only failed to improve, but has in fact worsened in recent years*»<sup>72</sup>.

Infatti, dal 2011 al 2019, sono stati presentati sei progetti di legge per riformare in senso illiberale la legge del 1993<sup>73</sup> e, dalla vittoria elettorale di PiS nel 2015, le manovre politiche per restringere l'accesso all'aborto legale sono divenute più incalzanti. Nel 2016, una proposta di legge di iniziativa popolare che prevedeva l'introduzione del divieto totale di aborto è stata respinta dal Sejm<sup>74</sup>, anche a seguito dell'ondata di proteste delle "donne in nero" che si è sollevata nel Paese<sup>75</sup>. Successivamente, nel 2017, è stato presentato un nuovo progetto di legge di iniziativa popolare che prevede la criminalizzazione dell'aborto terapeutico nel caso di anomalie fetali<sup>76</sup>. Nell'Aprile 2020, nel pieno della pandemia Covid-19, la proposta di legge è stata calendarizzata per la discussione parlamentare; anche in questo caso, la notizia

66 Ivi, §§153-162.

67 Corte Edu, 30 ottobre 2012, *P and S c. Polonia*, cit., §§5-51.

68 *Ibidem*.

69 Ivi, §§157-169. La non osservanza dell'art. 3 CEDU è stata rilevata con riferimento alla sola ricorrente P.

70 Ivi, §§100-112. Nel caso in esame, la Corte europea dei diritti umani ha dichiarato la violazione dell'art. 8 CEDU in relazione alle incerte condizioni di accesso all'aborto, in continuità con l'approccio già adottato nei casi precedentemente esaminati in materia di aborto. Inoltre, sulla base delle circostanze di fatto del caso di specie, la Corte ha riconosciuto la non osservanza del medesimo articolo anche con riferimento alla violazione della *privacy* subita dalle ricorrenti; si veda sul punto: ivi, §§128-137. Infine, la Corte ha anche rilevato la violazione dell'art. 5 CEDU (diritto alla libertà e alla sicurezza) nei riguardi della ricorrente P, come emerge in ivi, §§144-149.

71 Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, *CM/Notes/1369/H46-20 / 1369th meeting (March 2020) - H46-20 P. and S. v. Poland (Application No. 57375/08)*, 18 febbraio 2020; Id., *CM/Notes/1369/H46-21 / 1369th meeting (March 2020) - H46-21 Tysiąc and R.R. v. Poland (Applications No. 5410/03, 27617/04)*, 18 febbraio 2020. Entrambi i documenti sono disponibili a questo indirizzo internet: [https://www.coe.int/en/web/cm/march-2020/-/asset\\_publisher/FJJuJash2rEF/content/1369th-human-rights-meeting-of-the-ministers-deputies-3-5-march-2020-?\\_101\\_INSTANCE\\_FJJuJash2rEF\\_redirect=https://proxy-www.coe.int/en/web/cm/march-2020?p\\_p\\_id=101\\_INSTANCE\\_FJJuJash2rEF&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&p\\_p\\_col\\_id=column-4&p\\_p\\_col\\_pos=1&p\\_p\\_col\\_count=3](https://www.coe.int/en/web/cm/march-2020/-/asset_publisher/FJJuJash2rEF/content/1369th-human-rights-meeting-of-the-ministers-deputies-3-5-march-2020-?_101_INSTANCE_FJJuJash2rEF_redirect=https://proxy-www.coe.int/en/web/cm/march-2020?p_p_id=101_INSTANCE_FJJuJash2rEF&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-4&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=3).

72 Ivi, §24.

73 Questo aspetto è anche evidenziato nel punto 2 dell'opinione dissenziente resa dal giudice costituzionale Leon Kieres nella sentenza del 22 ottobre 2020, in lingua originale *Zdanie odrębne sędziego TK Leona Kieresa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 października 2020 r., sygn. akt K 1/20, 2. Tryb rozpoznania sprawy*.

74 Il testo del progetto di legge è disponibile al seguente indirizzo internet: <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=784>.

75 A. Król, P. Pustułka, *Women on strike: mobilizing against reproductive injustice in Poland*, in *International Feminist Journal of Politics*, 2018, 20, pp. 366-384; M. Kowalewski, *Emergent political spaces in the post-socialist city: Solidarity Square, Szczecin*, in *Space and Polity*, 2018, 22, pp. 328-341.

76 Council of Europe Commissioner for Human Rights, *Commissioner urges Poland's Parliament to reject bill which restricts access to abortion care*, 23 marzo 2018, <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/commissioner-urges-poland-s-parliament-to-reject-bill-which-restricts-access-to-abortion-care>.

è stata seguita da una significativa mobilitazione nazionale e internazionale di opposizione, a seguito della quale il Parlamento ha rinviato la proposta in commissione legislativa<sup>77</sup>.

In parallelo a questi tentativi “falliti” di cambiare la legge del 1993 in via parlamentare, nel novembre 2019 un gruppo di deputati ha riproposto una questione di legittimità costituzionale dell’accesso all’aborto terapeutico nel caso di diagnosi di malformazione fetale al Tribunale costituzionale polacco, questione già sollevata con analoghi contenuti nella precedente legislatura, ma mai calendarizzata (v. *infra* §3.1.). Come si osserverà nel prossimo paragrafo, la sentenza del 22 ottobre 2020 del Tribunale costituzionale polacco, che si è pronunciata su questa questione, rappresenta un ulteriore elemento di deterioramento del già precario sistema di tutela dei diritti umani in Polonia.

#### 2.4. La sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 22 ottobre 2020

Come osservato in premessa, la sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 22 ottobre 2020 ha dichiarato illegittima la principale ipotesi di accesso legale all’IVG prevista dalla legge del 1993, cioè quella giustificata dalla presenza di gravi malformazioni fetali<sup>78</sup>. Una decisione, questa, che ha aggravato significativamente il quadro di forte tensione preesistente tra la legislazione polacca in materia di aborto e il sistema di protezione dei diritti umani. Come accennato in premessa, la decisione è stata subito dopo il suo annuncio criticata dall’Alto Commissariato delle Nazioni Unite ed è stata oggetto di una risoluzione del Parlamento europeo<sup>79</sup>.

Una delle prime conseguenze della notizia della sentenza del Tribunale Costituzionale del 22 ottobre 2020 è stata la situazione di prolungata precarietà in cui hanno versato i servizi di IVG negli oltre tre mesi trascorsi prima della pubblicazione del 27 gennaio 2021. Infatti, prima di questa data, pur in un quadro giuridico ancora formalmente invariato, alcune cliniche polacche hanno dato immediata esecuzione alla sentenza, restringendo *ante tempus* le possibilità di accesso all’aborto in Polonia<sup>80</sup>. Le poche ginecologhe che hanno continuato a effettuare aborti terapeutici in ospedale si sono invece ritrovate a operare in uno stato di profonda incertezza, come evidenziato anche da questa dichiarazione di Adam Bodnar, Commissario per i diritti umani in Polonia, resa nel dicembre 2020 al *The Guardian*:

*«I heard a story about a medical doctor who was performing an abortion, and he was checking during whether the judgment had been published or not. The moment the judgment is published, you are committing a crime if you perform an abortion»<sup>81</sup>.*

77 L’iter parlamentare di questa proposta di legge di iniziativa popolare è tracciabile a questo indirizzo internet: <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=36>. Sulle mobilitazioni contro la discussione parlamentare si rinvia a S. Walker, *Concerns over Polish government tightening abortion laws during Covid-19 crisis*, in *The Guardian*, 14 Aprile 2020, <https://www.theguardian.com/world/2020/apr/14/concerns-over-polish-government-tightening-abortion-laws-during-covid-19-crisis>. Si veda anche il comunicato stampa diramato dal Comitato ONU per i diritti umani con cui si criticava la proposta di legge in discussione, *Poland urged not to criminalise sex education or tighten access to abortion*, 16 aprile 2020, <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25796&LangID=E>.

78 Il Tribunale costituzionale polacco ha dichiarato questa fattispecie incompatibile con l’art. 38 in combinato disposto con gli artt. 30 e 31, c. 3 della Costituzione della Repubblica polacca. L’articolo 38 recita che “La Repubblica polacca garantisce la protezione legale della vita di ogni essere umano”; l’art. 30 prevede che “La dignità intrinseca e inalienabile della persona costituisce una fonte di libertà e di diritti delle persone e dei cittadini. Essa è inviolabile. Il rispetto e la protezione degli stessi sono obbligo delle autorità pubbliche”; l’art. 31 c.3 stabilisce che: “Qualsiasi limitazione all’esercizio delle libertà e dei diritti costituzionali può essere imposta solo per legge, e solo quando necessario in uno stato democratico per la protezione della sua sicurezza o ordine pubblico, o per proteggere l’ambiente naturale, la salute o la morale pubblica, o le libertà e i diritti di altre persone. Tali limitazioni non violano l’essenza delle libertà e dei diritti”. Traduzione dall’originale in lingua polacca per: “Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia” (Art. 38); “Przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych” (Art. 30); “Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, Zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw” (Art. 31.3).

79 V. *supra* nota 8.

80 H. Summers, *Polish hospitals begin turning away women seeking abortions*, in *The Guardian*, 30 ottobre 2020, <https://www.theguardian.com/world/2020/oct/30/polish-hospitals-begin-turning-away-women-seeking-abortions>.

81 S. Walker, *Polish women travel abroad for abortions ahead of new law*, in *The Guardian*, 13 dicembre 2020, <https://www.theguardian.com/world/2020/dec/13/polish-women-travel-abroad-for-abortions-ahead-of-new-law>

Dall'altra parte, i gruppi *pro-choice* sia locali che internazionali hanno lanciato nuove iniziative in risposta all'annuncio della sentenza del Tribunale costituzionale e molti di loro hanno registrato un aumento delle richieste di supporto da parte di persone provenienti dalla Polonia impossibilitate ad accedere all'IVG nel proprio Paese<sup>82</sup>. Il 25 ottobre 2020 *Women on Web* ha reso noto che avrebbe sostenuto gratuitamente le persone incinte con una diagnosi di anomalia fetale il cui diritto ad abortire è stato pregiudicato dalla pronuncia<sup>83</sup>. Il 10 dicembre 2020, il network *Abortion without borders*, cui aderisce anche *Women Help Women*, ha dichiarato di aver aiutato negli ultimi dodici mesi oltre 5000 persone richiedenti un aborto in Polonia, delle quali 2535 solo nel periodo che va dal 22 ottobre al 4 dicembre 2020<sup>84</sup>.

Un effetto *spin-off* della sentenza facilmente prevedibile, come emerge anche in una delle due *dissenting opinions*, quella resa dal giudice costituzionale Piotr Pszczółkowski, in cui si rileva che:

«Tenendo conto dei dati statistici sulla percentuale di aborti giustificati da ragioni embriopatologiche in relazione al numero totale di tali procedure, si può esprimere ragionevole preoccupazione che almeno alcuni dei casi saranno canalizzati in c.d. aborto sotterraneo. Infine, c'è anche la questione dell'aumento del c.d. turismo abortivo»<sup>85</sup>.

Subito dopo la pubblicazione che ha sancito la produzione di effetti giuridici della sentenza del 22 ottobre 2020, in un comunicato del 28 gennaio 2021, le *Chairs* delle Commissioni "Diritti delle donne e uguaglianza di genere" (FEMM) e "Libertà civili, giustizia e affari interni" (LIBE) presso il Parlamento Europeo hanno espresso solidarietà con le persone protestanti e reiterato l'invito al Governo polacco di emendare la legge sull'aborto. In particolare, Evelyn Regner, che presiede la Commissione FEMM, ha dichiarato:

«In Poland, misogyny reigns supreme. The de facto abortion ban pushed through by the Polish government interferes directly with women's autonomy and physical integrity. It is an attack on fundamental and human rights and should be unthinkable in a liberal democracy in 2021. There is no place for such contempt for humanity in Europe and I stand with the protesters in Poland who are speaking out against this backward-looking policy»<sup>86</sup>.

In effetti, la declaratoria di incostituzionalità dell'accesso all'aborto terapeutico anche nel caso di anomalie fetali fatali (*fatal foetal abnormalities*, "FFA") pone in grave frizione la legislazione polacca con il sistema internazionale dei diritti umani, anche tenuto conto delle più recenti *views* espresse dal Comitato onusiano per i diritti umani in questa materia<sup>87</sup>. Oltretutto, questo aspetto era già stato esaurientemente messo in luce in un *Amicus Curiae* presentato da *Women on Web* al Tribunale costituzionale polacco nell'ottobre 2018 (in occasione del primo ricorso avanzato da un gruppo di deputati sulla legittimità dell'accesso all'aborto nel caso di anomalie fetali) e redatto da due delle più autorevoli voci della dottrina internazionalistica in materia di diritti sessuali e riproduttivi, Rebecca Cook and Joanna Erdmann, le quali hanno rilevato l'esistenza di un consenso nel diritto internazionale dei diritti umani in materia di aborto su questi aspetti:

«The criminalization of abortion contributes to unsafe abortion, adversely impacts vulnerable and marginalized women, and inherently limits the rights of women to physical and psychological integrity, to dignity and worth as human beings and to be free from all forms of discrimination. International human rights law supports the progressive decriminalization of abortion to protect the lives and health of women and to improve their quality of life.

Given that any state action on abortion impacts on the human rights of women, international law sets limits on the state power to criminalize abortion based on principles of non-arbitrariness and proportionality.

82 *Idem*.

83 *Women on Web, Free medical abortions for women with fetal indications in Poland*, 25 ottobre 2020, <https://www.womenonweb.org/en/page/20549/free-medical-abortion-for-women-with-fetal-indications-in-poland>.

84 *Women Help Women, Abortion without borders helps more than 5000 people in Poland*, 10 dicembre 2020, <https://womenhelp.org/it/page/1265/abortion-without-borders-helps-more-than-5-000-people-in-poland-in>.

85 Opinione dissenziente del giudice Piotr Pszczółkowski alla sentenza del Tribunale costituzionale del 22 ottobre 2020, causa K-1/20, punto 6.

86 Parlamento europeo, *The abortion ban in Poland is an attack on women's and fundamental rights*, comunicato stampa del 28 gennaio 2021: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20210128IPR96601/the-abortion-ban-in-poland-is-an-attack-on-women-s-and-fundamental-rights>.

87 Questo indirizzo dottrinale si fonda soprattutto su un'interpretazione dell'art. 3 CEDU alla luce della più recente applicazione dell'omologo, per contenuti, art. 7 Patto internazionale sui diritti civili e politici, da parte del Comitato per i diritti umani, nelle comunicazioni *Mellet c. Repubblica d'Irlanda* e *Whelan c. Repubblica d'Irlanda*, che vertevano proprio su due casi di diniego di accesso all'aborto nel caso di diagnosi di anomalie fetali fatali.

*To ensure criminal abortion laws are non-arbitrary and proportionate, international human rights law requires as a minimum the decriminalization of abortion on the ground of risk of serious fetal malformation, and procedural protections to ensure safe and respectful access to services under this ground to the full extent of the law<sup>88</sup>.*

Inoltre, anche prendendo in considerazione il contesto regionale europeo, secondo autorevole dottrina il diniego di accesso all'aborto in presenza di anomalie fetali fatali potrebbe integrare la violazione dell'art. 3 CEDU<sup>89</sup>. Seguendo questa impostazione, la sentenza del 22 ottobre complicherebbe significativamente la posizione della Polonia con riguardo all'accesso all'aborto nel sistema convenzionale del Consiglio d'Europa. Nonostante l'esito del giudizio in esame, questa preoccupazione non è rimasta del tutto estranea nella decisione se si considera la *dissenting opinion* del giudice costituzionale polacco Leon Kieres, il quale ha utilizzato anche argomenti di diritto internazionale a sostegno del proprio voto contrario alla decisione<sup>90</sup>.

In particolare, Kieres non ha mancato di osservare che il rispetto del diritto internazionale e quindi, nello specifico, il rispetto degli standard di tutela dei diritti umani previsti nel caso di aborto terapeutico in presenza di anomalie fetali hanno essi stessi un fondamento nell'art. 9 della Costituzione polacca<sup>91</sup>.

In conclusione, in questa prima parte del commento si è rilevato che la sentenza del 22 ottobre 2020 è in linea di continuità con le politiche assunte in materia di aborto in Polonia dalla caduta del Muro di Berlino. Infatti, già prima della pubblicazione della sentenza, l'accesso all'aborto legale nel Paese era soggetto a significative limitazioni e sussistevano una serie di barriere che ostacolavano l'effettivo accesso all'IVG anche in presenza delle condizioni previste dalla legge del 1993, come rilevato *ex multis* in alcune sentenze di condanna della Corte europea dei diritti umani contro la Polonia. Il nuovo intervento restrittivo definito dalla sentenza in esame contribuisce quindi a dilatare il già esistente divario tra la legislazione sull'aborto in Polonia e gli standard internazionali in materia di tutela dei diritti umani, soprattutto con riferimento al diniego di accesso all'IVG anche in presenza di anomalie fetali fatali. Inoltre, anche in considerazione del "ritardo" intervenuto nella sua pubblicazione e delle sue implicazioni in termini di certezza del diritto, la sentenza in oggetto concorre ad allargare ulteriormente lo scarto tra il dato formale rappresentato dalla legge del 1993 e il dato fattuale costituito dalle effettive modalità di accesso all'aborto in Polonia fuori dai servizi sanitari "ufficiali". Infatti, come rilevato, dalla fine dell'ottobre 2020, si è registrato un incremento rilevante delle attività dei gruppi *pro-choice* che suggerisce parimenti un significativo aumento del livello di autogestione dell'aborto nel Paese. Infine, la sentenza in esame rischia di aprire la strada a ulteriori restrizioni delle possibilità di accesso legale all'aborto, ad esempio nei casi in cui ci siano ragioni per sospettare che la gravidanza sia il risultato di un atto illecito.

### 3. L'intreccio con la crisi costituzionale in Polonia

Il tema dell'accesso all'aborto in Polonia, già problematico a partire dagli anni Novanta, si è intrecciato più di recente con il preoccupante declino democratico che si sta consumando nello Stato polacco dalla fine del 2015, anno in cui PiS ottenne la maggioranza dei seggi al *Sejm* e assunse la guida dell'esecutivo<sup>92</sup>.

Da allora, la situazione in Polonia è precipitata rapidamente, alimentando crescente preoccupazione nella comunità internazionale e, in particolare, nelle organizzazioni regionali europee. Basti ricordare che, all'interno dell'Unione europea, la Polonia può fregiarsi dell'ingrato titolo di rappresentare il primo Stato membro ad essere stato sottoposto alle procedure preventive relative al rispetto dello Stato di diritto.

88 Women on Web, *International experts condemn attempt to further restrict abortion in Poland*, 17 ottobre 2018, <https://www.womenonwaves.org/en/page/7501/international-experts-condemn-attempt-to-further-restrict-abortion-in-poland>.

89 Si veda sul punto B. Ní Ghráinne, A. McMahon, *Access to Abortion in Cases of Fatal Foetal Abnormality: A New Direction for the European Court of Human Rights?*, in *Human Rights Law Review*, 2019, 19, pp. 561 ss. Per un'analisi degli approcci usati dalla Corte di Strasburgo e i Comitati onusiani in materia di aborto cfr. L. Poli, *Aborto e diritti umani fondamentali: Corte europea dei diritti umani e "treaty bodies" a confronto*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, pp. 189 ss.

90 Opinione dissenziente del giudice Leon Kieres alla sentenza del 22 ottobre 2020, cit, punto 5.7.

91 L'art. 9 prevede che: "La Repubblica di Polonia rispetta il diritto internazionale vincolante". Traduzione dall'originale: "Rzeczpospolita Polska przestrzega wiążącego ją prawa międzynarodowego" (Art. 9).

92 Per una descrizione dettagliata della crisi costituzionale in Polonia si rinvia, su tutti, a W. Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, Oxford University Press, 2019.



to previste dal c.d. *Rule of Law Framework*<sup>93</sup> e dall'articolo 7, par. 1, TUE<sup>94</sup>, nonché il primo le cui riforme giudiziarie sono state considerate dalla Corte di giustizia in contrasto con il principio di indipendenza della magistratura<sup>95</sup>.

Come notato dalla Commissione europea già nel 2017, le diverse misure adottate negli anni immediatamente successivi alla vittoria elettorale di PiS «presentano la caratteristica comune di permettere sistematicamente al potere esecutivo o a quello legislativo di esercitare una considerevole ingerenza nella composizione, nei poteri, nell'amministrazione e nel funzionamento» dell'intero apparato giudiziario: Tribunale costituzionale, Corte suprema, tribunali ordinari, Consiglio nazionale della magistratura, procure e Scuola nazionale di magistratura<sup>96</sup>. Inoltre, come evidenziato dal Parlamento europeo<sup>97</sup> e dall'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa<sup>98</sup>, la crisi costituzionale polacca è andata oltre lo spettro delle riforme dell'ordinamento giudiziario, minacciando alle fondamenta l'intera architettura democratica e la tutela dei diritti fondamentali in Polonia: tra le altre, è sufficiente ricordare la discussa gestione delle ultime elezioni parlamentari e presidenziali<sup>99</sup>, gli attacchi alla libertà d'espressione e di ricerca<sup>100</sup>, l'annuncio dell'intenzione di recedere dalla Convenzione di Istanbul<sup>101</sup> e la stigmatizzazione della comunità LGBTIQ+<sup>102</sup>.

Ai fini di questo contributo, ci soffermeremo in particolare sulla posizione del Tribunale costituzionale polacco, con specifica attenzione alle problematiche inerenti la sua composizione (§3.1) e gli ormai non nuovi "ritardi" nella pubblicazione delle sentenze (§3.2), che assumono rilievo anche nel caso in esame.

93 Cfr. le Raccomandazioni della Commissione europea relative allo Stato di diritto in Polonia 2016/1374 del 27 luglio 2016, 2017/146 del 21 dicembre 2016, 2017/1520 del 26 luglio 2017 e 2018/103 del 20 dicembre 2017.

94 Commissione europea, Proposta di decisione del Consiglio sulla constatazione dell'esistenza di un evidente rischio di violazione grave dello Stato di diritto da parte della Repubblica di Polonia, COM(2017) 835, 20 dicembre 2017. Sullo stato della procedura *ex art. 7*, par. 1, TUE avviata nei confronti della Polonia cfr. L. Pech, *Article 7 TEU: From "Nuclear Option" to "Sisyphian Procedure"?* in U. Belavusau, A. Gliszczyńska-Grabias (a cura di), *Constitutionalism under Stress*, Oxford, Oxford University Press, 2020.

95 Cfr. in particolare Corte di giustizia, sentenza del 26 giugno 2019, *Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte Suprema)*, causa C-619/18; sentenza del 5 novembre 2019, *Commissione c. Polonia (Indipendenza dei tribunali ordinari)*, causa C-192/18. La Commissione ha avviato altre due procedure d'infrazione riguardanti l'indipendenza della magistratura in Polonia. La prima, concernente il regime disciplinare dei giudici e l'indipendenza del Consiglio Nazionale della Magistratura, ha già visto la Corte di giustizia pronunciarsi in via cautelare: Corte di giustizia, ordinanza dell'8 aprile 2020, *Commissione c. Polonia (Regime disciplinare dei giudici)*, causa C-791/19 R. La seconda, relativa alla recente legge del 20 dicembre 2019 (c.d. *Muzzle Law*), al momento in cui si scrive, è alla fase precontenziosa.

96 Comunicazione COM(2017) 835, cit., § 172. In quella sede, la Commissione esprimeva preoccupazione, in particolare, per le seguenti misure: nomina illegittima della presidente del Tribunale costituzionale e ammissione di tre giudici costituzionali nominati senza valida base giuridica (su cui v. *infra* §3.1); rifiuto di pubblicare un rilevante numero di sentenze del Tribunale costituzionale (su cui v. *infra* §3.2); pensionamento forzato di un numero considerevole di giudici della Corte Suprema e dei tribunali ordinari dovuto alla combinazione tra l'abbassamento dell'età pensionabile con effetto immediato e la possibilità, assegnata rispettivamente al Presidente della Repubblica e al Ministro della Giustizia, di estenderne discrezionalmente il mandato attivo; modifiche alle procedure di nomina dei giudici della Corte Suprema, dei presidenti dei tribunali ordinari e del Consiglio nazionale della magistratura, che garantivano ampio spazio all'ingerenza politica; riforma del sistema disciplinare, con l'introduzione di due sezioni disciplinari in seno alla Corte Suprema interamente formate da giudici di nuova nomina, e conseguente ampliamento dei margini di controllo politico sull'attività dei magistrati.

97 Parlamento europeo, Risoluzione del 17 settembre 2020 sulla proposta di decisione del Consiglio sulla constatazione dell'esistenza di un evidente rischio di violazione grave dello Stato di diritto da parte della Repubblica di Polonia, P9\_TA(2020)0225.

98 Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, Risoluzione n. 2316 (2020) del 28 gennaio 2020, *The functioning of democratic institutions in Poland*.

99 Ufficio per le istituzioni democratiche e i diritti umani (OSCE ODIHR), *Final Report on the Parliamentary Elections of 13 October 2019 in Poland*, 14 febbraio 2020; *Final Report on the Presidential Elections of 28 June and 12 July 2020 in Poland*, 23 settembre 2020.

100 Su tutti si ricordi il caso di Wojciech Sadurski: cfr. G. de Búrca, J. Morijn, M. Steinbeis, *Stand with Wojciech Sadurski: his freedom of expression is (y)ours*, in *Verfassungsblog*, 18 novembre 2019, <https://verfassungsblog.de/stand-with-wojciech-sadurski-his-freedom-of-expression-is-yours/>.

101 *Istanbul Convention: Poland to leave European treaty on violence against women*, in *BBC News*, 25 luglio 2020, <https://www.bbc.com/news/world-europe-53538205>.

102 Commissaria per i diritti umani del Consiglio d'Europa, *Memorandum on the stigmatisation of LGBTI people in Poland*, CommDH(2020)27, 3 dicembre 2020.

### 3.1. La parabola del Tribunale costituzionale e il nodo della composizione

La parabola del Tribunale costituzionale è stata ampiamente documentata in dottrina<sup>103</sup> e aspramente criticata a livello internazionale ed europeo, tra gli altri dal Relatore speciale dell'ONU sull'indipendenza dei giudici e degli avvocati<sup>104</sup>, dalla Commissione di Venezia<sup>105</sup>, dalla Commissaria per i diritti umani<sup>106</sup> e dall'Assemblea Parlamentare<sup>107</sup> del Consiglio d'Europa, nonché dal Parlamento europeo<sup>108</sup> e dalla Commissione europea<sup>109</sup>.

Il Tribunale costituzionale è stato, non a caso, il luogo e l'istituzione dove ha avuto inizio lo smantellamento del sistema di *checks and balances* in Polonia. La paralisi e il successivo annichilimento del controllo di costituzionalità sulle leggi sono stati, infatti, necessari per evitare che il partito di maggioranza incontrasse "ostacoli legali" al suo piano di riforme<sup>110</sup>. Il 20 dicembre 2017, all'esito di un infruttuoso dialogo con le autorità polacche protrattosi per circa un anno e mezzo, la Commissione europea già rilevava che gli eventi susseguitesisi rapidamente dalla fine del 2015 «[avevano], di fatto, portato a una completa ricomposizione del Tribunale costituzionale al di fuori del normale processo costituzionale di nomina dei giudici»<sup>111</sup>. In più, come sottolineato in dottrina, la combinazione tra misure di c.d. *court packing*, una serie di riforme legislative e il rifiuto di disporre la pubblicazione di alcune sentenze con le quali il Tribunale ha cercato invano di resistere alla "cattura"<sup>112</sup> ha permesso al partito di maggioranza di assumere il controllo del Tribunale costituzionale, passato rapidamente da supremo organo di garanzia costituzionale a sostanziale braccio dell'esecutivo<sup>113</sup>.

Non solo il Tribunale non assicura più un effettivo controllo di costituzionalità, ma – come notato anche da Adam Bodnar, attuale Commissario per i diritti umani in Polonia, nonché una delle poche istituzioni indipendenti ancora operanti nel Paese – «[it] might be used to pursue political purposes of the ruling party, as a method to achieve certain political gains without engaging Parliament», suggerendo tra l'altro come esempio di questa tendenza proprio la questione di legittimità costituzionale relativa alla legge sull'aborto<sup>114</sup>.

In effetti, appare condivisibile l'idea che il partito di maggioranza, dopo aver tentato invano di riformare in senso ancora più restrittivo la legislazione in materia di aborto, abbia provato a perseguire

103 E. Łętowska, A. Wiewiórska Domagalska, *A "good" Change in the Polish Constitutional Tribunal?*, in *Osteuropa Recht*, 2016, pp. 79 ss.; T. T. Koncewicz, *The Capture of the Polish Constitutional Tribunal and Beyond: Of Institution(s), Fidelities and the Rule of Law in Flux*, in *Review of Central and East European Law*, 2018, pp. 116 ss.; W. Sadurski, *Polish Constitutional Tribunal Under PiS: From an Activist Court, to a Paralysed Tribunal, to a Governmental Enabler*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2019, pp. 63 ss.; Id., *Poland's Constitutional Breakdown*, cit., pp. 58-95; P. Castillo-Ortiz, *The Illiberal Abuse of Constitutional Courts in Europe*, in *European Constitutional Law Review*, 2019, pp. 48 ss.; M. Wiącek, *Constitutional Crisis in Poland 2015-2016 in the Light of the Rule of Law Principle*, in A. von Bogdandy, P. Bogdanowicz, I. Canor, C. Grabenwarter, M. Taborowski, M. Schmidt (a cura di), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Springer, 2021, pp. 15 ss.

104 Relatore speciale dell'ONU sull'indipendenza dei giudici e degli avvocati, *Report on his mission to Poland*, A/HRC/38/38/Add.1, 5 aprile 2018, §§20-45.

105 Commissione di Venezia, Parere n. 833/2015 dell'11 marzo 2016, CDL-AD(2016)001; Parere n. 860/2016 del 14 ottobre 2016, CDL-AD(2016)026.

106 Commissaria per i diritti umani, *Report following her visit to Poland from 11 to 15 March 2019*, CommDH(2019)17, 28 giugno 2019, §§6-10.

107 Assemblea Parlamentare, Risoluzione n. 2188 (2017) dell'11 ottobre 2017, *New threats to the rule of law in Council of Europe member States: selected examples*, §9.3; Risoluzione n. 2316 (2020) del 28 gennaio 2020, *The functioning of democratic institutions in Poland*, §6.

108 Parlamento europeo, Risoluzione del 15 novembre 2017 sulla situazione dello Stato di diritto e della democrazia in Polonia, P8\_TA(2017)0442, §3; Risoluzione P9\_TA(2020)0225, cit., §§8-9 e 15.

109 Cfr. in particolare Comunicazione COM(2017) 835, cit., §§91-113; nonché, più di recente, il c.d. *Country Chapter* sulla Polonia preparato nell'ambito della Relazione sullo Stato di diritto 2020, SWD(2020) 320, 30 settembre 2020, pp. 3-4.

110 Come ammesso dallo stesso Jarosław Kaczyński, leader di PiS, in un'intervista rilasciata a *Reuters*: cfr. P. Sobczak, J. Pawlak, *Poland's Kaczynski Calls EU Democracy Inquiry an "absolute comedy"*, in *Reuters*, 22 dicembre 2016, disponibile al seguente indirizzo internet: <https://www.reuters.com/article/us-poland-politics-kaczynski-democracy-idUSKBN14B1U5>.

111 Comunicazione COM(2017) 835, cit., §106.

112 T. T. Koncewicz, *The Capture of the Polish Constitutional Tribunal and Beyond*, cit.

113 W. Sadurski, *Polish Constitutional Tribunal Under PiS*, cit.

114 A. Bodnar, *Protection of Human Rights after the Constitutional Crisis in Poland*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 2018, p. 643.

lo stesso obiettivo investendo della questione il Tribunale costituzionale, chiamato a pronunciarsi proprio su domanda proposta da un gruppo di parlamentari dell'ala conservatrice del *Sejm*. Come notato anche dai primi commentatori della sentenza, sembra che «*the Sejm [...] simply hid behind the Court's back*»<sup>115</sup> e uno sguardo alle opinioni dissenzienti dei giudici Leon Kieres e Piotr Pszczółkowski rivela come il tema sia stato anche sollevato in sede di deliberazione della sentenza del 22 ottobre 2020<sup>116</sup>. In particolare, il giudice Leon Kieres – unico giudice costituzionale ad essere stato nominato prima dell'era PiS – sottolinea come sia plausibile supporre che il gruppo di deputati mirasse a un inasprimento della legge impugnata «aggirando i rigori del processo legislativo e senza sopportarne le relative conseguenze politiche»<sup>117</sup>.

La domanda, volta a far dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'ipotesi di aborto per malformazioni fetali, era stata inizialmente proposta nel 2017 e registrata con il numero K 13/17. In seguito alla fine del mandato del *Sejm* si è chiuso il procedimento avviato nel 2017<sup>118</sup>, non senza polemiche anche interne al Tribunale<sup>119</sup>, e si è proposta una nuova domanda sostanzialmente identica nel 2019, poi decisa dalla sentenza del 22 ottobre 2020.

Oltre alle critiche sostanziali già espresse nel paragrafo precedente (v. *supra* §2.4), la sentenza si espone facilmente a critiche di natura formale legate alla composizione del Tribunale costituzionale<sup>120</sup>.

In primo luogo, nel *panel* che ha deliberato la sentenza del 22 ottobre 2020 erano presenti tre tra c.d. “*double judges*” e successori dei “*double judges*”. Sul punto è necessario fare un passo indietro e tornare all'atto che diede il via alla crisi costituzionale in Polonia: ci si riferisce al rifiuto opposto dal Presidente Andrzej Duda di accettare il giuramento di tre giudici nominati dalla settima legislatura del *Sejm* e al successivo ingresso nell'organico del Tribunale di altri tre giudici nominati dall'ottava legislatura del *Sejm* (a maggioranza PiS), in violazione di quanto disposto dal Tribunale costituzionale nelle sentenze del 3 e del 9 dicembre 2015, nelle quali si riconosceva che la nomina dei tre giudici spettava alla precedente legislatura<sup>121</sup>. I giudici legittimamente nominati dalla settima legislatura non hanno mai assunto le funzioni in seno al Tribunale costituzionale, al quale hanno invece avuto accesso i tre “*double judges*” illegittimamente nominati dall'ottava legislatura: Mariusz Muszynski, Lech Morawski ed Henryk Cioch. Il primo è ancora membro, nonché vicepresidente, del Tribunale costituzionale; gli altri due, de-

115 E. Łętowska, *A Tragic Constitutional Court Judgment on Abortion*, cit. Argomentazioni simili sono state adottate anche da A. Kustra-Rogatka, *Populist but not Popular: The abortion judgment of the Polish Constitutional Tribunal*, in *Verfassungsblog*, 3 novembre 2020, <https://verfassungsblog.de/populist-but-not-popular/>; K. Nowicka, *Democratic tsunami in Poland*, in *EUI Constitutionalism and Politics WG Blog*, 5 novembre 2020, <https://blogs.eui.eu/constitutionalism-politics-working-group/democratic-tsunami-in-poland/>; A. Krajewska, *The judgment of the Polish Constitutional Tribunal on abortion: a dark day for Poland, for Europe, and for democracy*, in *UK Constitutional Law Blog*, 12 novembre 2020, <https://ukconstitutionallaw.org/2020/11/12/atina-krajewska-the-judgment-of-the-polish-constitutional-tribunal-on-abortion-a-dark-day-for-poland-for-europe-and-for-democracy/>.

116 Opinione dissenziente del giudice Leon Kieres, cit., punto 3.3.2; opinione dissenziente del giudice Piotr Pszczółkowski alla sentenza del Tribunale costituzionale del 22 ottobre 2020, causa K-1/20.

117 Opinione dissenziente del giudice Leon Kieres, cit., punto 3.3.2 (traduzione italiana dall'originale in lingua polacca).

118 Tribunale costituzionale, ordinanza del 21 luglio 2020, K 13/17.

119 Ivi, opinione dissenziente del giudice Jarosław Wyrembak. Le stesse argomentazioni erano state poste all'attenzione già prima in una lettera aperta dell'11 novembre 2019 alla Presidente Julia Przyłębska, disponibile al seguente indirizzo internet: <http://n-12-2.dcs.redcdn.pl/file/o2/tvn/web-content/m/p1/t/de03beffeed9da5f3639a621bcab5dd4/5f96b135-766a-4664-ab14-6732bc578673.pdf>. Cfr. anche “*To jest kwalifikowane bezprawie*”. *Sędzia TK pisze do prezes Przyłębskiej i chce jej dymisji*, in *tvn24*, 18 novembre 2019, <https://tvn24.pl/polska/sedzia-tk-jaroslaw-wyrembak-stawia-zarzuty-prezes-julii-przylebskiej-apeluje-o-dymisje-ra986349-2299314>.

120 Critiche legate alla composizione del Tribunale costituzionale sono state avanzate dalla gran parte dei commentatori della sentenza: cfr. A. Rakowska-Trela, *A Dubious Judgment by a Dubious Court: The abortion judgment by the Polish Constitutional Tribunal*, in *Verfassungsblog*, 24 ottobre 2020, <https://verfassungsblog.de/a-dubious-judgment-by-a-dubious-court/>; T. T. Koncewicz, *No more “Business as Usual”: Looking Beyond the Constitutional Oppression*, in *Verfassungsblog*, 24 ottobre 2020, <https://verfassungsblog.de/no-more-business-as-usual/>; E. Łętowska, *A Tragic Constitutional Court Judgment on Abortion*, cit.; K. Nowicka, op. cit.; A. Krajewska, op. cit.; M. Ziółkowski, *Constitutionally Shameful Judgement in Bad Faith (Abortion Case Before the Polish Constitutional Tribunal)*, in *EUI Constitutionalism and Politics WG Blog*, 17 novembre 2020, <https://blogs.eui.eu/constitutionalism-politics-working-group/constitutionally-shameful-judgement-in-bad-faith-abortion-case-before-the-polish-constitutional-tribunal/>.

121 Per un'analisi delle sentenze del 3 dicembre (causa K 34/15) e 9 dicembre 2015 (causa K 35/15) del Tribunale costituzionale si veda T. T. Koncewicz, *Of Institutions, Democracy, Constitutional Self-Defence and the Rule of Law: The Judgments of the Polish Constitutional Tribunal in Cases K 34/15, K 35/15 and Beyond*, in *Common Market Law Review*, 2016, pp. 1753 ss. La vicenda è dettagliatamente descritta nelle fonti istituzionali e dottrinali citate *supra* alle note 103-109.



ceduti nel 2017, sono stati sostituiti rispettivamente dai giudici Justyn Piskorski e Jarosław Wyrembak, le cui nomine possono essere considerate ugualmente illegittime in quanto volte a colmare dei posti non vacanti, ma riservati ai giudici nominati dalla settima legislatura. Tutti e tre erano presenti nel *panel* che ha pronunciato la sentenza del 22 ottobre.

In secondo luogo, alla deliberazione ha partecipato l'attuale Presidente del Tribunale costituzionale, Julia Przyłębska, la cui elezione alla carica presidenziale è avvenuta all'esito di una procedura controversa e giuridicamente discutibile, anche alla luce della sentenza del Tribunale costituzionale del 7 novembre 2016<sup>122</sup>, come denunciato in modo unanime dalle diverse istituzioni internazionali ed europee che si sono occupate della crisi polacca<sup>123</sup>. Tra l'altro, la questione assume particolare rilevanza se si tiene in considerazione il controverso ruolo giocato dall'attuale Presidente nella composizione dei *panel* chiamati a decidere sui casi sottoposti all'attenzione del Tribunale costituzionale, che è stato fortemente criticato non solo in dottrina<sup>124</sup>, ma anche all'interno del Tribunale<sup>125</sup>.

Infine, ha sollevato perplessità – ben espresse nelle opinioni dissenzienti dei giudici Kieres<sup>126</sup> e Pszczołkowski<sup>127</sup>, oltre che in un parere commissionato dal Senato polacco<sup>128</sup> – la partecipazione della giudice Krystyna Pawłowicz. In particolare, è stato sottolineato come la stessa, ex parlamentare di PiS, fosse stata tra le firmatarie della domanda volta a far dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'ipotesi di aborto per malformazioni fetali proposta al Tribunale costituzionale nel 2017 (K 13/17). Come già anticipato, la domanda è stata poi ripresentata nel 2019, con analoghe doglianze, per ragioni meramente formali legate alla fine della legislatura. Tale elemento, idoneo a mettere in dubbio l'imparzialità della giudice Pawłowicz nel caso in esame, avrebbe dovuto suggerire – o addirittura imporre, secondo gli esperti – l'astensione della stessa dal *panel* che ha deliberato la sentenza del 22 ottobre 2020. La questione era ben nota al Tribunale costituzionale e naturalmente alla stessa giudice, che si era astenuta nella decisione (meramente formale) assunta nel caso K 13/17 salvo poi partecipare e votare a favore nel *panel* che ha deliberato la sentenza del 22 ottobre 2020 nel caso K 1/20.

Queste irregolarità nella composizione del *panel* e, in alcuni casi, nelle procedure di nomina dei giudici costituzionali sono idonee a incidere non solo sull'indipendenza e l'imparzialità del Tribunale costituzionale, ma sulla stessa possibilità di considerare il medesimo un "tribunale preconstituito per legge" ("*tribunal established by law*") sulla scorta degli articoli 6, par. 1, CEDU e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In questo senso, bisogna sottolineare come sia la Corte di giustizia<sup>129</sup> che la Corte europea dei diritti umani<sup>130</sup> abbiano già avuto modo di affermare, seppure in casi non riguardanti direttamente la Polonia, che un tribunale possa ritenersi non "preconstituito per legge" in

122 Tribunale costituzionale, sentenza del 7 novembre 2016, K 44/16.

123 Commissione di Venezia, Parere n. 860/2016, cit., §§26-31; Commissione europea, Raccomandazione (UE) 2017/146 del 21 dicembre 2016, §§43-60; Relatore speciale dell'ONU sull'indipendenza dei giudici e degli avvocati, *Report*, cit., §§38-45; Commissione per i diritti umani, *Report*, cit., §7; Assemblea parlamentare, Risoluzione n. 2316 (2020), cit., §41.

124 W. Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, cit., pp. 69-70.

125 Lettera aperta dei giudici Leon Kieres, Piotr Pszczołkowski, Małgorzata Pyziak-Szafnicka, Stanisław Rymar, Piotr Tuleja, Sławomira Wronkowska-Jaśkiewicz e Marek Zubik del 28 giugno 2018; Lettera aperta dei giudici Leon Kieres, Piotr Pszczołkowski, Małgorzata Pyziak-Szafnicka, Stanisław Rymar, Piotr Tuleja del 15 novembre 2018. I testi sono disponibili, rispettivamente, in A. Wójcik, „Nie możemy dłużej milczeć”. Siedmiu sędziów TK żąda wyjaśnień od Julii Przyłębskiej, in *Archiwum Osiatyńskiego*, 6 luglio 2018, <https://archiwumosiatyńskiego.pl/wpis-w-debacie/nie-mozemy-dluzej-milczec-siedmiu-sedziow-tk-zada-wyjasnien-od-julii-przylebskiej/?preview=true>; *List pięciorga sędziów TK w sprawie istotnych problemów wynikających z działalności orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego w 2017 roku*, in *Archiwum Osiatyńskiego*, 19 dicembre 2018, <https://archiwumosiatyńskiego.pl/wpis-w-debacie/list-pieciorga-sedziow-tk-w-sprawie-istotnych-problemow-wynikajacych-z-dzialalnosci-orzecznictwa-trybunalu-konstytucyjnego-w-2017-roku/>.

126 Opinione dissenziente del giudice Leon Kieres, cit., punto 2.2.

127 Opinione dissenziente del giudice Piotr Pszczołkowski, cit., punto 7.

128 *Ekspertyza prawna w przedmiocie oceny prawnej orzeczenia TK z 22 października 2020 r. sygn. K 1/20*, 5 novembre 2020, pp. 12-13: <https://www.senat.gov.pl/aktualnoscilista/art,13159,zespol-ekspertow-przy-marszalku-senatu-o-wyroku-trybunalu-konstytucyjnego.html>.

129 Corte di giustizia, sentenza del 26 marzo 2020, *Erik Simpson c. Consiglio dell'Unione europea e HG c. Commissione europea*, cause riunite C-542/18 RX-II & C-543/18 RX-II.

130 Corte EDU, Grande Camera, sentenza del 1 dicembre 2020, *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda*, ricorso n. 26374/18.



caso di irregolarità non solo nella composizione dei *panel*, ma anche più in generale nelle procedure di nomina dei giudici<sup>131</sup>.

Nessuna delle due corti ha invece ancora avuto modo di pronunciarsi sulla posizione del Tribunale costituzionale polacco. La Corte di giustizia – che si è già occupata di altri aspetti della crisi polacca<sup>132</sup> – non è stata ancora chiamata dalla Commissione a esprimersi sul punto, nonostante le sollecitazioni provenienti dall’opinione pubblica<sup>133</sup> e dal Parlamento europeo<sup>134</sup>, da ultimo proprio nella Risoluzione del 26 novembre 2020 relativa all’aborto in Polonia<sup>135</sup>. La Corte europea dei diritti umani non ha ancora avuto l’opportunità, o meglio la necessità<sup>136</sup>, di pronunciarsi sull’indipendenza del Tribunale costituzionale, ma sarà con tutta probabilità chiamata a farlo nel caso *Xero Flor*, attualmente pendente dinanzi alla Prima Sezione<sup>137</sup>. L’impresa ricorrente, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o.*, lamenta infatti la violazione dell’articolo 6, par. 1, CEDU, sotto il profilo del diritto di accesso a un “*tribunal established by law*”, in ragione della partecipazione di un “*double judge*” nel *panel* del Tribunale costituzionale che ha esaminato la sua causa.

### 3.2. Il ritardo nella pubblicazione della sentenza

Secondo quanto previsto dall’articolo 190 della Costituzione polacca, le sentenze rese dal Tribunale costituzionale devono essere “immediatamente” pubblicate (c. 2) e producono effetti dal momento della pubblicazione (c. 3)<sup>138</sup>. Ciò nonostante, la sentenza del 22 ottobre 2020 è stata pubblicata nel *Dziennik Ustaw* (Giornale delle Leggi) oltre tre mesi dopo la pronuncia, il 27 gennaio 2021<sup>139</sup>.

Non è la prima volta che il governo polacco decide di “ritardare” la pubblicazione di sentenze del Tribunale costituzionale. In particolare, questa controversa prassi emerse proprio agli inizi della crisi costituzionale in Polonia<sup>140</sup> e si manifestò in maniera chiara, anche agli occhi della comunità internazionale, quando l’esecutivo rifiutò di disporre la pubblicazione della sentenza del 9 marzo 2016, con la quale il Tribunale dichiarava l’illegittimità degli emendamenti alla legge sul Tribunale costituzionale approvati dal *Sejm* il 22 dicembre 2015<sup>141</sup>. Secondo il governo polacco, la sentenza del 9 marzo non

131 Sul tema cfr. A. Leloup, *The appointment of judges and the right to a tribunal established by law: The ECJ tightens its grip on issues of domestic judicial organization: Review Simpson*, in *Common Market Law Review*, 2020, pp. 1139 ss.; L. Pech, *Dealing with ‘fake judges’ under EU Law: Poland as a Case Study in light of the Court of Justice’s ruling of 26 March 2020*, RECONNECT Working Paper, n. 8, 2020.

132 Sulla giurisprudenza recente della Corte di giustizia relativa alla Polonia cfr. A. Torres Pérez, *From Portugal to Poland: The Court of Justice of the European Union as Watchdog of Judicial Independence*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2020, pp. 105 ss.; G. Caggiano, *La Corte di giustizia sulla tutela dell’indipendenza della magistratura nei confronti di sanzioni disciplinari lesive dello Stato di diritto*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2020, pp. 249 ss.; L. S. Rossi, *La Valeur Juridique Des Valeurs. L’article 2 TUE: Relations Avec d’autres Dispositions de Droit Primaire de l’Union Européenne et Remèdes Juridictionnels*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2020, pp. 639 ss.; P. Van Elsuwege, F. Gremmelprez, *Protecting the Rule of Law in the EU Legal Order: A Constitutional Role for the Court of Justice*, in *European Constitutional Law Review*, 2020, pp. 8 ss.; P. Mori, *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e Ungheria: recenti sviluppi*, in *Federalismi*, n. 8, 2020, pp. 166 ss.; C. Cinnirella, “You cannot beat something with nothing”: *ossia la strategia della Corte di giustizia per tutelare l’indipendenza dei giudici nazionali (e lo Stato di diritto) nello spazio giuridico europeo*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2020, pp. 361 ss.; U. Villani, *Sul controllo dello Stato di diritto nell’Unione europea*, in *Freedom, Security & Justice*, 2020, pp. 10 ss.

133 M. Mycielski, L. Pech, *When Will the EU Commission Act? An Open Letter*, in *Verfassungsblog*, 29 aprile 2020, <https://verfassungsblog.de/when-will-the-eu-commission-act/>.

134 Risoluzione P9\_TA(2020)0225, cit., §15.

135 Parlamento europeo, Risoluzione del 26 novembre 2020 sul divieto di fatto del diritto all’aborto in Polonia, P9\_TA(2020)0336, §15.

136 Corte Edu, *Solska and Rybicka c. Polonia*, sentenza del 20 settembre 2018, ricorsi nn. 30491/17 e 31083/17, §70.

137 Corte Edu, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Polonia*, ricorso n. 4907/18 (pendente).

138 Il testo della Costituzione polacca può essere consultato, anche in traduzione inglese, sul sito del Tribunale costituzionale: <https://trybunal.gov.pl/en/about-the-tribunal/legal-basis/the-constitution-of-the-republic-of-poland/>.

139 Giornale delle Leggi del 27 gennaio 2021, fascicolo 175.

140 I primi casi di deliberato, seppur limitato, ritardo nella pubblicazione sono legati alle sentenze del 3 e 9 dicembre 2015 nelle cause K 34/15 e K 35/15, successivamente pubblicate, ma rimaste ancora prive di attuazione. Sul punto v. T. T. Koncewicz, *Of Institutions, Democracy, Constitutional Self-Defence and the Rule of Law: The Judgments of the Polish Constitutional Tribunal in Cases K 34/15, K 35/15 and Beyond*, in *Common Market Law Review*, 2016, pp. 1771-1772 e 1783-1787; E. Łętowska, A. Wiewiórowska Domagalska, cit., p. 84.

141 Tribunale costituzionale, sentenza del 9 marzo 2016, causa K 47/15.

poteva essere pubblicata in quanto adottata in violazione delle norme procedurali previste dalla stessa legge del 2015 oggetto della pronuncia di incostituzionalità. Le stesse ragioni sono state addotte per ritardare la pubblicazione di più di venti sentenze rese dal Tribunale dopo la pronuncia del 9 marzo 2016, con una *querelle* che si è chiusa soltanto nel giugno del 2018<sup>142</sup>. La dottrina più attenta non ha mancato di rilevare il carattere “grottesco” della vicenda: «*the government refused to publish the judgments handed down allegedly in violation of a statute, which was itself invalidated in the very judgment which the government refused to publish*»<sup>143</sup>.

Come sottolineato anche dal Tribunale costituzionale nella sentenza dell’11 agosto 2016<sup>144</sup> (pubblicata solo il 5 giugno del 2018<sup>145</sup>), tale prassi è contraria alle previsioni della Costituzione polacca, la quale richiede che le sentenze del Tribunale costituzionale vengano pubblicate “immediatamente” (articolo 190, c. 2) e non assegna al governo alcun margine di discrezionalità in materia. Inoltre, il rifiuto opposto dal governo polacco alla pubblicazione di sentenze del Tribunale costituzionale si pone in aperto contrasto con gli standard internazionali ed europei, come evidenziato, tra gli altri, dalla Commissione di Venezia<sup>146</sup>, dalla Commissione europea<sup>147</sup> e dal Relatore Speciale dell’ONU sull’indipendenza dei giudici e degli avvocati<sup>148</sup>. La Commissione di Venezia è stata molto chiara sul punto nel suo parere del 14 ottobre 2016:

«*The legal force of a judgment cannot be dependent on whether or not that decision is published by some actor other than the Court. Such control over the legal force of a judgment would egregiously violate the independence of the court and the rule of law. When this concerns the Constitutional Tribunal this is a challenge to its authority as the final arbiter on constitutional issues*»<sup>149</sup>.

La tensione sul tema della pubblicazione delle sentenze si è, per certi versi, allentata negli ultimi anni. I ritardi disposti dall’esecutivo sono stati essenziali soprattutto nelle fasi iniziali della crisi costituzionale in Polonia, quando il Tribunale costituzionale – non ancora sotto il controllo del partito di maggioranza – continuava a esercitare le proprie funzioni di garanzia, invalidando anche le riforme volte a paralizzarne l’attività e a minacciarne l’indipendenza<sup>150</sup>. Come è stato sottolineato in dottrina, una volta che le misure di *court packing* hanno permesso al partito di maggioranza di controllare il Tribunale, i ritardi nella pubblicazione delle sentenze e le altre misure volte a svilirne le prerogative non risultavano più necessarie<sup>151</sup>.

Da questa prospettiva, la recente scelta di ritardare la pubblicazione della sentenza del 22 ottobre 2020, pur non nuova nel *modus operandi* di PiS, segna una parziale inversione di tendenza. A ben vedere, infatti, non si tratta più di una misura adottata dal governo per privare di effetti giuridici una decisione “indesiderata” del Tribunale costituzionale. D’altronde, come già anticipato, la sentenza del Tribunale accoglie la domanda proposta da un gruppo di parlamentari perlopiù appartenenti al partito di maggioranza. Piuttosto, la scelta sembra essere stata dettata dalla forte reazione popolare seguita alla pronuncia<sup>152</sup>, come ammesso anche dal primo ministro Mateusz Morawiecki in un comunicato del 1 dicembre 2020<sup>153</sup>.

142 W. Sadurski, *Poland’s Constitutional Breakdown*, cit., pp. 75-79.

143 Ivi, p. 76.

144 Tribunale costituzionale, sentenza dell’11 agosto 2016, causa K 39/16. Cfr. anche T. T. Koncewicz, *Polish Constitutional Tribunal goes down with dignity*, in *Verfassungsblog*, 25 agosto 2016, <https://verfassungsblog.de/polish-constitutional-tribunal-goes-down-with-dignity/>.

145 Giornale delle leggi del 5 giugno 2018, fascicolo 1078: <https://dziennikustaw.gov.pl/D2018000107801.pdf>.

146 Commissione di Venezia, Parere n. 833/2016, cit., §§ 142-143; più diffusamente nel Parere n. 860/2016, cit., §§74-101.

147 Commissione europea, Raccomandazione (UE) 2016/1374, cit., §§18-24; Comunicazione COM(2017) 835, cit., §§97-101.

148 *Report of the Special Rapporteur*, cit., §§30-37.

149 Commissione di Venezia, Parere n. 860/2016, cit., §82.

150 Cfr. in particolare le sentenze del 9 marzo 2016 (K 47/15), 11 agosto 2016 (K 39/16) e 7 novembre 2016 (K 44/16), tutte pubblicate nel Giornale delle Leggi solo il 5 giugno 2018 (fascicoli 1077, 1078 e 1079).

151 W. Sadurski, *Poland’s Constitutional Breakdown*, cit., p. 79.

152 S. Walker, *Poland delays abortion ban as nationwide protests continue*, in *The Guardian*, 3 novembre 2020, <https://www.theguardian.com/world/2020/nov/03/poland-stalls-abortion-ban-amid-nationwide-protests>.

153 *Stanowisko w przedmiocie terminu publikacji wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie o sygn. akt K 1/20*, pubblicato nel Giornale delle Leggi del 1 dicembre 2020, fascicolo 1104: <https://dziennikustaw.gov.pl/M2020000110401.pdf>.

Nello stesso, dopo aver stigmatizzato ancora una volta le manifestazioni di protesta, definite come «illegali» e «pericolose per la salute e la vita delle persone», il Primo ministro ha espresso l'intenzione del governo di disporre la pubblicazione della sentenza, ammettendo tra l'altro che non pubblicare una sentenza del Tribunale costituzionale non rientra tra le prerogative del Primo ministro. Allo stesso tempo, si legge nel comunicato, «la situazione di grave tensione sociale richiede di valutare la data appropriata per la pubblicazione», individuata nel giorno in cui saranno rese note le motivazioni della sentenza, in modo da «ridurre al minimo i dubbi dei cittadini sui motivi e le conseguenze giuridiche» della stessa e valutare possibili modifiche legislative<sup>154</sup>.

La vicenda mostra però, ancora una volta, il grado di controllo esercitato dal governo polacco sulle attività del (fu) Tribunale costituzionale, prima sollecitato a restringere in via pretoria le maglie della normativa in materia di aborto, poi messo in *stand-by* una volta realizzato l'effetto *boomerang* della pronuncia del 22 ottobre, sfociata in forme di protesta proseguite nei mesi successivi andando anche oltre il già controverso contenuto della sentenza<sup>155</sup>.

Inoltre, il ritardo nella pubblicazione della sentenza ha fatto sorgere dubbi sullo *status* giuridico della declaratoria di illegittimità costituzionale per un periodo di oltre tre mesi. Sulla scorta di quanto previsto dall'articolo 190, c. 3, della Costituzione polacca, la mancata pubblicazione impediva alla sentenza di produrre effetti giuridici, con la conseguenza che l'ipotesi di aborto per malformazioni fetali oggetto della pronuncia di incostituzionalità rimaneva formalmente in vigore. Ciò nonostante, come anticipato, la pronuncia ha prodotto un effetto deterrente sugli operatori sanitari, i quali hanno in più casi dato seguito alla sentenza già prima della pubblicazione, anche per scongiurare il rischio di essere perseguiti penalmente<sup>156</sup>.

Intanto, ancora prima del comunicato di dicembre, si era generato un dibattito sulla natura della sentenza e sull'obbligo o meno della sua pubblicazione anche tra gli accademici più critici della pronuncia del 22 ottobre 2020. In particolare, alcuni sostenevano che, a causa dei vizi procedurali attinenti alla composizione del Tribunale costituzionale, la sentenza fosse "invalida" o "non esistente"<sup>157</sup>, e che per tali ragioni non dovesse essere pubblicata<sup>158</sup>. Altri, pur condividendo le critiche formali e sostanziali alla pronuncia, ritenevano che in ogni caso non si potesse decidere di non pubblicare una sentenza definitiva emessa dal Tribunale costituzionale: la Costituzione polacca, infatti, non assegna ad organi diversi dal Tribunale il potere di valutare la validità delle sentenze pronunciate dallo stesso; in caso contrario, pur con le migliori intenzioni, ci si incamminerebbe sullo stesso sentiero illegittimamente tracciato in passato da PiS<sup>159</sup>.

La disputa ha perso rilevanza già in seguito al comunicato di dicembre – in cui il Primo ministro confermava, per quanto ce ne fosse bisogno, la volontà dell'esecutivo di pubblicare la sentenza – e poi definitivamente con la pubblicazione intervenuta il 27 gennaio 2021. Tra l'altro, al di là delle questioni più strettamente giuridiche riguardanti l'obbligo di pubblicare la sentenza previsto a livello costituzionale e internazionale, proprio il quadro di enorme incertezza sopra descritto, che aveva già condotto a un divieto *de facto* dell'accesso all'aborto in Polonia, sembrava deporre a favore della pubblicazione, sia in termini di prevedibilità della normativa che in una prospettiva di contestazione e riforma del quadro vigente.

154 *Ibidem*, traduzione italiana dall'originale in lingua polacca.

155 A. Taub, *In Poland, Protests Over Abortion Ban Could Revolutionize Politics*, in *New York Times*, 7 dicembre 2020, <https://www.nytimes.com/2020/12/07/world/europe/poland-abortion-protests.html>.

156 H. Summers, *Polish hospitals begin turning away women seeking abortions*, in *The Guardian*, 30 ottobre 2020, <https://www.theguardian.com/world/2020/oct/30/polish-hospitals-begin-turning-away-women-seeking-abortions>.

157 A. Rakowska-Trela, *A Dubious Judgment by a Dubious Court: The abortion judgment by the Polish Constitutional Tribunal*, in *Verfassungsblog*, 24 ottobre 2020, <https://verfassungsblog.de/a-dubious-judgment-by-a-dubious-court/>.

158 Si veda il parere legale reso da alcuni esperti commissionati dal Senato polacco: *Ekspertyza prawna w przedmiocie oceny prawnej orzeczenia TK z 22 października 2020 r. sygn. K 1/20*, 5 novembre 2020, <https://www.senat.gov.pl/aktualnoscilista/art,13159,zespol-ekspertow-przy-marszalku-senatu-o-wyroku-trybunalu-konstytucyjnego.html>.

159 E. Łętowska, *A Tragic Constitutional Court Judgment on Abortion*, cit.; M. Ziółkowski, op. cit.

## 4. Conclusioni

In questo commento si sono offerte due possibili chiavi di lettura per interpretare la sentenza del Tribunale costituzionale del 22 ottobre 2020 e gli sviluppi successivi.

La prima chiave di lettura riguarda il significato che il tema dell’aborto ha assunto e tutt’ora ricopre negli equilibri istituzionali della Polonia post-1989 e nell’espansione della sfera di influenza della Chiesa cattolica nello scacchiere politico del Paese. In questa prospettiva, la sentenza del 22 ottobre 2020 è in linea di continuità con le politiche messe in atto nel Paese dopo la caduta del Muro di Berlino in materia di aborto, soprattutto a partire dalla riforma della legge del 1993. In tal senso è anche significativo ricordare che tra le forme di protesta attuate dalle manifestanti contro la decisione del Tribunale costituzionale del 22 ottobre 2020 vi è stata l’irruzione nelle chiese durante la celebrazione della messa domenicale<sup>160</sup>. Questo episodio suggerisce che, anche per una parte della popolazione, la Chiesa cattolica sia percepita in qualche misura “responsabile” delle politiche messe in atto in materia di aborto nel Paese.

Le proteste che sono seguite alla decisione del 22 ottobre 2020 offrono la sponda per introdurre la seconda chiave di lettura che abbiamo proposto in questo commento, ovvero come la sentenza del Tribunale costituzionale e il successivo ritardo nella sua pubblicazione trovino una coerenza nell’attuale quadro istituzionale polacco “dominato” dall’attuale partito di governo. Si è mostrato come la sentenza sia stata sollecitata da PiS forse nel tentativo di aggirare lo scoglio del dibattito parlamentare, che aveva già fatto tramontare le diverse proposte di riforma succedutesi a partire dal 2016, e nella speranza che il velo di imparzialità tradizionalmente associato all’esercizio di funzioni giurisdizionali potesse ammortizzare i costi politici di un quasi totale divieto di accesso all’aborto in Polonia. Ciò non è avvenuto, il che non sorprende alla luce dell’influenza esercitata dal partito di maggioranza sul Tribunale costituzionale: come spiegato da Sadurski, «*the plausibility of that effect is contingent upon the general belief that a court is relatively independent of the government; if it is not, the blame game does not work because everyone knows that whatever the court decides is a reflection of political decisions by the rulers*»<sup>161</sup>. Sembra paradigmatico, in questo senso, il fatto che uno dei primi *target* della protesta sia stata proprio l’abitazione privata del leader di PiS Jarosław Kaczyński<sup>162</sup>.

Su entrambi i fronti la situazione è in divenire. Queste due chiavi di lettura mostrano, però, come la sentenza del 22 ottobre 2020 e gli sviluppi successivi, più che eventi eccezionali, assumano una coerenza sia alla luce della storia recente della legislazione sull’aborto in Polonia che nel (distorto) quadro istituzionale consegnatoci dalla crisi costituzionale polacca.

160 *Poland abortion ruling: Protesters disrupt church services*, in BBC, 25 ottobre 2020, <https://www.bbc.com/news/world-europe-54683735>.

161 W. Sadurski, *Poland’s Constitutional Breakdown*, cit., p. 85.

162 *Poland abortion ruling: Police use pepper spray against protesters*, in BBC, 23 ottobre 2020; *Poland: Protesters march to PiS leader’s home after abortion ruling*, in Deutsche Welle, 13 dicembre 2020.



---

# *Osservatorio documenti*

## Italia

# **Decreto legislativo 28 febbraio 2021, n. 39 (Attuazione dell'articolo 8 della legge 8 agosto 2019, n. 86, recante semplificazione di adempimenti relativi agli organismi sportivi), pubblicato nella Gazz. Uff. 19 marzo 2021, n. 68.**

## **Titolo III – Contrasto alla violenza di genere**

### **Art. 16. Fattori di rischio e contrasto della violenza di genere nello sport**

1. Le Federazioni sportive nazionali, le Discipline sportive associate, gli Enti di promozione sportiva e le Associazioni benemerite, sentito il parere del CONI, devono redigere, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, le linee guida per la predisposizione dei modelli organizzativi e di controllo dell'attività sportiva e dei codici di condotta a tutela dei minori e per la prevenzione delle molestie, della violenza di genere e di ogni altra condizione di discriminazione prevista dal decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198 o per ragioni di etnia, religione, convinzioni personali, disabilità, età o orientamento sessuale. Le linee guida vengono elaborate con validità quadriennale sulla base delle caratteristiche delle diverse Associazioni e delle Società sportive e delle persone tesserate.
2. Le Associazioni e le Società sportive dilettantistiche e le Società sportive professionistiche devono predisporre e adottare entro dodici mesi dalla comunicazione delle linee guida di cui al comma 1, modelli organizzativi e di controllo dell'attività sportiva nonché codici di condotta ad esse conformi. In caso di affiliazione a più Federazioni sportive nazionali, Discipline sportive associate, Enti di promozione sportiva e Associazioni benemerite, esse possono applicare le linee guida emanate da uno solo degli enti di affiliazione dandone comunicazione all'altro o agli altri.
3. Le Associazioni e Società sportive dilettantistiche e società sportive professionistiche che non adempiano agli obblighi di cui al comma 2 sono sanzionate secondo le procedure disciplinari adottate dalle Federazioni sportive nazionali, discipline sportive associate, enti di promozione sportiva e associazioni benemerite a cui esse sono affiliate.
4. Le Associazioni e Società sportive dilettantistiche e le Società sportive professionistiche, già dotate di un modello organizzativo e di gestione ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, lo integrano in base a quanto disposto al comma 2.
5. I regolamenti delle Federazioni sportive nazionali, delle Discipline sportive associate, degli Enti di promozione sportiva e delle Associazioni benemerite devono prevedere sanzioni disciplinari a carico dei tesserati che abbiano violato i divieti di cui al capo II del titolo I, libro III del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, ovvero siano stati condannati in via definitiva per i reati di cui agli articoli 600-bis, 600-ter, 600-quater, 600-quater.1, 600-quinquies, 604-bis, 604-ter, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinques, 609-octies, 609-undecies del codice penale.
6. Il CONI, le Federazioni sportive nazionali, le Discipline sportive associate, gli Enti di promozione sportiva, le Associazioni benemerite, le Associazioni e le Società sportive dilettantistiche e le Società sportive professionistiche possono costituirsi parte civile nei processi penali a carico dei loro tesserati nelle ipotesi di cui al comma 1.

## Italia

# Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), articolo 19

## Art. 19 (Divieti di espulsione e di respingimento. Disposizioni in materia di categorie vulnerabili) (Legge 6 marzo 1998, n. 40, art. 17)

1. In nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di orientamento sessuale, di identità di genere, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione.<sup>1</sup>
- 1.1. Non sono ammessi il respingimento o l'espulsione o l'estradizione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura o a trattamenti inumani o degradanti o qualora ricorrano gli obblighi di cui all'articolo 5, comma 6. Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani. Non sono altresì ammessi il respingimento o l'espulsione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, a meno che esso sia necessario per ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica nonché di protezione della salute nel rispetto della Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, resa esecutiva dalla legge 24 luglio 1954, n. 722, e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Ai fini della valutazione del rischio di violazione di cui al periodo precedente, si tiene conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, del suo effettivo inserimento sociale in Italia, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine.
- 1.2. Nelle ipotesi di rigetto della domanda di protezione internazionale, ove ricorrano i requisiti di cui ai commi 1 e 1.1., la Commissione territoriale trasmette gli atti al Questore per il rilascio di un permesso di soggiorno per protezione speciale. Nel caso in cui sia presentata una domanda di rilascio di un permesso di soggiorno, ove ricorrano i requisiti di cui ai commi 1 e 1.1, il Questore, previo parere della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, rilascia un permesso di soggiorno per protezione speciale.
- 1-bis. In nessun caso può disporsi il respingimento alla frontiera di minori stranieri non accompagnati.
2. Non è consentita l'espulsione, salvo che nei casi previsti dall'articolo 13, comma 1, nei confronti:
  - a) degli stranieri minori di anni diciotto, salvo il diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi;
  - b) degli stranieri in possesso della carta di soggiorno, salvo il disposto dell'articolo 9;
  - c) degli stranieri conviventi con parenti entro il secondo grado o con il coniuge, di nazionalità italiana;
  - d) delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono;
  - d-bis) degli stranieri che versano in gravi condizioni psico-fisiche o derivanti da gravi patologie, accertate mediante idonea documentazione rilasciata da una struttura sanitaria pubblica o da un medico convenzionato con il Servizio sanitario nazionale, tali da determinare un rilevante pregiudizio

<sup>1</sup> Comma così modificato dall'art. 1, comma 1, lett. e), n. 01), D.L. 21 ottobre 2020, n. 130, convertito, con modificazioni, dalla L. 18 dicembre 2020, n. 173.

alla salute degli stessi, in caso di rientro nel Paese di origine o di provenienza. In tali ipotesi, il questore rilascia un permesso di soggiorno per cure mediche, per il tempo attestato dalla certificazione sanitaria, comunque non superiore ad un anno, rinnovabile finché persistono le condizioni di cui al periodo precedente debitamente certificate, valido solo nel territorio nazionale e convertibile in permesso di soggiorno per motivi di lavoro.

- 2-bis.** Il respingimento o l'esecuzione dell'espulsione di persone affette da disabilità, degli anziani, dei minori, dei componenti di famiglie monoparentali con figli minori nonché dei minori, ovvero delle vittime di gravi violenze psicologiche, fisiche o sessuali sono effettuate con modalità compatibili con le singole situazioni personali, debitamente accertate.



## Regione Campania

# Legge regionale 7 agosto 2020, n. 37 (Norme contro la violenza e le discriminazioni determinate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere e modifiche alla legge regionale 16 febbraio 1977, n. 14 (Istituzione della Consulta regionale femminile), pubblicata nel B.U. Campania 10 agosto 2020, n. 161.

IL CONSIGLIO REGIONALE  
ha approvato

IL PRESIDENTE DELLA GIUNTA REGIONALE  
promulga

la seguente legge

### Art. 1: Principi e finalità.

1. La Regione Campania, in coerenza con gli indirizzi promossi dall'Organizzazione delle Nazioni Unite, con i principi di cui all'articolo 10 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché in ottemperanza agli articoli 2 e 3 della Costituzione, riconosce che ogni tipo di discriminazione e violenza contro le persone in ragione del loro orientamento sessuale o dell'identità di genere costituisce una violazione dei diritti umani, della dignità personale, della libertà di espressione e della sicurezza individuale, una lesione dell'integrità e della salute fisica e psichica e una limitazione del diritto alla piena cittadinanza e alla realizzazione di ciascun individuo in libertà e sicurezza.
2. La Regione:
  - a) previene e contrasta ogni forma di violenza e discriminazione determinata dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere, anche condotta attraverso i nuovi strumenti della comunicazione digitale;
  - b) promuove lo sviluppo della cultura della non violenza e del reciproco rispetto, dell'educazione alla relazione e all'affettività, della cittadinanza attiva e consapevole, nei differenti ambiti in cui si manifesta la personalità degli individui, nonché nei nuovi ambiti della comunicazione digitale;
  - c) sostiene politiche finalizzate a favorire la libera espressione del proprio orientamento sessuale e della propria identità di genere e promuove il superamento delle situazioni di discriminazione;
  - d) assicura l'accesso ai servizi e agli interventi ricompresi nelle materie di competenza regionale senza alcuna discriminazione determinata dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere;
  - e) monitora il fenomeno della violenza e delle discriminazioni determinate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere, attraverso la completa raccolta dei dati, la ricerca e la pubblicazione di studi e indagini;
  - f) applica il principio della programmazione integrata delle attività per il conseguimento delle finalità di cui alla presente legge.

## **Art. 2: Azioni di contrasto alla violenza e alle discriminazioni e di sostegno alle vittime.**

1. La Regione promuove e sostiene progetti e interventi di accoglienza, soccorso, protezione e sostegno alle vittime di violenza o di discriminazioni commesse in ragione del loro orientamento sessuale o della loro identità di genere, nell'ambito del sistema integrato dei servizi alla persona presenti sul territorio.
2. Per le finalità di cui al comma 1, la Regione può stipulare protocolli d'intesa e convenzioni con enti pubblici, organizzazioni di volontariato e associazioni, iscritte nei registri previsti dalla legislazione vigente in materia, impegnate in attività rispondenti alle finalità di cui alla presente legge.
3. La Regione promuove e sostiene la realizzazione di:
  - a) "rifugi arcobaleno", quali strutture funzionali all'attuazione degli interventi in favore delle vittime di violenza o discriminazioni motivate da orientamento sessuale e identità di genere, nonché per soggetti che si trovano in condizione di vulnerabilità legata all'orientamento sessuale o all'identità di genere in ragione del contesto sociale e familiare di riferimento;
  - b) "sportelli arcobaleno", quali punti rivolti all'ascolto, all'orientamento e alla consulenza delle vittime di violenza o discriminazioni motivate da orientamento sessuale e identità di genere, presso cui è possibile segnalare discriminazioni agite da terzi nei contesti familiari, lavorativi, scolastici e sociali.
4. I rifugi e gli sportelli arcobaleno:
  - a) svolgono la loro attività garantendo l'anonimato delle vittime e possono essere gestiti dagli enti locali, in forma singola o associata, nonché dai soggetti del privato sociale, iscritti nei registri previsti dalla legislazione vigente in materia, e dagli enti del terzo settore che operano in materia di contrasto alla violenza e alle discriminazioni determinate dall'orientamento sessuale e dall'identità di genere;
  - b) possono promuovere interventi di informazione, consulenza e sostegno per rimuovere gli ostacoli che impediscono alle persone di accettare ed esprimere il proprio orientamento sessuale o la propria identità di genere;
  - c) operano in maniera integrata, anche con la rete dei servizi sociosanitari e assistenziali territoriali, tenendo conto delle necessità fondamentali per la protezione delle vittime, compresa l'assistenza legale, sanitaria, psicologica e di mediazione sociale;
  - d) possono promuovere azioni e iniziative culturali e di sensibilizzazione, tese al superamento delle discriminazioni sulla base dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere.
5. La Giunta regionale, con apposita deliberazione:
  - a) stabilisce i criteri e le modalità per l'istituzione dei rifugi e degli sportelli arcobaleno, unitamente ai requisiti strutturali e gestionali e ai criteri di valutazione delle attività degli stessi;
  - b) istituisce, senza nuovi o maggiori oneri a carico del bilancio regionale, il Registro dei rifugi e degli sportelli arcobaleno, definendo i requisiti, le procedure di iscrizione e le modalità di tenuta e di aggiornamento dello stesso.

## **Art. 3: Azioni di sensibilizzazione e prevenzione.**

1. La Regione promuove e sostiene, in ambito lavorativo, scolastico e formativo e nei luoghi di istruzione non formale, nonché nei centri aggregativi, sportivi, culturali e di svago, progetti e iniziative di sensibilizzazione e di prevenzione finalizzate alla diffusione della cultura del rispetto dei diritti della persona, dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere, anche attraverso esperienze tra pari.
2. La Regione, d'intesa con l'Ufficio scolastico regionale, favorisce l'attivazione, presso gli istituti scolastici e piattaforme informatiche, di sportelli di sensibilizzazione e prevenzione, rivolti anche al personale docente e non docente e ai genitori degli studenti, per individuare i segnali di possibili forme di violenza e discriminazione determinate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere.

## **Art. 4: Attività di informazione.**

1. La Regione, con il coinvolgimento di organismi istituzionali, degli enti locali, dei soggetti gestori dei servizi socioassistenziali e anche in collaborazione con i mezzi di informazione, promuove la più ampia conoscenza presso l'opinione pubblica delle attività di cui alla presente legge e le misure necessarie per garantire un'informazione adeguata e tempestiva sui servizi di sostegno disponibili.

## **Art. 5: Azioni di contrasto alle discriminazioni nella comunicazione.**

1. La Regione promuove:
  - a) un uso responsabile di tutti gli strumenti di comunicazione affinché i messaggi, sotto qualunque forma e mezzo espressi, discriminatori o degradanti sono compresi, decodificati e superati;
  - b) apposite campagne di comunicazione contro la violenza e le discriminazioni determinate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere, per sostenere il principio della parità di trattamento, il superamento di ogni forma di discriminazione e per fornire alle persone interessate le informazioni utili per la tutela dei propri diritti;
  - c) azioni dirette a favorire una rappresentazione rispettosa della diversità, in grado di superare ogni stereotipo legato all'orientamento sessuale o all'identità di genere, nella pubblicità e nei mezzi di informazione e comunicazione;
  - d) ogni forma di collaborazione con le amministrazioni statali e locali competenti, gli operatori del settore della comunicazione e dei nuovi media, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM) e l'Ordine dei giornalisti della Campania, unitamente a ogni altro soggetto che opera per le finalità della presente legge.
2. Il Comitato Regionale per le Comunicazioni (CO.RE.COM.), nell'ambito delle funzioni e delle risorse attribuite dalla legge regionale 1° luglio 2002, n. 9 (Norme in materia di comunicazione e di emittenza radio televisiva ed istituzione del Comitato Regionale per le Comunicazioni - CO.RE.COM.):
  - a) effettua, periodicamente nel corso dell'anno o su segnalazione di terzi, la rilevazione sui contenuti della programmazione televisiva e radiofonica regionale e locale, nonché dei messaggi commerciali e pubblicitari, eventualmente discriminatori rispetto alla pari dignità riconosciuta ai diversi orientamenti sessuali o all'identità di genere della persona, in attuazione dell'articolo 36-bis del decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177 (Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici). Nei casi non conformi ai codici di autoregolamentazione di cui all'articolo 9, comma 3 e all'articolo 35-bis del decreto legislativo 177/2005, il CO.RE.COM. si fa parte attiva nella segnalazione alle autorità e agli organismi competenti;
  - b) nell'esercizio delle funzioni di disciplina dell'accesso radiofonico e televisivo regionale assicura adeguati spazi di informazione e di espressione anche in ordine alla trattazione delle tematiche di cui alla presente legge;
  - c) formula proposte alla concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo e ai concessionari privati in merito alle programmazioni radiofoniche e televisive, al fine di sensibilizzare l'opinione pubblica sui temi di cui alla presente legge.

## **Art. 6: Azioni in materia di politiche del lavoro, formazione e aggiornamento professionale.**

1. La Regione, anche in coerenza con le strategie dell'Unione europea per lo sviluppo delle risorse umane, adotta interventi finalizzati al contrasto di atti e comportamenti discriminatori in ragione dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere mediante la promozione di specifiche progettualità nell'ambito delle politiche attive del lavoro e della formazione professionale.
2. La Regione favorisce l'adozione di comportamenti ispirati alla considerazione e al rispetto per ogni orientamento sessuale o identità di genere, promuovendone l'attuazione nella programmazione delle attività di formazione e aggiornamento del personale dei suoi uffici ed enti.
3. La Giunta regionale, con apposita deliberazione, individua criteri e modalità per l'attuazione di quanto previsto ai commi 1 e 2.

## **Art. 7: Estensione delle competenze dell'ufficio del Difensore civico regionale.**

1. L'ufficio del Difensore civico di cui alla legge regionale 11 agosto 1978, n. 23 (Istituzione del difensore civico presso la Regione Campania), nell'ambito dei propri compiti istituzionali, interviene a tutela di singoli, enti o associazioni nei casi in cui abbia notizia di provvedimenti, atti o comportamenti adottati in ambito regionale contrari al principio della non discriminazione motivati, in particolare, dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere.
2. Il Difensore civico:
  - a) rileva, autonomamente o sulla base delle segnalazioni ricevute, la presenza di disposizioni di legge o di regolamento in contrasto con i principi sanciti dalla presente legge, nonché comportamenti o prassi discriminatorie;
  - b) segnala agli organi competenti i comportamenti e le normative discriminatorie accertate;
  - c) agisce a tutela dei diritti delle persone che hanno subito discriminazioni motivate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere.

## **Art. 8: Osservatorio regionale sulla violenza e le discriminazioni determinate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere.**

1. È istituito presso il Consiglio regionale della Campania l'Osservatorio regionale sulla violenza e le discriminazioni determinate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere, di seguito denominato "Osservatorio".
2. L'Osservatorio:
  - a) raccoglie i dati e monitora i fenomeni legati alla violenza e alle discriminazioni motivate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere in Regione Campania, anche trasmettendo agli organi competenti eventuali segnalazioni riguardanti atti discriminatori;
  - b) provvede alla raccolta e alla elaborazione delle buone prassi adottate nell'ambito di azioni e progettualità a sostegno delle finalità della presente legge;
  - c) collabora con istituzioni, enti ed organismi, nonché con esperti e professionisti, per prevenire e contrastare i fenomeni di violenza e discriminazione dovuti all'orientamento sessuale e all'identità di genere e per dare attuazione alla presente legge.
3. L'Osservatorio svolge la propria attività in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e valutazione e non è sottoposto ad alcuna forma di controllo gerarchico e funzionale.
4. Il Presidente del Consiglio regionale adotta un apposito avviso pubblico per la creazione di un elenco ristretto, finalizzato al conferimento dell'incarico di Presidente e componente dell'Osservatorio di candidati con comprovata esperienza sulle tematiche di cui alla presente legge.
5. Il Consiglio regionale elegge, con votazione separata, il Presidente e quattro componenti dell'Osservatorio tra i candidati presenti nell'elenco formato ai sensi del comma 4.
6. I componenti dell'Osservatorio, nominati dal Presidente del Consiglio regionale con proprio decreto, restano in carica per la durata della legislatura e comunque sino alla nomina dei nuovi componenti.
7. L'incarico di componente è compatibile con qualsiasi altra carica pubblica e può essere revocato dal Consiglio regionale per gravi e comprovati motivi di ordine morale o per gravi violazioni di legge.
8. I componenti dell'Osservatorio prestano la loro attività a titolo gratuito e in nessun caso sono riconosciute indennità o rimborsi spese.
9. La struttura amministrativa di vertice del Consiglio regionale garantisce il necessario supporto organizzativo per l'espletamento delle funzioni e dei compiti dell'Osservatorio, nell'ambito delle risorse umane e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi oneri per la finanza pubblica.
10. L'Osservatorio presenta al Consiglio regionale una relazione annuale sui casi di violenza e discriminazioni determinate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere nella Regione, sullo stato dei servizi esistenti e sulla efficacia delle azioni promosse. La relazione annuale è pubblicata in apposita sezione del sito istituzionale della Regione e alla stessa è data adeguata pubblicità.
11. La Giunta regionale, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, predisponde un protocollo d'intesa con l'Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali (UNAR) di cui all'articolo 7 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215 (Attuazione della direttiva 2000/43/Ce per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica), al fine di rendere omogeneo



il sistema di monitoraggio e di gestione dei casi, nonché di definire e promuovere iniziative congiunte di sensibilizzazione sui temi dell'antidiscriminazione.

12. È istituita, in collaborazione con l'Osservatorio di cui al presente articolo, una banca dati regionale telematica sulla violenza e le discriminazioni determinate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere, che può avvalersi anche del supporto tecnico-scientifico degli enti di studi e ricerca, università e aziende sanitarie.
13. L'attività di monitoraggio e raccolta dati comprende il reperimento, l'amministrazione, l'elaborazione, l'analisi e la divulgazione di informazioni e dati sulle caratteristiche e l'evoluzione dei fenomeni di violenza e discriminazione, nonché sui provvedimenti adottati e gli interventi attuati su base territoriale e a livello regionale nella materia oggetto della presente legge.
14. Le attività di monitoraggio e di raccolta dati si svolgono nel rispetto dei diritti alla riservatezza e dell'anonimato degli interessati e con le modalità previste dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali, recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento nazionale al regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE) e sulla base della normativa europea e nazionale applicabile.
15. La banca dati è collocata in apposita sezione del sito istituzionale della Regione Campania.

## **Art. 9: Clausola valutativa.**

1. Il Consiglio regionale esercita il controllo sull'attuazione della presente legge e valuta i risultati ottenuti sull'andamento dei fenomeni di violenza e discriminazione di genere.
2. La Giunta regionale, a partire dal secondo anno dalla data di entrata in vigore della presente legge e con periodicità biennale, presenta alla Commissione consiliare permanente competente in materia una relazione che fornisce le seguenti informazioni:
  - a) andamento del fenomeno della violenza e delle discriminazioni determinate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere sul territorio regionale, anche nell'ambito del quadro nazionale;
  - b) azioni intraprese e risultati ottenuti in attuazione degli interventi previsti dalla legge;
  - c) ammontare e ripartizione delle risorse erogate e tipologia dei soggetti beneficiari;
  - d) eventuali criticità riscontrate nell'attuazione della legge.
3. Le relazioni sono rese pubbliche unitamente agli eventuali documenti del Consiglio regionale che ne concludono l'esame.
4. I soggetti pubblici e privati, coinvolti nell'attuazione della presente legge, forniscono alla Giunta regionale le informazioni necessarie per l'elaborazione della relazione di cui al comma 2.
5. Il Consiglio regionale promuove momenti di dibattito e confronto pubblico sugli esiti della presente legge, coinvolgendo gli operatori del settore e i soggetti portatori di interessi.

## **Art. 10: Fondo di solidarietà per le vittime di violenza determinata dall'orientamento sessuale e dall'identità di genere.**

1. La Regione istituisce un Fondo di solidarietà per le vittime di violenza determinata dall'orientamento sessuale e dall'identità di genere, di seguito denominato "Fondo".
2. Il Fondo è volto a sostenere:
  - a) gli interventi di sostegno a titolo di contributo spese per le cure mediche, psicologiche e per l'accompagnamento delle vittime di violenza;
  - b) le azioni in sede giudiziaria e nella fase prodromica all'avvio delle stesse, compreso l'eventuale ricorso a consulenza in ambito civilistico o a consulenza tecnica di parte.
3. Con deliberazione della Giunta regionale sono approvate le linee guida contenenti criteri e modalità per dare attuazione a quanto previsto dal presente articolo.

## **Art. 11: Norma finanziaria.**

1. Agli oneri derivanti dall'applicazione della presente legge si provvede, per ciascuno degli anni 2020, 2021 e 2022, mediante prelevamento di euro 100.000,00 dalla Missione 20, Programma 3, Titolo 1 e contestuale incremento della Missione 12, Programma 7, Titolo 1, del bilancio di previsione finanziario della Regione Campania per il triennio 2020-2022.

## **Art. 12: Modifiche alla legge regionale 16 febbraio 1977, n. 14.**

1. La legge regionale 16 febbraio 1977, n. 14 (Istituzione della Consulta regionale femminile) è così modificata:
  - a) l'articolo 3 è sostituito dal seguente:

"Art. 3

    1. La Consulta è nominata con decreto dal Presidente del Consiglio regionale all'inizio di ciascuna legislatura. Alla scadenza resta in carica fino all'insediamento del nuovo organismo.
    2. La Consulta è presieduta da una sua componente, eletta ogni trenta mesi fra le donne che ne fanno parte.
    3. La presidente è eletta con la maggioranza assoluta in prima convocazione e con la maggioranza semplice in seconda convocazione."
  - b) l'articolo 5 è sostituito dal seguente:

"Art. 5

    1. La Consulta approva un proprio regolamento che ne disciplina le modalità di funzionamento. Esso è sottoposto a ratifica dell'Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale.
    2. Il regolamento prevede necessariamente la decadenza dei componenti in caso di plurime assenze alle riunioni della Consulta."
  - c) l'articolo 6 è sostituito dal seguente:

"Art. 6

    1. La Consulta approva annualmente, con le stesse modalità di voto di cui all'articolo 3, comma 3, un programma di attività con la previsione di spesa, nei limiti delle disponibilità di bilancio, che è sottoposto all'approvazione dell'Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale."

## **Art. 13: Entrata in vigore.**

1. La presente legge entra in vigore il giorno successivo dalla data di pubblicazione nel Bollettino Ufficiale della Regione Campania.

La presente legge sarà pubblicata nel Bollettino Ufficiale della Regione Campania.  
È fatto obbligo a chiunque spetti, di osservarla e di farla osservare come legge della Regione Campania.

## Unione Europea

# Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 marzo 2021 sulla proclamazione dell'Unione europea come zona di libertà per le persone LGBTIQ (2021/2557(RSP)), P9\_TA(2021)0089

*Il Parlamento europeo,*

- vista la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (la "Carta"),
- visto l'articolo 2 del trattato sull'Unione europea (TUE),
- viste la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la relativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo,
- vista la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo,
- vista la direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro<sup>1</sup>,
- vista la direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE<sup>2</sup>,
- vista la direttiva 2004/113/CE del Consiglio, del 13 dicembre 2004, che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura<sup>3</sup>,
- vista la direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego<sup>4</sup>,
- vista la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE),
- vista la comunicazione della Commissione del 12 novembre 2020 dal titolo "Unione dell'uguaglianza: strategia per l'uguaglianza LGBTIQ 2020-2025" (COM(2020)0698),
- vista la sua risoluzione del 14 febbraio 2019 sul futuro dell'elenco di azioni a favore delle persone LGBTI (2019-2024)<sup>5</sup>,
- vista la sua risoluzione del 18 dicembre 2019 sulla discriminazione in pubblico e sull'incitamento all'odio nei confronti delle persone LGBTI, comprese le zone libere da LGBTI<sup>6</sup>,
- visti gli orientamenti dell'UE per la promozione e la tutela dell'esercizio di tutti i diritti umani da parte di lesbiche, gay, bisessuali, transgender e intersessuali (LGBTI), adottati dal Consiglio nel 2013,
- visti i risultati dell'indagine sulle persone LGBT nell'UE avviata nel 2019 dall'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA),
- vista la sua risoluzione del 17 settembre 2020 sulla proposta di decisione del Consiglio sulla constatazione dell'esistenza di un evidente rischio di violazione grave dello Stato di diritto da parte della Repubblica di Polonia<sup>7</sup>,

1 GU L 303 del 2.12.2020, pag. 16.

2 GU L 158 del 30.4.2004, pag. 77.

3 GU L 373 del 21.12.2004, pag. 37.

4 GU L 204 del 26.7.2006, pag. 23.

5 GU C 449 del 23.12.2020, pag. 146.

6 Testi approvati, P9\_TA(2019)0101.

7 Testi approvati, P9\_TA(2020)0225.

- vista la sua risoluzione del 12 settembre 2018 su una proposta recante l’invito al Consiglio a constatare, a norma dell’articolo 7, paragrafo 1, TUE, l’esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell’Ungheria dei valori su cui si fonda l’Unione<sup>8</sup>,
  - viste la raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa agli Stati membri, del 31 marzo 2010, su misure per combattere la discriminazione basata sull’orientamento sessuale o sull’identità di genere (CM/Rec(2010)5), e le norme adottate dall’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa,
  - visto il memorandum del Commissario per i diritti umani del Consiglio d’Europa, del 3 dicembre 2020, sulla stigmatizzazione delle persone LGBTI in Polonia,
  - visti il dibattito in seno alla commissione sulle questioni di attualità del Congresso dei poteri regionali e locali del Consiglio d’Europa e le sue successive relazioni, intitolate *Fact-finding report on the role of local authorities with regard to the situation and rights of LGBTIQ people in Poland* (relazione d’inchiesta sul ruolo delle autorità locali in relazione alla situazione e ai diritti delle persone LGBTIQ in Polonia), del 27 gennaio 2021, e *Protecting LGBTIQ people in the context of rising anti-LGBTIQ hate speech and discrimination: The role of local and regional authorities* (protezione delle persone LGBTIQ nel contesto dell’aumento dei discorsi di odio e della discriminazione anti-LGBTIQ: il ruolo delle autorità locali e regionali), del 10 febbraio 2021;
  - visto l’articolo 132, paragrafo 2, del suo regolamento,
- A.** considerando che i diritti delle persone LGBTIQ sono diritti umani;
- B.** considerando che il diritto alla parità di trattamento e alla non discriminazione è un diritto fondamentale sancito dai trattati UE e dalla Carta e dovrebbe essere pienamente rispettato; che tutti gli Stati membri hanno assunto obblighi e doveri, nel quadro del diritto internazionale e dei trattati dell’Unione, quanto al rispetto, alla garanzia, alla tutela e all’applicazione dei diritti fondamentali; che la lotta contro le disuguaglianze nell’UE è una responsabilità condivisa che richiede un impegno congiunto e azioni a tutti i livelli di governo;
- C.** considerando che, dal marzo 2019, più di 100 regioni, distretti e comuni polacchi hanno approvato risoluzioni con cui dichiarano di essere zone libere dalla cosiddetta ideologia LGBTI o hanno adottato “Carte regionali dei diritti della famiglia”; che nel novembre 2020 la città ungherese di Nagykáta ha approvato una risoluzione che vieta la “diffusione e promozione della propaganda LGBTQ”; che tali risoluzioni discriminano in maniera diretta e indiretta le persone LGBTIQ; che le risoluzioni sulle zone libere da LGBT dichiarano di opporsi alla “ideologia del movimento LGBT” e invitano gli enti locali ad astenersi da qualsiasi misura atta a incoraggiare la tolleranza nei confronti delle persone LGBTIQ, arrivando anche a revocare l’assistenza finanziaria alle organizzazioni intese a promuovere la non discriminazione e l’uguaglianza; che le “Carte regionali dei diritti della famiglia” utilizzano una definizione molto ristretta di famiglia e invitano al contempo i comuni a tutelare i diritti della famiglia in tutte le loro politiche, iniziative ed erogazioni di fondi; che, concentrandosi solo su questi tipi di famiglie, le Carte regionali chiedono indirettamente che si discriminino tutte le altre forme di famiglia, in particolare le famiglie monoparentali, quelle di coppie dello stesso sesso e quelle arcobaleno, e che ci si astenga dal fornire sostegno finanziario a progetti e iniziative volti a tutelare e promuovere i diritti fondamentali, organizzare un’educazione antidiscriminatoria o sostenere in qualsiasi altro modo l’uguaglianza e le persone LGBTIQ;
- D.** considerando che il difensore civico polacco per i diritti umani ha avviato nove denunce contro regioni, distretti e comuni che hanno approvato risoluzioni sull’essere liberi dalla “ideologia LGBT”, con il risultato che, ad oggi, quattro risoluzioni sono state dichiarate incostituzionali dai tribunali amministrativi; che nel gennaio 2021, dopo aver perso l’accordo di gemellaggio con la città irlandese di Fermoy, la città polacca di Nowa Dęba ha ritirato la risoluzione con cui si dichiarava libera dalla cosiddetta ideologia LGBT; che il distretto polacco di Sztum e la città polacca di Tomaszów Mazowiecki hanno ritirato, rispettivamente nel settembre e nell’ottobre 2020, le risoluzioni con le quali avevano adottavano Carte regionali dei diritti della famiglia;
- E.** considerando che la Norvegia ha revocato la concessione di fondi alle regioni, ai distretti e ai comuni polacchi che avevano approvato risoluzioni in cui si dichiaravano liberi dalla cosiddetta ideologia LGBTI o avevano adottato “Carte regionali dei diritti della famiglia”; che la Commissione ha respinto le domande di finanziamenti UE a titolo del suo programma di gemellaggio presentate da città polacche che avevano adottato zone libere da LGBTI o risoluzioni sui diritti della famiglia; che tutti i fondi dell’UE gestiti ai sensi dei regolamenti sulle disposizioni comuni 2021-2027 devono rispettare il principio di non discriminazione e i diritti fondamentali sanciti dal trattato, anche in relazione all’orientamento sessuale,

8 GU C 433 del 23.12.2019, pag. 66.



e che, in veste di datori di lavoro, i comuni devono rispettare la direttiva 2000/78/CE, che vieta discriminazioni e molestie sul posto di lavoro in ragione dell'orientamento sessuale, come da sentenza nella causa C-507/18 Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI<sup>9</sup>;

- F.** considerando che tre ONG hanno presentato un reclamo formale alla Commissione per evidenziare che le “Carte regionali dei diritti della famiglia” e le risoluzioni che dichiarano regioni, distretti e comuni liberi dalla cosiddetta ideologia LGBTI sono discriminatorie nei confronti delle persone LGBTIQ, e quindi violano la direttiva 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, nonché gli articoli 15 e 21 della Carta, rispettivamente sulla libertà professionale e il diritto di lavorare e sulla non discriminazione; che finora la Commissione non ha fornito una risposta a questo reclamo né ha riconosciuto formalmente una violazione del diritto dell'UE;
- G.** considerando che l'adozione di risoluzioni sull'essere liberi dalla cosiddetta ideologia LGBT o di “Carte regionali dei diritti della famiglia” si inserisce in un contesto più ampio di crescenti discriminazioni e attacchi contro la comunità LGBTIQ in Polonia, in cui rientrano il fatto di caratterizzare la diversità di sessualità, identità ed espressione come un'ideologia pericolosa, l'aumento dei discorsi d'odio da parte delle autorità pubbliche, dei titolari di cariche elettive - compreso l'attuale Presidente - e dei media filogovernativi, nonché l'arresto di attivisti per i diritti LGBTIQ, gli attacchi contro le marce del Pride e i programmi e le azioni di sensibilizzazione, anche nelle scuole, e il loro divieto, e manifestazioni discriminatorie anti-LGBT; che i discorsi d'odio da parte delle autorità pubbliche legittimano e alimentano ulteriormente il clima di intolleranza e discriminazione nei confronti delle persone LGBTIQ; che l'esercizio della libertà di espressione comporta doveri e responsabilità, in particolare per le autorità pubbliche, i politici e gli opinion leader, e che essi non dovrebbero partecipare a discorsi d'odio o a qualsiasi discorso che stigmatizzi le persone LGBTIQ e dovrebbero denunciare e contrastare fermamente tali narrazioni e stigmatizzazioni, anche quando sono espresse da privati;
- H.** considerando che, a causa del loro lavoro, gli attivisti polacchi che si battono contro le risoluzioni sull'essere liberi dalla cosiddetta ideologia LGBTI e le “Carte regionali dei diritti della famiglia” e che informano l'opinione pubblica al riguardo si trovano ad affrontare azioni legali strategiche tese a bloccare la partecipazione pubblica (SLAPP); che gli attivisti polacchi che lavorano per denunciare le dichiarazioni anti-LGBTIQ e le carte della famiglia, compresi gli autori del sito web “Atlante dell'odio” e l'ideatore del progetto fotografico “Zona libera da LGBT”, sono stati oggetto di azioni legali infondate intentate da governi locali od organizzazioni fondamentaliste che chiedono un cospicuo risarcimento finanziario, nonché di una campagna diffamatoria che li etichetta come bugiardi per aver utilizzato strumenti di difesa creativa; che queste azioni sono chiaramente intese a intimidire e a ridurre al silenzio la società civile; che le autorità polacche hanno il dovere di proteggere pienamente da ostilità e aggressioni tutte le persone appartenenti a minoranze, comprese le persone LGBTIQ, e di consentire loro di svolgere liberamente le proprie attività; che la Commissione non ha introdotto una legislazione anti-SLAPP, nonostante le ripetute richieste del Parlamento;
- I.** considerando che alla commissione per le petizioni sono state presentate due petizioni (n. 0448/2020 e n. 0354/2020) sulla questione delle “zone libere da LGBTI in Polonia”; che tali petizioni sono state discusse in seno alla commissione per le petizioni il 26 gennaio 2021 e che, a causa della risposta insoddisfacente della Commissione, rimangono aperte affinché la Commissione chiarisca ulteriormente la situazione;
- J.** considerando che la seconda indagine LGBTI pubblicata dall'Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione europea nel maggio 2020 mette in luce un aumento dell'intolleranza e della violenza in Polonia nei confronti delle persone LGBTIQ, o percepite come tali, ed evidenzia una totale mancanza di fiducia, da parte degli intervistati LGBTIQ polacchi, negli sforzi del governo per combattere la discriminazione e la violenza, registrando in proposito la percentuale più bassa in assoluto in tutta l'Unione (solo il 4 %) nonché la percentuale più alta di intervistati che dichiarano di evitare di recarsi in alcuni luoghi per timore di essere aggrediti, molestati o minacciati (79 %); che ciò mostra una chiara correlazione tra la fobia LGBTIQ governativa e l'aumento della discriminazione e della violenza contro le persone LGBTIQ;
- K.** considerando che il Parlamento ha già incoraggiato gli Stati membri a configurare come reato le pratiche della “cosiddetta terapia di conversione”; che la relazione del maggio 2020 dell'Esperto indipendente delle Nazioni Unite sulla protezione contro la violenza e la discriminazione basate sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere ha invitato gli Stati membri a vietare le pratiche della “terapia di conversione”; che tale terapia è ancora praticata in almeno 69 paesi in tutto il mondo, anche nell'Unione europea, dove in alcuni Stati membri è stato segnalato l'uso di farmaci, psicoterapia e rituali di purifi-

<sup>9</sup> Sentenza del 23 aprile 2020 nella causa C-507/18, *NH contro Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, EU:C:2020:289.

- cazione nel quadro della terapia di conversione<sup>10</sup>; che la pratica è stata vietata solo in due Stati membri dell'Unione europea, ovvero Malta e Germania;
- L.** considerando che il regresso nei confronti delle persone LGBTIQ è spesso accompagnato da un più ampio deterioramento della situazione della democrazia, dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali; che il Parlamento europeo ha espresso profonda preoccupazione in diverse risoluzioni relative al deterioramento dello Stato di diritto in Polonia, in particolare per quanto riguarda l'indipendenza della magistratura e la tutela dei diritti fondamentali; che finora non è stata fornita una risposta adeguata all'iniziativa del Parlamento di istituire un meccanismo dell'UE in materia di democrazia, Stato di diritto e diritti fondamentali disciplinato da un accordo interistituzionale tra il Parlamento, la Commissione e il Consiglio;
- M.** considerando che il Parlamento ha espresso la sua posizione in diverse risoluzioni sulla situazione dello Stato di diritto, dei diritti fondamentali e della democrazia in Polonia, concludendo che esiste una minaccia sistematica ai valori dell'articolo 2 TUE e che ciò costituisce un chiaro rischio di grave violazione dello stesso; che le audizioni con le autorità polacche organizzate dal Consiglio a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, TUE, in risposta alle minacce ai valori comuni europei in Polonia non hanno prodotti risultati; che la situazione dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali in Polonia non solo non è stata affrontata, ma è anche gravemente peggiorata dall'avvio della procedura, insieme alla situazione dei diritti fondamentali, segnatamente quelli delle persone LGBTIQ e delle donne; che il Consiglio dovrebbe garantire che le audizioni organizzate a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, TUE, tengano conto dei nuovi sviluppi e valutino i rischi di violazione dei diritti fondamentali;
- N.** considerando che la Presidente della Commissione Ursula von der Leyen ha dichiarato, nel suo discorso sullo stato dell'Unione del 2020 pronunciato dinanzi all'Aula, che "le zone esenti da LGBTQI sono zone prive di umanità e non c'è posto per loro nella nostra Unione"; che la Presidente della Commissione ha altresì dichiarato che LGBTQI indica l'identità di una persona e non un'ideologia<sup>11</sup>; che la Commissione e il Consiglio dovrebbero astenersi dall'interpretare in forma restrittiva il principio dello Stato di diritto; che la Commissione non dovrebbe esitare a utilizzare tutti gli strumenti, comprese le procedure di infrazione, il quadro per lo Stato di diritto, l'articolo 7 TUE, nonché il regolamento sulla tutela del bilancio dell'Unione, di recente adozione, in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri, al fine di affrontare le violazioni dei diritti fondamentali delle persone LGBTIQ in tutta l'Unione; che il nuovo programma Cittadini, uguaglianza, diritti e valori può contribuire alla costruzione di una società non discriminatoria e più equa mettendo i fondi a disposizione delle organizzazioni della società civile che promuovono l'uguaglianza delle persone LGBTIQ;
- O.** considerando che in passato molti Stati membri hanno discriminato e perseguitato le persone LGBTIQ con leggi e politiche discriminatorie; che le persone LGBTIQ arrestate, incarcerate e morte nei campi di concentramento durante la Seconda guerra mondiale sono state migliaia; che, sebbene le persone LGBTIQ in Polonia siano vittime di una discriminazione sistematica, tale problematica è diffusa in tutta l'UE e sono scarsi, se non addirittura inesistenti, i progressi compiuti nell'alleviare le persistenti discriminazioni e molestie perpetrate nei loro confronti; che in tutta l'UE le persone LGBTIQ sono ancora vittime di discriminazione pubblica, incitamento all'odio e reati generati dall'odio; che tali attacchi violano i diritti fondamentali delle persone LGBTIQ e che troppo spesso le risposte delle autorità pubbliche rimangono inadeguate; che, in tutti gli Stati membri, le persone LGBTIQ subiscono un livello di discriminazione più elevato in tutti gli ambiti della vita, anche sul lavoro e a scuola, e continuano a dover far fronte a un'elevata incidenza di attacchi fisici, emotivi e sessuali, sia online che offline, il che porta a un preoccupante tasso di suicidi tra i giovani LGBTIQ<sup>12</sup>, in particolare tra i giovani transgender; che vari Stati membri hanno aggiornato la propria legislazione in modo da renderla più inclusiva per le persone LGBTIQ; che vi sono tuttavia diverse lacune normative che richiedono volontà politica e impegno da parte dei legislatori nazionali al fine di garantire una vera uguaglianza alle persone LGBTIQ;
- P.** considerando che le persone transgender continuano a subire alcune delle peggiori forme di discriminazione, violenza e persecuzione; che nel 2018 la Commissione ha pubblicato uno studio dal titolo "Trans and intersex equality rights in Europe – a comparative analysis" (Diritti in materia di uguaglianza delle persone transgender e intersessuali — un'analisi comparativa); che solo 13 dei 31 paesi considerati dallo

10 <https://www.theparliamentmagazine.eu/news/article/meps-condemn-lgbt-conversion-therapy-in-appeal-to-european-commission>

11 [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/SPEECH\\_20\\_1655](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/SPEECH_20_1655)

12 *A long way to go for LGBTI equality* (La lunga strada da percorrere per l'uguaglianza delle persone LGBTI), FRA, 2020, [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/fra-2020-lgbti-equality-1\\_en.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-lgbti-equality-1_en.pdf); 2020 Rainbow Europe report, ILGA-Europe, <https://www.ilga-europe.org/rainboweurope/2020>

- studio dispongono di legislazioni nazionali che offrono, almeno in una certa misura, protezione sulla base dell'identità di genere e/o delle caratteristiche sessuali;
- Q.** considerando che nel 2021 sono sorte nei social media iniziative come il movimento #MeTooGay per denunciare gli abusi sessuali all'interno della comunità LGBTIQ; che Guillaume Tran Thanh, lo studente che ha avviato questa manifestazione della libertà di espressione, si è tolto la vita poco tempo dopo a causa della pressione eccessiva cui si è ritrovato esposto dopo la sua denuncia sui social media; che una tale tragedia solleva interrogativi sul sostegno alle vittime di violenza sessuale;
- R.** considerando che numerosi Stati membri non dispongono di leggi specifiche in materia di non discriminazione che rispettino quantomeno le norme minime dell'UE che proteggono le persone dalla discriminazione, dall'incitamento all'odio e dalla violenza basata sull'orientamento sessuale, e che tutelino l'identità di genere, l'espressione di genere e le caratteristiche sessuali; che detti Stati membri non hanno adottato alcuna misura per porre rimedio a tale lacuna giuridica; che la direttiva orizzontale sulla non discriminazione, che potrebbe parzialmente colmare questa lacuna in materia di protezione al di là dell'impiego, è bloccata in Consiglio da 10 anni; che l'attuazione di misure giuridiche contro la discriminazione, laddove presenti, è ancora inadeguata in molti Stati membri; che la Commissione intende estendere l'elenco dei "reati dell'UE" di cui all'articolo 83, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ai reati generati dall'odio e all'incitamento all'odio, anche quando sono mirati alle persone LGBTIQ;
- S.** considerando che la discriminazione e la violenza nei confronti delle persone LGBTIQ da parte della polizia continua a essere un problema nell'Unione; che una polizia non adeguatamente formata può scoraggiare le persone LGBTIQ dal denunciare le violenze e discriminazioni subite; che questo rimane un serio ostacolo a un'effettiva uguaglianza; che i programmi di formazione destinati alle autorità di contrasto contribuiscono a prevenire e combattere le pratiche discriminatorie e i reati generati dall'odio; che l'incitamento all'odio e i reati generati dall'odio di cui sono vittime le persone LGBTIQ dovrebbero essere oggetto di indagini esaustive, tenendo conto dei pregiudizi che li motivano e, se del caso, dovrebbero essere debitamente perseguiti;
- T.** considerando che solo Malta, Portogallo e alcune regioni della Spagna hanno vietato l'intervento medico sulle persone intersessuali senza il loro consenso; che molti Stati membri continuano ad adottare un approccio altamente medicalizzato e patologico;
- U.** considerando che gli sviluppi giuridici in Ungheria hanno gravemente ostacolato i diritti fondamentali delle persone LGBTIQ; che l'adozione dell'articolo 33 del progetto di legge omnibus T/9934 vieta di fatto il riconoscimento giuridico del genere per le persone transgender e intersessuali in Ungheria, esponendole a discriminazioni e violando il loro diritto alla vita privata; che nel dicembre 2020 il parlamento ungherese ha adottato emendamenti costituzionali che limitano ulteriormente i diritti delle persone LGBTIQ, trascurano l'esistenza di persone transgender e non binarie e limitano il loro diritto alla vita familiare, nonché una legge che priverà le coppie non sposate del diritto all'adozione;
- V.** considerando che nel gennaio 2021 il Parlamento lettone ha iniziato a esaminare l'emendamento costituzionale volto a limitare l'estensione del concetto di famiglia, come indicato nella sentenza della Corte costituzionale, in cui quest'ultima ha riconosciuto l'applicazione del diritto del lavoro a diversi modelli di famiglia e ha obbligato il legislatore a garantire sostegno e protezione alle coppie dello stesso sesso;
- W.** considerando che nel giugno 2020 il Senato rumeno ha adottato un progetto di legge volto a vietare le attività mirate ad affrontare la teoria dell'identità di genere nei contesti didattici; che il presidente rumeno si è rifiutato di promulgare la legge, chiedendo invece un controllo di legittimità costituzionale; che la Corte costituzionale rumena ha dichiarato nel dicembre 2020 che la legge era incompatibile con la Costituzione; che questo dimostra che un effettivo bilanciamento di poteri negli Stati membri per quanto riguarda lo Stato di diritto e la democrazia è cruciale per la protezione dei diritti LGBTIQ;
- X.** considerando che essere genitore in uno Stato membro significa esserlo in tutti gli Stati membri; che vi sono casi di bambini con due genitori dello stesso sesso che incontrano difficoltà a causa della mancanza di disposizioni giuridiche per il riconoscimento reciproco di un certificato di nascita con due genitori dello stesso sesso; che, su domanda proposta dalla Administrativen sad Sofia-grad (Bulgaria), la Corte di giustizia dell'Unione europea si pronuncerà in via pregiudiziale, nella causa C-490/20, sul caso di un minore con due madri lesbiche che si trova in stato di apolidia a causa di tale lacuna giuridica; che la strategia per l'uguaglianza LGBTIQ prevede un'iniziativa legislativa per colmare tale lacuna giuridica e una revisione degli orientamenti del 2009 sulla libera circolazione, entrambi previsti per il 2022; che le coppie dello stesso sesso continuano a incontrare difficoltà nell'esercizio della libertà di circolazione all'interno dell'UE, ma che la Commissione non ha proposto di avviare una legislazione sul reciproco riconoscimento delle relazioni;
- Y.** che la lotta contro le disuguaglianze nell'UE è una responsabilità condivisa che richiede un impegno congiunto e azioni a tutti i livelli di governo; che le autorità locali e regionali svolgono un ruolo chiave in tale ambito; che dette autorità sono spesso responsabili dell'attuazione della legislazione dell'UE e di promuovere l'uguaglianza e la diversità; che il Congresso dei poteri locali e regionali del Consiglio

d'Europa ha adottato una risoluzione che ricorda le responsabilità delle autorità locali nella protezione dei diritti delle persone LGBTIQ e li ha invitati a nominare un "esperto locale sull'uguaglianza e la diversità"<sup>13</sup>;

- Z.** considerando che il Comitato europeo delle regioni, in qualità di rappresentante delle autorità locali e regionali dell'UE, è stato invitato a esaminare provvedimenti, nell'ambito delle sue competenze, in risposta alla creazione di zone esenti dalla cosiddetta "ideologia LGBT";
- AA.** considerando che le persone LGBTIQ in tutta l'Unione europea dovrebbero godere della libertà di vivere e mostrare pubblicamente il proprio orientamento sessuale, l'identità di genere, l'espressione di genere e le caratteristiche sessuali senza temere di essere soggette a episodi di intolleranza e discriminazione o di essere perseguite per tali motivi; che il diritto di asilo è garantito dalla Carta; che, nel contesto del sistema europeo comune di asilo e della sua riforma, occorre garantire un'adeguata protezione dei richiedenti appartenenti a gruppi vulnerabili, tra cui le persone LGBTIQ;
- AB.** considerando che, anziché discriminare le persone LGBTIQ, le autorità a tutti i livelli di governance in tutta l'Unione europea dovrebbero tutelare e promuovere l'uguaglianza e i diritti fondamentali di tutti, comprese le persone LGBTIQ, e garantire pienamente i loro diritti;
  - 1.** dichiara l'Unione europea una "zona di libertà per le persone LGBTIQ";
  - 2.** denuncia tutte le forme di violenza e discriminazione fondate sul sesso o sull'orientamento sessuale delle persone; condanna con la massima fermezza l'omicidio palesemente omofobo di David Polfliet commesso in Belgio;
  - 3.** incarica il suo Presidente di trasmettere la presente risoluzione ai governi e ai parlamenti degli Stati membri nonché al Consiglio, alla Commissione, al Comitato europeo delle regioni e al Comitato economico e sociale europeo.

---

13 <https://rm.coe.int/protecting-lgbti-people-in-the-context-of-rising-anti-lgbti-hate-speech/1680a16129>



## Unione Europea

# Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni del 12 novembre 2020, Unione dell'uguaglianza: strategia per l'uguaglianza LGBTIQ 2020-2025, COM(2020) 698 final

### VERSO L'UGUAGLIANZA LGBTIQ: LIBERI DI ESSERE SÉ STESSI NELL'UE

*Non risparmierei le forze quando si tratta di costruire un'Unione dell'uguaglianza. Un'Unione in cui ognuno possa essere sé stesso, amare chi desidera, senza paura di recriminazioni o discriminazioni. Perché essere sé stessi non è ideologia. È la propria identità. E nessuno potrà mai usurparla.*

*Ursula von der Leyen (Presidente della Commissione europea)  
Stato dell'Unione 2020*

Ognuno di noi nell'Unione europea dovrebbe sentirsi al sicuro e libero di essere sé stesso. La nostra forza sociale, politica ed economica deriva dall'unità nella diversità: l'uguaglianza e la non discriminazione sono valori centrali e diritti fondamentali nell'UE, sanciti dai trattati e dalla Carta dei diritti fondamentali<sup>1</sup>. Le pari opportunità sono anche uno degli elementi fondamentali del pilastro europeo dei diritti sociali. La Commissione europea, il Parlamento e il Consiglio, insieme agli Stati membri, condividono la responsabilità di tutelare i diritti fondamentali e garantire la parità di trattamento e l'uguaglianza per tutti.

Gli sviluppi legislativi, la giurisprudenza e le iniziative politiche degli ultimi decenni hanno migliorato la vita di molte persone contribuendo a realizzare società più eque e accoglienti anche per le persone lesbiche, gay, bisessuali, trans, non binarie, intersessuali e queer (LGBTIQ<sup>2</sup>). Nel 2015 la Commissione ha presentato "l'elenco di azioni per far progredire l'uguaglianza delle persone LGBTI"<sup>3</sup>, il primo quadro politico per combattere specificamente la discriminazione nei confronti delle persone LGBTI. A livello nazionale, 21 Stati membri<sup>4</sup> hanno riconosciuto legalmente le coppie dello stesso sesso e quattro Stati membri hanno introdotto procedure di riconoscimento giuridico del genere senza requisiti medici<sup>5</sup>.

Studi recenti mostrano inoltre che una maggiore accettazione sociale e un sostegno più significativo alla parità di diritti non hanno sempre portato a sensibili miglioramenti nella vita delle persone LGBTIQ.

- 
- 1 Cfr. in particolare l'articolo 2 del trattato sull'Unione europea e l'articolo 23 della Carta dei diritti fondamentali, la prima carta internazionale dei diritti dell'uomo che vieta esplicitamente la discriminazione fondata "sull'orientamento sessuale".
  - 2 Le persone LGBTIQ sono persone:
    - che sono attratte da altre persone del loro stesso genere (lesbiche, gay) o di qualsiasi genere (bisessuali);
    - la cui identità e/o espressione di genere non corrisponde al sesso assegnato alla nascita (trans, non binarie);
    - nate con caratteristiche sessuali che non corrispondono alla definizione tipica di maschio o femmina (intersessuali); e
    - la cui identità non rientra in una classificazione binaria della sessualità e/o del genere (queer).
  - 3 Commissione europea, *Final Report 2015-2019 on the List of actions to advance LGBTI equality* (15 maggio 2020).
  - 4 Austria, Belgio, Cechia, Cipro, Croazia, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Portogallo, Slovenia, Spagna, Svezia, Ungheria.
  - 5 Danimarca, Irlanda, Lussemburgo, Malta.

Secondo un'indagine condotta nel 2019 dall'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA), la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, sull'identità o l'espressione di genere e sulle caratteristiche sessuali è effettivamente in aumento nell'UE: il 43 % delle persone LGBT ha dichiarato di sentirsi discriminato nel 2019, rispetto al 37 % del 2012<sup>6</sup>.

La discriminazione nei confronti delle persone LGBTIQ persiste in tutta l'UE. Per molte persone LGBTIQ nell'UE non è ancora sicuro manifestare l'affetto in pubblico, parlare apertamente del proprio orientamento sessuale, della propria identità o espressione di genere e delle proprie caratteristiche sessuali, a casa o sul luogo di lavoro, o semplicemente essere sé stessi senza sentirsi in pericolo. Un numero considerevole di persone LGBTIQ è inoltre a rischio di povertà e di esclusione sociale. Non tutti si sentono sicuri di denunciare alla polizia gli abusi verbali e le violenze fisiche.

La crisi della COVID-19 ha determinato nuove pressioni per i gruppi più vulnerabili e le persone LGBTIQ non fanno eccezione. Le misure di confinamento hanno costretto molte persone LGBTIQ, giovani e anziane, in ambienti ostili in cui potrebbero essere esposti al rischio di violenza o di livelli più elevati di ansia o depressione più profonda<sup>7</sup>. Sono addirittura circolate notizie false che incolpavano le persone LGBTIQ della diffusione del virus<sup>8</sup>.



Il 46 % degli intervistati in un'indagine ha dichiarato che **non si sentirebbe a proprio agio** (totalmente o moderatamente) se una **persona intersessuale fosse eletta** alla più alta carica politica.



Il 57 % degli intervistati nella stessa indagine ha dichiarato che **non si sentirebbe a proprio agio** (totalmente o moderatamente) se i propri figli avessero una **relazione con una persona trans**.



Il 62 % degli intervistati intersessuali nell'indagine si è **sentito discriminato** in almeno un ambito della vita nei dodici mesi precedenti **per il fatto di essere intersessuale**.

L'esperienza quotidiana delle persone LGBTIQ varia significativamente da un paese all'altro dell'UE. Sebbene l'accettazione sociale delle persone LGBTIQ sia passata dal 71 % nel 2015 al 76 % nel 2019, in nove Stati membri in realtà è diminuita<sup>9</sup>.

In alcune parti dell'UE si registra inoltre una preoccupante tendenza che vede un aumento degli incidenti anti-LGBTIQ, come ad esempio gli attacchi agli eventi pubblici LGBTIQ, comprese le marce del Pride, le cosiddette dichiarazioni di "zona libera dall'ideologia LGBTIQ" e le intimidazioni omofobiche durante le festività di carnevale. Sempre più spesso le organizzazioni della società civile che tutelano e promuovono i diritti delle persone LGBTIQ dichiarano di avere a che fare con manifestazioni di ostilità, in concomitanza con l'ascesa del movimento anti-genere (e anti-LGBTIQ)<sup>10</sup>. È indispensabile che gli Stati membri reagiscano rapidamente per invertire questi nuovi sviluppi.

L'Unione europea deve essere in prima linea negli sforzi volti a proteggere più efficacemente i diritti delle persone LGBTIQ.

Con questa strategia, la prima in assoluto per l'uguaglianza delle persone LGBTIQ, la Commissione affronta le disuguaglianze e le sfide che interessano le persone LGBTIQ, al fine di progredire verso un'Unione dell'uguaglianza. Si concentra in particolare sulla diversità delle persone LGBTIQ e sulle persone più vulnerabili, inclusi coloro che subiscono discriminazioni intersezionali e le persone trans, non binarie e intersessuali, che sono tra i gruppi meno accettati nella società e che generalmente subiscono più discriminazioni e violenze rispetto ad altri gruppi all'interno delle comunità LGBTIQ. Spesso la discriminazione è multidimensionale e solo un approccio intersezionale<sup>11</sup> può aprire la strada a cambiamenti sostenibili e rispettosi nella società.

6 FRA, *UE-LGBTI II - A long way to go for LGBTI equality* (14 maggio 2020) (FRA, seconda indagine sulle persone LGBTI).

7 Secondo quanto riportato dall'ILGA-EUROPE, le misure di confinamento hanno esposto le persone LGBTIQ a un rischio maggiore di violenza domestica o di abuso; inoltre la situazione lavorativa e abitativa precaria e le peggiori condizioni sanitarie di molte persone LGBTIQ rendono queste ultime più vulnerabili alla COVID-19 e ai suoi effetti socioeconomici (*COVID-19 and specific impact on LGBTI people and what authorities should be doing to mitigate impact*, 2020).

8 Ufficio dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani, *COVID-19 and the human rights of LGBTI people*.

9 *Indagine speciale Eurobarometro 493: Discriminazione nell'Unione europea*, ottobre 2019.

10 FRA, *Challenges facing civil society organisations working on human rights in the EU* (29 gennaio 2018).

11 Ai sensi dell'articolo 10 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), "[n]ella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale". L'Istituto europeo per l'uguaglianza di genere definisce l'"intersezionalità" come uno "strumento analitico per studiare, comprendere e rispondere ai modi in cui sesso e genere si intersecano con altre caratteristiche / identità personali e i modi in cui tali intersezioni contribuiscono a determinare



Il 40 % degli intervistati in un'indagine ha indicato l'**origine etnica o la provenienza da un contesto migratorio** come ulteriori motivi di **discriminazione**, oltre al fatto di essere LGBTI.



La **lontananza geografica può costituire un ulteriore fattore di vulnerabilità**. Il 47 % degli intervistati LGBTI di tutti i gruppi nell'UE vive in una grande città, l'**11 %** nei sobborghi o nelle periferie di una grande città, il **30 %** vive in una città o in una piccola cittadina e il **13 %** in una zona rurale.

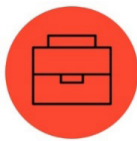
Questa strategia fa seguito alle richieste di intervento da parte degli Stati membri<sup>12</sup> e del Parlamento europeo<sup>13</sup>, con il forte sostegno dell'intergruppo per i diritti delle persone LGBTI e della società civile. Essa definisce una serie di azioni mirate su **quattro pilastri**:

1. combattere la discriminazione nei confronti delle persone LGBTIQ;
2. garantire l'incolumità delle persone LGBTIQ;
3. costruire società inclusive per le persone LGBTIQ; e
4. guidare la lotta a favore dell'uguaglianza delle persone LGBTIQ nel mondo.

Queste azioni mirate saranno unite ad un'attenzione rivolta alle preoccupazioni specifiche della comunità LGBTIQ riguardanti una maggiore **integrazione** dell'uguaglianza in tutte le politiche, nella legislazione nonché in tutti i programmi di finanziamento dell'UE.

L'obiettivo della strategia è contribuire a far sentire la voce delle persone LGBTIQ e a riunire gli Stati membri e gli attori a tutti i livelli in uno sforzo comune per contrastare efficacemente i movimenti contrari all'uguaglianza LGBTIQ. È adottata in un momento in cui in alcuni Stati membri si assiste all'erosione o al regresso dei diritti fondamentali. Sebbene l'UE abbia standard molto elevati nell'ambito dei diritti fondamentali, essi non sono sempre applicati allo stesso modo. Questa strategia integra le iniziative esistenti e future volte a promuovere la dimensione UE dell'uguaglianza in generale<sup>14</sup>.

## 1. Combattere la discriminazione nei confronti delle persone LGBTIQ



Il 19 % delle persone lesbiche, gay e bisessuali, il 35 % delle persone trans e il 32 % delle persone intersessuali si è **sentito discriminato sul lavoro** nell'anno precedente all'indagine.



Il 46 % delle persone LGBTI **non parla mai apertamente** con il personale medico o i prestatori di cure mediche **del fatto che è LGBTI**.



Il 51 % delle persone intersessuali e il 48 % delle persone trans, il 35 % delle lesbiche e il 31 % degli uomini gay vive in nuclei familiari che hanno **difficoltà ad arrivare a fine mese**.

La discriminazione colpisce le persone LGBTIQ in ogni fase della vita. Fin dalla più tenera età, i bambini e i giovani LGBTIQ e i figli delle persone LGBTIQ o delle famiglie arcobaleno, dove uno dei membri della famiglia è LGBTIQ, sono spesso stigmatizzati, diventando così bersaglio di discriminazione e bullismo che incidono sul loro rendimento scolastico e sulle loro prospettive occupazionali, sulla loro vita quotidiana nonché sul loro benessere personale e familiare<sup>15</sup>.

In ambito professionale le persone LGBTIQ continuano a subire discriminazioni durante il processo di assunzione, sul posto di lavoro e al termine della loro carriera, in violazione della legislazione dell'UE

esperienze di discriminazione specifiche". Questa definizione si applica allo stesso modo a qualsiasi forma di discriminazione.

12 Documento informale comune di 19 Stati membri (dicembre 2018).

13 Relazione sulla tabella di marcia dell'UE contro l'omofobia e la discriminazione legata all'orientamento sessuale e all'identità di genere (2013/2183 (INI)) (8 gennaio 2014).

14 Tali iniziative comprendono: la strategia dell'UE sui diritti delle vittime (COM (2020) 258), la strategia per la parità di genere 2020-2025 (COM (2020) 152), il quadro strategico dell'UE per l'uguaglianza, l'inclusione e la partecipazione dei Rom (COM(2020) 620), il pilastro europeo dei diritti sociali, il piano d'azione dell'UE contro il razzismo 2020-2025 (COM (2020) 565), la strategia sui diritti delle persone con disabilità (prevista per il primo trimestre del 2021), la strategia sui diritti dei minori (prevista per il primo trimestre del 2021) e la strategia per contrastare l'antisemitismo (prevista per il quarto trimestre del 2021).

15 UNESCO, *Out in the open: education sector responses to violence based on sexual orientation and gender identity/expression* (2016); NESET II, *How to prevent and tackle bullying and school violence* (2016).

in materia. Molti incontrano ostacoli nella ricerca di posti di lavoro equi e stabili, il che può aumentare il rischio di povertà, esclusione sociale e mancanza di fissa dimora. Recenti ricerche hanno dimostrato che le persone trans incontrano ulteriori ostacoli quando cercano di accedere al mercato del lavoro<sup>16</sup>.

Tra le persone LGBTI la percentuale di senzateo è elevata<sup>17</sup>. Essere espulsi dalla casa familiare ed essere discriminati quando sono alla ricerca di un alloggio sono i fattori principali che inducono le persone LGTBIQ, in particolare i giovani, a diventare senzateo<sup>18</sup>. Si stima che il 25-40 % dei giovani senza fissa dimora sia identificato come LGBTI<sup>19</sup>.

Anche la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, sull'identità/sull'espressione di genere e sulle caratteristiche sessuali può avere ripercussioni significative sulla salute fisica, mentale e sessuale delle persone LGBTIQ e sul loro benessere. La ricerca dell'UE ha dimostrato l'esistenza di notevoli disuguaglianze in ambito sanitario tra la comunità LGBTIQ e la popolazione nel suo complesso<sup>20</sup>. Inoltre le persone LGBTIQ sono spesso riluttanti a ricorrere all'assistenza sanitaria perché hanno vissuto o temono reazioni ostili da parte degli operatori sanitari e faticano ancora ad accedere a medicinali e cure di qualità e a prezzi accessibili, compresa l'assistenza sociale e comunitaria. Le persone con disabilità, gli anziani, i migranti o coloro che appartengono a minoranze etniche o religiose sono particolarmente vulnerabili alla discriminazione. La crisi della COVID-19 ha accentuato tale vulnerabilità<sup>21</sup>.

### 1.1 Applicazione e miglioramento della protezione giuridica contro la discriminazione

Assieme alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, il diritto dell'UE che garantisce la protezione giuridica contro la discriminazione è fondamentale per promuovere l'uguaglianza delle persone LGBTIQ. Tale protezione rientra in quadri giuridici diversi a seconda che la discriminazione subita dalle persone LGBTIQ sia basata sull'orientamento sessuale (quadro antidiscriminazione) o sul sesso, compreso il cambiamento di sesso<sup>22</sup> (quadro per la parità di genere).

La direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione<sup>23</sup> sancisce il diritto di non essere discriminati, né essere oggetto di molestie, nei contesti occupazionali sulla base delle tendenze sessuali. In una recente decisione, la CGUE ha chiarito che una dichiarazione pubblica di una persona che esclude l'assunzione di una persona di un determinato orientamento sessuale può costituire una discriminazione vietata.<sup>24</sup> Nonostante la direttiva definisca un chiaro scenario di riferimento, l'impatto delle sue disposizioni è limitato in due modi: da difficoltà di applicazione, da una parte, e da limitazioni del campo di applicazione, dall'altra, dato che la legislazione riguarda soltanto l'occupazione.

La Commissione garantirà un'applicazione rigorosa da parte degli Stati membri dei diritti contemplati dalla direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione e riferirà in merito alla sua

16 Commissione europea, *Legal gender recognition in the EU. The journeys of trans people towards full equality* (giugno 2020).

17 Le persone LGBTI sono particolarmente a rischio di trovarsi in condizione di senza dimora: il 4 % degli intervistati trans e intersessuali ha dichiarato infatti di aver dormito all'addiaccio o in uno spazio pubblico almeno una volta (*FRA, seconda indagine sulle persone LGBTI*).

18 Cfr. ad esempio: <https://www.feantsa.org/en/newsletter/2017/09/28/autumn-2017?bcParent=27>.

19 [https://www.ilga-europe.org/sites/default/files/COVID19%20\\_Impact%20LGBTI%20people.pdf](https://www.ilga-europe.org/sites/default/files/COVID19%20_Impact%20LGBTI%20people.pdf).

20 Le persone LGBTIQ sono più a rischio di sviluppare alcuni tipi di cancro in età più giovane o di soffrire di disagio mentale, ivi compresi le idee suicide e il suicidio, e hanno maggiori probabilità di essere insoddisfatte dell'assistenza sanitaria che ricevono (Commissione europea, giugno 2017).

21 Ad esempio, rispetto alla popolazione nel suo complesso, una percentuale maggiore di persone LGBTIQ è disoccupata e precaria e ha accesso a risorse finanziarie molto limitate e instabili. La crisi ha aggravato la situazione, gettando luce sulla vulnerabilità delle persone che si trovano in condizioni lavorative e abitative precarie. A causa della discriminazione, della stigmatizzazione e dello status socioeconomico inferiore, le condizioni sanitarie delle persone LGBTIQ sono significativamente peggiori, spesso legate a un minore accesso a un'assicurazione sanitaria completa, il che rende queste persone più vulnerabili al virus (ILGA-Europe, COVID-19 impact).

22 Cambiamento di sesso" è il termine utilizzato all'epoca in cui le decisioni in *P., Richards* e nella causa *C-117/01, K.B. contro National Health Service Pensions Agency e Secretary of State for Health*, 7.1.2004, ECLI:EU:C:2004:7, sono state comunicate dalla CGUE.

23 Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (GU L 303 del 2.12.2000 pag. 16).

24 GUE, causa C-507/18, *NH contro Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI — Rete Lenford*, 23.4.2020, ECLI:EU:C:2020:289.



applicazione nel 2021<sup>25</sup>. La relazione esaminerà inoltre se gli Stati membri abbiano seguito la raccomandazione della Commissione di prendere in considerazione la possibilità di designare un organismo per la parità per includere la discriminazione fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, sulla disabilità, sull'età e sull'orientamento sessuale nel campo di applicazione della direttiva<sup>26</sup>. Entro il 2022 la Commissione presenterà l'eventuale legislazione necessaria di conseguenza, in particolare per quanto riguarda il ruolo degli organismi per la parità.

La direttiva sulla parità di genere<sup>27</sup> sancisce il diritto di non essere discriminati, né essere oggetto di molestie, nell'accesso all'occupazione e relativamente alle condizioni di lavoro (compresa la retribuzione) e ai regimi professionali di sicurezza sociale, sulla base del sesso, compreso il cambiamento di sesso. Il principio della parità di trattamento tra uomini e donne vieta il licenziamento per motivi connessi al cambiamento di sesso<sup>28</sup>. Il diritto dell'UE, come confermato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, prevede inoltre il diritto di non essere discriminati sulla base del sesso, ancora una volta anche in relazione al cambiamento di sesso, nell'accesso a beni e servizi a disposizione del pubblico<sup>29</sup> e nell'ambito dei regimi legali di sicurezza sociale<sup>30</sup>. In questo quadro giuridico non sono ancora menzionate esplicitamente le caratteristiche sessuali tra i motivi di discriminazione vietati.

Nel 2008 la Commissione ha presentato una proposta di direttiva sulla parità di trattamento, che estenderebbe la protezione giuridica dell'UE contro la discriminazione basata, tra l'altro, sull'orientamento sessuale, oltre l'ambito dell'occupazione e della formazione professionale<sup>31</sup>. La Commissione invita il Consiglio ad adottare la proposta in tempi brevi al fine di colmare le lacune esistenti nel diritto dell'UE in materia di protezione contro la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale.

Ricerche sostenute dalla Commissione, dal Consiglio d'Europa e dalla società civile<sup>32</sup> hanno dimostrato che gli Stati membri hanno approcci divergenti per quanto riguarda la protezione dalle discriminazioni delle persone LGBTIQ, in particolare le persone non binarie, intersessuali e queer. La Commissione sosterrà gli Stati membri nell'intensificazione degli scambi di buone pratiche in materia di protezione giuridica contro la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, sull'identità/sull'espressione di genere e sulle caratteristiche sessuali in vari ambiti. Mentre alcuni Stati membri hanno aggiunto le caratteristiche sessuali come motivo di discriminazione alla loro legislazione nazionale in materia di parità di trattamento, altri hanno utilizzato un'interpretazione ampia di "sesso"<sup>33</sup>. Analogamente, i motivi dell'espressione di genere figurano nella legislazione antidiscriminazione solo in alcuni Stati membri. La Commissione sta esaminando in che modo le persone non binarie, intersessuali e queer possano essere protette meglio contro la discriminazione.

Le nuove tecnologie offrono nuove opportunità per migliorare la vita dei cittadini europei, ma pongono anche nuove sfide. Sebbene l'intelligenza artificiale (IA) possa essere utilizzata per affrontare molte questioni sociali, essa può anche esacerbare la discriminazione nella vita reale, anche nei confronti delle persone LGBTIQ, e le disuguaglianze di genere. In particolare, come sottolineato in un recente riesame delle politiche della Commissione, una delle sfide emergenti nell'ambito dei sistemi di IA per il riconoscimento facciale è l'identificazione dei volti delle persone trans, specialmente durante i periodi di transizione<sup>34</sup>. La Commissione intende presentare un quadro normativo che affronti specificamente le distorsioni e le discriminazioni ingiustificate inerenti ai sistemi di IA ad alto rischio, compresi i sistemi

25 La relazione sarà presentata congiuntamente alla relazione sulla direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica.

26 Raccomandazione (UE) 2018/951 della Commissione sulle norme riguardanti gli organismi per la parità (GU L 167 del 4.7.2018, pag. 28).

27 Direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (GU L 204 del 26.7.2006, pag. 23).

28 CGUE, causa C-13/94, *P contro S e Cornwall County Council*, 30.4.1996, ECLI:EU:C:1996:170.

29 Direttiva 2004/113/CE del Consiglio, che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura (GU L 373 del 21.12.2004, pag. 37).

30 CGUE, causa C-423/04, *Sarah Margaret Richards contro Secretary of State for Work and Pensions*, 27.4.2006, ECLI:EU:C:2006:256.

31 Proposta di direttiva del Consiglio recante applicazione del principio di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale, [COM (2008) 0426 final].

32 Cfr. ILGA-Europe Rainbow Map and Index 2020.

33 Commissione europea, *Trans and intersex equality rights in Europe – a comparative analysis* (novembre 2018); Commissario per i diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa, *Human rights and intersex people* (aprile 2015).

34 Keyes, O. (2018), "The misgendering machines: trans/HCI implications of automatic gender recognition", *Proceedings of the ACM on Human-Computer Interaction*, 2(CSCW), 88. <https://doi.org/10.1145/3274357>, citato nella prossima pubblica-

biometrici. Proporrà requisiti specifici, anche a livello di documentazione, per la qualità dei set di dati relativi alla formazione e le procedure di prova per l'individuazione e la correzione delle distorsioni. Tali requisiti servirebbero a prevenire tempestivamente effetti discriminatori negativi e a consentire un monitoraggio e una vigilanza continui per quanto riguarda il rispetto della legislazione vigente in materia di parità durante l'intero ciclo di vita dell'IA.

## 1.2 Promuovere l'inclusione e la diversità sul luogo di lavoro

Andando oltre il divieto di discriminazione, gli ambienti di lavoro vari e inclusivi contribuiscono a creare pari opportunità sul mercato del lavoro e a migliorare i risultati delle imprese. La diversità e l'inclusione sono fondamentali per stimolare nuove idee e promuovere una società innovativa e prospera. Ad esempio esiste una correlazione comprovata tra l'inclusione delle persone LGBTIQ e i rendimenti delle attività, dell'innovazione e della produttività<sup>35</sup>.

La Commissione promuove la gestione della diversità attraverso la Piattaforma europea delle Carte della diversità<sup>36</sup>. I firmatari hanno adottato politiche in materia di diversità e inclusione, hanno istituito reti interne LGBTIQ, hanno fornito formazione al loro personale, hanno celebrato la Giornata internazionale contro l'omofobia, la transfobia, la bifobia e l'interfobia (IDAHOT) e hanno partecipato a eventi Pride nazionali. I dipendenti LGBTIQ possono beneficiare di un migliore coordinamento tra la piattaforma europea, le carte nazionali della diversità e le singole imprese. La Commissione continuerà a favorire la creazione di carte nazionali della diversità e si impegnerà in modo specifico nel promuovere l'uguaglianza delle persone LGBTIQ portando avanti azioni ad hoc nel quadro della Piattaforma europea delle Carte della diversità.

La Commissione promuoverà il ricorso al Fondo sociale europeo Plus (FSE+)<sup>37</sup> per migliorare la posizione socioeconomica delle persone LGBTIQ più emarginate e svilupperà iniziative incentrate su gruppi specifici quali gay, lesbiche, bisessuali, persone trans e intersessuali. La Commissione raccoglierà dati concreti sugli ostacoli che si frappongono alla piena parità nel mondo del lavoro, ma anche in altri ambiti, come la protezione sociale. Questo lavoro servirà da base per fornire orientamenti agli Stati membri e alle imprese circa il rafforzamento della partecipazione delle persone trans e intersessuali al mercato del lavoro. La Commissione promuoverà lo scambio di migliori pratiche tra gli Stati membri e fornirà dati affidabili e comparabili in questo settore con il sostegno della FRA. La Commissione continuerà a sostenere misure nell'ambito della strategia per la parità di genere<sup>38</sup> volte a migliorare la posizione socioeconomica delle donne, comprese quelle pertinenti per le donne LGBTIQ<sup>39</sup>.

Le imprese sociali e l'economia sociale in generale possono essere in prima linea nella lotta contro la discriminazione delle persone LGBTIQ. Possono elaborare programmi, formazioni e piani specifici per aumentare l'inclusione delle persone LGBTIQ. Nel 2021 la Commissione pubblicherà un piano d'azione europeo per l'economia sociale che promuoverà lo sviluppo di tali imprese e organizzazioni e esaminerà il modo migliore per includere nella società gruppi emarginati specifici, comprese le persone LGBTIQ.

In quanto datore di lavoro, la Commissione darà l'esempio. Nel quadro della sua nuova strategia in materia di risorse umane, continuerà ad adoperarsi per un ambiente di lavoro pienamente inclusivo, fornendo in particolare un sostegno e orientamenti più mirati al personale LGBTIQ, nonché migliorando significativamente l'uso di un linguaggio inclusivo sotto il profilo del genere in tutte le comunicazioni. La Commissione invita le altre istituzioni dell'UE a prendere provvedimenti per promuovere la diversità e l'inclusione nei rispettivi luoghi di lavoro.

---

zione: Commissione europea, Direzione generale della Ricerca e dell'innovazione (2020), *Gendered Innovations: How inclusive analysis contributes to research and innovation*.

35 Cfr. ad esempio Li, F., Nagar, V. (2013), "Diversity and performance", *Management Science* 59, pagg. 529-544; Shan, L., Fu, S., Zheng, L. (2016), "Corporate sexual equality and firm performance", *Strategic Management Journal* 38(9), pagg. 1812-1826; e Gao, H., & Zhang, W. (2016), "Employment non-discrimination acts and corporate innovation", *Management Science* 63(9), pagg. 2982-2999.

36 Attualmente è composta da 26 carte nazionali della diversità che rappresentano una rete di circa 12 000 organizzazioni con oltre 16 milioni di dipendenti.

37 Le pari opportunità e la non discriminazione devono essere promosse nell'ambito del Fondo sociale europeo Plus per tutta la durata della preparazione, dell'attuazione, del monitoraggio e della valutazione dei programmi. Gli Stati membri devono inoltre sostenere azioni mirate specifiche volte a promuovere tali principi.

38 Commissione europea, *Un'Unione dell'uguaglianza: la strategia per la parità di genere 2020-2025*, 5.3.2020, COM(2020) 152 final.

39 L'azione volta ad affrontare il divario retributivo di genere può essere particolarmente importante per le famiglie LGBTIQ.

### 1.3 Lotta alle disuguaglianze nell'istruzione, nella sanità, nella cultura e nello sport

La Commissione sosterrà la promozione degli scambi di migliori pratiche tra gli Stati membri e gli esperti su come garantire un'istruzione sicura e inclusiva per tutti i bambini, i giovani e gli adulti. Ad esempio, un nuovo gruppo di esperti<sup>40</sup> che elaborerà proposte di strategie volte a creare ambienti di apprendimento favorevoli per i gruppi a rischio di risultati insufficienti e a sostenere il benessere a scuola affronterà gli stereotipi di genere nell'ambito dell'istruzione, il bullismo e le molestie sessuali. Inoltre, l'imminente strategia globale della Commissione per i diritti dei minori garantirà l'accesso indiscriminato ai diritti, alla protezione e ai servizi anche per i minori LGBTIQ. Promuovere un'istruzione più inclusiva è nell'interesse di tutti gli studenti e di tutti i cittadini, in quanto contribuisce a combattere gli stereotipi e a costruire una società più equa per tutti.

Spesso mancano ricerche sulle esperienze intersezionali delle persone LGBTIQ, ad esempio anziane o portatrici di disabilità. Il programma Orizzonte Europa fornirà sostegno agli studi di genere e alle ricerche intersezionali pertinenti per le persone LGBTIQ, ad esempio sulla salute. La Commissione diffonderà i risultati delle ricerche, comprese le rispettive raccomandazioni e gli orientamenti politici, e organizzerà una conferenza a livello dell'UE attraverso la piattaforma europea per la politica sanitaria. Proporrà altresì che il gruppo direttivo per la promozione e la prevenzione (SGPP) prenda in considerazione le buone pratiche sanitarie convalidate in questo settore che potrebbero essere attuate dagli Stati membri.

Gli Stati membri saranno incoraggiati a organizzare attività di formazione per gli operatori sanitari al fine di sensibilizzarli in merito alle esigenze sanitarie degli uomini omosessuali e bisessuali; delle donne lesbiche e bisessuali; delle persone intersessuali; e delle persone trans nonché al fine di evitare le discriminazioni e la stigmatizzazione nell'accesso ai servizi sanitari. Il materiale didattico del progetto HEALTH4LGBTI<sup>41</sup> sarà ulteriormente divulgato e offerto agli Stati membri. La Commissione incoraggerà e agevolerà lo scambio di migliori pratiche tra gli Stati membri su come affrontare i problemi in materia di salute mentale cui un numero significativo di persone LGBTIQ deve far fronte.

I pregiudizi di genere e altri stereotipi sono tra i principali fattori degli atteggiamenti negativi o ostili nei confronti delle persone LGBTIQ in numerose comunità. Possono portare in particolare all'esclusione e alla stigmatizzazione di chiunque non si conformi a norme/immagini fisse di donne e uomini, come le persone non binarie e queer. I settori dei media, della cultura e dello sport sono strumenti potenti che modificano gli atteggiamenti e mettono in discussione i pregiudizi di genere e altri stereotipi.

La Commissione sosterrà i progetti che utilizzano l'espressione culturale per contrastare la discriminazione, creare fiducia e accettazione e promuovere la piena inclusione delle persone LGBTIQ. La Commissione rafforzerà l'integrazione dell'uguaglianza delle persone LGBTIQ nelle iniziative pertinenti in materia di occupazione, istruzione e sanità (in particolare le iniziative riguardanti la salute mentale e la prevenzione dell'HIV/AIDS) e i programmi di finanziamento dell'UE (ad esempio, EU4Health ed Erasmus+). Il futuro piano europeo di lotta contro il cancro terrà conto della situazione dei gruppi vulnerabili, comprese le persone LGBTIQ. I progetti che affrontano la discriminazione intersezionale e le disuguaglianze subite dalle persone LGBTIQ, i pregiudizi di genere e altri stereotipi possono essere finanziati attraverso il programma "Cittadini, uguaglianza, diritti e valori"<sup>42</sup>.

Erasmus+ finanzia progetti che contribuiscono ad attivare e responsabilizzare i giovani che sono vittime di discriminazioni a causa del proprio genere o orientamento sessuale e di altre barriere sociali. Analogamente il Corpo europeo di solidarietà può promuovere azioni di solidarietà volte a contrastare il razzismo e la discriminazione, favorendo nel contempo una più ampia partecipazione. Per il nuovo periodo di programmazione si presterà particolare attenzione all'inclusione, all'uguaglianza e alla diversità nei programmi Erasmus+ e "Corpo europeo di solidarietà". Sarà definito un approccio poliedrico per rendere il programma più inclusivo e migliorare la partecipazione delle persone con minori opportunità, anche attraverso l'introduzione di formati più flessibili e accessibili; misure di sostegno per la preparazione e l'accompagnamento dei partecipanti e misure finanziarie per affrontare gli ostacoli incontrati dai gruppi sottorappresentati nella partecipazione ai programmi.

40 Questo gruppo di esperti è un'iniziativa inclusa nella comunicazione sulla realizzazione dello spazio europeo dell'istruzione entro il 2025 (COM(2020) 625 final).

41 [https://ec.europa.eu/health/social\\_determinants/projects/ep\\_funded\\_projects\\_it#fragment2](https://ec.europa.eu/health/social_determinants/projects/ep_funded_projects_it#fragment2).

42 Anche altri programmi dell'UE, come il programma di aiuti per la comunità turco-cipriota, sostengono attivamente progetti volti a combattere la discriminazione e lo sfruttamento delle persone LGBTIQ.

## 1.4 Difendere i diritti dei richiedenti protezione internazionale LGBTIQ

Il sistema europeo comune di asilo affronta la situazione e le esigenze specifiche dei richiedenti protezione internazionale vulnerabili (comprese le persone LGBTIQ)<sup>43</sup>. La Commissione ha presentato proposte per riformare il sistema europeo comune di asilo rendendolo più resiliente ed efficace nel rispetto delle esigenze di protezione di tali richiedenti<sup>44</sup>.

La Commissione promuoverà scambi di buone pratiche tra gli Stati membri su come rispondere alle esigenze dei richiedenti protezione internazionale LGBTIQ, concentrandosi sui seguenti aspetti:

- come garantire condizioni di accoglienza sicure e adeguate, compreso l'alloggio, per i richiedenti protezione internazionale LGBTIQ;
- norme di protezione che si applicano in relazione al loro trattenimento (se del caso); e
- come evitare che l'esame delle loro domande sia influenzato da discriminazioni e/o stereotipi anti-LGBTIQ.

L'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo migliorerà la formazione dei funzionari responsabili della protezione e degli interpreti, al fine di garantire che l'esame delle domande di protezione internazionale presentate da persone LGBTIQ non sia influenzato da stereotipi e sia conforme al diritto internazionale / dell'UE e ad altri strumenti pertinenti<sup>45</sup>.

Nelle discussioni con gli Stati membri sulle priorità di finanziamento del Fondo Asilo e migrazione, la Commissione sottolineerà la necessità di sviluppare la capacità per difendere i diritti dei richiedenti protezione internazionale e di altri migranti.

La Commissione europea garantirà sinergie nell'attuazione della strategia per l'uguaglianza delle persone LGBTIQ e del piano d'azione dell'UE sull'integrazione e l'inclusione. Uno dei principi fondamentali del nuovo piano d'azione sarà "inclusione per tutti". Si terrà conto delle sfide derivanti dall'intersezione tra lo status di migrante e altri fattori di discriminazione, quali l'orientamento sessuale e il genere.

### Azioni chiave della Commissione europea:

- ✓ proporre entro il 2022 una legislazione che dia seguito alla prossima relazione sull'attuazione della direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione, anche per rafforzare il ruolo degli organismi per la parità;
- ✓ garantire un'adeguata protezione dei richiedenti vulnerabili (comprese le persone LGBTIQ) nell'ambito del sistema europeo comune di asilo e della sua riforma;
- ✓ garantire il sostegno all'uguaglianza delle persone LGBTIQ nelle azioni nell'ambito del Fondo Asilo e migrazione;
- ✓ sostenere la ricerca sanitaria pertinente per le persone LGBTIQ, comprese le comunità trans e intersessuale, attraverso il programma Orizzonte Europa.

43 Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (GU L 337 del 20.12.2011, pag. 9); direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (GU L 180 del 29.6.2013, pag. 60); e direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (GU L 180 del 29.6.2013, pag. 96).

44 *Comunicazione della Commissione relativa a un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, COM (2020) 609 final.

45 "In molte parti del mondo gli individui subiscono gravi violazioni dei diritti umani e altre forme di persecuzione a causa del loro orientamento sessuale effettivo o percepito e/o della loro identità di genere. Sebbene la persecuzione delle persone [LGBTI] e delle persone percepite come LGBTI non sia un fenomeno nuovo, in molti paesi di asilo vi è una maggiore consapevolezza del fatto che le persone che fuggono dalla persecuzione per motivi di orientamento sessuale e/o identità di genere possono essere considerate rifugiati a norma dell'articolo 1A(2) della [Convenzione del 1951] e/o del suo protocollo del 1967 (...). L'applicazione della definizione di rifugiato resta tuttavia incoerente in questo settore". (UNHCR, *Guidelines on international protection No 9: Claims to refugee status based on sexual orientation and/or gender identity within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the status of refugees*, HCR/GIP/12/09, 23 ottobre 2012).



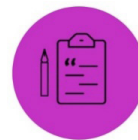
## 2. Garantire l'incolumità delle persone LGBTIQ



Il **38 %** delle persone LGBTIQ ha subito **molestie generate dall'odio** per il fatto di essere LGBTIQ nei 12 mesi precedenti l'indagine.



Negli ultimi 5 anni il **22 %** delle persone intersessuali ha subito un'**aggressione fisica e/o sessuale** per il fatto di essere intersessuale.



Solo il **21 %** delle persone LGBTIQ vittime di **violenze fisiche o sessuali generate dall'odio** negli ultimi 5 anni ha **denunciato l'episodio** a una qualsivoglia organizzazione, compresi la polizia e gli organismi per la parità.

Ognuno ha il diritto di vivere in sicurezza, nell'ambiente domestico così come in pubblico o online. Le persone LGBTIQ sono vittime di reati generati dall'odio, di incitamento all'odio e di violenza in misura sproporzionata<sup>46</sup>. Per combattere l'incitamento all'odio online, nel 2016 la Commissione è giunta a un accordo con le aziende informatiche circa un codice di condotta volontario<sup>47</sup>. Dalle valutazioni sull'attuazione del codice emerge che l'orientamento sessuale è il motivo più frequentemente segnalato di incitamento all'odio (33,1 %)<sup>48</sup>. La crisi della COVID-19 ha fatto aumentare ulteriormente i livelli di odio, violenza e discriminazione nei confronti delle persone LGBTIQ e ha polarizzato la società nel suo complesso<sup>49</sup>.

Nel contempo la sottosegnalazione di reati generati dall'odio alla polizia o ad altre organizzazioni rimane un problema grave dovuto alla mancanza di fiducia nell'applicazione della legge, al timore di reazioni di avversione contro le persone LGBTIQ<sup>50</sup> o alla colpevolizzazione delle vittime, a precedenti esperienze negative nei contatti con la polizia o alla mancanza di fiducia riguardo ai suoi possibili interventi.

I difensori dei diritti sono esposti a minacce e le marce pacifiche sono oggetto di odio. Troppo spesso le persone LGBTIQ sono vittime di abusi come capri espiatori nel dibattito politico, anche durante le campagne elettorali. Le risoluzioni riguardanti le "zone libere da LGBTIQ" hanno l'obiettivo di negare i diritti e le libertà fondamentali alla comunità LGBTIQ. L'abitudine di etichettare il concetto di LGBTIQ come "un'ideologia" si sta diffondendo nella comunicazione online e offline<sup>51</sup> e lo stesso vale per la campagna in corso contro la cosiddetta "ideologia del gender". Le zone libere da LGBTIQ sono zone prive di umanità e non hanno alcun posto nella nostra Unione.

### 2.1 Rafforzare la protezione giuridica delle persone LGBTIQ contro i reati generati dall'odio, l'incitamento all'odio e la violenza

La protezione giuridica contro i reati generati dall'odio nei confronti delle persone LGBTIQ e l'incitamento all'odio varia notevolmente da uno Stato membro all'altro<sup>52</sup>. Attraverso il gruppo ad alto livello dell'UE sulla lotta contro il razzismo, la xenofobia e altre forme di intolleranza, la Commissione organizzerà discussioni mirate con le autorità nazionali e la società civile per scambiare le migliori pratiche sull'attuazione della legislazione nazionale in questi ambiti.

46 FRA, seconda indagine sulle persone LGBTIQ. Cfr. nota 6.

47 Codice di condotta per lottare contro le forme illegali di incitamento all'odio online, 30 giugno 2016.

48 Commissione europea, *Countering illegal hate speech online: 5th evaluation of the Code of Conduct*, 22 giugno 2020.

49 Negli ultimi anni la retorica dell'incitamento all'odio nel discorso pubblico è aumentata, traducendosi in odio reale in strada, anche nei confronti delle persone LGBTIQ. Ad esempio ILGA-Europe ha ricevuto segnalazioni di leader religiosi provenienti da almeno quattro Stati membri dell'UE che accusano le comunità LGBTIQ di essere responsabili della pandemia. (ILGA-Europe, COVID-19 impacts on LGBTIQ communities in Europe and Central Asia: a rapid assessment report, giugno 2020).

50 FRA, seconda indagine sulle persone LGBTIQ, pag. 49. Cfr. nota 6.

51 Cfr. ad esempio FRA, *Fundamental rights report 2019* (29 maggio 2019) e ILGA-Europe, *Annual Review of the human rights situation of lesbian, gay, bisexual, trans and intersex people 2019* (febbraio 2019).

52 Attualmente sette Stati membri non includono espressamente l'orientamento sessuale nell'incitamento all'odio e/o nei reati generati dall'odio come fattore aggravante, 15 non includono l'identità di genere e 25 non contemplano le caratteristiche sessuali.

A livello europeo, sebbene l'UE abbia adottato una legislazione che penalizza i reati generati dall'odio e l'incitamento all'odio fondati sul razzismo e sulla xenofobia<sup>53</sup>, non esistono sanzioni specifiche per l'incitamento all'odio e i reati generati dall'odio anti-LGBTIQ. Come primo importante passo nel 2021 la Commissione presenterà un'iniziativa volta a estendere l'elenco dei "reati UE" di cui all'articolo 83, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) ai reati generati dall'odio e all'incitamento all'odio, anche quando essi sono rivolti alle persone LGBTIQ.

La Commissione inoltre adotterà misure per combattere la violenza di genere, secondo quanto annunciato nella strategia per la parità di genere. Il programma "Cittadini, uguaglianza, diritti e valori" dovrebbe finanziare progetti volti a prevenire e combattere i reati generati dall'odio, l'incitamento all'odio e la violenza contro le persone LGBTIQ, mentre il programma Giustizia fornirà opportunità di finanziamento per promuovere i diritti delle vittime di reato, comprese le persone LGBTIQ.

## 2.2 Rafforzare le misure per combattere l'incitamento all'odio online contro le persone LGBTIQ e la disinformazione

Entro la fine del 2020 la Commissione proporrà una legge sui servizi digitali. Pur non definendo ciò che è considerato illegale, la proposta mirerà ad affrontare in modo più efficace tutti i tipi di contenuto illegale ospitati su vari tipi di piattaforme, garantendo il rispetto dei diritti fondamentali, compresa la libertà di espressione. La Commissione estenderà inoltre il proprio impegno e la propria cooperazione con le imprese e le piattaforme informatiche, anche nel contesto dell'attuazione del codice di condotta.

La Commissione garantirà il corretto recepimento e la rigorosa applicazione della direttiva riveduta sui servizi di media audiovisivi, che rafforza la protezione contro i contenuti che incitano all'odio o alla violenza e vieta le comunicazioni commerciali audiovisive che contengono o promuovono qualsiasi tipo di discriminazione, incluse quelle fondate sul sesso e sull'orientamento sessuale. Nel 2020 la Commissione adotterà un piano d'azione per la democrazia europea per affrontare alcune sfide principali, tra cui la lotta contro la disinformazione, la protezione dalle interferenze esterne e dalla manipolazione nelle elezioni, la libertà e il pluralismo dei media.

## 2.3 Segnalazione di reati generati dall'odio anti-LGBTIQ e scambio di buone pratiche

La Commissione europea continuerà a promuovere un ambiente sicuro affinché le vittime LGBTIQ possano denunciare i reati, nonché migliore protezione e sostegno per le vittime della violenza di genere, della violenza domestica e dei reati generati dall'odio contro le persone LGBTIQ. Nell'ambito della strategia dell'UE sui diritti delle vittime (2020-2025)<sup>54</sup>, aiuterà gli Stati membri a garantire che i servizi di assistenza alle vittime, comprese le case sicure, siano disponibili e accessibili alle persone LGBTIQ. La Commissione promuoverà inoltre un sostegno integrato e mirato alle vittime con esigenze particolari, comprese le vittime LGBTIQ di reati generati dall'odio, attraverso le possibilità di finanziamento dell'UE.

La Commissione continuerà a collaborare con gli Stati membri per garantire la piena e corretta attuazione della direttiva sui diritti delle vittime, dando seguito alla relazione di attuazione del maggio 2020<sup>55</sup>, accrescerà la consapevolezza dei diritti delle vittime attraverso una campagna di comunicazione a livello dell'UE e ageverà lo scambio di buone pratiche (come la creazione di uno "sportello arcobaleno" presso le stazioni di polizia locali<sup>56</sup>).

Attraverso una più stretta cooperazione con l'Agenzia dell'Unione europea per la formazione delle autorità di contrasto (CEPOL) e con il Consiglio d'Europa, gli Stati membri e la società civile, nell'ambito di un nuovo gruppo di lavoro sulla formazione in materia di reati generati dall'odio e sullo sviluppo di capacità per le autorità di contrasto, la Commissione sosterrà la formazione per aiutare il personale

53 La decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale non contempla esplicitamente i reati generati dall'odio e l'incitamento all'odio rivolti a persone LGBTIQ e non include il prendere di mira l'orientamento sessuale o l'identità di genere tra le caratteristiche che definiscono i reati generati dall'odio e l'incitamento all'odio (GU L 328 del 6.12.2008, pag.55).

54 Commissione europea, *Strategia dell'UE sui diritti delle vittime (2020-2025)*, 24.6.2020, COM(2020) 258 final.

55 Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, (COM(2020) 188 final), 11 maggio 2020.

56 La creazione degli sportelli arcobaleno è proposta nel quadro dell'attuazione della strategia sui diritti delle vittime (COM(2020)258 final).

delle autorità di contrasto a individuare e registrare i pregiudizi anti-LGBTIQ nonché aumentare la segnalazione dei reati.

## 2.4 Proteggere e promuovere la salute fisica e mentale delle persone LGBTIQ

Pratiche dannose quali interventi chirurgici non vitali e interventi medici su bambini e adolescenti intersessuali senza il loro consenso personale e pienamente informato (mutilazioni genitali intersessuali)<sup>57</sup>, medicalizzazione forzata delle persone trans e pratiche di conversione rivolte a persone LGBTIQ<sup>58</sup>, possono avere gravi ripercussioni sulla salute fisica e mentale. La Commissione promuoverà lo scambio di buone pratiche tra gli Stati membri su come porre fine a tali pratiche. L'aborto forzato, la sterilizzazione forzata e altre pratiche dannose nei confronti delle donne e delle ragazze sono forme di violenza di genere e costituiscono gravi violazioni dei diritti delle donne e dei minori. La Commissione includerà inoltre una prospettiva intersezionale nella raccomandazione sulle pratiche dannose contro le donne e le ragazze annunciata nella strategia per la parità di genere 2020-2025.

### Azioni chiave della Commissione europea:

- ✓ presentare, nel 2021, un'iniziativa per ampliare l'elenco dei "reati dell'UE" (articolo 83 TFUE) includendo i reati generati dall'odio e l'incitamento all'odio, anche quando sono rivolti alle persone LGBTIQ;
- ✓ fornire opportunità di finanziamento per iniziative volte a combattere i reati generati dall'odio, l'incitamento all'odio, la violenza e le pratiche dannose nei confronti delle persone LGBTIQ (programma "Cittadini, uguaglianza, diritti e valori") e promuovere i diritti delle vittime di reato, comprese le persone LGBTIQ (programma Giustizia);
- ✓ presentare una raccomandazione sulla prevenzione delle pratiche dannose contro le donne e le ragazze.

### La Commissione europea fornirà sostegno agli Stati membri per:

- ✓ scambiare le migliori pratiche in materia di protezione contro l'incitamento all'odio e i reati generati dall'odio nei confronti delle persone LGBTIQ;
- ✓ promuovere un ambiente sicuro e favorevole per le vittime di reato LGBTIQ;
- ✓ migliorare la formazione e lo sviluppo di capacità per le autorità di contrasto al fine di individuare e registrare meglio i pregiudizi anti-LGBTIQ e aumentare la denuncia di reati.

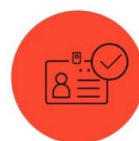
## 3. Costruire società inclusive per le persone LGBTIQ



Il 53 % delle persone LGBTI manifesta raramente o quasi mai il fatto di essere LGBTI.



21 Stati membri riconoscono le unioni delle coppie dello stesso sesso, mentre 15 Stati membri prevedono l'adozione da parte di coppie dello stesso sesso.



Il riconoscimento giuridico del genere basato sull'autodeterminazione si applica in quattro Stati membri.

La Carta dei diritti fondamentali sancisce il diritto al rispetto della vita privata e della vita familiare, nonché il diritto dei minori alla protezione e all'assistenza necessarie per il loro benessere. Nell'UE esiste un'ampia varietà di modelli familiari, tra cui le famiglie arcobaleno con uno o più membri LGBTIQ.

57 Il 62 % delle persone intersessuali che hanno subito un intervento chirurgico dichiara che né loro stessi né i propri genitori hanno dato il proprio pieno consenso informato prima del primo trattamento o dell'intervento medico per modificare le proprie caratteristiche sessuali (FRA, seconda indagine sulle persone LGBTI, pag. 54).

58 Le pratiche di conversione "sono interventi profondamente dannosi che si basano sulla falsa idea dal punto di vista medico che le persone LGBT e altre persone non cisgender siano malate, infliggono dolori e sofferenze gravi e causano danni fisici e psicologici duraturi" (Esperto Indipendente delle Nazioni Unite in protezione dalla violenza e dalla discriminazione basate sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere, Report on conversion therapy, 1° maggio 2020).

A causa delle differenze nel diritto di famiglia degli Stati membri, può succedere che i legami familiari non siano riconosciuti quando le famiglie arcobaleno attraversano le frontiere interne dell'UE. Le misure di confinamento per combattere la diffusione della COVID-19 hanno aggravato questa situazione. Le difficoltà che alcune famiglie arcobaleno incontrano per ottenere il riconoscimento giuridico dei loro documenti e delle loro relazioni hanno creato ulteriori problemi durante la pandemia, mentre i paesi chiudevano i confini. In alcuni casi le persone sono state bloccate alle frontiere ed è stato impedito loro di raggiungere le loro famiglie durante il confinamento<sup>59</sup>.

Le persone trans, non binarie e intersessuali spesso non sono riconosciute né dalla legge né nella pratica, il che comporta difficoltà giuridiche per la loro vita privata e familiare, anche in situazioni transfrontaliere.

### 3.1 Garantire i diritti delle persone LGBTIQ in situazioni transfrontaliere

La normativa dell'UE in materia di libera circolazione, in particolare la direttiva sulla libera circolazione<sup>60</sup>, riconosce il diritto di tutti i cittadini dell'UE e dei loro familiari, compresi i partner registrati e le famiglie arcobaleno, di circolare e di soggiornare liberamente nell'UE<sup>61</sup>.

La Commissione continuerà a garantire la corretta applicazione della normativa in materia di libera circolazione, anche per affrontare le difficoltà specifiche che impediscono alle persone LGBTIQ e alle loro famiglie di godere dei propri diritti. Ciò comprende dialoghi specifici con gli Stati membri in relazione all'esecuzione della sentenza *Coman*, in cui la CGUE ha chiarito che il termine "coniuge" utilizzato nella direttiva sulla libera circolazione si applica anche ai partner dello stesso sesso<sup>62</sup>. Se necessario, la Commissione può intraprendere azioni legali.

Al fine di migliorare la certezza del diritto per i cittadini dell'UE che esercitano i loro diritti di libera circolazione e di garantire un'applicazione più efficace e uniforme della legislazione sulla libera circolazione in tutta l'UE, nel 2022 la Commissione riesaminerà gli orientamenti del 2009 sulla libera circolazione. Gli orientamenti riesaminati rispecchieranno la diversità delle famiglie e contribuiranno pertanto ad agevolare l'esercizio dei diritti di libera circolazione per tutte le famiglie, comprese le famiglie arcobaleno<sup>63</sup>. La Commissione continuerà a raccogliere dati oggettivi sui problemi effettivamente affrontati dalle persone LGBTIQ e dalle loro famiglie in situazioni transfrontaliere.

Il diritto sostanziale di famiglia è di competenza degli Stati membri. La legislazione dell'UE in materia di diritto di famiglia si applica nei casi transfrontalieri o in caso di implicazioni transfrontaliere e si applica alle persone LGBTIQ. Sono comprese norme volte ad agevolare il riconoscimento reciproco, da parte degli Stati membri, delle sentenze di divorzio, delle responsabilità e dei diritti genitoriali (compresi l'affidamento dei figli e i diritti di visita), degli alimenti (per le coppie e i figli), dei beni posseduti nel contesto del matrimonio e delle unioni registrate e delle successioni (per le coppie e i figli).

La Commissione garantirà l'applicazione rigorosa del diritto di famiglia transfrontaliero nei confronti delle famiglie arcobaleno, concentrandosi maggiormente su questo gruppo nel monitoraggio della sua applicazione.

### 3.2 Migliorare la protezione giuridica delle famiglie arcobaleno in situazioni transfrontaliere

La legislazione nazionale di oltre la metà degli Stati membri contiene disposizioni applicabili ai genitori arcobaleno. Tuttavia, e nonostante il vigente diritto dell'UE quale interpretato dalla Corte di giustizia, quando queste famiglie viaggiano o si trasferiscono in altri Stati membri, talvolta vi è il rischio che il legame dei minori con il genitore o i genitori LGBTIQ sia interrotto, il che può avere un impatto sui diritti

59 ILGA-Europe, COVID-19 impact.

60 Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE (GU L 158 del 30.4.2004, pag. 77).

61 Fatte salve le disposizioni dei trattati e le misure adottate in applicazione degli stessi.

62 CGUE, causa C673/16, *Coman*, 5.6.2018, ECLI:EU:C:2018:385. In questa sentenza la Corte di giustizia ha stabilito che il termine "coniuge" (utilizzato a norma della direttiva sulla libera circolazione) si applica anche a una persona dello stesso sesso di un cittadino dell'Unione con cui quest'ultimo è sposato.

63 Ulteriori dettagli saranno annunciati nella prossima relazione sulla cittadinanza.



dei minori<sup>64</sup>. Anche i coniugi e i partner registrati possono incontrare difficoltà quando viaggiano o si trasferiscono in un altro Stato membro.

La Commissione insisterà a favore del riconoscimento reciproco delle relazioni familiari nell'UE. Chi è genitore in un paese, è genitore in tutti i paesi. Nel 2022 la Commissione proporrà un'iniziativa legislativa orizzontale per sostenere il riconoscimento reciproco della genitorialità tra Stati membri, ad esempio il riconoscimento in uno Stato membro della genitorialità validamente attribuita in un altro Stato membro.

La Commissione continuerà inoltre a sostenere gli sforzi degli Stati membri volti a garantire il rispetto dei diritti delle famiglie arcobaleno sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE (in particolare il diritto alla vita privata e familiare e i diritti dei minori), che si applica nell'attuazione del diritto dell'UE. Esaminerà possibili misure per sostenere il riconoscimento reciproco dello status giuridico dei coniugi dello stesso sesso e dei partner registrati in situazioni transfrontaliere.

### 3.3 Migliorare il riconoscimento delle identità trans e non binarie e delle persone intersessuali

I requisiti necessari che si applicano ai singoli individui che desiderano modificare il proprio genere giuridico variano notevolmente da uno Stato membro all'altro. Negli ultimi anni un numero crescente di Stati membri ha modificato in modo significativo la propria legislazione in materia di riconoscimento di genere, orientandosi verso un modello di autodeterminazione personale. Altri mantengono una serie di requisiti per il riconoscimento del genere delle persone trans e non binarie. Essi possono non essere proporzionati e violare le norme in materia di diritti umani, come deciso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in caso di requisiti chirurgici<sup>65</sup> e di sterilizzazione<sup>66</sup>.

La Commissione promuoverà scambi di buone pratiche tra gli Stati membri su come mettere in atto una legislazione e procedure giuridiche accessibili di riconoscimento del genere, basate sul principio dell'autodeterminazione e senza limiti di età.

La Commissione avvierà un dialogo intersettoriale con diversi portatori d'interesse, compresi gli Stati membri, le imprese e gli operatori sanitari, per sensibilizzare in merito alle identità trans e non binaria e alle persone intersessuali e incoraggiare l'inclusività in tutte le azioni e procedure pertinenti, anche in seno alla Commissione.

### 3.4 Promuovere un contesto favorevole per la società civile

La Commissione fornirà finanziamenti per promuovere un ambiente favorevole e sostenibile per le organizzazioni LGBTIQ della società civile. Questa strategia fa riferimento ai pertinenti programmi di finanziamento dell'UE e alle loro priorità di finanziamento per l'uguaglianza delle persone LGBTIQ. Oltre ai finanziamenti basati sui progetti, il programma "Cittadini, uguaglianza, diritti e valori" 2021-2027 aumenterà le opportunità di finanziamento per le organizzazioni di piccole e medie dimensioni e metterà delle sovvenzioni operative a disposizione delle reti che promuovono l'uguaglianza LGBTIQ. I fondi dell'UE devono contribuire alla costruzione di una società non discriminatoria e sostenere gli sforzi della Commissione volti a garantire un'Unione di uguaglianza.

Inoltre la Commissione manterrà e incoraggerà un dialogo strutturato e aperto e la consultazione con la società civile sul piano legislativo e decisionale, in particolare per discutere dell'attuazione della strategia. Promuoverà un dialogo con gli Stati membri, le agenzie dell'UE, le parti sociali e il settore privato per contribuire all'ulteriore sviluppo di politiche volte a combattere la discriminazione nei confronti delle persone LGBTIQ. La Commissione continuerà a sensibilizzare in merito alla necessità di uguaglianza e non discriminazione delle persone LGBTIQ e parteciperà a eventi pubblici che costituiscono le pietre miliari per la comunità LGBTIQ.

I giovani hanno un ruolo cruciale nella costruzione di società inclusive. La Commissione, insieme agli Stati membri, ha raccolto le loro opinioni attraverso il processo di dialogo dell'UE con i giovani, dal quale sono scaturiti 11 obiettivi europei per i giovani<sup>67</sup> che, tra le altre cose, chiedono la parità di genere e

64 Il mancato riconoscimento reciproco dei rapporti tra figli e genitori può comportare la negazione ai minori della cittadinanza, del nome o del diritto di successione. Inoltre i genitori non riconosciuti potrebbero non essere in grado di agire come rappresentanti legali dei propri figli, di viaggiare da soli con loro, di iscriverli a scuola, di stipulare un'assicurazione sanitaria, aprire un conto bancario o acconsentire all'esecuzione di interventi medici.

65 S.V. c. Italia, ricorso n. 55216/08, 11 ottobre 2018.

66 A.P., Garçon e Nicot c. Francia, ricorsi n. 79885/12, 52471/13 e 52596/13, 6 aprile 2017.

67 [https://ec.europa.eu/youth/policy/youth-strategy/youthgoals\\_it](https://ec.europa.eu/youth/policy/youth-strategy/youthgoals_it); questi obiettivi sono inclusi nella strategia dell'UE per la gioventù 2019-2027.

società inclusive. Questi obiettivi per i giovani rispecchiano le opinioni dei giovani europei e presentano una visione per un'Europa che consenta loro di realizzare appieno il loro potenziale, contribuendo nel contempo a ridurre gli ostacoli che impediscono alle persone con minori opportunità di partecipare alla vita sociale ed economica.

**Azioni chiave della Commissione europea:**

- ✓ riesaminare nel 2022 gli orientamenti del 2009 sulla libera circolazione per rispecchiare la diversità delle famiglie e contribuire ad agevolare l'esercizio dei diritti di libera circolazione per tutte le famiglie, comprese le famiglie arcobaleno;
- ✓ proporre un'iniziativa legislativa orizzontale sul riconoscimento reciproco della genitorialità tra gli Stati membri;
- ✓ esaminare possibili misure a sostegno del riconoscimento reciproco delle unioni tra persone dello stesso tra gli Stati membri;
- ✓ fornire opportunità di finanziamento, in particolare attraverso il programma "Cittadini, uguaglianza, diritti e valori".

**La Commissione europea fornirà sostegno agli Stati membri per:**

- ✓ mettere in atto una legislazione e procedure giuridiche accessibili in materia di riconoscimento del genere;
- ✓ migliorare l'inclusione delle persone trans, non binarie e intersessuali nella documentazione, nelle domande, nelle indagini e nei processi pertinenti;
- ✓ applicare rigorosamente il diritto alla libera circolazione e le norme dell'UE in materia di diritto di famiglia.

#### 4. Guidare la lotta a favore dell'uguaglianza delle persone LGBTIQ nel mondo

I diritti delle persone LGBTIQ sono diritti umani e le persone LGBTIQ dovrebbero essere in grado di esercitare pienamente i propri diritti ovunque e in qualsiasi momento.

La situazione di queste persone in varie parti del mondo resta tuttavia estremamente precaria: esse subiscono infatti gravi abusi e violazioni dei diritti senza accesso alla giustizia. Molte sono vittime di discriminazione, molestie, persecuzione, incarcerazione o addirittura omicidio o pena di morte<sup>68</sup>, semplicemente per il fatto di essere chi sono. La Commissione e il servizio europeo per l'azione esterna (SEAE) si impegnano a proteggerle e a consentire loro di far valere i propri diritti. Inoltre la situazione delle persone LGBTQ varia notevolmente da un paese all'altro. Occorre adottare un approccio su misura per massimizzare gli effetti del sostegno dell'UE, utilizzando tutti gli strumenti a nostra disposizione. L'UE conduce dialoghi politici con i paesi partner per trattare leggi, politiche e pratiche discriminatorie nei confronti delle persone LGBTIQ e depenalizzare le relazioni tra persone dello stesso sesso e le identità trans. Darà l'esempio dimostrando solidarietà e rafforzando la resilienza nella protezione e nella promozione dei diritti delle persone LGBTIQ in tutto il mondo e contribuendo a una ripresa globale che consenta a tutti di prosperare sul piano sociale, economico e politico e non lasci indietro nessuno.

Sempre più spesso i difensori dei diritti umani rischiano la vita per promuovere l'uguaglianza LGBTIQ. Spesso situazioni ostili o che mettono a rischio la vita costringono le persone LGBTIQ a fuggire dai loro paesi di origine. Al centro di tutte le attività dell'UE vi è un forte impegno a favore della promozione e della tutela dei diritti umani. È importante che le azioni interne ed esterne dell'UE in questo ambito siano coerenti e si rafforzino reciprocamente. L'UE promuoverà il proprio ruolo di guida mondiale nella tutela dell'universalità e dell'indivisibilità dei diritti umani per tutti, comprese le persone LGBTIQ.

68 Le relazioni tra persone dello stesso sesso sono ancora considerate reato in 72 paesi (Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite, *Report of the Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity*, 11 maggio 2018).

Indipendentemente dalle motivazioni della loro domanda di asilo, i richiedenti asilo LGBTIQ sono spesso esposti a ulteriori pericoli al loro arrivo nell'UE e le loro esigenze possono essere diverse da quelle di altri richiedenti asilo<sup>69</sup>.

#### 4.1 Rafforzare l'impegno dell'UE per le questioni LGBTIQ in tutte le sue relazioni esterne

L'UE rafforzerà il proprio impegno per le questioni LGBTIQ nelle sue relazioni esterne, sia a livello politico sia tecnico. Si adopererà particolarmente per combattere la violenza, l'odio e la discriminazione e garantirà la difesa dei diritti delle persone LGBTIQ nei paesi partner.

Per quanto riguarda i paesi candidati e candidati potenziali, anche nel contesto dei negoziati di adesione e del processo di stabilizzazione e associazione, la Commissione farà pressione a favore dell'uguaglianza delle persone LGBTIQ nel dialogo politico e nelle misure di sostegno per combattere la violenza, l'odio e la discriminazione nei confronti delle persone LGBTIQ, compreso il sostegno alle organizzazioni della società civile attraverso lo strumento di assistenza preadesione (IPA). Sosterrà altresì il monitoraggio e la raccolta di dati sulla situazione delle persone LGBTIQ in questa regione e continuerà a monitorare e a riferire in merito alla loro situazione nelle relazioni per paese del pacchetto annuale sull'allargamento.

La Commissione condividerà le migliori pratiche in materia di lotta alla discriminazione e promozione dei diritti LGBTIQ oltre i confini dell'UE, attraverso la cooperazione e il dialogo con il Consiglio d'Europa, le Nazioni Unite e altri organismi internazionali e regionali competenti.

Il piano d'azione per i diritti umani e la democrazia 2020-2024<sup>70</sup> rinnova l'impegno dell'UE e chiede misure per combattere tutte le forme di discriminazione, con particolare attenzione alle molteplici forme di discriminazione interdipendenti. Condanna le leggi, le politiche e le pratiche discriminatorie, compresa la configurazione come reato delle relazioni tra persone dello stesso sesso. L'UE si attiverà per l'uguaglianza delle persone LGBTIQ nei consessi internazionali, costituirà partenariati internazionali fondati sui principi di uguaglianza e non discriminazione e dialogherà regolarmente con i paesi partner in materia di politica e diritti umani in linea con i suoi orientamenti per promuovere e tutelare i diritti umani delle persone LGBTIQ<sup>71</sup> e con i suoi orientamenti in materia di diritti umani sulla non discriminazione nell'azione esterna<sup>72</sup>.

Le organizzazioni locali della società civile che operano in prima linea per promuovere e proteggere i diritti delle persone LGBTIQ riceveranno sostegno tramite finanziamenti dell'UE.

La Commissione proseguirà nella sua azione di sostegno ai programmi nazionali, regionali e globali a favore dei difensori dei diritti umani LGBTIQ e delle loro organizzazioni. Attualmente sta prestando sostegno, ad esempio, per accrescere le capacità di:

- costruire potenti movimenti in tutto il mondo;
- rafforzare le iniziative locali, nazionali e regionali in materia di diritti umani; e
- creare alleanze regionali nelle regioni dell'allargamento e del vicinato, in Africa, Asia e Pacifico, America latina e Caraibi.

L'UE continuerà a offrire una risposta rapida per proteggere i difensori dei diritti delle persone LGBTIQ. La Commissione si adopererà ancora per garantire che gli aiuti umanitari rimangano sensibili al genere e all'età, siano commisurati alle esigenze dei diversi gruppi di genere e di età (comprese le comunità/le persone LGBTIQ) e siano in linea con i principi umanitari, tra cui quello dell'imparzialità (non discriminazione). Infine, il piano d'azione sulla parità di genere e l'emancipazione femminile nelle relazioni esterne (GAP III) per il periodo 2021-2025 si basa, tra l'altro, sul principio dell'intersezionalità e promuove la parità tra donne e uomini in tutta la loro diversità.

La crisi della COVID-19 ha anche aggravato la discriminazione e le violenze nei confronti delle persone LGBTIQ al di fuori dei confini europei. Nella sua risposta globale (Team Europa) alla COVID-19 dell'8 aprile 2020, l'UE ha adottato un approccio basato sui diritti umani, volto a "ricostruire meglio" e a sostenere società più eque, inclusive e sostenibili e ad attuare l'Agenda 2030, secondo il principio di

69 I richiedenti asilo LGBTIQ sono particolarmente a rischio di discriminazione, esclusione, molestie e violenza, compresa la violenza sessuale, nei centri di accoglienza e trattenimento nonché durante i colloqui. Possono essere privati di un'assistenza legale adeguata o di un'assistenza sanitaria vitale, come il trattamento ormonale continuo. Si veda ad esempio UNCHR, *Protecting persons with diverse sexual orientations and gender identities: a global report on UNHCR's efforts to protect lesbian, gay, bisexual, transgender, and intersex asylum-seekers and refugees* (dicembre 2015).

70 Piano d'azione dell'UE per i diritti umani e la democrazia 2020-2024, JOIN(2020) 5 final.

71 Consiglio, *Orientamenti per la promozione e la tutela dell'esercizio di tutti i diritti umani da parte di lesbiche, gay, bisessuali, trans e intersessuali (LGBTI)* (24 giugno 2013).

72 Consiglio, *Orientamenti dell'UE in materia di diritti umani sulla non discriminazione nell'azione esterna* (6337/19, 18 marzo 2019).

non lasciare indietro nessuno<sup>73</sup>. L'UE sta dando priorità alle misure sanitarie e socioeconomiche, anche per garantire che i servizi di sostegno e i servizi sociali essenziali rimangano a disposizione di tutti, e continuerà a promuovere e difendere i diritti umani, l'uguaglianza e la non discriminazione, condizioni di lavoro dignitose, la lotta contro la violenza nonché i valori fondamentali in tale contesto.

**Azioni chiave della Commissione europea:**

- ✓ attuare azioni a sostegno dei diritti delle persone LGBTIQ in linea con il piano d'azione sui diritti umani e la democrazia 2020-2024 e con gli orientamenti dell'UE volti a promuovere e tutelare l'esercizio di tutti i diritti umani da parte delle persone LGBTI;
- ✓ garantire il sostegno all'uguaglianza delle persone LGBTIQ nelle azioni nell'ambito degli strumenti NDICI e IPA.

## 5. Attuazione della strategia: utilizzare appieno le iniziative dell'UE

Per conseguire gli obiettivi stabiliti nella strategia, la Commissione combinerà le azioni mirate illustrate sopra con una maggiore integrazione dell'uguaglianza. La Commissione garantirà che la lotta contro la discriminazione delle persone LGBTIQ così come la promozione dell'uguaglianza siano integrate in tutte le politiche, nella legislazione e nei programmi di finanziamento dell'UE interni ed esterni. Questo compito sarà facilitato dalla prima commissaria europea per l'uguaglianza e dalla task force dedicata per la parità.

La strategia sarà attuata utilizzando l'intersezionalità come principio trasversale: l'orientamento sessuale, l'identità/l'espressione di genere e/o le caratteristiche sessuali saranno considerati insieme ad altre caratteristiche o identità personali, quali il sesso, la razza/l'origine etnica, la religione/le convinzioni personali, la disabilità e l'età. Tale principio serve a spiegare il ruolo che le intersezioni rivestono nelle esperienze di discriminazione e vulnerabilità dei singoli individui. Le donne LGBTIQ possono subire discriminazioni sia come donne che come persone LGBTIQ. Le persone LGBTIQ con disabilità possono incontrare ulteriori difficoltà nell'ottenere sostegno e informazioni, oltre che partecipare pienamente alla comunità LGBTIQ e alla società in generale, a causa di una mancanza di accessibilità, il che aggrava ancora di più la loro esclusione<sup>74</sup>. Le persone LGBTIQ con disabilità devono avere accesso alle informazioni sul sostegno e sui diritti in formati accessibili e alternativi, nonché agli spazi, ai luoghi e alle reti di sostegno LGBTIQ.

La strategia affronta anche le disuguaglianze evidenziate dalla crisi della COVID-19, che ha colpito in modo sproporzionato le persone vulnerabili della comunità LGBTIQ. Nell'ambito di questo lavoro, la Commissione incoraggerà gli Stati membri a sfruttare appieno le possibilità offerte da Next Generation EU per attenuare l'impatto sproporzionato della crisi e promuovere l'uguaglianza LGBTIQ. Inoltre la Commissione europea sarà pronta ad aiutare gli Stati membri a integrare la parità nell'elaborazione e nell'attuazione delle riforme attraverso lo strumento di sostegno tecnico<sup>75</sup>.

I finanziamenti dell'UE sono fondamentali per sostenere l'attuazione delle politiche dell'UE negli Stati membri. I fondi dell'UE gestiti dagli Stati membri devono andare a beneficio di tutti i cittadini dell'UE senza alcuna forma di discriminazione fondata sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età e l'orientamento sessuale. Attraverso un monitoraggio rigoroso, la Commissione e gli Stati membri devono garantire che i fondi dell'UE contribuiscano all'uguaglianza e che tutti i progetti finanziati dall'UE siano conformi al diritto dell'UE, compresi i trattati e la Carta dei diritti fondamentali. Se i progetti violano le norme antidiscriminatorie dell'UE, i finanziamenti possono essere sospesi o ritirati. La proposta della Commissione relativa a un nuovo regolamento re-

73 Commissione europea, *Comunicazione sulla risposta globale dell'UE alla pandemia di COVID-19*, 8.4.2020, JOIN(2020) 11 final: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020JC0011&from=EN>.

74 La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, cui aderiscono l'UE e tutti gli Stati membri, stabilisce principi generali che comprendono il diritto delle persone con disabilità al rispetto della loro intrinseca dignità, all'autonomia individuale (compresa la libertà di compiere scelte proprie), all'accessibilità, nonché alla piena ed effettiva partecipazione alla società e all'inclusione nella stessa.

75 L'istituzione dello strumento di sostegno tecnico è subordinata all'accordo del Parlamento europeo e del Consiglio sulla proposta di regolamento che istituisce uno strumento di sostegno tecnico, COM(2020) 409 final.



cante disposizioni comuni (RDC)<sup>76</sup> che stabilisce le norme per il periodo di programmazione 2021-2027 contiene una “condizione abilitante” relativa alla Carta<sup>77</sup>. Inoltre, per la selezione dei progetti, gli Stati membri sono tenuti a stabilire e applicare criteri e procedure che non siano discriminatori e tengano conto della Carta.

Sarà fondamentale disporre di dati affidabili e comparabili sull’uguaglianza per valutare la situazione delle persone LGBTIQ e contrastare efficacemente le disuguaglianze. La Commissione inviterà l’Agenzia per i diritti fondamentali (FRA) e l’Istituto europeo per l’uguaglianza di genere (EIGE) a continuare a fornire agli Stati membri assistenza tecnica e sostegno metodologico per la progettazione e l’attuazione di esercizi di raccolta di dati sulle persone LGBTIQ, per ragioni sia singole sia molteplici. Sosterrà inoltre la raccolta di dati intersezionali dettagliati da parte della FRA, dell’EIGE e degli Stati membri, in particolare attraverso il sottogruppo di dati sulla parità del gruppo ad alto livello sulla non discriminazione, l’uguaglianza e la diversità.

La Commissione organizzerà altresì una tavola rotonda sui dati sulla parità riunendo i principali portatori di interessi al fine di esaminare gli ostacoli che si frappongono alla raccolta di dati relativi all’origine razziale o etnica e individuare percorsi verso un approccio più armonizzato, anche relativamente ai dati intersezionali riguardanti, ad esempio, l’origine razziale o etnica e l’orientamento sessuale.

La Commissione (Eurostat) continuerà a lavorare sui dati relativi alla parità in generale, affrontando la questione direttamente con gli Stati membri nel contesto di riunioni tecniche con gli istituti nazionali di statistica, ove pertinente. Eurostat fornirà ai servizi della Commissione un sostegno metodologico per valutare la possibilità di raccogliere dati statistici sulle persone LGBTIQ messi a disposizione su base volontaria dagli Stati membri.

Nel 2023 sarà pubblicato un nuovo Eurobarometro sulla discriminazione nell’UE. La Commissione incoraggerà inoltre la FRA a condurre un’indagine approfondita sulle persone LGBTIQ nel 2024.

Gli Stati membri sono incoraggiati ad attingere alle migliori pratiche esistenti<sup>78</sup> e a sviluppare piani d’azione propri sull’uguaglianza delle persone LGBTIQ. L’obiettivo sarà quello di rafforzare la protezione contro la discriminazione delle persone LGBTIQ, garantire la verifica a livello nazionale degli obiettivi e delle azioni definiti nella presente strategia e integrarli con misure volte a promuovere l’uguaglianza delle persone LGBTIQ nei settori di competenza degli Stati membri. La Commissione continuerà inoltre a sostenere e rendere visibili gli sforzi delle città nel mettere in atto solide politiche di inclusione a livello locale, anche tramite la nomina annuale di una o più capitali europee dell’inclusione e della diversità.

Oltre a realizzare le azioni chiave definite nella presente strategia, la Commissione istituirà un sottogruppo sull’uguaglianza delle persone LGBTIQ nell’ambito del gruppo ad alto livello sulla non discriminazione, l’uguaglianza e la diversità per sostenere e monitorare i progressi compiuti negli Stati membri, anche in merito all’elaborazione di piani d’azione nazionali sull’uguaglianza delle persone LGBTIQ. Organizzerà riunioni periodiche, a livello politico e di esperti, con la società civile e gli Stati membri e parteciperà ai lavori della rete di punti focali LGBTI governativi del Consiglio d’Europa. Monitorerà regolarmente l’attuazione delle azioni illustrate nella presente strategia e presenterà una revisione intermedia nel 2023.

#### **Azioni chiave della Commissione europea:**

- ✓ valutare e monitorare il rispetto della condizione abilitante relativa alla Carta dei diritti fondamentali, come previsto nella proposta della Commissione relativa a un nuovo regolamento recante disposizioni comuni (RDC);
- ✓ monitorare l’attuazione dei programmi finanziati dall’UE per garantire che rispettino i principi dell’uguaglianza e il diritto dell’UE, compresi i trattati e la Carta dei diritti fondamentali;
- ✓ invitare la FRA e l’EIGE a continuare a fornire agli Stati membri assistenza tecnica e sostegno metodologico per la progettazione e l’attuazione di esercizi di raccolta di dati sulle persone LGBTIQ.

76 COM(2018) 375 final.

77 Nell’allegato III del regolamento sulle disposizioni comuni.

78 Come riportato nelle relazioni annuali dell’elenco di azioni della Commissione per promuovere l’uguaglianza delle persone LGBTI per il periodo 2015-2019, gli Stati membri hanno riferito in merito all’elaborazione dei propri piani d’azione nazionali per l’uguaglianza delle persone LGBTIQ. Tali piani d’azione sono preziosi in quanto costituiscono un impegno politico a contrastare la discriminazione delle persone LGBTIQ, accompagnato da azioni concrete per favorire l’uguaglianza.

**La Commissione coadiuverà gli Stati membri nelle azioni seguenti:**

- ✓ sviluppare piani nazionali sull'uguaglianza delle persone LGBTIQ.

## **6. Conclusioni: lavorare insieme per l'uguaglianza delle persone LGBTIQ**

La presente strategia si basa sulla visione di un'Europa in cui le persone, in tutta la loro diversità, sono uguali, in cui sono libere di vivere indipendentemente dall'orientamento sessuale, dall'identità o dall'espressione di genere o dalle caratteristiche sessuali.

Sebbene negli ultimi anni l'Europa abbia compiuto progressi graduali, questa strategia per l'uguaglianza delle persone LGBTIQ segna una nuova fase del nostro lavoro volto a promuovere la parità per le persone lesbiche, gay, bisessuali, trans, non binarie, intersessuali e queer, continuando nel contempo a porre l'accento sui settori prioritari. Essa sottolinea inoltre la necessità di integrare una prospettiva di uguaglianza delle persone LGBTIQ in tutte le politiche dell'UE e nei programmi di finanziamento dell'Unione.

Combattere le disuguaglianze nell'UE è una responsabilità condivisa, che richiede sforzi congiunti e azioni a tutti i livelli. Le istituzioni e le agenzie dell'UE, gli Stati membri, comprese le autorità regionali e locali, gli organismi per la parità, la società civile e le imprese devono rafforzare il loro impegno per realizzare gli obiettivi della strategia.

Tutte le istituzioni dovrebbero impegnarsi chiaramente a perseguire una strategia comune. La Commissione invita il Parlamento europeo a rinnovare il suo impegno e a sostenere l'attuazione della strategia e il Consiglio ad adottare conclusioni per dare seguito alla strategia. Invita il Comitato delle regioni e il Comitato economico e sociale europeo a promuovere il dialogo con le autorità locali e regionali e la società civile, comprese le parti sociali, su come promuovere l'uguaglianza delle persone LGBTIQ. Attraverso indagini periodiche, assistenza tecnica e sostegno metodologico agli Stati membri, l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali e l'Istituto europeo per l'uguaglianza di genere continueranno a sostenere l'uguaglianza delle persone LGBTIQ.

La discriminazione, la violenza e l'odio nei confronti delle persone LGBTIQ sono contrari ai valori fondamentali dell'Unione europea e vanno eliminati. Insieme possiamo abbattere gli ostacoli all'uguaglianza delle persone LGBTIQ e compiere entro il 2025 progressi evidenti verso un'UE in cui le persone LGBTIQ, in tutta la loro diversità, siano sicure e abbiano pari opportunità di partecipare pienamente alla società, sviluppando appieno le proprie potenzialità.

---

## *Osservatorio decisioni*

*Cassazione civile, sez. I*

**Ordinanza 15 dicembre 2020, n. 28646<sup>1</sup>**

PROCEDIMENTO CIVILE - LEGITTIMAZIONE ATTIVA - DIRITTI DELLA PERSONALITÀ - ATTI DISCRIMINATORI IN AMBITO LAVORATIVO - ART. 5 DEL D.LGS. N. 216 DEL 2003 - ASSOCIAZIONE ESPONENZIALE DEGLI INTERESSI LESI - LEGITTIMAZIONE ATTIVA - REQUISITI - VALUTAZIONE IN FATTO RISERVATA AL GIUDICE DI MERITO

In tema di parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro, l'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 216 del 2003, come modificato dall'articolo 8-septies del d.l. n. 59 del 2008, conv. con modif. dalla l. n. 101 del 2008, costituisce esplicitazione della facoltà riconosciuta agli stati membri dall'art. 8 della dir. 2000/78/CE di concedere una tutela più incisiva di diritto nazionale rispetto agli atti discriminatori in ambito lavorativo, attribuendo ad un'associazione, che sia rappresentativa del diritto o dell'interesse leso - secondo un accertamento in fatto riservato al giudice di merito ed insindacabile in sede di legittimità -, la legittimazione ad avviare un giudizio per fare rispettare gli obblighi della direttiva ed eventualmente ottenere il risarcimento del danno. [Massima CED]

*Riferimenti normativi:* D.lgs. n. 216 del 2003, art. 5; Dir. 2000/78/CE, art. 8

DIVIETO DI ATTI DISCRIMINATORI IN AMBITO LAVORATIVO - ART. 5 DEL D.LGS. N. 216 DEL 2003 - DICHIARAZIONE DI NON ASSUNZIONE DI OMOSESSUALI - DIRITTO DI LIBERA MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO - ASSENZA DI PROCEDURE DI SELEZIONE DI UN LAVORATORE IN CORSO - IRRILEVANZA

In materia di tutela del diritto dell'aspirante al lavoro, il diritto costituzionalmente riconosciuto di manifestare liberamente il proprio pensiero non può spingersi sino a violare altri principi di pari rango, assumendo pertanto carattere discriminatorio le dichiarazioni rilasciate dal titolare di uno studio legale tali da dissuadere gli aspiranti, aventi un diverso orientamento sessuale, dal presentare le proprie candidature all'assunzione, anche in assenza di una procedura di selezione in corso. [Massima CED]

*Riferimenti normativi:* D.lgs. n. 216 del 2003, artt. 2 e 3; Dir. 2000/78/CE, art. 2

1 Nota di richiami: La decisione della Prima sezione della Suprema Corte scrive l'ultimo capitolo di una vicenda che aveva esordito con un'ordinanza di accertamento della discriminazione per orientamento sessuale posta in essere da un noto avvocato italiano. La condotta discriminatoria si è sostanziata nelle dichiarazioni durante una trasmissione radiofonica secondo cui non avrebbe mai assunto nel suo studio legale un avvocato omosessuale. Il Tribunale di Bergamo accertava con ordinanza di data 6 agosto 2014 il carattere discriminatorio e condannava al risarcimento della somma di Euro 10.000, oltre rifusione delle spese di lite. La Corte di appello di Brescia con sentenza n. 529 dell'23 gennaio 2015 (in questa *Rivista*, 2015, n. 1, p. 298) rigettava l'appello del noto avvocato, compensando le spese. Questi, tuttavia, ricorreva in cassazione. La prima sezione riteneva di sollevare questione pregiudiziale ex art. 267 TFUE, chiedendo raggugli ermeneutici rispetto tanto alla legittimazione attiva riconosciuta in capo ad associazioni portatrici di finalità di protezione degli interessi lesi dalle dichiarazioni discriminatorie quanto al bilanciamento con la libertà di espressione. Si tratta di questioni che lasciano alquanto sorpresi, considerato che la direttiva 2000/78 e la giurisprudenza della Corte di giustizia non lasciavano ragionevoli dubbi applicativi. Il giudice unionale nella massima formazione ha dato risposta nella sentenza del 23 aprile 2020, NH, C507/18, ECLI:EU:C:2020:289, su cui, in questo numero della *Rivista*, vedi il commento di F. Hamilton, *NH v Lenford: One Further Step in the Continuing Evolution of Sexual Orientation Non-Discrimination Rights Before the European Union*. Infine, riassunto il giudizio, la Prima sezione pone termine alla vicenda con l'ordinanza pubblicata, rigettando il ricorso. Quanto non sorprende, perché dato statistico ricorrente, è la piena compensazione delle spese di giudizio, ciò che non può non porre dubbi in termini di esistenza di un rimedio effettivo in Italia contro le discriminazioni. Si raffrontino, infatti, i costi di ben quattro giudizi rispetto alla somma cui è stato condannato il soggetto discriminante: euro 10.000. [A.S.]



LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:  
Dott. GENOVESE Francesco Antonio - Presidente -  
Dott. SCOTTI Umberto Luigi Cesare - rel. Consigliere -  
Dott. PARISE Clotilde - Consigliere -  
Dott. TRICOMI Laura - Consigliere -  
Dott. TERRUSI Francesco - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso 13996/2015 proposto da:

avvocato T.C., in giudizio in proprio ex art. 86 c.p.c. elettivamente domiciliato in Roma, Via Federico Cesi 21, presso il proprio studio;

- ricorrente -

contro

Associazione Diritti LGBTI - Rete Lenford, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliato in Roma Via Quirino Majorana 171, presso lo studio dell'avvocato Caterina Caput, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato Alberto Guariso, rispettivamente in forza di procura speciale in calce all'atto di costituzione di nuovo co-difensore del 15/7/2020 e a margine del controricorso;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 529/2014 della CORTE D'APPELLO di BRESCIA, depositata il 23/01/2015;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 11/11/2020 dal Consigliere Dott. UMBERTO LUIGI CESARE GIUSEPPE SCOTTI;

lette le conclusioni del Pubblico Ministero in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CAPASSO LUCIO, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

## Svolgimento del processo

1. Con ricorso ai sensi del D.Lgs. n. 150 del 2011, art. 28 e art. 702 bis c.p.c. dinanzi al Tribunale di Bergamo, in funzione di giudice del lavoro, l'Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI (lesbian-gay-bisexual-transgender-intersexual)-Rete Lenford (di seguito: Associazione o Rete Lenford) ha convenuto l'Avv. T.C., al fine di ottenere l'accertamento del carattere discriminatorio delle dichiarazioni da lui rese nel corso di un'intervista radiofonica, consistite nell'aver egli affermato di non volere assumere e di non volersi avvalere della collaborazione, nel proprio studio, di persone omosessuali.

Con ordinanza del 6/8/2014, il Tribunale ha accolto il ricorso, dichiarando illecito, alla luce del suo carattere discriminatorio, il comportamento tenuto dall'odierno ricorrente, condannandolo per l'effetto al risarcimento del danno nella misura di Euro 10.000,00 ed ordinando la pubblicazione in estratto del provvedimento su di un quotidiano nazionale e condannando il convenuto altresì al pagamento delle spese di lite.

2. Avverso tale provvedimento ha proposto appello, ai sensi dell'art. 702 quater c.p.c., l'avv. T.C., sollevando plurime censure di rito e di merito; in particolare l'appellante ha censurato il mancato rilievo officioso del difetto di legittimazione, sia processuale sia sostanziale, dell'Associazione, non potendo la stessa considerarsi ente esponenziale di diritti e/o interessi diffusi; ha eccepito l'incompetenza funzionale del giudice adito, con conseguente nullità del procedimento e dell'ordinanza impugnata ai sensi dell'art. 158 c.p.c.; ha contestato altresì la decisione di primo grado per aver rigettato l'eccezione di nullità del ricorso per mancanza dell'avvertimento ex art. 163 c.p.c., comma 2, n. 7; nel merito, ha dedotto l'inesistenza di un comportamento discriminatorio "diretto", la non corretta interpretazione ed applicazione dell'art. 3 medesimo D.Lgs. ed il difetto di motivazione.

L'appellante avv. T. ha inoltre sollevato questione di illegittimità costituzionale del combinato disposto del D.Lgs. n. 216 del 2003, art. 2, lett. a) e b) e art. 3, lett. a), in relazione all'art. 21 Cost.; ha poi contestato l'erronea applicazione del principio dell'onere della prova, come disciplinato dal D.Lgs. n.

150 del 2011, art. 28, comma 4. Infine, ha negato la sussistenza di un danno in capo all'Associazione e contestato la propria condanna al risarcimento e alle spese di lite.

La Corte d'appello di Brescia, con sentenza n. 529 del 23/1/2015, ha respinto integralmente l'impugnazione proposta, confermando in toto l'ordinanza conclusiva del giudizio di primo grado, compensando le spese del giudizio di appello.

3. Avverso questa sentenza, con atto notificato il 29/5/2015, ha proposto ricorso per cassazione il soccombente avv. T., sulla base di nove motivi, illustrati da memoria.

Ha resistito con controricorso l'Associazione intimata, depositando, altresì, una memoria.

Con ordinanza interlocutoria n. 19443 del 30/5/2018, la Corte ha ritenuto di richiedere, in via pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE, l'intervento interpretativo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in relazione alle seguenti questioni, attinenti al secondo e quinto motivo di ricorso:

1. "Se l'interpretazione dell'art. 9 della direttiva n. 2000/78/CE sia nel senso che un'associazione, composta da avvocati specializzati nella tutela giudiziale di una categoria di soggetti a differente orientamento sessuale la quale, nello statuto, dichiara il fine di promuovere la cultura e il rispetto dei diritti della categoria, si ponga automaticamente come portatrice di un interesse collettivo e associazione di tendenza non profit, legittimata ad agire in giudizio, anche con una domanda risarcitoria, in presenza di fatti ritenuti discriminatori per detta categoria";
2. "Se rientri nell'ambito di applicazione della tutela antidiscriminatoria predisposta dalla direttiva n. 2000/78/CE, secondo l'esatta interpretazione dei suoi artt. 2 e 3, una dichiarazione di manifestazione del pensiero contraria alla categoria delle persone omosessuali, con la quale, in un'intervista rilasciata nel corso di una trasmissione radiofonica di intrattenimento, l'intervistato abbia dichiarato che mai assumerebbe o vorrebbe avvalersi della collaborazione di dette persone nel proprio studio professionale, sebbene non fosse affatto attuale nè programmata dal medesimo una selezione di lavoro".

A seguito del rinvio pregiudiziale, il procedimento è stato sospeso ai sensi dell'art. 295 c.p.c. La Corte di Giustizia UE (Grande Sezione), con sentenza del 23/4/2020, ha così statuito:

- 1) "La nozione di condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro contenuta nell'art. 3, par. 1, letta della direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretata nel senso che in essa rientrano delle dichiarazioni rese da una persona nel corso di una trasmissione audiovisiva secondo le quali tale persona mai assumerebbe o vorrebbe avvalersi, nella propria impresa, della collaborazione di persone di un determinato orientamento sessuale, e ciò sebbene non fosse in corso o programmata una procedura di selezione di personale, purchè il collegamento tra dette dichiarazioni e le condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro in seno a tale impresa non sia ipotetico."
- 2) "La direttiva 2000/78 deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale in virtù della quale un'associazione di avvocati, la cui finalità statutaria consista nel difendere in giudizio le persone aventi segnatamente un determinato orientamento sessuale e nel promuovere la cultura e il rispetto dei diritti di tale categoria di persone, sia, in ragione di tale finalità e indipendentemente dall'eventuale scopo di lucro dell'associazione stessa, automaticamente legittimata ad avviare un procedimento giurisdizionale inteso a far rispettare gli obblighi risultanti dalla direttiva summenzionata e, eventualmente, ad ottenere il risarcimento del danno, nel caso in cui si verificano fatti idonei a costituire una discriminazione, ai sensi di detta direttiva, nei confronti della citata categoria di persona e non sia identificabile una persona lesa."

Entrambe le parti hanno chiesto fissarsi udienza per la prosecuzione del giudizio ex art. 297 c.p.c., essendo venuta meno la causa della sospensione.

Il Procuratore generale ha concluso per il rigetto del ricorso. Entrambe le parti hanno depositato ulteriore memoria illustrativa.

## Motivi della decisione

1. Con il primo motivo, il ricorrente deduce la violazione o la falsa applicazione dell'art. 437 c.p.c., non avendo la Corte territoriale provveduto alla lettura del dispositivo in udienza, con la conseguente nullità della sentenza ex art. 156 c.p.c., comma 2, trattandosi di rito del lavoro.
- 1.1. Il ricorrente, premesso che il giudizio era stato introdotto con il rito sommario di cognizione ex art. 702 bis c.p.c. e D.Lgs. n. 150 del 2011, art. 28 innanzi al Giudice del lavoro e che l'appello era stato introdotto con ricorso secondo il rito lavoristico e nel rispetto dei termini di cui all'art. 702 quater c.p.c., ritiene che il giudizio d'appello avrebbe dovuto svolgersi secondo il rito "ordinario" del lavoro; di conseguenza, la

Corte territoriale avrebbe violato il disposto dell'art. 437 c.p.c., non procedendo alla lettura del dispositivo in udienza, con conseguente nullità della sentenza.

1.2. Il motivo è infondato.

La controversia in questione non è soggetta al rito del lavoro e comunque non è stata trattata secondo quel rito.

Il D.Lgs. 1 settembre 2011, n. 150, art. 28 (recante "Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi della L. 18 giugno 2009, n. 69, art. 54", cosiddetto "decreto riti") ha stabilito che le controversie in materia di discriminazione previste dal D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 44, dal D.Lgs. 9 luglio 2003, n. 215, art. 4 dal D.Lgs. 9 luglio 2003, n. 216, art. 4 (attuazione della direttiva 2000/78/C1 per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, che è il caso di specie), dalla L. 1 marzo 2006, n. 67, art. 3 e dal D.Lgs. 11 aprile 2006, n. 198, art. 55-quinquies sono regolate dal rito sommario di cognizione, ove non diversamente disposto dallo stesso articolo.

Come lo stesso ricorrente espressamente afferma a pag.14 del suo ricorso, l'art. 702 quater c.p.c., in materia di appello nel rito sommario di cognizione, non contiene alcuna previsione relativa al rito ed al modello del giudizio d'impugnazione, limitandosi a prevedere che "l'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 702 ter, comma 6 produce gli effetti di cui all'art. 2909 c.c. se non è appellata entro trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione. Sono ammessi nuovi mezzi di prova e nuovi documenti quando il collegio li ritiene indispensabili ai fini della decisione, ovvero la parte dimostra di non aver potuto proporli nel corso del procedimento sommario per causa ad essa non imputabile."

A fronte del silenzio serbato dal legislatore, la giurisprudenza di questa Corte, dapprima con l'ordinanza del 26/06/2014, n. 14502 in riferimento all'appello ex art. 702 quater c.p.c., contro l'ordinanza del Tribunale reiettiva del ricorso avverso il diniego di permesso di soggiorno per motivi familiari di cui al D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 30, comma 1, lett. a), poi con la sentenza delle Sezioni Unite 10/02/2014, n. 2907 (con riferimento all'appello avverso sentenze in materia di opposizione ad ordinanza-ingiunzione, pronunciate ai sensi della L. 24 novembre 1981, n. 689, art. 23 in giudizi iniziati prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. 1 settembre 2011, n. 150) E infine, con la sentenza resa dalle SS.UU. della Cass. del 9/19/2018, n. 28575, ha ritenuto che la previsione legislativa della possibilità dell'appello, riguardo ad una decisione emessa a seguito di procedimento di primo grado regolato da un rito sommario (nella specie quello di cui al D.Lgs. n. 150 del 2011, art. 28) imponesse - in difetto di diversa regolamentazione legislativa, nel caso ritenuta sussistente - di identificare la disciplina dell'impugnazione in quella prevista per l'ordinario processo di cognizione.

Invero, l'assenza nell'art. 702 quater di alcuna regolamentazione circa la forma dell'appello implicava l'esclusione di una sorta di "trascinamento del rito" di cui al giudizio sommario di primo grado (cfr. Sez. Un. 9/10/2018, n. 28575 cit.), con la conseguenza che, salva l'applicazione diretta del disposto del secondo e del terzo inciso dell'art. 702 quater (che si sovrappongono alla disciplina dell'appello ordinario e, peraltro, con previsione che, almeno fino alla modifica del comma 3 dell'art. 345 c.p.c., operata dal D.L. n. 83 del 2012, art. 54, comma 1, lett. b), convertito nella L. n. 134 del 2012, erano rimaste prive di effettiva specialità), l'appello rimane regolato dalle norme disciplinatrici del rito ordinario.

1.3. Appare ininfluenza, poi, che il giudizio di impugnazione sia stato assegnato alla sezione lavoro della Corte di appello di Roma per ragioni di competenza tabellare e in coerenza con l'assegnazione del giudizio di primo grado, circostanza questa che assume rilievo solo nella prospettiva della distribuzione interna degli affari, priva di ricadute sulla determinazione del rito da seguire.

Nè si può condividere l'argomento speso dal ricorrente nella memoria del 17/5/2018 per desumere dal riferimento alla competenza per materia del giudice del lavoro contenuto nella sentenza impugnata, in sede di esame del secondo motivo di appello, la "presuntiva" applicazione delle norme di quel rito.

Le norme del rito del lavoro non sono state applicate nel giudizio di secondo grado, così come non lo erano state nel primo (pag.2, primo rigo, dello svolgimento del processo), nè il ricorrente indica come e in qual modo sarebbero state applicate dalla Corte bresciana.

Nel trattare del secondo motivo di gravame, poi, alle pagine 13 e 14 della sentenza impugnata, la Corte territoriale si pronuncia sulla competenza e non sul rito, per giunta precisando, del tutto correttamente, che non si poneva un problema di competenza ma solo di rispetto delle disposizioni tabellari all'interno dello stesso ufficio giudiziario.

1.4. In sintesi: il rito del lavoro non è stato applicato e non doveva esserlo.

2. Con il secondo motivo, il ricorrente censura la violazione o falsa applicazione degli artt. 75, 81 e 100 c.p.c., nonché la falsa applicazione del D.Lgs. 9 luglio 2003, n. 216, art. 5.

2.1. Il ricorrente lamenta che la Corte del merito abbia ravvisato la capacità processuale e la legittimazione ad agire dell'associazione, nonostante questa sia composta esclusivamente da avvocati, o praticanti tali, e sia specializzata nella difesa giudiziaria dei diritti di tali persone.

Secondo il ricorrente, resta dunque priva di rilievo l'enunciazione statutaria dell'intento di diffonderne la "cultura" delle persone LGBT, mero presupposto ideologico dell'associazione medesima;

viceversa, un'associazione può dirsi portatrice di interessi collettivi ed ente di essi esponenziale solo ove partecipata dai soggetti attivi per la realizzazione di tali interessi.

Ciò non potrebbe predicarsi di un'associazione composta esclusivamente di avvocati, il cui vero obiettivo è quello di offrire tutela giudiziaria e che non può quindi ritenersi ente rappresentativo dell'interesse della categoria.

Si porrebbe quindi - prosegue il ricorrente - un problema di sostituzione processuale ex art. 81 c.p.c., in difetto di una specifica disposizione legislativa che preveda la qualità di ente esponenziale in capo all'Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI Rete Lenford. 2.2. La Corte d'appello, dopo la ricostruzione della disciplina Europea e nazionale sul punto, ha riconosciuto la legittimazione ad agire dell'Associazione, in quanto dedita alla "tutela dei diritti e degli interessi delle persone omosessuali", in considerazione dello statuto di quest'ultima, secondo il quale essa "ha lo scopo di contribuire a sviluppare e diffondere la cultura e il rispetto dei diritti delle persone LGBTI, sollecitando l'attenzione del mondo giudiziario", e "gestisce la formazione di una rete di avvocati (...), favorisce e promuove la tutela giudiziaria, nonché l'utilizzazione degli strumenti di tutela collettiva, presso le Corti nazionali e internazionali".

Rete Lenford è stata ritenuta associazione rappresentativa dell'interesse leso D.Lgs. n. 216 del 2003, ex art. 5 sulla base della deduzione, ex adverso non contestata, dello svolgimento di "una imponente attività di formazione, informazione e sensibilizzazione sul tema dei diritti delle persone e delle coppie omosessuali", "della pubblicazione di diversi volumi sul tema", dell'offerta, tramite gli avvocati associati, di "consulenza legale a diversi cittadini omosessuali in tema di discriminazione, arrivando ad ottenere anche pronunce della Corte Costituzionale (n. 138/2010) e della Corte di Cassazione (n. 4184/2012) in materia di matrimonio tra persone dello stesso sesso".

- 2.3. Il quesito posto alla Corte di Giustizia UE con l'ordinanza interlocutoria di questa Corte riguardava direttamente l'interpretazione della norma Europea e domandava: "Se l'interpretazione dell'art. 9 della direttiva n. 2000/78/CE sia nel senso che un'associazione, composta da avvocati specializzati nella tutela giudiziale di una categoria di soggetti a differente orientamento sessuale la quale, nello statuto, dichiara il fine di promuovere la cultura e il rispetto dei diritti della categoria, si ponga automaticamente come portatrice di un interesse collettivo e associazione di tendenza non profit, legittimata ad agire in giudizio, anche con una domanda risarcitoria, in presenza di fatti ritenuti discriminatori per detta categoria".
- 2.3.1. La Corte di Giustizia UE con la sentenza 23/4/2020 ha risposto che: "La direttiva 2000/78 deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale in virtù della quale un'associazione di avvocati, la cui finalità statutaria consista nel difendere in giudizio le persone aventi segnatamente un determinato orientamento sessuale e nel promuovere la cultura e il rispetto dei diritti di tale categoria di persone, sia, in ragione di tale finalità e indipendentemente dall'eventuale scopo di lucro dell'associazione stessa, automaticamente legittimata ad avviare un procedimento giurisdizionale inteso a far rispettare gli obblighi risultanti dalla direttiva summenzionata e, eventualmente, ad ottenere il risarcimento del danno, nel caso in cui si verificano fatti idonei a costituire una discriminazione, ai sensi di detta direttiva, nei confronti della citata categoria di persona e non sia identificabile una persona lesa".
- 2.3.2. Più in dettaglio, la Corte di Giustizia - come sottolinea l'avv. T. nella sua memoria, ma non nega neppure l'Associazione Rete Lenford - ha risposto, in motivazione, in senso negativo al quesito circa l'interpretazione del diritto Europeo.

La Corte di Giustizia ha ricordato infatti che "ai sensi dell'art. 9, par. 2 della direttiva 2000/78, gli Stati membri riconoscono alle associazioni, organizzazioni e altre persone giuridiche che, conformemente ai criteri stabiliti dalle rispettive legislazioni nazionali, abbiano un legittimo interesse a garantire che le disposizioni di tale direttiva siano rispettate, il diritto di avviare, in via giurisdizionale o amministrativa, per conto o a sostegno di una persona che si ritenga lesa e con il suo consenso, una procedura finalizzata all'esecuzione degli obblighi derivanti dalla direttiva suddetta".

Il diritto dell'Unione, quindi, non esige che ad un'associazione, come l'odierna controricorrente, sia riconosciuta negli Stati membri la legittimazione ad avviare un procedimento giurisdizionale inteso a far rispettare gli obblighi scaturenti dalla direttiva 2000/78, nel caso in cui non sia identificabile alcuna persona lesa.

- 2.3.3. La Corte di Giustizia ha aggiunto, tuttavia, che il diritto dell'Unione (art. 8) ammette gli Stati membri a concedere una tutela più incisiva di diritto nazionale rispetto agli atti discriminatori in ambito lavorativo (nel caso basati sull'orientamento sessuale) e soprattutto che non contrasta con il diritto dell'Unione una normativa nazionale che preveda la legittimazione attiva di un'associazione esponenziale, anche composta da avvocati, a prescindere dal suo scopo o meno di lucro.

Secondo la CGUE, quindi, uno Stato membro ben può operare una scelta estensiva, avvalendosi della facoltà sancita dall'art. 8, paragrafo 1, della direttiva 2000/78, letto alla luce del considerando 28, che stabilisce che gli Stati membri possono introdurre o mantenere, per quanto riguarda il principio della parità di trattamento, disposizioni più favorevoli di quelle previste nella direttiva stessa.



In tal caso, spetta a tale Stato decidere se e a quali condizioni un'associazione possa avviare un procedimento giurisdizionale inteso a far constatare l'esistenza di una discriminazione vietata dalla direttiva n. 78 del 2000 e a far sanzionare tale discriminazione, nonchè stabilire "se lo scopo di lucro o meno dell'associazione debba avere un'influenza sulla valutazione della legittimazione dell'associazione stessa ad agire in tal senso".

In tale prospettiva - ha sostenuto la Corte di Giustizia UE l'art. 9, paragrafo 2, della direttiva 2000/78 non osta in alcun modo a che uno Stato membro, nella propria normativa nazionale, riconosca alle associazioni aventi un legittimo interesse a far garantire il rispetto di tale direttiva il diritto di avviare procedure giurisdizionali o amministrative intese a far rispettare gli obblighi derivanti dalla direttiva stessa senza agire in nome di una determinata persona lesa ovvero in assenza di una persona lesa identificabile (sentenza del 25/4/2013, *Asociatia Accept*, C-81/12, EU:C:2013:275, punto 37).

- 2.4. La questione interpretativa si trasferisce quindi sul versante del diritto nazionale; a tal proposito la Corte di Giustizia ammette entrambe le soluzioni e del resto l'Italia ha sostenuto nel giudizio dinanzi alla CGUE che la questione, in ultima analisi, atteneva al diritto nazionale.
- 2.4.1. il D.Lgs. 9 luglio 2003, n. 216, art. 5 al comma 1 prevede che "le organizzazioni sindacali, le associazioni e le organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso (...) sono legittimate ad agire ai sensi dell'art. 4, in nome e per conto del soggetto passivo della discriminazione, contro la persona fisica o giuridica cui è riferibile il comportamento o l'atto discriminatorio".

Al comma 2 aggiunge però che "i soggetti di cui al comma 1 sono altresì legittimati ad agire nei casi di discriminazione collettiva qualora non siano individuabili in modo diretto ed immediato le persone lese dalla discriminazione".

- 2.4.2. Giova ricordare che il D.Lgs. 9 luglio 2003, n. 216, art. 5 così corretto dal D.Lgs. 2 agosto 2004, n. 256, art. 2 recitava originariamente:

"Le rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale, in forza di delega, rilasciata per atto pubblico o scrittura privata autenticata, a pena di nullità, sono legittimate ad agire ai sensi dell'art. 4, in nome e per conto o a sostegno del soggetto passivo della discriminazione, contro la persona fisica o giuridica cui è riferibile il comportamento o l'atto discriminatorio.

Le rappresentanze locali di cui al comma 1 sono, altresì, legittimate ad agire nei casi di discriminazione collettiva qualora non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione."

- 2.4.3. Il testo attuale è il frutto di modifiche apportate nel 2008 ad opera del D.L. 8 aprile 2008, n. 59, art. 8-septies inserito dalla L. 6 giugno 2008, n. 101, art. 1 in sede di conversione, in seguito e in relazione alla messa in mora subita dall'Italia nell'ambito della procedura di infrazione n. 2006/2441, relativa alla non corretta applicazione della direttiva 2000/78/CE sulla parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro.
- 2.4.4. La definizione degli enti esponenziali legittimati ossia "le associazioni e le organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso" è sostanzialmente assimilabile a quella contenuta nell'art. 9 della Direttiva, dove si parla delle "associazioni, organizzazioni e altre persone giuridiche che, conformemente ai criteri stabiliti dalle rispettive legislazioni nazionali, abbiano un interesse legittimo a garantire che le disposizioni della presente direttiva siano rispettate".

Il criterio scelto dal legislatore per attribuire la legittimazione alle associazioni e alle organizzazioni è quello della rappresentatività dell'interesse leso, senza richiedere che i soci e aderenti ne siano specificamente e personalmente titolari.

Nulla osta quindi, sul terreno del diritto nazionale, al pari di quello Europeo, come chiarito dalla Corte di Giustizia, a che l'associazione esponenziale raccolga le adesioni di avvocati con la finalità statutaria, fra l'altro, di difendere in giudizio le persone caratterizzati da un certo orientamento sessuale (LGBTI) piuttosto che associare persone di quell'orientamento.

- 2.4.5. E' pur vero che la norma in questione attribuisce la legittimazione ad agire agli enti esponenziali, in difetto di un intervento pubblico preventivo selettivamente teso ad accertare la rappresentatività dell'associazione, in difformità dalla disciplina prevista in altri settori in cui la legittimazione presuppone l'iscrizione in un albo pubblico o comunque un controllo pubblico (cfr. ordinanza interlocutoria, pag.9: elenco D.Lgs. 9 luglio 2003, n. 215, ex art. 5 di attuazione della direttiva 2000/43/CE, con riguardo alla discriminazione a causa della razza; D.P.R. n. 31 agosto 1999, n. 394, art. 52, comma 1, lett. a), in tema di registro delle associazioni, degli enti e degli altri organismi privati che svolgono le attività a favore degli stranieri immigrati; D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, artt. 137 e 139 in tema di associazione dei consumatori e degli utenti; L. 8 luglio 1986, n. 349, artt. 13 e 18 in materia di danno ambientale; nonchè - può aggiungersi - art. 840 bis c.p.c., comma 2, in tema di legittimazione all'azione di classe in capo a organizzazioni e associazioni iscritte in un elenco pubblico istituito presso il Ministero della giustizia).
- 2.4.6. Il dato testuale appare tuttavia insuperabile, tanto più che il legislatore del 2008 è intervenuto sul tessuto di una norma che prevedeva un requisito di rappresentatività relativo alle organizzazioni sindacali

e ha inteso allargare la platea dei soggetti legittimati, senza porre alcun altro requisito che la rappresentatività del diritto o dell'interesse leso, in evidente e quindi non casuale divergenza dalla norma "gemella" contenuta nel D.Lgs. n. 215 del 2003, art. 15 in tema di discriminazioni etniche e razziali, pur oggetto anch'essa di contestuale intervento di revisione ad opera dello stesso D.L. n. 59 del 2008 con l'art. 8 sexies, esso pure introdotto dalla legge di conversione.

2.4.7. Non vi è neppure spazio per il dubbio di legittimità costituzionalità, adombrato dal ricorrente, a fronte dell'evidente esercizio di una discrezionalità legislativa.

2.4.8. Non possono essere condivise neppure le argomentazioni del ricorrente, sviluppate per vero solo con la memoria illustrativa del 29/10/2020, rivolte ad invocare il principio di equivalenza di tutela.

Nel caso in esame coloro che fanno valere diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione non soffrono alcun svantaggio di protezione rispetto a coloro che invocano situazioni giuridiche soggettive nazionali, visto che la disciplina italiana assimila completamente i presupposti della legittimazione attiva nei due commi del D.Lgs. n.216 del 2003, art. 5.

Nella fattispecie, poi, il principio di equivalenza verrebbe invocato come fuor d'opera e solo per restringere la tutela accordata dall'ordinamento nazionale, non per ampliarla nei diversi settori ove il nostro ordinamento avrebbe introdotto indebite restrizioni.

2.4.9. Con la memoria del 29/10/2020 il ricorrente avv. T. insiste sulla necessità dell'esclusione dello scopo di lucro dell'associazione esponenziale.

Al riguardo Rete Lenford contesta le avversarie osservazioni e sostiene che il suo statuto esclude espressamente lo scopo di lucro e offre prove documentali in questo senso.

A tal proposito occorre ricordare, in primo luogo, che la Corte di Giustizia, specificamente sollecitata dall'ordinanza di rimessione n. 19443 del 2018 (pag.11) con riferimento alla raccomandazione della Commissione Europea dell'11/6/2013 (2013/396/UE) ha espressamente escluso che il diritto Europeo osti a una normativa nazionale che attribuisca la legittimazione attiva scaturente dalla direttiva n. 78 del 2000 a far rispettare gli obblighi "indipendentemente dall'eventuale scopo di lucro dell'associazione stessa", chiarendo che l'introduzione o meno di tale requisito rientra nelle facoltà degli Stati membri (cfr p. 64).

In secondo luogo, va constatato che il D.Lgs. n. 216 del 2003, art. 5 non richiede, almeno esplicitamente, il requisito dell'assenza dello scopo di lucro, oggettivo (che si ha quando l'attività svolta ha come scopo la produzione di utili) o soggettivo (che si ha quando gli utili vanno ai soci, anzichè finanziare attività di carattere ideale, culturale, benefico ecc.).

2.4.9.1. La Corte osserva tuttavia che il secondo motivo di ricorso (pag.15-16 del ricorso) non propone affatto tale questione.

Come si è ricordato, il ricorrente ha contestato che Rete Lenford fosse un ente esponenziale legittimato sia perchè composta esclusivamente da avvocati, sia perchè il suo "vero scopo" sarebbe solo quello di offrire tutela giudiziaria, sia perchè mancherebbe un crisma legislativo, sia perchè la Corte di appello di Brescia avrebbe errato accogliendo una interpretazione estensiva.

La questione dello scopo o meno di lucro dell'Associazione controricorrente è estranea al motivo di ricorso, così ampliato indebitamente con la memoria.

Nel giudizio civile di legittimità, con le memorie di cui all'art. 378 c.p.c., destinate esclusivamente ad illustrare ed a chiarire i motivi della impugnazione, ovvero alla confutazione delle tesi avversarie, non possono essere dedotte nuove censure nè sollevate questioni nuove, che non siano rilevabili d'ufficio, e neppure può essere specificato, integrato o ampliato il contenuto dei motivi originari di ricorso (Sez. 2, n. 24007 del 12/10/2017, Rv. 645587 - 01; Sez. 1, n. 26332 del 20/12/2016, Rv. 642766 - 01; Sez. 6 - 3, n. 3780 del 25/02/2015, Rv. 634440 - 01; Sez. 2, n. 30760 del 28/11/2018, Rv. 651598 - 01).

2.4.9.2. La questione inoltre appare nuova nell'ambito dell'intero giudizio, poichè il ricorrente non ha indicato quando e come avrebbe formulato tale eccezione nel corso del giudizio di merito, sottoponendola al contraddittorio.

Qualora una questione giuridica - implicante un accertamento di fatto - non risulti trattata in alcun modo nella sentenza impugnata, il ricorrente che la proponga in sede di legittimità, onde non incorrere nell'inammissibilità per novità della censura, ha l'onere non solo di allegare l'avvenuta deduzione della questione dinanzi al giudice di merito, ma anche, per il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione, di indicare in quale atto del giudizio precedente lo abbia fatto, per consentire alla Corte di controllare ex actis la veridicità di tale asserzione, prima di esaminare nel merito la censura stessa. (Sez. 6 - 5, n. 32804 del 13/12/2019, Rv. 656036 - 01; Sez. 2, n. 2038 del 24/01/2019, Rv. 652251 - 02; Sez. 2, n. 20694 del 09/08/2018, Rv. 650009 - 01).

2.5. Le censure del ricorrente non appaiono meritevoli di accoglimento neanche nella parte in cui affermano che, una volta riconosciuta la qualifica di ente esponenziale all'Associazione, si porrebbe un problema di sostituzione processuale ex art. 81 c.p.c., in difetto di una specifica disposizione legislativa che preveda tale qualità in capo alla controricorrente e le attribuisca la capacità di rappresentare gli interessi della categoria.

- 2.5.1. il D.Lgs. 9 luglio 2003, n. 216, art. 5 (“Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro”), afferma espressamente, al comma 1, che “le organizzazioni sindacali, le associazioni e le organizzazioni rappresentative del diritto o dell’interesse leso (...) sono legittimate ad agire ai sensi dell’art. 4, in nome e per conto del soggetto passivo della discriminazione, contro la persona fisica o giuridica cui è riferibile il comportamento o l’atto discriminatorio”. Al comma 2 si aggiunge che “i soggetti di cui al comma 1 sono altresì legittimati ad agire nei casi di discriminazione collettiva qualora non siano individuabili in modo diretto ed immediato le persone lese dalla discriminazione”.

Risulta pertanto evidente che lo stesso legislatore, con le disposizioni citate, ha inteso attribuire la legittimazione ad processum alle associazioni rappresentative del diritto o dell’interesse leso, non solo quando le stesse agiscano a tutela di discriminazioni perpetrate a danno di soggetti individuabili, ma anche in presenza di discriminazioni collettive.

- 2.5.2. Invero, con il citato art. 5, comma 2 il legislatore ha riconosciuto all’associazione la rappresentanza ex lege per conto di una collettività indeterminata, a condizione che venga operato positivamente un duplice accertamento, relativo: a) all’impossibilità di individuare il soggetto o i soggetti singolarmente discriminati; b) alla rappresentatività dell’associazione rispetto all’interesse collettivo in questione.

Il requisito sub a) postula che la discriminazione, in quanto compiuta in violazione della parità di trattamento sul lavoro, abbia colpito una categoria indeterminata di soggetti, rientrante nel disposto del D.Lgs. n. 216 del 2003, art. 2.

Il requisito sub b) va verificato sulla base dell’esame dello statuto associativo, il quale dovrà univocamente contemplare la tutela dell’interesse collettivo assunto a scopo dell’ente, che di esso si ponga quale esponenziale: deve, dunque, trattarsi di un interesse proprio dell’associazione, posto in connessione immediata con il fine statutario, cosicché la produzione degli effetti del comportamento controverso si risolva in una lesione diretta dello scopo istituzionale dell’ente, il quale contempra e persegua un fine ed un interesse, assunti nello statuto a ragione stessa della sua esistenza e azione.

- 2.5.3. La sentenza impugnata ha ritenuto l’Associazione, odierna controricorrente, legittimata all’azione per il fatto che, secondo l’art. 2 dello statuto, l’associazione si propone, in generale, “lo scopo di contribuire a sviluppare e diffondere la cultura e il rispetto dei diritti delle persone” con date preferenze sessuali “sollecitando l’attenzione del mondo giudiziario”, e, quindi, in particolare, che essa “gestisce la formazione di una rete di avvocati.., favorisce e promuove la tutela giudiziaria, nonché l’utilizzazione degli strumenti di tutela collettiva, presso le Corti nazionali e internazionali” (p. 11-12 sentenza impugnata), così conformandosi ai principi di diritto nazionale e sovranazionale sin qui esposti.

- 2.5.4. il D.Lgs. n. 216 del 2003, art. 5 in difetto di previsione di un controllo pubblico preventivo, in tema di parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, ha demandato al giudice del merito la verifica della rappresentatività dell’associazione rispetto all’interesse collettivo che essa pretende di tutelare.

La Corte bresciana ha adempiuto a questo compito, tra l’altro valorizzando, oltre che il contenuto delle norme statutarie di Rete Lenford, le risultanze circa il suo concreto operato: ossia l’attività formativa, informativa, divulgativa e di supporto giurisdizionale da essa svolta, sulla base di elementi di fatto ritenuti neppure contestati dall’attuale ricorrente (sentenza impugnata, pag. 12; vedi supra, nel dettaglio, p. 2.2.), con accertamento in fatto insindacabile in sede di legittimità, se non per vizio motivazionale nei limiti attualmente consentiti dall’art. 360 c.p.c., n. 5 e comunque non specificamente censurato.

- 2.6. La censura, in parte qua, deve essere ritenuta inammissibile.

Conseguentemente, il secondo motivo, proposto sulla base di censure in parte infondate e in parte inammissibili, deve essere complessivamente rigettato con l’enunciazione dei seguenti principi di diritto:

“In tema di parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, il D.Lgs. 9 luglio 2003, n. 216, art. 5, comma 2, come modificato dal D.L. 8 aprile 2008, n. 59, art. 8-septies convertito con modificazioni nella L. 6 giugno 2008, n. 101, costituisce esplicazione della facoltà riconosciuta agli Stati membri dall’art. 8 della direttiva 2000/78 di concedere una tutela più incisiva di diritto nazionale rispetto agli atti discriminatori in ambito lavorativo, attribuendo - nel caso in cui si verificano fatti idonei a costituire una discriminazione, nei confronti della citata categoria di persone e non sia identificabile una persona lesa - la legittimazione attiva ad avviare un procedimento giurisdizionale inteso a far rispettare gli obblighi risultanti dalla direttiva e, eventualmente, ad ottenere il risarcimento del danno a un’associazione che sia rappresentativa del diritto o dell’interesse leso.

Il requisito della rappresentatività dell’ente, per il quale non è stabilito alcun controllo preventivo, deve essere verificato dal giudice del merito sulla base dell’esame del suo statuto, che deve contemplare la previsione univoca del perseguimento della finalità di tutela dell’interesse collettivo assunto a scopo dell’ente, e del suo concreto operato, con un accertamento fattuale che è insindacabile in sede di legittimità, se non per vizio della motivazione nei limiti consentiti dall’art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5”.

3. Con il terzo motivo, il ricorrente lamenta la violazione o falsa applicazione delle regole sulla competenza.
- 3.1. Il ricorrente sostiene che non sussiste la competenza funzionale del giudice del lavoro, con conseguente violazione dell'art. 158 c.p.c. e carenza di potere giurisdizionale; infatti, non si tratterebbe di una controversia neppure "latamente" di lavoro, come invece affermato dalla sentenza impugnata, non essendo mai stato dedotto un rapporto di tal genere, ma solo un presunto e mai avvenuto reclutamento; nè le controversie sulle prestazioni degli avvocati sono soggette al rito del lavoro, poichè riguardano liberi professionisti e non lavoratori subordinati.
- 3.2. A detta del ricorrente, la controversia avrebbe dovuto essere incardinata dinanzi al giudice ordinario e tale vizio di costituzione dell'organo giudicante avrebbe prodotto una nullità rilevante ai sensi dell'art. 158 c.p.c. Precisamente, in presenza di una ripartizione di funzioni tra giudici appartenenti allo stesso Tribunale competente per materia, l'esercizio della giurisdizione dell'uno piuttosto che dell'altro, tra gli organi individuati per funzione, sarebbe fonte di carenza di potere giurisdizionale.
- 3.3. Il motivo è inammissibile.

Il ricorrente non deduce e non prospetta una questione di competenza; di più, egli non contesta e anzi riconosce implicitamente che la controversia avrebbe dovuto essere trattata presso il Tribunale e la Corte di appello di Brescia.

Il richiamo all'art. 158 c.p.c. è fuor d'opera visto che non si prospetta alcun vizio di costituzione del giudice, ravvisabile solo quando gli atti giudiziali siano posti in essere da persona estranea all'ufficio, ossia non investita della funzione esercitata secondo le regole dell'ordinamento giudiziario (Sez.3, 28/02/2019, n. 5808; Sez.2, 24/1/2019 n. 2047; Sez.1, 9/1/2016 n. 22845).

In ogni caso, secondo la giurisprudenza di questa Corte a seguito dell'istituzione del giudice unico di primo grado, la ripartizione di funzioni fra la sezioni di uno stesso ufficio giudiziario non implica l'insorgenza di una questione di competenza ma, esclusivamente, di rito, riguardando la distribuzione degli affari all'interno dello stesso ufficio (Sez. 6 - 3, n. 8905 del 05/05/2015, Rv. 635212 - 01; Sez. 3, n. 20494 del 23/09/2009, Rv. 609471-01; Sez. U, n. 1045 del 28/09/2000, Rv. 540558 - 01).

In tal senso si è espressa la Corte bresciana sia pur con la concorrente ratio decidendi formulata alla pagina 14, secondo capoverso, non specificamente censurata.

4. Con il quarto motivo, il ricorrente deduce la violazione o falsa applicazione dell'art. 164 c.p.c., comma 3, per la mancanza nell'atto introduttivo dell'avvertimento di cui all'art. 163 c.p.c., comma 1, n. 7, che avrebbe in ogni caso imposto al giudice di primo grado di fissare una nuova udienza.
- 4.1. La doglianza è inammissibile e comunque manifestamente infondata, anche se è vero che l'art. 702 bis c.p.c. estende anche al ricorso introduttivo del processo sommario di cognizione il requisito dell'avvertimento ex art. 163 c.p.c., comma 2, n. 7, (Sez.2, 29/9/2015 n. 19345).
- 4.2. In primo luogo il ricorrente si limita a dedurre la violazione della regola e a dolersi della nullità conseguente, senza addurre un concreto pregiudizio al suo diritto di difesa che ne sarebbe derivato.
- Secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte, la parte che propone ricorso per cassazione deducendo la nullità della sentenza per un vizio dell'attività del giudice lesivo del proprio diritto di difesa, ha l'onere di indicare il concreto pregiudizio derivato, atteso che, nel rispetto dei principi di economia processuale, di ragionevole durata del processo e di interesse ad agire, la impugnazione non tutela l'astratta regolarità dell'attività giudiziaria ma mira a eliminare il concreto pregiudizio subito dalla parte, sicchè l'annullamento della sentenza impugnata è necessario solo se nel successivo giudizio di rinvio il ricorrente possa ottenere una pronuncia diversa e più favorevole rispetto a quella cassata (Sez.2, 02/08/2019, n. 20874; Sez.1, 6/3/2019 n. 6518; Sez.3, 13/2/2019 n. 4159; Sez.2, 9/8/2017 n. 19759; Sez.3, 27/1/2014 n. 1612; Sez. 3, 13/05/2014, n. 10327).
- 4.3. Inoltre, come la Corte d'Appello ha correttamente rilevato, l'Avv. T., costituendosi nel giudizio di primo grado, non si è limitato a eccepire la nullità dell'atto introduttivo del giudizio per mancanza dell'avvertimento di cui all'art. 163 c.p.c., n. 7, ma si è altresì difeso nel merito.

Invero, come già affermato da questa Corte (Sez. 6 - 3, n. 21910 del 16/10/2014, Rv. 632986 - 01) l'art. 164 c.p.c., comma 3, là dove, in ipotesi di nullità della citazione per vizi relativi alla vocatio in ius, quali l'inosservanza del termine di comparizione e l'omissione dell'avvertimento dell'art. 163 c.p.c., n. 7, esclude che la nullità della citazione sia sanata dalla costituzione del convenuto, se egli eccepisca tali nullità, perchè in tal caso il giudice deve fissare nuova udienza nel rispetto dei termini, presuppone che il convenuto, nel costituirsi, si sia limitato alla sola deduzione della nullità, senza anche svolgere difese e richiedere la fissazione di una nuova udienza, contegno, questo, che integra sanatoria della nullità della citazione.

Il dovere del giudice di provvedere alla fissazione di nuova udienza non si ricollega ad un'istanza del convenuto, ma direttamente alla proposizione dell'eccezione. Ne deriva che, se il convenuto, costituendosi, svolge le sue difese, il presupposto per l'applicazione della norma non sussiste.

Il legislatore, invero, non avendo richiesto un'istanza del convenuto in aggiunta all'eccezione, ha inteso ricollegare il dovere di fissazione di nuova udienza a una costituzione finalizzata alla sola formu-



lazione dell'eccezione e non anche ad una costituzione che alla formulazione dell'eccezione accompagni lo svolgimento delle difese. Se così fosse, la fissazione dell'udienza dovrebbe avere luogo pur in presenza di una difesa completamente articolata, come è avvenuto nel caso di specie, e sarebbe priva di scopo.

- 4.4. D'altro canto, occorre considerare che il convenuto che si sia visto notificare una citazione inosservante del termine a comparire o senza l'avvertimento svolto ai sensi dell'art. 163 c.p.c., n. 7 può scegliere di costituirsi e sanare la nullità della citazione, oppure di non costituirsi e lasciare che il giudice la rilevi, oppure ancora costituirsi e limitarsi ad eccepirlo; lo spettro di tali possibilità, che rimette al convenuto la decisione su come reagire di fronte alla nullità, esclude che egli abbia anche una quarta possibilità, cioè di costituirsi, eccepire la nullità e svolgere contemporaneamente le sue difese.

Si aggiunga che, poichè la fissazione di una nuova udienza è finalizzata ad assicurare che l'esercizio del diritto di difesa fruisca del termine a comparire o dell'avvertimento siccome ritenuti astrattamente necessari dal legislatore per il rispetto del diritto di difesa, il consentire al convenuto di costituirsi e svolgere l'eccezione e nel contempo le sue difese significa rimettere a lui lo spostamento dell'udienza, in chiara contraddizione con il fatto che, nonostante la nullità, ha svolto le sue difese, pur potendolo non fare.

- 4.5. In caso di diversa esegesi della norma, la fissazione della nuova udienza nel rispetto dei termini assumerebbe il valore di una concessione al convenuto di un ulteriore termine per integrare le sue difese; invece, poichè il legislatore parla di udienza nel rispetto dei termini tale udienza assume relativamente al convenuto la stessa funzione di quella indicata nella citazione e, dunque, di un'udienza in relazione alla quale il suo comportamento è regolato dagli artt. 166 e 167 c.p.c. e non di un'udienza rispetto alla quale dovranno integrarsi le difese.

Ed ancora l'opposta soluzione, qualora le difese già svolte dal convenuto evidenzino in rito o nel merito ragioni di rigetto della domanda, la fissazione della nuova udienza, in quanto doverosa, impedirebbe al giudice di ravvisare le condizioni per la maturità della causa per la decisione a favore dello stesso convenuto.

- 4.6. Alla luce di tali considerazioni, non merita accoglimento l'assunto del ricorrente secondo il quale il giudice del primo grado avrebbe dovuto fissare una nuova udienza "a prescindere da un'istanza di parte": nella specie, l'odierno ricorrente ha sì eccepito la nullità del ricorso per mancanza dell'avvertimento ex art. 163 c.p.c., n. 7, ma non ha formulato alcuna richiesta di fissazione di una nuova udienza e soprattutto ha svolto compiutamente le proprie difese nel merito, così sanando la nullità del ricorso.

Conseguentemente, il motivo deve essere rigettato con l'enunciazione del seguente principio di diritto:

"In tema di nullità della citazione per vizi relativi alla *vocatio in ius*, quali l'inosservanza del termine di comparizione e l'omissione dell'avvertimento prescritto dall'art. 163 c.p.c., n. 7, l'art. 164 c.p.c., comma 3, laddove esclude che la nullità della citazione sia sanata dalla costituzione del convenuto, che eccepisca tali nullità - con l'effetto della necessità della fissazione di nuova udienza nel rispetto dei termini -, presuppone che il convenuto, nel costituirsi, si sia limitato alla sola deduzione della nullità, senza svolgere le proprie difese nel merito."

5. Il quinto e il sesto motivo, strettamente connessi, possono essere esaminati congiuntamente.

- 5.1. Con il quinto motivo, il ricorrente deduce la violazione o falsa applicazione del D.Lgs. 9 luglio 2003, n. 216, art. 2, comma 1, lett. a) e art. 3.

Egli sottolinea che in occasione dell'intervista che ha dato luogo alla domanda giudiziale non si era affatto presentato come datore di lavoro, ma, al contrario, aveva semplicemente ragionato quale privato cittadino e si era limitato ad esprimere un'opinione in riferimento alla categoria degli avvocati.

Ciò era reso palese dal contesto stesso delle sue dichiarazioni, rese non a fronte di un'offerta di lavoro pubblicamente esternata ma durante una trasmissione radiofonica scherzosa e basata sulla provocazione, in cui egli aveva espresso a tinte forti il proprio pensiero, in modo, tuttavia, del tutto astratto ed avulso da qualsiasi ambito lavorativo effettivo.

Non si trattava, cioè, della manifestazione pubblica di una politica di assunzione, tanto più che il ricorrente era in pensione, mentre, nelle sentenze Europee Feryn e Asociatia, citate dal giudice del merito, la discriminazione oggetto di valutazione aveva riguardato una procedura di assunzione in corso.

Opinare il contrario avrebbe comportato l'inammissibile compressione dei diritti di libera manifestazione del proprio pensiero di cui all'art. 21 Cost.

Il giudice del merito avrebbe dovuto fare applicazione della teoria dei controlimiti per il contrasto dell'ipotetica opinione della Corte UE con i principi supremi del nostro ordinamento e sollevare la questione pregiudiziale comunitaria, come presupposto di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale, invece direttamente disattesa.

- 5.2. Con il sesto motivo il ricorrente solleva la questione di legittimità costituzionale del D.Lgs. n. 216 del 2003, art. 2, lett. a) e b) e art. 3 in relazione all'art. 21 Cost., chiedendo di proporre la questione pregiudiziale comunitaria innanzi alla Corte di giustizia dell'Unione Europea, al fine di permettere alla Corte Costituzionale il controllo sul rispetto dei controlimiti suestipiti.

- 5.3. Giova preliminarmente rilevare che l'art. 2 della Direttiva del 27/11/2000 n. 2000/78/CE, al paragrafo 2, precisa che "a) sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'art. 1, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga;
- b) sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale. (...).
- La presente direttiva lascia impregiudicate le misure previste dalla legislazione nazionale che, in una società democratica, sono necessarie alla sicurezza pubblica, alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione dei reati e alla tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui".
- Il successivo art. 3, concernente il "campo d'applicazione", prevede:
- "1. Nei limiti dei poteri conferiti alla Comunità, la presente direttiva, si applica a tutte le persone, sia del settore pubblico che del settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico, per quanto attiene:
- a) alle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro, sia dipendente che autonomo, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione indipendentemente dal ramo di attività e a tutti i livelli della gerarchia professionale, nonchè alla promozione;
- b) all'accesso a tutti i tipi e livelli di orientamento e formazione professionale, perfezionamento e riqualificazione professionale, inclusi i tirocini professionali;
- c) all'occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione;
- d) all'affiliazione e all'attività in un'organizzazione di lavoratori o datori di lavoro, o in qualunque organizzazione i cui membri esercitino una particolare professione, nonchè alle prestazioni erogate da tali organizzazioni. (...)".
- 5.4. A livello interno, il D.Lgs. n. 216 del 2003, art. 1 rubricato "oggetto", dispone: "Il presente decreto reca le disposizioni relative all'attuazione della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione, dalle convinzioni personali, dagli handicap, dall'età e dall'orientamento sessuale, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro, disponendo le misure necessarie affinché tali fattori non siano causa di discriminazione, in un'ottica che tenga conto anche del diverso impatto che le stesse forme di discriminazione possono avere su donne e uomini".
- L'art. 2, circa la "nozione di discriminazione", prevede:
- "1. Ai fini del presente decreto (...) per principio di parità di trattamento si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta a causa della religione, delle convinzioni personali, degli handicap, dell'età o dell'orientamento sessuale. Tale principio comporta che non sia praticata alcuna discriminazione diretta o indiretta, così come di seguito definite:
- a) discriminazione diretta quando, per religione, per convinzioni personali, per handicap, per età o per orientamento sessuale, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga;
- b) discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età o di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone. (...)".
- L'art. 3, in tema di "ambito di applicazione", prevede:
- "1. Il principio di parità di trattamento senza distinzione di religione, di convinzioni personali, di handicap, di età e di orientamento sessuale si applica a tutte le persone sia nel settore pubblico che privato ed è suscettibile di tutela giurisdizionale secondo le forme previste dall'art. 4, con specifico riferimento alle seguenti aree:
- a) accesso all'occupazione e al lavoro, sia autonomo che dipendente, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione;
- b) occupazione e condizioni di lavoro, compresi gli avanzamenti di carriera, la retribuzione e le condizioni del licenziamento;
- c) accesso a tutti i tipi e livelli di orientamento e formazione professionale, perfezionamento e riqualificazione professionale, inclusi i tirocini professionali;
- d) affiliazione e attività nell'ambito di organizzazioni di lavoratori, di datori di lavoro o di altre organizzazioni professionali e prestazioni erogate dalle medesime organizzazioni. (...)".
- 5.5. Alla luce del quadro normativo, Euro-unitario e nazionale, l'ambito di applicazione della tutela antidiscriminatoria risulta riferito alla situazione che concerne l'instaurazione, l'esecuzione o la conclusione di un rapporto di lavoro; tale normativa persegue l'obiettivo di ricercare una parità di trattamento sul

lavoro, sin dalle fasi prodromiche all'inserimento nel contesto lavorativo, al fine di assicurare l'aumento dell'occupazione e quindi il miglioramento delle condizioni di vita.

- 5.6. Nel caso di specie, come statuito dalla Corte di Giustizia nella sentenza resa in via pregiudiziale nel presente procedimento (pag.12), il fatto che nessuna trattativa ai fini di un'assunzione fosse in corso quando le dichiarazioni discriminatorie sono state rese non esclude che tali dichiarazioni potessero rientrare nell'ambito di applicazione materiale della direttiva 2000/78.

Invero "se talune circostanze come l'assenza di una procedura di selezione in corso o programmata, non sono decisive per stabilire se delle dichiarazioni siano relative ad una determinata politica di assunzioni e rientrino dunque nella nozione di "condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro" ai sensi dell'art. 2 par. 1 lett. a) della Direttiva 2000/78, è però necessario, affinché dichiarazioni siffatte rientrino nell'ambito di applicazione materiale di quest'ultima (...), che esse possano essere effettivamente ricondotte alla politica di assunzioni di un determinato datore di lavoro, il che impone che il collegamento che esse presentano con le condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro presso tale datore di lavoro non sia ipotetico. L'esistenza di tale collegamento deve essere valutata dal giudice nazionale adito nell'ambito di una valutazione globale delle circostanze caratterizzanti le dichiarazioni in questione."

- 5.7. Pertanto, la Corte bresciana ha correttamente ritenuto che il contenuto discriminatorio di una condotta lesiva delle disposizioni normative in oggetto dovesse essere valutato "in considerazione del pregiudizio, anche solo potenziale, che una categoria di soggetti potrebbe subire in termini di svantaggio o di maggiore difficoltà, rispetto ad altri non facenti parte di quella categoria, nel reperire un bene della vita, quale l'occupazione" (pag. 24, sentenza impugnata).

La stessa Corte, con valutazione in fatto incensurabile in questa sede, ha ritenuto che le dichiarazioni rese dall'avv. T. nell'intervista radiofonica abbiano integrato espressioni idonee a dissuadere gli aspiranti candidati omosessuali dal presentare le proprie candidature allo studio professionale dell'odierno ricorrente, così ostacolandone e/o rendendo maggiormente difficoltoso l'accesso al lavoro.

- 5.8. Sotto diverso profilo, non può essere condiviso nemmeno l'assunto del ricorrente secondo cui l'avv. T.C. in quel frangente non si sarebbe presentato "come datore di lavoro, ma come privato cittadino, esprimendo una sua opinione e riferendosi unicamente alla categoria degli avvocati" (pag. 20 ricorso).

Invero, come affermato dalla Corte di Giustizia (pag. 12 della decisione pregiudiziale), ad assumere rilievo ai fini della valutazione del carattere discriminatorio delle dichiarazioni in questione sono, in primo luogo, lo status dell'autore delle dichiarazioni e la veste nella quale egli si è espresso, che lo configurino come un potenziale datore di lavoro.

In secondo luogo, devono essere presi in considerazione la natura ed il contenuto delle dichiarazioni in questione, che devono riferirsi alle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro e dimostrare l'intenzione di discriminare e, infine, il contesto nel quale le dichiarazioni sono state effettuate, in particolare il loro carattere pubblico o privato, e anche il fatto che siano state oggetto di diffusione tra il pubblico.

Non può quindi ritenersi, nel caso concreto, seguendo la falsariga del ragionamento ermeneutico tracciato dalla Corte di Giustizia, che il collegamento delle dichiarazioni dell'avv. T. con le condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro presso di lui e il suo studio professionale, quale datore di lavoro, fosse "meramente ipotetico".

Egli infatti era titolare di un tale studio ed esercitava la professione forense e quindi era potenzialmente un possibile datore di lavoro e assuntore di collaboratori (avvocati, praticanti o impiegati); non rileva neppure che egli percepisse una pensione, visto che egli era dichiaratamente ancora attivo, cosa comunque da verificarsi con riferimento all'epoca del fatto e non all'epoca del giudizio, previa tempestiva deduzione nel processo.

E' comunque dirimente il rilievo che secondo la Corte di Giustizia il carattere discriminatorio delle dichiarazioni consegue alla non mera ipoteticità della veste di datore di lavoro del dichiarante: situazione questa da escludere con riferimento alla figura di un avvocato molto noto e titolare di uno studio professionale, che rivela pubblicamente la propria scelta programmatica in tema di politica di assunzioni nel suo studio.

Il tema della natura satirica della trasmissione radiofonica "(OMISSIS)" nel cui contesto sono state rese le dichiarazioni non risulta trattato specificamente nella sede di merito, unica pertinente a una tale valutazione e anche nei motivi di ricorso.

Ciò tanto più che, come risulta dalla sentenza impugnata che le riporta estesamente, le dichiarazioni dell'avvocato T. e le sue precisazioni confermatrici ben determinate anche dopo gli interventi correttivi di conduttore e co-conduttore, hanno un contenuto preciso e inequivocabile: comunque il ricorrente non sostiene affatto che le sue dichiarazioni erano state scherzose e quindi non corrispondenti alle sue reali opinioni, ma assume di essersi limitato a esprimere liberamente il proprio pensiero senza che fosse in corso una procedura di assunzione.

- 5.9. Alla luce di tali criteri, risulta ineccepibile il ragionamento logico seguito dalla Corte territoriale che, pur constatando che l'art. 21 Cost. garantisce la libertà di manifestare il proprio pensiero con qualsiasi

mezzo di diffusione, ha affermato che tale libertà non ha natura di diritto assoluto e pertanto non può spingersi sino a violare altri principi costituzionalmente tutelati, quali, nella specie, gli artt. 2, 3, 4 e 35 Cost. (cfr. pag. 29 della sentenza impugnata) che tutelano la parità di trattamento in materia di occupazione e di lavoro e la realizzazione di un elevato livello di occupazione e di protezione sociale.

- 5.10. Le considerazioni sin qui esposte consentono altresì di ritenere manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal ricorrente con il sesto motivo di ricorso.

La Corte di Giustizia ha infatti affrontato anche i problemi connessi all'eventuale limitazione all'esercizio della libertà di espressione, ritenuto fondamento essenziale di una società democratica e pluralista rispecchiante i valori sui quali l'Unione si fonda, a norma dell'art. 2 TUE e dell'art. 11 della Carta (sentenza del 6 settembre 2011, Patriciello, C-163/10, EU C 2011 543, punto 31).

La Corte UE ha rammentato che, in forza dell'art. 52, paragrafo 1, della Carta, la libertà di espressione non è un diritto assoluto e il suo esercizio può incontrare delle limitazioni, purché esse siano previste dalla legge e rispettino il contenuto essenziale di tale diritto nonché il principio di proporzionalità, vale a dire siano necessarie e rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale riconosciuti dall'Unione o all'esigenza di tutela dei diritti e delle libertà altrui.

Secondo la Corte di Giustizia, tale situazione sussiste nel caso di specie perché le limitazioni all'esercizio della libertà di espressione scaturiscono dalla direttiva 2000/78 e rispettano inoltre il contenuto essenziale della detta libertà, in quanto applicate unicamente al fine di garantire il principio della parità di trattamento in materia di occupazione e di lavoro e la realizzazione di un elevato livello di occupazione e di protezione sociale.

Tali limitazioni - prosegue la Corte di Giustizia - rispettano altresì il principio di proporzionalità, poiché i motivi di discriminazione proibiti sono specificamente elencati, l'ambito di applicazione materiale e personale è ben delimitato e l'ingerenza nell'esercizio della libertà di espressione non va oltre quanto è necessario per realizzare gli obiettivi della direttiva, vietando unicamente le dichiarazioni che costituiscono una discriminazione in materia di occupazione e di lavoro.

Infine tali limitazioni sono necessarie per garantire i diritti in materia di occupazione e di lavoro delle persone appartenenti ai gruppi di persone caratterizzati da uno dei motivi previsti specificamente dalla direttiva.

- 5.11. Non convince il tentativo del ricorrente di invocare con riferimento alla libertà di espressione del pensiero la teoria dei "controlimiti", elaborata dalla Corte Costituzionale, che postula l'intangibilità dei principi supremi e dei diritti fondamentali dell'ordinamento costituzionale dello Stato, al fine di salvaguardare l'essenza dell'ordinamento interno nei suoi caratteri peculiari da qualunque forma di aggressione e/o interferenza che possa provenire dalle fonti interne o esterne all'ordinamento.

La Corte Costituzionale afferma infatti che i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscono un limite all'ingresso delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10 Cost., comma 1, ed operano altresì quali controlimiti all'ingresso delle norme dell'Unione Europea, oltre che come limiti all'ingresso delle norme di esecuzione dei Patti Lateranensi e del Concordato, rappresentando gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, per ciò stesso sottratti anche alla revisione costituzionale. In un sistema accentrato di controllo di costituzionalità, la verifica della compatibilità costituzionale (cioè della conformità ai principi irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale) della norma internazionale da immettere ed applicare nell'ordinamento interno, così come interpretata nell'ordinamento internazionale ed avente rango costituzionale in virtù del rinvio operato dall'art. 10 Cost., comma 1, spetta alla sola Corte costituzionale, con esclusione di qualsiasi altro giudice. Infatti, la competenza della Corte è determinata dal contrasto di una norma con una norma costituzionale e, ovviamente, con un principio fondamentale dell'assetto costituzionale dello Stato ovvero con un principio posto a tutela di un diritto inviolabile della persona, contrasto la cui valutazione non può competere ad altro giudice che al giudice costituzionale. Ogni soluzione diversa si scontra con la competenza a quest'ultimo riservata dalla Costituzione. (Corte Costituzionale, 22/10/2014, n. 238).

I principi elaborati dalla Corte di Giustizia e sopra esposti appaiono perfettamente compatibili con quelli dell'ordinamento costituzionale italiano, nel quale la riconosciuta libertà di manifestazione del proprio pensiero con qualsiasi mezzo deve pur sempre essere temperata con gli altri principi e diritti garantiti e tutelati dalla Costituzione e cioè i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità, ex art. 2 Cost., il principio di eguaglianza, anche nella sua componente sostanziale in vista della rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese, ex art. 3 Cost., il diritto effettivo al lavoro e la tutela del lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni, ex art. 4 e 35 Cost.

6. Con il settimo motivo, il ricorrente censura la violazione del D.Lgs. n. 150 del 2011, art. 28 con riguardo all'onere probatorio.



- 6.1. Il ricorrente lamenta che la Corte del merito abbia ritenuto che, ai sensi del citato art. 28, spettasse al convenuto, di fronte all'allegazione di elementi di fatto relativi ai comportamenti discriminatori lamentati, dare la prova dell'insussistenza del fatto censurato, pur avendo egli dimostrato di non avere in corso nessuna assunzione, nè che vi fosse alcuna "prassi" di assunzione presso di lui, mancando così il presupposto per l'applicazione della normativa.
- 6.2. Il motivo è inammissibile per difetto di pertinenza e specificità.  
 Infatti la sentenza impugnata non ha affatto affermato che vi fosse una procedura di assunzione in corso ed anzi ha ritenuto espressamente (pag. 26) irrilevante tale circostanza, neppure normalmente praticata nella prassi di selezione seguita dagli studi professionali; la sentenza ha dato invece rilievo alle dichiarazioni rese dall'avv. T., ravvisando nelle stesse, con giudizio di fatto non insindacabile in questa sede, l'esternazione di una politica di assunzione discriminatoria volta ad escludere i candidati (non solo avvocati e praticanti, ma anche collaboratori) con orientamento omosessuale, disvelata dalle sue dichiarazioni di non volere persone omosessuali nel proprio studio professionale, di curare a questo scopo una cernita adeguata a prevenire tale evenienza, di non voler assumere omosessuali e di mettere "paletti" in questo senso.  
 Valutazione questa che, come si è visto nel precedente p. 5, è conforme al diritto dell'Unione.
7. Con l'ottavo motivo, il ricorrente deduce la violazione o falsa applicazione del D.Lgs. n. 150 del 2011, art. 28, comma 5.
- 7.1. Il ricorrente sostiene che l'associazione avversaria non possedeva soggettività giuridica e non avrebbe quindi potuto richiedere il risarcimento; non vi sarebbe stata nessuna condotta discriminatoria; inoltre sarebbe errato procedere alla liquidazione del danno sulla base del parametro della notorietà del ricorrente e della diffusione delle sue dichiarazioni, incongrui alla stregua dell'art. 1226 c.c. e rivelanti un intento di mera sanzione discrezionale, mentre la sola pubblicazione del provvedimento avrebbe potuto raggiungere lo scopo riparatorio in modo adeguato.
- 7.2. Il ricorrente nel lamentare la violazione o falsa applicazione del D.Lgs. n. 150 del 2011, art. 28, comma 5, ripropone censure e argomentazioni già svolte nel giudizio di appello.  
 A suo parere, la decisione della Corte d'appello di ancorare l'entità del risarcimento ad elementi quali la notorietà dell'appellante e la diffusione delle sue dichiarazioni, non sembrava espressione del principio di equità di cui all'art. 1226 c.c. ma, piuttosto, tradiva una discrezionalità esercitata con l'intento di infliggere una punizione esemplare.
- 7.3. Il motivo è inammissibile.  
 Come correttamente eccepito dall'associazione controricorrente, la determinazione equitativa di un importo a titolo di risarcimento, nel caso D.Lgs. n. 150 del 2011, ex art. 28 è questione di fatto, che non può essere proposta in sede di legittimità se non sotto il profilo del vizio di motivazione, qui nemmeno lamentato (Sez. 1, 11/10/2006, n. 21802; Sez. 3, 11/11/2005, n. 22895).  
 E' consolidato infatti l'orientamento secondo cui l'esercizio, in concreto, del potere discrezionale conferito al giudice di liquidare il danno in via equitativa non è suscettibile di sindacato in sede di legittimità quando la motivazione della decisione dia adeguatamente conto dell'uso di tale facoltà, indicando il processo logico e valutativo seguito (Sez. 3, n. 24070 del 13/10/2017, Rv. 645831 - 01; Sez. 3, n. 13153 del 25/05/2017, Rv. 644406 - 01; Sez. 1, n. 5090 del 15/03/2016, Rv. 639029 - 01).  
 Questa Corte ha anche precisato che poichè la liquidazione equitativa, anche nella sua forma cosiddetta pura, consiste in un giudizio di prudente contemperamento dei vari fattori di probabile incidenza sul danno nel caso concreto, pur nell'esercizio di un potere di carattere discrezionale il giudice è chiamato a dare conto, in motivazione, del peso specifico attribuito ad ognuno di essi, in modo da rendere evidente il percorso logico seguito nella propria determinazione e consentire il sindacato del rispetto dei principi del danno effettivo e dell'integralità del risarcimento. Nel conseguire che, allorchè non siano indicate le ragioni dell'operato apprezzamento e non siano richiamati gli specifici criteri utilizzati nella liquidazione, la sentenza incorre sia nel vizio di nullità per difetto di motivazione (indebitamente ridotta al disotto del "minimo costituzionale" richiesto dall'art. 111 Cost., comma 6) sia nel vizio di violazione dell'art. 1226 c.c. (Sez. 3, n. 22272 del 13/09/2018, Rv. 650596 - 01); è pertanto sindacabile in sede di legittimità, come violazione dell'art. 1226 c.c. e, nel contempo, come ipotesi di assenza di motivazione, di motivazione apparente, di manifesta ed irriducibile contraddittorietà e di motivazione perplessa od incomprensibile, la valutazione del giudice di merito che non abbia indicato, nemmeno sommariamente, i criteri seguiti per determinare l'entità del danno e gli elementi su cui ha basato la sua decisione in ordine al quantum. (Sez. L, n. 16595 del 20/06/2019, Rv. 654240 - 01).
- 7.4. Come affermato anche dalla Corte di Giustizia nella sentenza 23 aprile 2020, l'art. 9 par. 2 della direttiva 2000/78 non osta a che uno Stato membro, nella propria normativa nazionale, riconosca alle associazioni aventi un legittimo interesse a far garantire il rispetto di tale direttiva il diritto di avviare procedure giurisdizionali o amministrative intese a far rispettare gli obblighi derivanti dalla direttiva stessa senza agire in nome di una determinata persona lesa ovvero in assenza di una persona lesa identificabile (sentenza del 25 aprile 2013, Asociația Accept, C-81/12, EU:C:2013:275, punto 37).

Qualora uno Stato membro operi una scelta siffatta, è tenuto segnatamente a stabilire se lo scopo di lucro o meno dell'associazione debba avere un'influenza sulla valutazione della legittimazione dell'associazione stessa ad agire in tal senso, e a precisare la portata di tale azione, in particolare le sanzioni irrogabili all'esito di quest'ultima, tenendo presente che tali sanzioni devono, a norma dell'art. 17 della direttiva 2000/78, essere effettive, proporzionate e dissuasive anche quando non vi sia alcuna persona lesa identificabile (pagg. 15-16, sentenza del 23.4.2020 - Causa 507-18).

- 7.5. La Corte territoriale ha correttamente fatto applicazione del disposto di cui al D.Lgs. n. 150 del 2011, art. 28, comma 5, nella parte in cui dispone che il giudice, con l'ordinanza che definisce il giudizio, può condannare il convenuto al risarcimento del danno, anche non patrimoniale, e ordinare la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole, adottando ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti.
- 7.6. Invero, come recentemente chiarito dalle Sezioni Unite di questa Corte, nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione poichè, accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo-riparatoria dell'istituto (che immancabilmente lambisce la deterrenza), è emersa anche una natura polifunzionale che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva (Sez. Un., 05/07/2017, n. 16601).

Nel panorama normativo, molteplici sono le disposizioni che dimostrano la funzione lato sensu sanzionatoria della responsabilità civile. Tra queste, può essere menzionato proprio il D.Lgs. n. 150 del 2011, art. 28 sulle controversie in materia di discriminazione, che dà facoltà al giudice di condannare il convenuto al risarcimento del danno tenendo conto del fatto che l'atto o il comportamento discriminatorio costituiscono ritorsione ad una precedente azione giudiziale ovvero ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento (cfr. Sez. Un., 05/07/2017, n. 16601 cit.).

- 7.7. Inoltre - e il rilievo appare dirimente - la Corte d'appello (pagine 34-35 della sentenza impugnata) ha sì dato rilievo al prestigio e alla pubblica notorietà del dichiarante, ma solo nella prospettiva, del tutto corretta in termini di apprezzamento dell'intensità del pregiudizio, della risonanza mediatica e della propagazione delle sue dichiarazioni; ne ha valutato la portata in linea oggettiva, in termini di chiarezza e offensività; ha considerato altresì l'atteggiamento soggettivo del dichiarante che non le aveva mai smentite, dimostrando una certa pervicacia nella sua condotta; in buona sintesi, ha dato conto in modo lineare e comprensibile degli elementi soppesati ai fini della liquidazione, tutti congrui, pertinenti e dotati di attitudine inferenziale: le critiche del ricorrente scivolano inevitabilmente pertanto sul versante del merito insindacabile in sede di legittimità.
8. Con il nono motivo, il ricorrente censura la violazione o falsa applicazione dell'art. 91 c.p.c. e D.M. n. 55 del 2014, art. 5, comma 6, con riferimento al giudizio di primo grado, avendo la Corte territoriale accolto solo parte delle domande dell'Associazione, con parziale reciproca soccombenza.

Inoltre, le spese avrebbero superato il massimo previsto dal D.M. n. 55 del 2014, art. 5, comma 6, perchè i compensi previsti per le tre fasi di studio, introduttiva e decisionale per lo scaglione di riferimento a partire da Euro 26.001,00 erano di Euro 3.513,00.

- 8.1. Il ricorrente contesta la violazione e falsa applicazione dell'art. 91 c.p.c. e del D.M. n. 55 del 2014, art. 5, comma 6, ritenendo errata la statuizione della Corte d'appello, nella parte in cui ha confermato la condanna dell'odierno ricorrente al pagamento delle spese processuali del giudizio di primo grado, essendo risultato "parte sostanzialmente soccombente".

Non si tratterebbe, a suo dire, di una soccombenza totale, ma al più parziale e, pertanto, la Corte avrebbe dovuto compensare o ridurre sensibilmente le spese.

- 8.2. La censura è inammissibile, perchè involge la valutazione di merito sulla sostanziale soccombenza, insindacabile in sede di legittimità (Sez. 1, n. 13229 del 16/06/2011, Rv. 618273 - 01).

Inoltre la valutazione delle proporzioni della soccombenza reciproca e la determinazione delle quote in cui le spese processuali debbono ripartirsi o compensarsi tra le parti, ai sensi dell'art. 92 c.p.c., comma 2, rientrano nel potere discrezionale del giudice di merito, che resta sottratto al sindacato di legittimità, non essendo egli tenuto a rispettare un'esatta proporzionalità fra la domanda accolta e la misura delle spese poste a carico del soccombente. (Sez. 2, n. 30592 del 20/12/2017, Rv. 646611 - 01).

Sotto altro profilo, in tema di spese processuali, la facoltà di disporre la compensazione tra le parti rientra nel potere discrezionale del giudice di merito, il quale non è tenuto a dare ragione con una espressa motivazione del mancato uso di tale sua facoltà, con la conseguenza che la pronuncia di condanna alle spese, anche se adottata senza prendere in esame l'eventualità di una compensazione, non può essere censurata in cassazione, neppure sotto il profilo della mancanza di motivazione (Sez. 6 - 3, n. 11329 del 26/04/2019, Rv. 653610 - 01; Sez. 6 - 3, n. 24502 del 17/10/2017, Rv. 646335 - 01; Sez. U, n. 14989 del 15/07/2005, Rv. 582306 - 01).

Infine, la censura non si confronta neppure in modo completo e puntuale con la ratio decidendi, visto che la Corte bresciana ha espressamente motivato sul carattere marginale delle domande dell'As-

sociazione non accolte (pubblicazione del provvedimento su due quotidiani - e non uno solo - e maggior quantificazione del danno in Euro 15.000,00- rispetto a Euro 10.000,00 accordati).

- 8.3. La doglianza è inammissibile anche nella seconda parte in cui contesta l'importo delle spese liquidate in primo grado e asseritamente confermate erroneamente in appello perchè superiori a quanto previsto dal D.M. n. 55 del 2014, art. 5, comma 6.

La censura incorre infatti nei vizi di non autosufficienza e non specificità poichè non dà conto, se non in modo del tutto generico (pag.9 primo capoverso), del contenuto dell'ottavo motivo di appello ove si parla solo di una condanna alle spese in primo grado "sproporzionata rispetto al valore della lite visto il D.M. n. 55 del 2014".

Così riferita, la censura sarebbe stata inammissibilmente generica. Nè tale valutazione può essere modificata alla luce delle indicazioni della sentenza impugnata che, a pagina 4, nel ricapitolare i motivi di appello, fa riferimento solamente a una contestazione della quantificazione delle spese di lite.

La Corte d'Appello, con valutazione in fatto incensurabile in questa sede, ha infatti chiarito che "il valore dell'odierno procedimento non può ridursi a quello riguardante il danno non patrimoniale oggetto di risarcimento, posto che ai sensi dell'art. 10 c.c., e del D.M. n. 55 del 2014, art. 5 il valore della causa va determinato sommando il valore delle domande e la domanda di accertamento della sussistenza di una condotta discriminatoria è senz'altro di valore indeterminato. Da ciò deriva che lo scaglione utilizzabile è diverso da quello indicato dal ricorrente e va individuato, quantomeno, in quello superiore, che parte dalla somma di Euro 26.001,00" (pag. 36 sentenza impugnata).

Dal che si desume che il motivo di appello aveva fatto riferimento a uno scaglione differente e inferiore.

Infine la censura appare generica anche laddove sostiene che avrebbe dovuto farsi riferimento solo alle attività di studio, introduzione e decisione, senza alcuna ulteriore esplicitazione degli incumbenti processuali che avevano caratterizzato lo svolgimento della controversia, che pur aveva comportato lo svolgimento di una udienza di trattazione.

Giova ricordare che in tema di spese processuali, salvo il rispetto dei parametri minimi e massimi, la determinazione in concreto del compenso per le prestazioni professionali di avvocato è rimessa esclusivamente al prudente apprezzamento del giudice di merito (Sez. 1, n. 4782 del 24/02/2020, Rv. 657030 - 01).

Per altro verso, la condanna al pagamento di Euro 5.000,00 per compensi professionali non supera affatto nè i parametri massimi (Euro 13.402,00), nè quelli medi (Euro 7.254,00), previsti per lo scaglione di riferimento (superiore ad Euro 26.001,00), considerando le quattro voci (studio, introduzione, trattazione e decisione) e la situazione non muta neppure considerando solo tre voci (studio, introduzione, trattazione e decisione) perchè i parametri massimi sono di Euro 9.962,00 e quelli medi di Euro 5.534,00.

9. Il ricorso deve dunque essere rigettato.

Sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese processuali per la novità delle questioni in tema di legittimazione attiva alla proposizione dell'azione in tema di discriminazione e di necessità del collegamento fra le dichiarazioni discriminatorie e una procedura di assunzione in atto, su cui non constavano precedenti e che hanno reso necessaria la proposizione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea di una questione pregiudiziale interpretativa ex art. 267 TFUE.

## P.Q.M.

LA CORTE rigetta il ricorso e compensa le spese processuali.

Ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater, inserito dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis ove dovuto.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Sezione Prima civile, il 11 novembre 2020.

Depositato in Cancelleria il 15 dicembre 2020

*Corte di appello di Milano, sez. lavoro*

**Sentenza 28 ottobre 2020-9 febbraio 2021, n. 803<sup>1</sup>**

PENSIONE DI REVERSIBILITÀ – RELAZIONE OMOSESSUALE STABILE – PARTNER SUPERSTITE – DIRITTO QUALE SUPERSTITE BENEFICIARIO – ESCLUSIONE DELLA COPPIA DALL’ISTITUTO DEL MATRIMONIO – DIRETTA APPLICAZIONE DELL’ART. 2 COST – SUSSISTE

Il diritto al trattamento pensionistico di reversibilità rientra tra i diritti/doveri di assistenza e solidarietà, tutelati costituzionalmente dall’art. 2, propri delle relazioni affettive di coppia tra cui quella omosessuale stabile.

*Riferimenti normativi:* articolo 2 Costituzione.

PENSIONE DI REVERSIBILITÀ – FIGLIO SUPERSTITE – FIGLIO NATO DA UNA GESTAZIONE PER ALTRI ALL’ESTERO – TRASCRIZIONE ANCHE RISPETTO AL PADRE INTENZIONALE – DIRITTO QUALE SUPERSTITE BENEFICIARIO – SUSSISTE

Lo *status* di figlio dipende da provvedimenti accertativi dello Stato estero di nascita, con divieto per il giudice italiano di procedere a qualsiasi valutazione o accertamento, considerato anche che il mancato riconoscimento in Italia del rapporto di filiazione con il padre intenzionale deceduto di nato da gestazione per altri, legalmente e pacificamente esistente negli Stati Uniti di America, determinerebbe una “incertezza giuridica”, già stigmatizzata dalla Corte Edu, ovvero una “situazione giuridica claudicante”, che influirebbe negativamente sulla definizione dell’identità personale del minore, in considerazione delle conseguenze pregiudizievoli concernenti, tra le altre, la possibilità di acquisire i diritti ereditari. Va quindi accertato il diritto alla pensione indiretta in quanto superstiti del coniuge in Italia parte unita civilmente e del figlio.

*Riferimenti normativi:* articolo 30, comma 1, Costituzione.

---

1 Nota di richiami: La Corte di appello di Milano conferma con questa sentenza, di riforma dell’ordinanza di rigetto del Tribunale di Milano, il suo orientamento favorevole al riconoscimento della prestazione di reversibilità a favore del partner superstite, che nel caso specifico aveva contratto matrimonio antecedentemente alla legge n. 76/2016. E ferma è la strategia argomentativa della Corte meneghina, che non intende fare leva alcuna sull’argomento antidiscriminatorio e preferendo derivare la sussistenza del diritto direttamente dal dettato costituzionale e segnatamente dall’art. 2. Come si noterà, nonostante la copiosa giurisprudenza della Corte di giustizia, questa non è nemmeno richiamata.

La particolarità dell’arresto è costituita dal riconoscimento della qualifica di superstite anche al figlio, nato da gestazione per altri realizzata negli Stati Uniti. A questi è stato riconosciuto lo status di figlio successivamente al decesso dell’assicurato dall’autorità giudiziaria americana, con provvedimento poi trascritto e annotato sull’atto di nascita italiano. Evidente è la vulnerabilità che si troverebbe a soffrire il minore in caso di contestazione dello status per contrarietà all’ordine pubblico, secondo quanto stabilito dalle Sezioni unite con la sentenza n. 12913/2019, minore cui, a fronte del decesso, sarebbe preclusa ogni via alternativa per conseguire lo status rispetto al defunto genitore intenzionale.

Alcuni casi pendono avanti alla Suprema Corte, cui spetterà l’ultima parola in merito al fondamento giuridico delle pretese previdenziali tanto del partner superstite quanto del figlio. [A.S.]



La Corte d'Appello di Milano, sezione lavoro,  
composta da

Dott. Carla Bianchini	Presidente
Dott. Maria Rosaria Cuomo	Consigliere est
Dott. Giovanni Casella	Consigliere

ha pronunciato la seguente

### SENTENZA

nella causa civile in grado di appello avverso l'ordinanza del Tribunale di Milano n. \_\_\_\_\_/2019, discussa all'udienza collegiale del 28.10.2020 e promossa:

DA

(X) (A), (X) (Y) (C), rappresentati e difesi dall'avv. SCHUSTER ALEXANDER, ed elettivamente domiciliati in VIA CESARE ABBA 8, TRENTO

APPELLANTE CONTRO

ISTITUTO NAZIONALE DELLA PREVIDENZA SOCIALE, rappresentato e difeso dall'avv. MARSICO ANGELA MARIA, ed elettivamente domiciliato in VIA SAVARE', 1 20122 MILANO

APPELLATO

I procuratori delle parti, come sopra costituiti, così precisavano le

## 1. Conclusioni

### Per gli appellanti:

Voglia l'Ill.ma Corte, respinta ogni contraria istanza, eccezione e deduzione in accoglimento dell'atto di appello, in totale riforma dell'ordinanza impugnata, *In via principale:*

- A.** accertare il carattere di discriminazione diretta e/o per associazione per motivo di genere e orientamento sessuale dell'atto di rifiuto opposto agli appellanti dall'INPS e segnatamente il diritto di (A) (X) quale unito civilmente o comunque equiparato a coniuge, e di (C) (X) (Y), quale figlio o equiparato a figlio, alla pensione indiretta quali superstiti beneficiari di (B) (Y); *In subordine al capo A:*
- B.** accertare e dichiarare il carattere discriminatorio della normativa italiana, meglio dettagliata in narrativa, che esclude il partner in relazione affettiva stabile, persona superstite dello stesso genere anagrafico dell'assicurato INPS, e il figlio minore di coppia omogenitoriale a carico dell'assicurato, dalla prestazione della pensione indiretta ai superstiti;
- C.** per gli effetti, disapplicare la normativa discriminatoria per contrasto con il diritto dell'Unione in narrativa meglio esplicitato;

*In concorrenza con il capo A ovvero, in subordine, con i capi B+C:*

- D.** accertata la natura discriminatoria dei silenzi-rifiuti da parte dell'INPS, condannare l'Istituto appellato al risarcimento del danno non patrimoniale patito da (A) (X) e (C) (X) (Y), da quantificarsi nella somma di € 5.000,00 cadauno, o alla somma maggiore o minore ritenuta di giustizia;
- E.** ordinare all'Istituto di cessare ogni condotta discriminatoria e adottare, sentiti gli appellanti, una circolare interna e iniziative di formazione del personale quale piano di rimozione della discriminazione ex art. 28, d.lgs. 150/2011.

*In ogni caso*

- F.** accertare il diritto degli appellanti (A) (X) e (C) (X) (Y) alla pensione indiretta in quanto superstiti beneficiari di (B) (Y), assicurato INPS, rispettivamente nella posizione rispettivamente di unito civilmente e di figlio o nella posizione soggettiva equiparata a coniuge e a figlio, e condannare l'INPS al pagamento dei ratei della prestazione a decorrere dal 1° novembre 2015, riconoscendosi un importo su base mensile a ciascuno rispettivamente pari a € euro 237,00 e 710,00, o nella somma maggiore o minore ritenuta di giustizia, oltre rivalutazione e interessi;
- G.** condannare l'INPS alla rifusione delle spese per l'assistenza legale stragiudiziale resasi necessaria per la pratica di ricorso amministrativo avverso il silenzio-rifiuto, pari a Euro 1.200,00.

Con condanna dell'Istituto convenuto al pagamento delle spese e onorari del presente giudizio, oltre a 15% per spese generali, IVA e CPA come per legge.

**Per l'appellato:**

Voglia l'Ecc.ma Corte d'Appello di Milano, ogni contraria istanza reietta e disattesa, così giudicare: rigettare il ricorso, perché inammissibile, infondato, in fatto e diritto.

Con vittoria delle spese di lite.

**Fatto e diritto**

Con ricorso depositato in data \_\_\_\_\_ 2019 (X) (A), in proprio e nella qualità di genitore esercente la responsabilità genitoriale sul minore (C) (X) (Y), ha impugnato l'ordinanza n. \_\_\_\_\_ con la quale il Tribunale di Milano, respingeva il ricorso ex art. 4 dlgs 216/2003 e 28 D.lgs 150/2011.

(X) (A) e (B) (Y) erano legati da stabile convivenza ed avevano avuto un figlio negli Stati Uniti con fecondazione assistita, nato il \_\_\_\_\_ 2010; in data \_\_\_\_\_ 2010 veniva trascritto in Italia l'atto di nascita dove risultava genitore solo (X) (A); in data \_\_\_\_\_ 2017 venivano trascritti in Italia la sentenza statunitense di accertamento della paternità anche di (Y) (B) e l'atto di nascita statunitense aggiornato con detto riconoscimento di paternità; in data \_\_\_\_\_ 2013 (X) (A) e (B) (Y) contraevano matrimonio in New York, atto trascritto in Italia come unione civile nel 2016; in data \_\_\_\_\_ 2015 decedeva (Y) (B); (Y) (B) dal gennaio 1994 aveva versato i contributi previdenziali; in data \_\_\_\_\_ 2017 (X) (A) presentava domanda di pensione ai superstiti, rispetto alla quale l'INPS non adottava alcun provvedimento nemmeno a seguito del ricorso al Comitato Provinciale. Con il ricorso di primo grado, (X) (A) chiedeva:

in via principale

(A) accertare e dichiarare il carattere di discriminazione diretta e/o per associazione per motivo di genere e orientamento sessuale dell'atto di rifiuto da parte dell'INPS della pensione indiretta.

In subordine al capo A)

(B) Accertare e dichiarare il carattere discriminatorio della normativa italiana che esclude il partner in relazione affettiva stabile con persona dello stesso sesso, ed il figlio minore di coppia omogenitoriale a carico dell'assicurato, dalla prestazione della pensione indiretta ai superstiti e per gli effetti C) disapplicare la normativa discriminatoria per contrasto con il diritto dell'Unione Europea.

Per effetto dell'accoglimento dei capi A oppure B e C, condannare l'INPS al risarcimento del danno non patrimoniale da liquidarsi in € 5.000,00 ciascuno, e ordinare all'istituto di cessare la condotta discriminatoria e adottare una circolare interna e iniziative di formazione del personale quale piano di rimozione della discriminazione.

In ogni caso accertare il diritto dei ricorrenti alla liquidazione della pensione indiretta in quanto superstiti beneficiari di (Y) (B), assicurato INPS, e condannare l'INPS al pagamento dei ratei della prestazione a decorrere dal 1.11.2015, riconoscendo un importo su base mensile a ciascuno di € 710,00 mensili per (X) (A) ed € 237,00 per (C) (X) (Y).

Condannare INPS alle spese per l'assistenza legale stragiudiziale in € 1.200,00, ed alle spese di lite.

Il Tribunale rigettava la domanda di discriminazione e dichiarava inammissibile la domanda di pagamento della pensione, con compensazione delle spese.

Quanto alla discriminazione, il primo giudice osservava che il mancato riscontro della domanda di pensione non poteva costituire presunzione di discriminazione, in quanto, subito dopo l'entrata in vigore della legge n. 76/2016, in data 5.6.2016, che aveva disciplinato l'unione civile tra persone dello stesso sesso, l'INPS aveva dato subito attuazione alla stessa con il messaggio n. 5171 del 21.12.2016.

Secondo il primo giudice il fatto che: l'ente avesse respinto la domanda perché prima della legge n. 76/16 mancavano i presupposti giuridici per la concessione del beneficio, in quanto la legge era entrata in vigore il 5.6.2016 - dopo la morte di (Y) (B)- e non aveva efficacia retroattiva; l'unione civile era stata trascritta in Italia il \_\_\_\_\_ 2016; lo stato di filiazione non sussisteva al momento della morte dell'assicurato (evento protetto) poiché la sentenza USA che aveva riconosciuto la paternità legale di (Y), che ha effetto costitutivo ed ha efficacia nell'ordinamento giuridico a decorrere dalla sua pubblicazione, era del \_\_\_\_\_ 2016 e la trascrizione a margine dell'atto di nascita era del \_\_\_\_\_ 2017; escludeva la lamentata presunzione di discriminazione perché la prestazione non era stata negata per motivi di sesso o orientamento sessuale ma in quanto si era ritenuto che i richiedenti, al momento del decesso dell'assicurato, non avessero i requisiti richiesti dalla legge.

Conseguentemente riteneva che le deduzioni ed argomentazioni dei ricorrenti prescindevano da qualsiasi profilo di discriminazione ma riguardavano invece la corretta applicazione di norme di legge, sia in materia di pensione indiretta sia in materia di trascrizione e riconoscimento di atti e provvedimenti stranieri.

L'argomentazione relativa alla configurabilità di un diritto soggettivo al trattamento previdenziale richiesto quale partner stabilmente convivente dell'assicurato deceduto prescindeva, quindi, secondo il giudice, da profili di discriminatorietà, fondandosi invece sulla pretesa interpretazione estensiva o analogica della nozione di coniuge al convivente di fatto, anche dello stesso sesso.

Dichiarava infine inammissibile la domanda formulata in via subordinata ai sensi dell'art. 702 bis cpc, di accertamento del diritto alla prestazione della pensione indiretta -quindi non in via di discriminazione-.

In particolare riteneva che l'art. 702 bis cpc -procedimento sommario di cognizione- non si applichi al rito speciale del lavoro previsto dall'art. 409 cpc né alla materia previdenziale (art. 442 cpc) né a quella locatizia (art. 447 bis cpc).

Ciò troverebbe conferma, secondo il giudice, oltre che nel dato letterale, nella mancata menzione dell'art. 420 cpc negli artt. 702bis e seguenti cpc, che richiamano invece l'art. 163 cpc, quindi le cause introdotte con rito ordinario.

Lo stesso art. 703 ter co 3 cpc, con riferimento al mutamento del rito, prevede quale alternativa al rito sommario il rito ordinario di cognizione, tant'è vero che il giudice deve fissare l'udienza prevista dall'art. 183 cpc, da qui l'impossibilità di convertire il procedimento sommario in processo speciale del lavoro.

L'appellante censura la sentenza per i seguenti motivi:

1) violazione della disciplina unionale e nazionale sostanziale in materia di atti discriminatori.

Richiamata la differenza tra discriminazione diretta ed indiretta ai sensi della Direttiva n. 200/78 e del D.lgs n. 216/2003, evidenzia che la discriminazione sussiste sulla base anche di elementi oggettivi per cui è irrilevante l'assenza dell'*animus discriminandi*.

Consequentemente ha errato il giudice nell'escludere la discriminazione in ragione dell'assenza dell'elemento volitivo volto a discriminare e ad arrecare pregiudizio. Parimenti il giudice ha errato nel ritenere che la prestazione sia stata negata non per motivi di genere e orientamento sessuale, ma per la mancanza dei requisiti stabiliti dalla legge. Così ragionando, ogni contenzioso che coinvolga requisiti previsti dalla legge non potrebbe assumere la connotazione di discriminatorietà, andando così in senso contrario ai principi secondo cui sono discriminatori atti e norme che pongono requisiti che pregiudicano alcune categorie di persone.

2) Violazione dell'art. 8 e 14 CEDU e art. 1 prot. Addizionale CEDU congiuntamente agli artt. 11 e 117 Cost.

Sostiene che l'affermazione del primo giudice secondo cui dalla sentenza Oliari della CEDU non si possa dedurre alcun obbligo in capo all'Italia di garantire protezione alle coppie cui è stato, in violazione degli obblighi internazionali per carenza di *status*, negata la prestazione fondamentale, collide per *tabulas* con la pronuncia di Strasburgo.

La pronuncia in esame, che ha condannato l'Italia per non aver previsto alcun regime di riconoscimento legale delle unioni fra persone dello stesso sesso, ha stabilito che il riconoscimento formale della coppia omoaffettiva è volto a consentire l'accesso, il riconoscimento e il godimento dei diritti fondamentali della coppia.

Dalla giurisprudenza da Oliari in poi consegue, secondo l'appellante, un'interpretazione convenzionalmente orientata e, qualora questa non sia possibile, la rimessione alla Corte Costituzionale per violazione degli artt. 11 e 117 Cost.

3) Erronea decisione in ordine alla non comparabilità della convivenza omosessuale con quella eterosessuale.

Erra il giudice nell'affermare che il diniego della prestazione per insussistenza del rapporto giuridico preesistente possa riguardare sia persone dello stesso sesso che persone di sesso diverso, perché nel caso in esame il rapporto giuridico preesistente era precluso per legge nel caso di coppie omosessuali.

Del resto la stessa giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 138/2010) prima dell'entrata in vigore della L. 76/2016 ha affermato che spetta al giudice intervenire per garantire un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale.

Come poi affermato dalla Corte di Cassazione, detta omogeneizzazione può essere svolta dal giudice comune, e non soltanto dalla Corte Costituzionale, in quanto tenuto ad un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata (Cass. n. 2400/2015).

4) Effetti costitutivi della trascrizione di un atto straniero.

Contrariamente a quanto affermato dal primo giudice, sostiene che la trascrizione dell'atto di matrimonio ha effetto accertativo e non costitutivo e quindi retroagisce al momento della celebrazione.

Consequentemente, (X) e (Y) dovevano ritenersi uniti civilmente fin dal momento del matrimonio in USA, con l'ulteriore conseguenza che, al momento della domanda, (X) aveva la qualità di equiparato al coniuge.

5) Errata interpretazione e violazione del diritto dell'Unione.

Lamenta che il primo giudice, a sostegno del giudizio di infondatezza, abbia erroneamente citato la sentenza Römer della Corte di Giustizia, punto 43: *“il raffronto tra le situazioni deve essere fondato su un’analisi incentrata sui diritti e sugli obblighi dei coniugi sposati e dei partner dell’unione civile registrata, quali disciplinati dalle disposizioni nazionali in vigore, che risultino pertinenti alla luce della finalità e dei presupposti di concessione della prestazione controversa nel procedimento principale, e non sulla verifica se il diritto nazionale abbia proceduto a un’equiparazione generale e completa, sotto il profilo giuridico, dell’unione civile registrata al matrimonio”*.

Richiama innanzitutto la Direttiva 2000/78, recepita in Italia con il dlgs n. 216/2003, che vieta le discriminazioni per orientamento sessuale nell’ambito lavorativo ed in particolare con riguardo alla retribuzione, nonché la giurisprudenza europea secondo cui le prestazioni pensionistiche sono assimilabili a quelle retributive ed infatti spettano solo se la persona assicurata era un lavoratore e in una misura che è direttamente determinata dalla durata del rapporto lavorativo, dell’ammontare della retribuzione ed è finanziata tramite il contributo previdenziale posto a carico anche del lavoratore stesso.

Evidenzia, quindi, che proprio la sentenza Römer ha affermato che costituisce una violazione della Direttiva n. 2000/78 la situazione in cui una pensione complementare di vecchiaia versata ad una persona legata ad un partner in un’unione civile sia inferiore, a parità di altre condizioni, a quella concessa ad una persona sposata.

6) Violazione dei diritti fondamentali del minore (X) (Y). Assenza di motivazione.

Lamenta l’assenza di motivazione con riferimento alla posizione del minore. Sottolinea che la situazione del figlio minore è diversa da quella del genitore superstite in quanto i diritti del minore rispetto al proprio genitore prescindono dalle questioni inerenti la tutela del legame di coppia fra i genitori.

Ed infatti, nel caso in esame il figlio minore deve considerarsi a tutti gli effetti figlio di (Y) (B) poiché la legge italiana ha parificato ogni categoria di figli (art. 35 L. n. 218/1995 come modificata nel 2013).

Insiste per l’effetto retroattivo della sentenza di riconoscimento della paternità per cui il minore deve essere considerato figlio di (Y) (B) fin dalla nascita e non dal 2017, con la conseguenza che il rapporto giuridico preesistente sussisteva al momento del decesso e della domanda.

7. Erroneità della sentenza laddove ha dichiarato inammissibile la domanda di accertamento del diritto alla pensione diretta ed alla condanna alla sua erogazione.

L’ appellante sostiene l’erroneità della sentenza per due motivi:

in via principale contesta la violazione dell’art. 40 comma 4 c.p.c. poiché le domande erano connesse da un rapporto di principalità - subordinazione dovendosi considerare la domanda principale quella di discriminazione introdotta con il rito speciale ex art. 28 dlgs n. 150/2011, che comprendeva oltre al pagamento della prestazione anche l’ordine di rimozione della discriminazione ed il risarcimento del danno. Conseguentemente doveva prevalere il rito speciale che sorregge la domanda di maggior valore ovvero quella per discriminazione.

Se il cumulo non fosse stato possibile il giudice avrebbe dovuto separare le domande.

In subordine, lamenta l’errata applicazione degli artt. 702 ter e 420 c.p.c.

L’erroneità dipende dal fatto che egli aveva agito ex art. 28 d.lgs. n. 150/2011 al cui rito non è parificabile il rito sommario ex art. 702bis cpc. Conseguentemente, ai fini del mutamento del rito non opera l’art. 702 ter cpc ma l’art. 4 Dlgs 150/11. In ogni caso, pur a non ritenere prevalente il rito ex art. 28 dlgs n. 150/2011 andava comunque disposto il mutamento del rito, se non altro anche per il rispetto del principio di conservazione della domanda.

Ha resistito INPS chiedendo il rigetto dell’appello.

La causa è stata discussa e decisa come da dispositivo trascritto in calce.

I fatti sono pacifici tra le parti.

Ritiene il Collegio, di dover preliminarmente esaminare la domanda di accertamento del diritto degli appellanti alla pensione indiretta, anche senza discriminazione, quali superstiti beneficiari di (Y) (B), in quanto suscettibile di assicurare la definizione del giudizio.

Va innanzitutto evidenziato che la relativa domanda è ammissibile.

Come evidenziato dall’appellante la domanda di accertamento della discriminazione e quella di accertamento del diritto alla prestazione, anche in assenza di discriminazione, sono connesse e sono state proposte in un ordine di principalità-subordinazione.

Conseguentemente, prevale il rito speciale che sorregge la domanda di maggior valore ovvero quella per discriminazione e che attrae anche la domanda subordinata.

Quindi quest’ultima non doveva essere dichiarata inammissibile.

Passando al merito, per la soluzione della controversia ritiene il Collegio che si debba procedere ad un’interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata come affermato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 138/2010.

La Suprema Corte, infatti, dopo aver precisato che per *“formazione sociale”*, di cui all’art. 2 Cost., *“deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico”*, ha affermato



che *“In tale nozione è da annoverare anche l’unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone - nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge - il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri”*.

La Corte, dopo aver evidenziato che *“Si deve escludere, tuttavia, che l’aspirazione a tale riconoscimento – che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia - possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio. È sufficiente l’esame, anche non esaustivo, delle legislazioni dei Paesi che finora hanno riconosciuto le unioni suddette per verificare la diversità delle scelte operate.”*, ha affermato che se *“nell’ambito applicativo dell’art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell’esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette”*, dall’altra resta *“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”* (n. 8. del Considerato in diritto).

Come successivamente affermato dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 4184/2012, discende dalla citata sentenza della Corte Costituzionale che il *“diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia”*, derivante immediatamente dall’art. 2 Cost., comporti che i singoli (o entrambi i) componenti della *“coppia omosessuale”* abbiano il diritto di chiedere, *“a tutela di specifiche situazioni”* e *“in relazione ad ipotesi particolari”*, un *“trattamento omogeneo”* a quello assicurato dalla legge alla *“coppia coniugata”*, omogeneizzazione di trattamento giuridico che la Corte costituzionale *“può garantire con il controllo di ragionevolezza”*.

Conseguentemente, prosegue la Corte, *“I componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto, se - secondo la legislazione italiana - non possono far valere né il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all’estero, tuttavia - a prescindere dall’intervento del legislatore in materia -, quali titolari del diritto alla “vita familiare” e nell’esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza appunto di “specifiche situazioni”, il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti, applicabili nelle singole fattispecie, in quanto ovvero nella parte in cui non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza”*.

La stessa Corte Costituzionale con la sentenza n. 150/2012 ha affermato che l’operazione di omogeneizzazione, così da consentire all’unione omoaffettiva di acquisire un grado di protezione e di tutela equiparabile a quello matrimoniale in tutti i casi in cui la mancanza di una disciplina legislativa determina una lesione di diritti fondamentali, *“può essere svolta dal giudice comune e non soltanto dalla Corte Costituzionale in quanto tenuto a un’interpretazione delle norme non solo costituzionalmente orientata ma anche convenzionalmente orientata”*.

Con la sentenza n. 2400/2015 la Corte di Cassazione, pur negando alla coppia omosessuale il diritto alle pubblicazioni matrimoniali, aveva ribadito l’esistenza in capo ad essa di un nucleo di diritti e doveri di assistenza e solidarietà propri delle relazioni affettive di coppia riconosciuti dalla Costituzione a prescindere dal modello di unione prescelto dall’ordinamento, nucleo di diritti che può trovare tutela già innanzi al giudice comune e non necessariamente mediante il sistema di rinvio alla Corte Costituzionale.

Ebbene, nel caso in esame il diritto al trattamento pensionistico di reversibilità rivendicato rientra tra i diritti/ doveri di assistenza e solidarietà, tutelati costituzionalmente, propri delle relazioni affettive di coppia tra cui quella omosessuale stabile.

Che il diritto al trattamento pensionistico di reversibilità sia costituzionalmente garantito e rientrante tra i diritti/ doveri di assistenza e solidarietà propri delle relazioni affettive di coppia tra cui quella omosessuale stabile, è stato affermato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 174/16 secondo la quale *“3.1 L’ordinamento configura la pensione di reversibilità come «una forma di tutela previdenziale ed uno strumento necessario per il perseguimento dell’interesse della collettività alla liberazione di ogni cittadino dal bisogno ed alla garanzia di quelle minime condizioni economiche e sociali che consentono l’effettivo godimento dei diritti civili e politici (art. 3, secondo comma, della Costituzione) con una riserva, costituzionalmente riconosciuta, a favore del lavoratore, di un trattamento preferenziale (art. 38, secondo comma, della Costituzione) rispetto alla generalità dei cittadini (art. 38, primo comma, della Costituzione)» (sentenza n. 286 del 1987, punto 3.2. del Considerato in diritto). In virtù di tale connotazione previdenziale, il trattamento di reversibilità si colloca nell’alveo degli artt. 36, primo comma, e 38, secondo comma, della Carta fondamentale, che prescrivono l’adeguatezza della pensione quale retribuzione differita e l’idoneità della stessa a garantire un’esistenza libera e dignitosa.*

3.2.- Nella pensione di reversibilità erogata al coniuge superstite, la finalità previdenziale si raccorda a un peculiare fondamento solidaristico. Tale prestazione, difatti, mira a tutelare la continuità del sostentamento (sentenza n. 777 del 1988, punto 2. del Considerato in diritto) e a prevenire lo stato di bisogno che può derivare dalla morte

del coniuge (sentenze n. 18 del 1998, punto 5. del Considerato in diritto, e n. 926 del 1988, punto 2. del Considerato in diritto). Il perdurare del vincolo di solidarietà coniugale, che proietta la sua forza cogente anche nel tempo successivo alla morte, assume queste precise caratteristiche, avallate da plurimi principi costituzionali (sentenze n. 419 del 1999, punto 2.1. del Considerato in diritto, e n. 70 del 1999, punto 3. del Considerato in diritto).

Lo stesso fondamento solidaristico, che il legislatore è chiamato a specificare e a modulare nelle multiformi situazioni meritevoli di tutela, in modo coerente con i principi di eguaglianza e ragionevolezza, permea l'istituto anche nelle sue applicazioni più recenti alle unioni civili, in forza della clausola generale dell'art. 1, comma 20, della legge 20 maggio 2016, n. 76 (Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze).

In un ambito che interseca scelte eminentemente personali e libertà intangibili, i principi di eguaglianza e ragionevolezza rivestono un ruolo cruciale nell'orientare l'intervento del legislatore. Quest'ultimo, vincolato a garantire un'adeguata tutela previdenziale, per un verso non deve interferire con le determinazioni dei singoli (...) e, per altro verso, è chiamato a realizzare un equilibrato contemperamento di molteplici fattori rilevanti, allo scopo di garantire l'assetto del sistema previdenziale globalmente inteso".

Come già affermato da questa Corte con la sentenza n. 1005/2018, "...il diritto alla pensione di reversibilità viene ad inserirsi nel nucleo dei diritti/doveri di assistenza e solidarietà propri delle relazioni affettive di coppia e quindi dei diritti fondamentali inviolabili dell'uomo che l'art. 2 tutela e garantisce all'interno delle formazioni sociali nelle quali va inclusa l'unione omosessuale intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso. In sostanza l'erogazione della pensione al superstite attua il permanere della solidarietà familiare oltre l'evento morte del lavoratore, solidarietà familiare che all'interno della coppia omosessuale stabile non può che essere rivolta a favore del partner al quale non è stato consentito unirsi in matrimonio".

Alla luce di tali considerazioni, pertanto, come già affermato da questa Corte con la citata sentenza n. 1005/2018, "il diritto al trattamento pensionistico di reversibilità, costituzionalmente garantito e rientrante tra i diritti/doveri di assistenza e solidarietà propri delle relazioni affettive di coppia tra cui quella omosessuale stabile che, in quanto tale, è stata esclusa dall'istituto matrimoniale e non ha potuto quindi istituzionalizzare la relazione familiare, va riconosciuto al partner superstite come diretta applicazione dell'art. 2 Cost.; riconoscimento che può essere fatto dal giudice comune senza la necessità di porre la questione al vaglio della Corte Costituzionale".

Nel caso in esame la stabile relazione affettiva tra (X) e l'assicurato (Y) non è in discussione, tra l'altro formalizzata con un matrimonio americano il \_\_\_\_\_2013, trascritto successivamente in Italia come unione civile -il \_\_\_\_\_2016, non appena ciò è stato consentito dalla L. 76/2016.

Tanto basta per il riconoscimento del diritto rivendicato.

Diritto che deve essere riconosciuto anche nei confronti del figlio minore, che certamente fa parte della relazione stabile affettiva tutelata costituzionalmente. In ogni caso è un dato di fatto incontestato che il minore in questione è figlio di (X) (A) e (B) (Y).

Ed infatti, l'atto di nascita statunitense, dal quale risultava genitore il solo (X) (A), è stato trascritto nei registri di stato civile del comune di P.B. in data 23.3.2010.

Successivamente, in data 8.5.2017, sull'atto di nascita del registro di stato civile italiano è stata annotata anche la sentenza americana del 15.7.2016 che ha dichiarato (B) (Y) secondo genitore del minore.

Lo status di figlio dipende quindi da provvedimenti accertativi dello Stato estero di nascita, con divieto per il giudice italiano di procedere a qualsiasi valutazione o accertamento (Cass. n. 15234/2013, n. 367/2003, n. 14545/2003).

Conseguentemente lo "status" genitoriale di (B) (Y) non può che decorrere dalla nascita del figlio (cfr. Cass n. 7960/2017 relativa a sentenza dichiarativa della filiazione naturale), non esistendo nel nostro ordinamento alcuna distinzione o differenza sul piano dei diritti fra le diverse forme di filiazione.

Ciò trova conferma nell'esigenza di tutela del "superiore e preminente interesse del minore" che, come evidenziato dalla Corte Costituzionale, con sentenza n. 31/2012, "è complesso e articolato in diverse situazioni giuridiche, che hanno trovato riconoscimento e tutela sia nell'ordinamento internazionale sia in quello interno".

Come precisato dalla Corte di Cassazione, con la sentenza n. 19599/2016, nell'ordinamento internazionale "vengono in rilievo: innanzitutto, la Convenzione sui diritti del fanciullo fatta a New York il 20.11.1989, resa esecutiva in Italia dalla L. 27.5.1991 n. 176; la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli (...), fatta dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25.1.2016, resa esecutiva dalla L. 20.3.2003 n. 77, che nell'art. 6, nel disciplinare il processo decisionale nei procedimenti riguardanti i fanciulli, detta le modalità cui l'autorità giudiziaria deve conformarsi "prima di giungere a qualunque decisione", stabilendo in particolare che l'autorità deve acquisire informazioni sufficienti al fine di prendere una decisione nell'interesse superiore del minore"; la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7.12.2000 e riproclamata a Strasburgo il 12.12.2007, che nell'art. 24, par. 2, precisava che "in tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente".

E non diverso è l'indirizzo dell'ordinamento interno, nel quale l'interesse morale e materiale del minore (la cui tutela è già implicita nell'art. 30, comma 1, Cost. sul diritto-dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli) ha assunto carattere di piena centralità, specialmente dopo la riforma attuata con la L. 19.5.1975

n. 151 (Riforma del diritto di famiglia), e dopo la riforma delle adozioni realizzata con la legge 4 maggio 1983, n. 184 (Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori), come modificata dalla legge 28 marzo 2001, n. 149 (Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184), cui hanno fatto seguito varie leggi speciali che hanno introdotto varie forme di tutela dei diritti del minore sempre più incisive (cfr. artt. 336 bis e 337 quater cc, inseriti dagli artt. 53 e 55 del dlgs n. 154 del 2013 e, da ultimo, la legge 19 ottobre 2015, n. 173, sul diritto alla continuità dei rapporti affettivi dei minori in affido familiare)."

La Corte prosegue precisando che "L'interesse superiore del minore che, come detto (v. n. 8), è complesso e articolato in diverse situazioni giuridiche, nella specie si sostanzia nel diritto a conservare lo status di figlio, riconosciuto da un atto validamente formato in un altro Paese dell'Unione europea.

Il diritto alla continuità di tale status è conseguenza diretta del favore filiationis, scolpito negli artt. 13, comma 3, e 33, commi 1 e 2, della legge n. 218 del 1995, ed è implicitamente riconosciuto dall'art.8, par. 1, della Convenzione di New York sul "diritto del fanciullo a preservare la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari, così come riconosciute dalla legge, senza ingerenze illegali".

La Corte Edu (Marchx c. Belgio, 13 giugno 1979) e la Corte Costituzionale (da ultimo, con la citata sentenza n. 31 del 2012) hanno affermato da tempo il diritto del minore all'integrazione nella famiglia di origine fin dalla nascita e alla continuità dei rapporti con i suoi familiari; la Corte di Strasburgo ha evidenziato la "relazione diretta" tra il diritto alla "vita privata" e quello all'identità, non solo fisica, ma anche sociale del minore (Mikulic c. Croazia, 7 febbraio 2002, p. 34-36), essendo la filiazione un "aspetto essenziale dell'identità delle persone" (nel caso Mennesson c. Francia del 2014, p. 80 e anche 46, 77, 96 ss.)..."

Da tali considerazioni della Suprema Corte, emerge come il mancato riconoscimento in Italia del rapporto di filiazione in esame, legalmente e pacificamente esistente negli Stati Uniti di America, determinerebbe una "incertezza giuridica", già stigmatizzata dalla Corte Edu (nel già citato caso Mennesson c. Francia), ovvero una "situazione giuridica claudicante" (Corte federale tedesca del 2014 sopra citata), che influirebbe negativamente sulla definizione dell'identità personale del minore, in considerazione delle conseguenze pregiudizievoli concernenti, tra le altre, la possibilità di acquisire i diritti ereditari.

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, assorbita ogni altra questione, in riforma della ordinanza impugnata va accertato il diritto degli appellanti alla pensione indiretta in quanto superstiti di (B) (Y) e va condannato l'INPS al pagamento dei ratei della prestazione a decorrere dall'1.11.2015, oltre interessi. La particolarità e novità della questione trattata giustifica la compensazione delle spese del doppio grado.

## P.Q.M.

In riforma della ordinanza del Tribunale di Milano datata 4.4.2019 accerta il diritto degli appellanti alla pensione indiretta in quanto superstiti di (B) (Y) e condanna l'INPS al pagamento dei ratei della prestazione a decorrere dall'1.11.2015 oltre interessi.

Compensa le spese del doppio grado.

Milano, 28.10.2020

*Il Consigliere est*  
Maria Rosaria Cuomo

*Il Presidente*  
Carla Bianchini

## Corte costituzionale

Sentenza 9 marzo 2021, n. 32<sup>1</sup>

STATO CIVILE - STATO GIURIDICO DEL NATO (IN ITALIA) A SEGUITO DI PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA (PMA) DI TIPO ETEROLOGO, MEDIANTE TECNICHE PRATICATE ALL'ESTERO NELL'AMBITO DI UNA COPPIA FORMATA DA DUE DONNE - POSSIBILITÀ DI ATTRIBUIRE LO STATUS DI FIGLIO RICONOSCIUTO ANCHE ALLA MADRE C.D. INTENZIONALE, IN ASSENZA DELLE CONDIZIONI PER L'ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI E LADDOVE SIA ACCERTATO GIUDIZIALMENTE L'INTERESSE DEL MINORE - OMESSA PREVISIONE - DENUNCIATA DISPARITÀ DI TRATTAMENTO, NONCHÉ VIOLAZIONE DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI E CONVENZIONALI CON RIFERIMENTO AL DIRITTO DEL MINORE AL MANTENIMENTO, ALL'EDUCAZIONE, ALL'ISTRUZIONE E AI DIRITTI SUCCESSORI NEI CONFRONTI DEL GENITORE INTENZIONALE - INAMMISSIBILITÀ DELLE QUESTIONI - RISCONTRATO VUOTO DI TUTELA DEL MINORE

Sono dichiarate inammissibili, perché protese a colmare un vuoto di tutela in una materia caratterizzata da ampia discrezionalità del legislatore, le questioni di legittimità costituzionale - sollevate dal Tribunale di Padova in riferimento agli artt. 2, 3, 30 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 2, 3, 4, 5, 7, 8 e 9 della Convenzione sui diritti del fanciullo e agli artt. 8 e 14 CEDU - degli artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004 e 250 cod. civ., che non consentono al nato nell'ambito di un progetto di procreazione medicalmente assistita (PMA) eterologa, praticata da una coppia dello stesso sesso, l'attribuzione dello status di figlio riconosciuto anche dalla madre intenzionale che abbia prestato il consenso alla pratica fecondativa, ove non vi siano le condizioni per procedere all'adozione nei casi particolari e sia accertato giudizialmente l'interesse del minore. La decisione, nel caso di specie, del legame tra la madre biologica e la madre intenzionale, pur in presenza di un rapporto di filiazione effettivo tra questa e il minore, ha reso evidente un vuoto di tutela dell'ordinamento nel garantire tutela ai minori e ai loro migliori interessi, intesa, come affermato in forte sintonia dalla giurisprudenza delle due corti europee, oltre che da quella costituzionale, come necessaria permanenza dei legami affettivi e familiari, anche se non biologici, e riconoscimento giuridico degli stessi, al fine di conferire certezza nella costruzione dell'identità personale. Le questioni sollevate confermano, pertanto, l'impellenza di un intervento del legislatore in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del rapporto del minore con la "madre intenzionale", vista l'insufficienza del ricorso all'adozione in casi particolari, per come attualmente regolata. Risulta pertanto evidente che i nati a seguito di PMA eterologa praticata da due donne

1 Nota di richiami: Torna in Corte costituzionale il vuoto di riconoscimento che affligge le famiglie omogenitorialità e per la seconda volta il caso origina dal conflitto fra due madri, l'una madre gestazione, unica figura genitoriale riconosciuta allo stato civile italiano, l'altra madre intenzionale, co-madre nei fatti per molti anni, ma ad un certo punto con l'insorgere della crisi della coppia estromessa dalla vita dei figli comuni. Nella sentenza n. 225/2016 la Corte di appello di Palermo chiedeva di includere l'ex compagna della genitrice biologica nell'area dei soggetti le cui relazioni con il minore rientrano nel quadro di tutela apprestata dall'art. 337-ter cod. civ. La Consulta esclude ogni dubbio, individuando nel pubblico ministero il soggetto legittimato a ricorrere per condotte pregiudizievoli, anche su «sollecitazione dell'adulto (non parente) coinvolto nel rapporto in questione», adulto che, quindi, rimane privato di ogni rimedio e legittimazione propria.

Diverso il caso rimesso al Giudice delle leggi dal Tribunale ordinario di Padova, il quale è stato investito di un'azione di stato calibrata sull'art. 250 cod. civ. da parte della madre intenzionale e sociale estromessa dalla vita delle proprie due figlie gemelle. La sentenza segna un netto cambio di registro rispetto ai precedenti della Corte, a cominciare dalla sentenza n. 221/2019, con la quale è stata cristallizzata la posizione centrale riservata alla *familia ad instar naturae*, secondo un filone che giunge fino alla sentenza n. 230/2020.

Il dramma all'origine dei fatti, che non consentono di ricorrere al pur timido e anche in sentenza criticato rimedio dell'adozione in casi particolari, apre la strada ad ampie argomentazioni tutte convergenti nel senso che sussiste un vuoto di tutela dei minori coinvolti, il cui trattamento deterioro a cagione dell'orientamento sessuale dei genitori risulta certificato nero su bianco. Del pari è esplicitamente riconosciuto il *vulnus* arrecato dall'attuale vacuum a diritti garantiti dalla Costituzione, dalla Convenzione EDU e finanche dalla Carta dell'Unione. Sebbene poi la sentenza termini con un monito al legislatore, questo assume toni di impellenza del tutto inediti nel bagaglio giurisprudenziale. Forse si tratta di un passaggio inevitabile sulla strada di un importante – e quantomai atteso – *revirement* del Giudice delle leggi. [A.S.]



versano in una condizione deteriore rispetto a quella di tutti gli altri nati, solo in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo. Essi, quando destinati a restare incardinati nel rapporto con un solo genitore, proprio perché non riconoscibili dall'altra persona che ha costruito il menzionato progetto, vedono gravemente compromessa la tutela dei loro preminenti interessi, in contrasto con il principio di eguaglianza. Ricontrato il suddetto vuoto di tutela, una pronuncia della Corte costituzionale rischierebbe di generare disarmonie nel sistema complessivamente considerato. Serve, pertanto, ancora una volta attirare su questa materia eticamente sensibile l'attenzione del legislatore, al fine di individuare un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana. [Massima ufficiale]

*Riferimenti normativi:* Legge n. 40/2004, articoli 8 e 9; codice civile art. 250.

#### LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori: Presidente: Giancarlo CORAGGIO; Giudici : Giuliano AMATO, Silvana SCIARRA, Daria de PRETIS, Nicolò ZANON, Franco MODUGNO, Augusto Antonio BARBERA, Giulio PROSPERETTI, Giovanni AMOROSO, Francesco VIGANÒ, Luca ANTONINI, Stefano PETITTI, Angelo BUSCEMA, Emanuela NAVARRETTA, Maria Rosaria SAN GIORGIO,

ha pronunciato la seguente

#### SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) e 250 del codice civile, promosso dal Tribunale ordinario di Padova, nel procedimento vertente tra V. B. e C. R., con ordinanza del 9 dicembre 2019, iscritta al n. 79 del registro ordinanze 2020 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 28, prima serie speciale, dell'anno 2020.

Visti gli atti di costituzione di V. B. e C. R., nonché l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nell'udienza pubblica del 27 gennaio 2021 il Giudice relatore Silvana Sciarra;

uditi gli avvocati Vittorio Angiolini, in collegamento da remoto, ai sensi del punto 1) del decreto del Presidente della Corte del 30 ottobre 2020, Sara Valaguzza e Alexander Schuster per V. B., l'avvocato Massimo Rossetto per C. R. e l'avvocato dello Stato Chiarina Aiello per il Presidente del Consiglio dei ministri, in collegamento da remoto, ai sensi del punto 1) del decreto del Presidente della Corte del 30 ottobre 2020;

deliberato nella camera di consiglio del 28 gennaio 2021.

## Ritenuto in fatto

1. Con ordinanza del 9 dicembre 2019, il Tribunale ordinario di Padova ha sollevato questioni di legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) e 250 del codice civile, in riferimento agli artt. 2, 3, 30 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 2, 3, 4, 5, 7, 8 e 9 della Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176, e agli artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848.
- 1.1. Il Collegio premette di essere stato adito dalla madre intenzionale di due gemelle, nate a seguito del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) – cui si è sottoposta l'allora partner della stessa – per ottenere, in via principale, l'autorizzazione a dichiarare all'ufficiale dello stato civile di essere genitore, ai sensi dell'art. 8 della legge n. 40 del 2004, o di essere dichiarata tale dalla sentenza dello stesso Tribunale per aver prestato il consenso alla fecondazione eterologa, ai sensi dell'art. 6 della medesima legge.

Il rimettente precisa che la ricorrente ha anche chiesto, in via subordinata, di essere autorizzata a riconoscere davanti all'ufficiale di stato civile le minori quali proprie figlie ovvero di accertare tale riconoscimento, pronunciando ai sensi dell'art. 250, quarto comma, cod. civ., una sentenza che tenga luogo del consenso da lei stessa prestato e rifiutato dalla madre che ne dichiarò la nascita e le riconobbe.

In via ulteriormente subordinata, è stato chiesto al Tribunale di Padova di ordinare all'ufficiale dello stato civile la rettificazione degli atti di nascita delle minori, sì che risulti che le stesse sono nate a seguito di fecondazione eterologa, sulla base del consenso prestato dalla madre biologica e dalla ricorrente, madre intenzionale.

Il Collegio premette che la ricorrente chiede anche di attribuire alle minori, in forza dell'art. 250, quarto comma, ultimo periodo, cod. civ. e dell'art. 262 cod. civ., il proprio cognome e che siano pronunciati gli opportuni provvedimenti in relazione al loro affidamento e mantenimento, ai sensi dell'art. 315-bis cod. civ.

Dalla discussione della causa in udienza pubblica, dai documenti prodotti e dalle allegazioni non contestate, il Tribunale dichiara che è inequivocabile la condivisione del progetto di PMA. Le parti hanno convissuto, pur senza residenza anagrafica comune, anche dopo la nascita delle bambine per quasi cinque anni, con coinvolgimento di entrambe nella cura, nell'educazione e nella crescita delle stesse. La peculiarità della fattispecie in esame – prosegue il rimettente – è costituita dalla circostanza che le minori sono nate in Italia, ma non vi è stata alcuna dichiarazione congiunta davanti all'ufficiale di stato civile in occasione della nascita. La relazione fra le due donne è cessata e l'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44, comma 1, lettera d), della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori) è risultata impraticabile, in quanto l'art. 46 della medesima legge prescrive l'assenso del genitore legale dell'adottando, che, nella specie, è stato negato.

Il Collegio osserva che, nonostante la partecipazione al progetto condiviso di maternità, la convivenza durata cinque anni e una relazione genitoriale di fatto intrattenuta con le bambine fino al 2017, queste ultime sono legalmente figlie della sola madre biologica, che non consente né il riconoscimento, né l'adozione e vieta ogni rapporto con la ricorrente madre intenzionale. Il Tribunale di Padova segnala, inoltre, che anche il Tribunale per i minorenni è intervenuto, ai sensi dell'art. 333 cod. civ., finora senza esito nel ripristinare i rapporti con la ricorrente.

- 1.2. Il Collegio rimettente ritiene pertanto che gli artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004 – che dispongono che i nati a seguito di PMA anche di tipo eterologo hanno lo stato di figli «riconosciuti dalla coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche» di PMA, stato che non può essere oggetto di disconoscimento di paternità, né di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità – non possano essere interpretati se non nel senso di escludere il riconoscimento dello stato di figli dei nati da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, in violazione dell'art. 5 della citata legge n. 40 del 2004.

Analogamente, anche l'art. 250, quarto comma, cod. civ. non consentirebbe di autorizzare il riconoscimento dello stato di figli dei nati da PMA eterologa, praticata da una coppia dello stesso sesso, da parte della madre intenzionale, superando il dissenso della madre biologica. Il Tribunale di Padova, pertanto, ritiene che – sulla base delle norme censurate – non sia possibile accogliere le domande della ricorrente. Proprio per questo riscontra un vuoto di tutela nel garantire l'interesse delle minori.

Le disposizioni richiamate, infatti, sistematicamente interpretate, non consentirebbero al nato nell'ambito di un progetto di procreazione medicalmente assistita eterologa, praticata da una coppia dello stesso sesso, l'attribuzione dello status di figlio riconosciuto anche da parte della madre intenzionale, che ha prestato il consenso alla pratica fecondativa, se non sia possibile procedere all'adozione nei casi particolari, qualora sia accertato giudizialmente l'interesse del minore.

Il rimettente segnala, inoltre, che nella specie non sarebbero neppure utilizzabili gli strumenti individuati dalla giurisprudenza di legittimità in casi simili per tutelare l'interesse dei minori, consistenti nella trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero, ove la nascita sia avvenuta in un altro Paese la cui legislazione ammette l'omogenitorialità, e nell'adozione in casi particolari, per il fatto che l'assenso della madre biologica e legale, indispensabile ai sensi dell'art. 46 della legge n. 183 del 1984, è stato negato.

Il denunciato vuoto di tutela si risolverebbe, quindi, nella lesione di diritti costituzionalmente e convenzionalmente garantiti dagli artt. 2, 3, 30 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU, come interpretati dalla Corte di Strasburgo, e agli artt. 2, 3, 4, 5, 7, 8 e 9 della Convenzione sui diritti del fanciullo.

In particolare, gli artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004 e 250 cod. civ. lascerebbero privo di tutela il diritto inviolabile del minore all'identità garantito dall'art. 2 Cost., da cui discende l'azionabilità dei suoi diritti nei confronti di chi si è assunto la responsabilità di procreare nell'ambito di una formazione sociale che, benché non riconducibile alla famiglia tradizionale, sarebbe comunque meritevole di tutela. In tal modo sarebbe violato il diritto di ciascun bambino ad avere due persone che si assumono la responsabilità di provvedere al suo mantenimento, alla sua educazione e istruzione, nei cui confronti poter vantare diritti successori, ma soprattutto agire in caso di inadempimento e di crisi della coppia. Il contrasto evidenziato è con gli artt. 2, 3, 30 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 8 CEDU. Il Collegio rimettente ricorda che tale disposizione è al centro di numerose pronunce della Corte EDU (sono richiamate le sentenze 26 giugno 2014, *Mennesson* contro Francia, e *Labassee* contro Francia). Dell'art. 8 CEDU si occupa anche il parere reso il 10 aprile 2019 ai sensi del Protocollo n. 16 alla CEDU,

per affermare che l'assenza di riconoscimento di un legame tra il bambino e la madre intenzionale pregiudica il bambino, lasciandolo in una situazione di incertezza giuridica quanto alla sua identità nella società, e può ledere gravemente il suo diritto alla vita privata.

Le norme censurate, inoltre, là dove non comprendono anche i nati da PMA eterologa praticata da coppie dello stesso sesso, determinerebbero una ingiustificata disparità di trattamento nei confronti di questi ultimi, rispetto ai nati da PMA praticata da coppia eterosessuale e anche rispetto ai nati da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, nella situazione in cui la madre biologica presta il suo assenso all'adozione in casi particolari.

I nati da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, per i quali non si possa ricorrere all'adozione in casi particolari, sarebbero destinati a un perenne stato di figli con un solo genitore, non riconoscibili dall'altra persona che ha contribuito al progetto procreativo. Essi si troverebbero in una situazione giuridica diversa e deteriore rispetto a quella di tutti gli altri nati (compresi i nati da rapporto incestuoso), senza che si possa rinvenire altra giustificazione se non l'orientamento sessuale delle persone che hanno partecipato al progetto procreativo, in violazione dell'art. 3 e dell'art. 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 14 CEDU. La nuova categoria di nati "non riconoscibili" contrasterebbe anche con il principio di unicità dello status giuridico dei figli, che ha connotato tutti gli interventi legislativi più recenti in materia di filiazione (la legge 10 dicembre 2012, n. 219, recante «Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali», e il decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 recante «Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219»).

Sarebbe, infine, violato l'impegno assunto dallo Stato italiano, in sede di ratifica della Convenzione sui diritti del fanciullo (in specie agli artt. 2, 3, 4, 5, 7, 8 e 9) ad adottare «tutti i provvedimenti appropriati affinché il fanciullo sia effettivamente tutelato contro ogni forma di discriminazione o di sanzione motivate dalla condizione sociale, dalle attività, dalle opinioni professate o convinzioni dei suoi genitori, dei suoi rappresentanti legali e dei suoi familiari» (art. 2), nonché a tenere in considerazione «l'interesse prevalente del minore» in tutte le decisioni relative ai bambini (art. 3).

Pertanto, il Tribunale conclude dichiarando non manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate nei confronti delle norme di cui agli artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004 e 250 cod. civ. là dove, sistematicamente interpretate, non consentono al nato nell'ambito di un progetto di procreazione medicalmente assistita eterologa, praticata da una coppia di donne, l'attribuzione dello status di figlio riconosciuto anche della donna che, insieme alla madre biologica, abbia prestato il consenso alla pratica fecondativa, ove non vi siano le condizioni per procedere all'adozione nei casi particolari e sia accertato giudizialmente l'interesse del minore.

Quanto alla rilevanza delle questioni, il Collegio rimettente osserva che l'applicazione delle norme censurate è evidentemente ineliminabile nell'iter logico-giuridico che si deve percorrere per la decisione. Solo l'accoglimento delle questioni consentirebbe di accogliere le domande della ricorrente, laddove, in caso opposto, l'attuale stato della normativa imporrebbe una pronuncia di rigetto.

2. Si è costituita in giudizio la ricorrente nel giudizio principale, chiedendo che le questioni sollevate con l'ordinanza del Tribunale di Padova siano accolte.

In via preliminare, la difesa della ricorrente sottolinea che il carattere additivo della questione di legittimità costituzionale sollevata non ne pregiudica l'ammissibilità, poiché l'addizione richiesta sarebbe a "rime obbligate".

Il vuoto di tutela potrebbe essere colmato solo nel modo indicato dal rimettente, estendendo anche ai nati nell'ambito di un progetto di PMA, praticata da una coppia di donne, quel che già le disposizioni censurate garantiscono agli altri nati da fecondazione assistita, ossia l'attribuzione dello status di figlio e il riconoscimento della responsabilità genitoriale di ambedue i genitori, che siano tali per aver preso parte e aver consentito in condivisione al progetto di procreazione, quando sia accertato l'interesse del minore.

Ciò anche in considerazione dei limiti specifici derivanti dalla disciplina dell'adozione in casi particolari, per cui è necessario l'assenso dei genitori biologici dell'adottando, perché l'adottante – che abbia instaurato un rapporto di coniugio o di convivenza con il genitore biologico – è soggetto terzo che tipicamente subentra in una fase successiva al concepimento e alla nascita. Nel caso di conflittualità, l'impossibilità di superare il dissenso del genitore biologico, ai sensi dell'art. 46 della legge sull'adozione, rivelerebbe la necessità di applicare direttamente la disciplina generale di costituzione del rapporto di filiazione fuori dal matrimonio, unico strumento di tutela dell'interesse del minore.

Nel merito, la difesa della ricorrente nel giudizio principale sottolinea come non sia in discussione la legittimità del divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita da parte delle coppie formate da persone dello stesso sesso, su cui la Corte si è di recente pronunciata con la sentenza n. 221 del 2019, ma esclusivamente l'irragionevole discriminazione operata nei confronti dei nati e concepiti da PMA per effetto di un progetto genitoriale avviato e condotto a termine da due persone dello stesso sesso. Le norme censurate, infatti, là dove impediscono il riconoscimento del legame fra nato e

partner della coppia omosessuale femminile non legata dal punto di vista biologico e genetico, non farebbero altro che impedire l'adempimento dei doveri di cura da parte di entrambi i genitori, prescritto dall'art. 30 Cost., sottraendo al minore una figura che pure intende continuare ad assumersi i compiti insiti nell'esercizio della responsabilità genitoriale. La declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme censurate mirerebbe a impedire che le vicende personali che intercorrono nella coppia (eterosessuale o omosessuale) possano compromettere la definizione dello status di figlio e renderlo oggetto di contrattazione. La discrezionalità del legislatore e il favor da quest'ultimo espresso per la famiglia tradizionale incontrerebbe, comunque, il limite degli interessi dei minori e del divieto di scelte discriminatorie per motivi di genere e orientamento sessuale. Tale limite sarebbe superato, considerato, tra l'altro, che taluni orientamenti nazionali e internazionali delle scienze psicologiche e cliniche evidenziano l'assenza di pregiudizi per il benessere dei figli minori quando si instaura un legame con due figure genitoriali dello stesso sesso.

3. Si è costituita in giudizio anche la madre biologica, parte resistente nel giudizio a quo, e ha chiesto che le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale di Padova siano dichiarate inammissibili.

La difesa della parte resistente ritiene che il riconoscimento del minore concepito mediante PMA di tipo eterologo, da parte di una donna legata affettivamente, in quel momento, a quella che lo ha partorito, ma non avente alcun legame biologico con lo stesso, si ponga in contrasto con l'art. 5 della legge n. 40 del 2004, e con l'esclusione del ricorso a tali tecniche da parte di coppie omosessuali, riconosciuto non illegittimo dalla sentenza di questa Corte n. 221 del 2019, non essendo consentita, al di fuori dei casi previsti dalla legge, la realizzazione di forme di genitorialità svincolate dal rapporto biologico. Non sarebbe, quindi, possibile desumere dall'art. 9 della legge n. 40 del 2004 un principio generale secondo cui, ai fini dell'instaurazione del rapporto di filiazione, può considerarsi sufficiente il mero dato volontaristico o intenzionale rappresentato dal consenso prestato alla procreazione medicalmente assistita o comunque dall'adesione a un comune progetto genitoriale.

L'intera disciplina del rapporto di filiazione, così come delineata dal codice civile, sarebbe tuttora saldamente ancorata al rapporto biologico tra il nato e i genitori, la cui esclusione richiederebbe, a pena di inevitabili squilibri, radicali modifiche di sistema, non realizzabili attraverso un intervento episodico del giudice. La stessa Corte costituzionale – prosegue la difesa della resistente – pur avendo posto in risalto la libertà e la volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori, ne ha riconosciuto il necessario bilanciamento, da demandare al legislatore, con altri valori costituzionalmente protetti.

La difesa della parte resistente nel giudizio principale esclude, inoltre, che sia ravvisabile un contrasto, sul punto, con la giurisprudenza della Corte EDU, che ha ritenuto non sussistente la violazione del diritto al rispetto della vita familiare del minore a causa del mancato riconoscimento del rapporto di filiazione, ove sia assicurata in concreto la possibilità di condurre un'esistenza paragonabile a quella delle altre famiglie. Una simile violazione non sarebbe configurabile nel caso di specie, in cui non è in discussione il rapporto di filiazione con il genitore biologico, ma solo quello con il genitore d'intenzione, il cui mancato riconoscimento non precluderebbe al minore l'inserimento nel nucleo familiare della coppia genitoriale, né l'accesso al trattamento giuridico ricollegabile allo status filiationis, pacificamente riconosciuto nei confronti dell'altro genitore.

Nessun contrasto si ravviserebbe con il riconoscimento dell'efficacia nel nostro ordinamento dell'atto di nascita formato all'estero, da cui risulti che il nato, concepito con il ricorso a tecniche di PMA, è figlio di due persone dello stesso sesso, ancorché una di esse non abbia alcun rapporto biologico con il minore. Il riconoscimento dell'atto di nascita straniero non farebbe venir meno l'estraneità dello stesso all'ordinamento italiano, che si limiterebbe a consentire la produzione dei relativi effetti, così come previsti e regolati dall'ordinamento di provenienza, nei limiti del rispetto dell'ordine pubblico, inteso quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico.

4. È intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, che chiede che le questioni vengano dichiarate inammissibili.

Anzitutto, la difesa statale ritiene che il rimettente si limiti a censurare l'inerzia del legislatore, in una materia in cui quest'ultimo dispone di un ampio ambito di discrezionalità, mentre questa Corte non avrebbe gli strumenti per imporre al legislatore di attivarsi.

L'addizione richiesta dal rimettente non sarebbe, pertanto, costituzionalmente necessaria.

Inoltre, l'ostacolo all'interpretazione estensiva degli artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004, che consenta il riconoscimento dello status di figlio del nato da PMA, praticata da coppie dello stesso sesso, sarebbe rinvenibile non già nelle norme citate e censurate, quanto piuttosto negli artt. 4 e 5 della medesima legge, non censurati.

Infine, tutte le argomentazioni svolte a sostegno delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale di Padova sarebbero prive di rilevanza, in quanto non sarebbe stato fatto valere in giudizio il diritto delle minori a ottenere il riconoscimento da parte del secondo genitore, quanto piuttosto il diritto della madre intenzionale a essere considerata genitore legale delle minori, come emergerebbe dalla circostanza che le minori non risultano essere parti del giudizio.



5. Ai sensi dell'art. 4-ter delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale sono state depositate tre opinioni scritte, a titolo di amici curiae.

Con decreto presidenziale del 3 dicembre 2020, sono state ammesse – perché conformi ai criteri previsti al citato art. 4-ter delle Norme integrative – le opinioni scritte del “Centro Studi Rosario Livatino” e della “Avvocatura per i diritti LGBTI – Associazione di promozione sociale”.

Il Centro Studi Rosario Livatino chiede che la Corte dichiari manifestamente infondate le questioni sollevate dal Tribunale di Padova. L'accoglimento delle questioni introdurrebbe una genitorialità omosessuale fondata su uno status filiationis pieno anche nei confronti del genitore non biologico, che priverebbe il minore di ogni diritto verso il genitore biologico di sesso diverso dall'altro, rispetto al quale la filiazione resterebbe sempre accertabile, eludendosi, inoltre, la necessità dell'assenso del genitore biologico esercente la responsabilità.

L'Avvocatura per i diritti LGBTI auspica che questa Corte individui una soluzione in linea con la giurisprudenza di Corti costituzionali straniere, ampiamente illustrata nell'opinione scritta, al fine di offrire adeguata tutela al nato, reputando applicabile l'art. 8 della legge n. 40 del 2004, o accogliendo la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Padova. Il consenso alla PMA – espresso all'estero da due donne in forme equivalenti a quelle previste dall'art. 6 della medesima legge n. 40 del 2004 – sarebbe idoneo e sufficiente all'assunzione della responsabilità genitoriale rispetto al nato in Italia, dal momento che l'art. 8 della citata legge tutela il nato a prescindere dalle concrete condotte di chi lo ha voluto.

6. All'udienza pubblica le parti e la difesa statale hanno insistito per l'accoglimento delle conclusioni formulate nelle memorie scritte.

## Considerato in diritto

1. Il Tribunale ordinario di Padova dubita della legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) e 250 del codice civile, in quanto, sistematicamente interpretati, non consentirebbero al nato nell'ambito di un progetto di procreazione medicalmente assistita eterologa, praticata da una coppia dello stesso sesso, l'attribuzione dello status di figlio riconosciuto anche dalla madre intenzionale che abbia prestato il consenso alla pratica fecondativa, ove non vi siano le condizioni per procedere all'adozione nei casi particolari e sia accertato giudizialmente l'interesse del minore.

Secondo il rimettente, le citate disposizioni garantirebbero il riconoscimento del legame di filiazione del nato, a seguito del ricorso a tecniche di PMA eterologa, nei confronti di entrambi i soggetti che hanno prestato il consenso e che si sono, conseguentemente, assunti la responsabilità genitoriale, solo ove tali soggetti rientrano fra coloro che hanno potuto accedere a una tale tecnica procreativa ai sensi dell'art. 5 della medesima legge n. 40 del 2004 e cioè solo ove siano di sesso diverso.

Pertanto, esse lascerebbero privo di tutela l'interesse del minore, nato a seguito di fecondazione assistita praticata da due donne, al riconoscimento del rapporto di filiazione con la madre intenzionale, non essendovi nella fattispecie in esame neppure le condizioni per procedere all'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44, comma 1, lettera d), della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori), a causa del mancato assenso del genitore biologico-legale, previsto quale condizione insuperabile (art. 46).

Tale vuoto di tutela esorbiterebbe dal margine di discrezionalità riservata in tale materia al legislatore e determinerebbe la violazione di una serie di diritti e interessi costituzionalmente e convenzionalmente garantiti.

Anzitutto, sarebbe violato il diritto del nato a far valere, nei confronti delle due persone, pur dello stesso sesso, che si sono comunque assunte la responsabilità della procreazione, i propri diritti al mantenimento, all'educazione, all'istruzione, ma anche i diritti successori, soprattutto in caso di inadempimento e di crisi della coppia, in contrasto con gli artt. 2, 3, 30 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo, in specie, in relazione all'art. 8 CEDU. Si profilerebbe – in linea con la giurisprudenza della Corte EDU – una grave lesione del diritto alla vita privata del bambino, cui sia impedito il riconoscimento del legame con la madre intenzionale, lasciandolo così esposto a una situazione di incertezza giuridica nelle relazioni sociali, quanto alla sua identità personale.

Si realizzerebbe, in tal modo, una ingiustificata disparità di trattamento sia rispetto ai nati da PMA praticata da coppia eterosessuale, sia rispetto ai nati da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, che possano accedere all'adozione in casi particolari, in virtù del consenso prestato dalla madre biologica. In mancanza di tale assenso, i nati a seguito di PMA eterologa praticata da coppie dello stesso sesso sarebbero destinati perennemente a uno stato di figli con un solo genitore, non riconoscibili dall'altra persona

che ha intenzionalmente contribuito al progetto procreativo. Essi si troverebbero in una situazione giuridica deteriore rispetto a quella di tutti gli altri nati (compresi i nati da rapporto incestuoso), per il solo fatto dell'orientamento sessuale delle persone che hanno condiviso la scelta di procreare con ricorso alle tecniche citate, in violazione dell'art. 3 e dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 14 CEDU.

Un tale vuoto di tutela entrerebbe in contrasto con l'impegno assunto dallo Stato italiano, in sede di ratifica della Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176 (in specie agli artt. 2, 3, 4, 5, 7, 8 e 9), volto a considerare «l'interesse prevalente del minore» in tutte le decisioni relative ai bambini (art. 3) e, comunque, ad adottare «tutti i provvedimenti appropriati affinché il fanciullo sia effettivamente tutelato contro ogni forma di discriminazione o di sanzione motivate dalla condizione sociale, dalle attività, dalle opinioni professate o convinzioni dei suoi genitori, dei suoi rappresentanti legali o dei suoi familiari» (art. 2).

2. 2.– In linea preliminare, occorre esaminare le eccezioni di inammissibilità sollevate dalla difesa statale.
- 2.1. L'Avvocatura generale dello Stato ritiene che le questioni sollevate dal Tribunale di Padova siano prive di rilevanza. Nella specie, non sarebbe fatto valere nel giudizio principale il diritto delle minori a essere riconosciute quali figlie di entrambe le madri, ma la pretesa della ricorrente di essere riconosciuta genitore legale. Ciò sarebbe dimostrato dalla circostanza che la convenuta, madre biologica delle minori, non sarebbe stata citata in giudizio come esercente la responsabilità genitoriale sulle minori e il Tribunale non ha ritenuto di disporre l'integrazione del contraddittorio nei confronti delle stesse. Non sarebbe, quindi, chiara la fattispecie sottoposta all'esame del Tribunale, tanto da non consentire di comprendere l'individuazione delle norme censurate, quali norme applicabili nel giudizio principale.
- 2.1.1. L'eccezione è priva di fondamento.

Nell'ordinanza di rimessione emerge chiaramente che le domande, proposte nel giudizio principale dalla ricorrente sulla base degli artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004, oltre che, in subordine, dell'art. 250 cod. civ., mirano alla tutela delle minori, proprio perché volte a consentire l'esercizio della responsabilità genitoriale nei confronti delle stesse anche da parte della madre intenzionale, in virtù del riconoscimento formale dello status di figlie dalla stessa auspicato. Il rimettente chiarisce che si tratta di una richiesta orientata a garantire stabilità nel rapporto genitoriale, impostato in modo continuativo fin dalla nascita delle bambine e tale da non arrecare pregiudizio alle stesse. Si fa riferimento all'intervento, pur infruttuoso, del Tribunale per i minorenni, a seguito della brusca interruzione di contatti regolari, causata dalla madre biologica, con l'insorgere di una situazione conflittuale all'interno della coppia, di ogni rapporto tra le medesime minori e la madre intenzionale, nonostante il consolidato legame affettivo fra le stesse.

Il riconoscimento dello status di figlio, oggetto delle norme censurate, corrisponde, secondo l'art. 30 Cost., al dovere di cura del genitore che è, al contempo, garanzia del diritto del minore di essere curato. Tanto basta per ritenere che gli argomenti del rimettente non siano implausibili nell'individuare come oggetto del giudizio che lo occupa il diritto delle minori a essere riconosciute figlie di entrambe le madri, in linea con l'indirizzo costante di questa Corte, che, nel delibare l'ammissibilità della questione, «effettua in ordine alla rilevanza solo un controllo "esterno", applicando un parametro di non implausibilità della relativa motivazione» (sentenza n. 267 del 2020; nello stesso senso, sentenze n. 224 e n. 32 del 2020).

- 2.2. La difesa statale eccepisce, inoltre, l'inammissibilità delle questioni per aberratio ictus.
- L'ostacolo giuridico all'accoglimento della domanda della ricorrente nel giudizio principale, volta al riconoscimento dello status di figlie nei confronti delle bambine nate a seguito di PMA eterologa praticata da una coppia di donne, risiederebbe non già nelle disposizioni censurate, ma nelle norme della medesima legge n. 40 del 2004 che fissano i limiti all'accesso alla PMA eterologa, contenute negli artt. 4 e 5 della legge n. 40 del 2004, non oggetto di censure.
- 2.2.1. Anche questa eccezione è priva di fondamento.

Il rimettente premette che la domanda proposta, in prima istanza, dalla ricorrente è proprio quella di riconoscere lo status di figlie delle minori, applicando estensivamente gli artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004, muovendo dal loro tenore letterale. L'art. 8, infatti, si limita a stabilire che i nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita «hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti dalla coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'art. 6», il che vuol dire prestando il consenso informato. L'art. 9, inoltre, sanciva il divieto del disconoscimento della paternità e di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità nel caso di fecondazione eterologa, anche quando quest'ultima non era ancora consentita (prima dell'intervento di questa Corte con la sentenza n. 162 del 2014).

Il Tribunale di Padova, tuttavia, afferma di non poter accogliere l'istanza della ricorrente, ritenendo che l'ambito di applicazione delle citate disposizioni, sulla base dell'interpretazione sistematica e logica delle stesse e a seguito della sentenza n. 237 del 2019 di questa Corte, sia implicitamente limitato ai nati da PMA eterologa praticata da coppie di sesso diverso, in base a quanto previsto dall'art. 5 della medesima legge n. 40 del 2004.

Il rimettente, però, rileva che, sebbene la fecondazione eterologa fra coppie dello stesso sesso non sia consentita in Italia per una scelta del legislatore non costituzionalmente censurabile (sentenza n. 221 del 2019), essa è comunque praticata e praticabile in altri Paesi. I nati a seguito del ricorso a queste tecniche sono, dunque, titolari di diritti, indipendentemente dalle modalità del loro concepimento.

Il rimettente non contesta la legittimità costituzionale dei limiti posti alle coppie omosessuali nell'accesso alla PMA. Denuncia, piuttosto, l'illegittimità costituzionale della compressione dei diritti dei nati, su cui si farebbe ricadere la responsabilità inerente all'illiceità delle tecniche adottate nella procreazione.

Poiché «ricorre l'inammissibilità delle questioni per aberratio ictus solo ove sia erroneamente individuata la norma in riferimento alla quale sono formulate le censure di illegittimità costituzionale» (sentenza n. 224 del 2020), si deve ritenere che questo non accada nel caso qui esaminato.

Il Collegio rimettente correttamente censura gli artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004, poiché da essi si desume l'impossibilità di riconoscere lo status di figli ai nati da PMA eterologa, praticata da una coppia di donne, e da essi si fa discendere il vuoto di tutela, quando si manifesta il dissenso della madre biologica all'accesso della madre intenzionale all'adozione in casi particolari, con conseguente pretesa lesione degli indicati parametri costituzionali.

- 2.3. Gli argomenti appena richiamati inducono a escludere un ulteriore profilo – pur non eccepito – di inammissibilità, inerente alla mancata sperimentazione dell'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni censurate, auspicata dalla ricorrente nel giudizio principale.
- 2.3.1. Come già sottolineato, il Collegio rimettente muove dalla verifica della possibilità di un'interpretazione dei citati artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004, che consenta di assicurare la tutela dei nati a seguito del ricorso a tecniche di PMA eterologa da parte di due donne, effettuato all'estero, riconoscendo loro lo status di figli di entrambe. La ritiene, tuttavia, impraticabile muovendo da un'interpretazione sistematica e logica, poiché «allo stato della legislazione, il requisito soggettivo della diversità di sesso per accedere alla procreazione medicalmente assistita», prescritto dall'art. 5 della legge n. 40 del 2004, ma anche «letto [...] in relazione alle norme del codice civile sulla filiazione, esclude l'opzione ermeneutica proposta dalla ricorrente».

L'interpretazione accolta dal Collegio rimettente, peraltro, è stata successivamente confermata dalla giurisprudenza di legittimità (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 22 aprile 2020, n. 8029, e sentenza 3 aprile 2020, n. 7668). Alcune pronunce di merito l'hanno, invece, disattesa, proprio in considerazione della preminente esigenza, costituzionalmente garantita, «di tutelare la condizione giuridica del nato, conferendogli, da principio, certezza e stabilità», tenendo distinta la questione relativa allo stato del figlio da quella inerente alla liceità della tecnica prescelta per farlo nascere (fra gli altri, Tribunale di Brescia, decreto 11 novembre 2020, Tribunale di Cagliari, sentenza n. 1146 del 28 aprile 2020. In termini analoghi, Corte d'appello di Roma, decreto 27 aprile 2020).

In ogni caso, l'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa denunciata è stata esplorata e consapevolmente scartata dal Collegio rimettente, «il che basta ai fini dell'ammissibilità della questione (sentenza n. 189 del 2019)» (sentenza n. 32 del 2020).

- 2.4. La difesa statale eccepisce, infine, che le questioni sollevate dal Tribunale di Padova siano inammissibili, poiché le integrazioni alla disciplina vigente, richieste dal giudice a quo, sarebbero protese a colmare un vuoto di tutela in una materia caratterizzata da ampia discrezionalità del legislatore.
- 2.4.1. L'eccezione è fondata nei termini di seguito precisati.
- 2.4.1.1. In epoca antecedente all'adozione della legge n. 40 del 2004, in relazione a una questione inerente alla tutela dello status filiationis del concepito tramite fecondazione eterologa, ancora non disciplinata, questa Corte ha evidenziato «una situazione di carenza dell'attuale ordinamento, con implicazioni costituzionali» (sentenza n. 347 del 1998). Senza addentrarsi nel valutare la legittimità di quella tecnica, è stata in quell'occasione espressa l'urgenza di individuare idonei strumenti di tutela del nato a seguito di fecondazione assistita, «non solo in relazione ai diritti e ai doveri previsti per la sua formazione, in particolare dagli artt. 30 e 31 della Costituzione, ma ancor prima – in base all'art. 2 della Costituzione – ai suoi diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità: diritti che è compito del legislatore specificare» (sentenza n. 347 del 1998).

Gli artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004 stanno a dimostrare che, nell'ascoltare quel monito, il legislatore ha inteso definire lo status di figlio del nato da PMA anche eterologa, ancor prima che fosse dichiarata l'illegittimità costituzionale del relativo divieto (sentenza n. 162 del 2014). Nel fondare un progetto genitoriale comune, i soggetti maggiorenni che, all'interno di coppie di sesso diverso, coniugate o conviventi, avessero consensualmente fatto ricorso a PMA (art. 5 della legge n. 40 del 2004), divenivano, per ciò stesso, responsabili nei confronti dei nati, destinatari naturali dei doveri di cura, pur in assenza di un legame biologico.

L'evoluzione dell'ordinamento, del resto, muovendo dalla nozione tradizionale di famiglia, ha progressivamente riconosciuto – e questa Corte lo ha evidenziato – rilievo giuridico alla genitorialità sociale, ove non coincidente con quella biologica (sentenza n. 272 del 2017), tenuto conto che «il dato

della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa» (sentenza n. 162 del 2014).

L'art. 9 della legge n. 40 del 2004, nel valorizzare, rispetto al favor veritatis, il consenso alla genitorialità e l'assunzione della conseguente responsabilità nell'ambito di una formazione sociale idonea ad accogliere il minore – come questa Corte ha rimarcato – «dimostra la volontà di tutelare gli interessi del figlio», garantendo «il consolidamento in capo al figlio di una propria identità affettiva, relazionale, sociale, da cui deriva l'interesse a mantenere il legame genitoriale acquisito, anche eventualmente in contrasto con la verità biologica della procreazione» (sentenza n. 127 del 2020).

A questo intervento del legislatore hanno fatto seguito, in progressione armonica, le modifiche successivamente apportate dal decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 (Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219) in tema di filiazione. Al centro si pongono i diritti del minore: «crescere in famiglia e [...] mantenere rapporti significativi con i parenti» (art. 315-bis cod. civ.); «mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, [...] ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi» (art. 337-ter cod. civ.). Parallelamente, al posto dell'originario istituto della potestà genitoriale si introduce la responsabilità genitoriale (art. 316 cod. civ.), che recepisce l'indicazione dell'art. 30 Cost., nella formula sintetica, già da tempo espressamente individuata da questa Corte, volta a “tradurre” «gli obblighi di mantenimento ed educazione della prole, derivanti dalla qualità di genitore» (sentenza n. 308 del 2008; nello stesso senso sentenza n. 394 del 2005). L'evoluzione dell'ordinamento segna dunque un'ancor più accentuata consonanza con i diritti sanciti nella Costituzione.

Inoltre, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, all'art. 24, comma 2, si afferma che è “preminente” la considerazione dell'interesse del minore in tutti gli atti che lo riguardano. In questa direzione, proprio con riferimento a tale disposizione, si è orientata anche la Corte di giustizia dell'Unione europea, che ha affermato il diritto dei figli di mantenere relazioni regolari e contatti diretti con entrambi i genitori, se questo corrisponde al loro interesse (sentenza 5 ottobre 2010, in causa C-400/10 PPU, J. McB.).

2.4.1.2. Come questa Corte ha già ricordato (sentenza n. 102 del 2020), il principio posto a tutela del miglior interesse del minore si afferma nell'ambito degli strumenti internazionali dei diritti umani, in specie nella Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1959 (principio 2), in cui si prevede che, nell'approvazione di leggi e nell'adozione di tutti i provvedimenti che incidano sulla condizione del minore, ai best interests of the child deve attribuirsi rilievo determinante (“paramount consideration”). Successivamente esso è ribadito nella Convenzione sui diritti del fanciullo, in cui, all'art. 3, paragrafo 1, si fa menzione del rilievo preminente (“primary consideration”) da riservare agli interessi del minore.

Pur in assenza di una espressa base testuale riferita al minore, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ricondotto all'art. 8, spesso in combinato disposto con l'art. 14 CEDU, l'affermazione che i diritti alla vita privata e familiare del fanciullo devono costituire un elemento determinante di valutazione («the child's rights must be the paramount consideration»: Corte EDU, sezione seconda, sentenza 5 novembre 2002, Yousef contro Paesi Bassi; sezione prima, sentenza 28 giugno 2007, Wagner e J.M.W.L. contro Lussemburgo, paragrafo 133: «Bearing in mind that the best interests of the child are paramount in such a case»; grande camera, sentenza del 26 novembre 2013, X contro Lettonia, paragrafo 95: «the best interests of the child must be of primary consideration»).

Questa è la prospettiva prescelta dalla Corte EDU per riconoscere la permanenza e la stabilità dei legami che si instaurano tra il bambino e la sua famiglia e per salvaguardare il suo diritto a beneficiare di relazioni e contatto continuativo con entrambi i genitori (Corte EDU, grande camera, sentenza 10 settembre 2019, Strand Lobben e altri contro Norvegia, paragrafo 202). A meno che un distacco si renda necessario nel suo superiore interesse, di volta in volta rimesso alla valutazione del giudice, il minore non deve essere separato dai genitori contro la sua volontà (Corte EDU, grande camera, sentenza 10 settembre 2019, Strand Lobben e altri contro Norvegia, paragrafo 207). Incombe, infatti, sugli Stati aderenti alla Convenzione di New York (art. 9, paragrafo 1) l'obbligo di rendere effettivi tali diritti e di garantire (art. 9, paragrafo 3) la stabilità dei legami e delle relazioni del minore in riferimento a tutte le persone con cui quest'ultimo abbia instaurato un rapporto personale stretto, pur in assenza di un legame biologico («persons with whom the child has had strong personal relationships»: così il paragrafo 64 del General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), adottato dal Comitato sui diritti del fanciullo il 29 maggio 2013, CRC/C/GC/14; una simile affermazione anche nel paragrafo 60 dello stesso documento) a meno che ciò non sia contrario ai suoi superiori interessi.

La Corte EDU ha ripetutamente ricondotto all'art. 8 CEDU la garanzia di legami affettivi stabili con chi, indipendentemente dal vincolo biologico, abbia in concreto svolto una funzione genitoriale, prendendosi cura del minore per un lasso di tempo sufficientemente ampio (Corte EDU, sezione prima, sentenza del 16 luglio 2015, Nazarenko contro Russia, paragrafo 66). Ha inoltre assimilato al rapporto



di filiazione il legame esistente tra la madre d'intenzione e la figlia nata per procreazione assistita, cui si era sottoposta l'allora partner (legame che «tient donc, de facto, du lien parent-enfant»), coerentemente con la nozione di "vita familiare" di cui al medesimo art. 8 CEDU (Corte EDU, sezione quinta, sentenza 12 novembre 2020, Honner contro Francia, paragrafo 51).

La considerazione che la tutela del preminente interesse del minore comprende la garanzia del suo diritto all'identità affettiva, relazionale, sociale, fondato sulla stabilità dei rapporti familiari e di cura e sul loro riconoscimento giuridico è, inoltre, al centro delle stesse pronunce "gemelle" (Corte EDU, sezione quinta, sentenze 26 giugno 2014, Mennesson contro Francia e Labassee contro Francia), richiamate dall'odierno rimettente. In esse la Corte EDU ha ravvisato la violazione del diritto alla vita privata del minore nel mancato riconoscimento del legame di filiazione tra lo stesso, concepito all'estero ricorrendo alla specifica tecnica della surrogazione di maternità, e i genitori intenzionali, proprio in considerazione dell'incidenza del rapporto di filiazione sulla costruzione dell'identità personale (Corte EDU, sezione quinta, sentenze 26 giugno 2014, Mennesson contro Francia, paragrafo 96, e Labassee contro Francia, paragrafo 75).

Tale indirizzo – confermato da successive pronunce (fra le altre, Corte EDU, sezione quinta, sentenza 16 luglio 2020, D. contro Francia) che hanno richiamato il parere consultivo reso, ai sensi del Protocollo n. 16, dalla Corte EDU, grande camera, il 10 aprile 2019, relativo al riconoscimento nel diritto interno di un rapporto di filiazione tra un minore nato da una gestazione per altri effettuata all'estero e la madre intenzionale, richiesto dalla Corte di cassazione francese – fonda proprio nell'art. 8 CEDU l'obbligo degli Stati di prevedere il riconoscimento legale del legame di filiazione tra il minore e i genitori intenzionali. Pur lasciando agli stessi un margine di discrezionalità circa i mezzi da adottare – fra cui anche l'adozione – per pervenire a tale riconoscimento, li vincola alla condizione che essi siano idonei a garantire la tutela dei diritti dei minori in maniera piena. Se il rapporto di filiazione è già diventato una «realtà pratica», la procedura prevista per il riconoscimento deve essere «attuata in modo tempestivo ed efficace».

L'identità del minore è dunque incisa quale componente della sua vita privata, identità che il legame di filiazione rafforza in modo significativo.

Tutte queste precisazioni aggiungono chiarezza al riscontro che la Corte EDU opera di ogni elemento volto a rafforzare la tutela dei minori dentro un perimetro di diritti concretamente azionabili, che si traducono in altrettanti obblighi degli Stati a intervenire se la tutela non è effettiva.

2.4.1.3. Le norme oggetto delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale di Padova riguardano, come si è detto, la condizione di nati a seguito di PMA eterologa praticata in un altro paese, in conformità alla legge dello stesso, da una donna, che aveva intenzionalmente condiviso il progetto genitoriale con un'altra donna e, per un lasso di tempo sufficientemente ampio, esercitato le funzioni genitoriali congiuntamente, dando vita con le figlie minori a una comunità di affetti e di cure. La circostanza che ha indotto la madre biologica a recidere un tale legame nei confronti della madre intenzionale, coincidente con il manifestarsi di situazioni conflittuali all'interno della coppia, ha reso affatto evidente un vuoto di tutela. Pur in presenza di un rapporto di filiazione effettivo, consolidatosi nella pratica della vita quotidiana con la medesima madre intenzionale, nessuno strumento può essere utilmente adoperato per far valere i diritti delle minori: il mantenimento, la cura, l'educazione, l'istruzione, la successione e, più semplicemente, la continuità e il conforto di abitudini condivise.

L'elusione del limite stabilito dall'art. 5 della legge n. 40 del 2004, come già detto, non evoca scenari di contrasto con principi e valori costituzionali. Questa Corte ha già avuto occasione di affermare, in linea con la giurisprudenza di legittimità in materia di accesso alla PMA, che, da un lato, non è configurabile un divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere figli, pur spettando alla discrezionalità del legislatore la relativa disciplina; dall'altro, «non esistono neppure certezze scientifiche o dati di esperienza in ordine al fatto che l'inserimento del figlio in una famiglia formata da una coppia omosessuale abbia ripercussioni negative sul piano educativo e dello sviluppo della personalità del minore» (sentenza n. 221 del 2019).

Al contrario, la concomitanza degli eventi prima descritti, svela una preoccupante lacuna dell'ordinamento nel garantire tutela ai minori e ai loro migliori interessi, a fronte di quanto in forte sintonia affermato dalla giurisprudenza delle due corti europee, oltre che dalla giurisprudenza costituzionale, come necessaria permanenza dei legami affettivi e familiari, anche se non biologici, e riconoscimento giuridico degli stessi, al fine di conferire certezza nella costruzione dell'identità personale.

Nell'escludere l'esistenza di un diritto alla genitorialità delle coppie dello stesso sesso, questa Corte (sentenza n. 230 del 2020) ha lasciato emergere un profilo speculare, direttamente inerente alla tutela del miglior interesse del minore, nato a seguito di PMA praticata da due donne. Pur richiamando gli approdi della giurisprudenza di legittimità, che, al fine di evitare un vulnus, ha ritenuto applicabile l'adozione cosiddetta non legittimante in base a un'interpretazione estensiva dell'art. 44, comma 1, lettera d), della legge n. 184 del 1983, in favore del partner dello stesso sesso del genitore biologico del minore, questa Corte ha preannunciato l'urgenza di una «diversa tutela del miglior interesse del minore, in direzione di

più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto con la “madre intenzionale”, che ne attenui il divario tra realtà fattuale e realtà legale», invocando l'intervento del legislatore.

Le questioni sollevate dal Tribunale di Padova confermano, in modo ancor più incisivo, l'impellenza di tale intervento. Esse rivelano in maniera tangibile l'insufficienza del ricorso all'adozione in casi particolari, per come attualmente regolato, tant'è che nello specifico caso è resa impraticabile proprio nelle situazioni più delicate per il benessere del minore, quali sono, indubbiamente, la crisi della coppia e la negazione dell'assenso da parte del genitore biologico/legale, reso necessario dall'art. 46 della medesima legge n. 184 del 1983. La previsione di tale necessario assenso, d'altro canto, si lega alle caratteristiche peculiari dell'adozione in casi particolari, che opera in ipotesi tipiche e circoscritte, producendo effetti limitati, visto che non conferisce al minore lo status di figlio legittimo dell'adottante, non assicura la creazione di un rapporto di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante (considerata l'incerta incidenza della modifica dell'art. 74 cod. civ. operata dall'art. 1, comma 1, della legge 10 dicembre 2012, n. 219, recante «Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali») e non interrompe i rapporti con la famiglia d'origine.

Da quanto detto risulta evidente che i nati a seguito di PMA eterologa praticata da due donne versano in una condizione peggiore rispetto a quella di tutti gli altri nati, solo in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo. Essi, destinati a restare incardinati nel rapporto con un solo genitore, proprio perché non riconoscibili dall'altra persona che ha costruito il progetto procreativo, vedono gravemente compromessa la tutela dei loro preminenti interessi.

La loro condizione rivela caratteri solo in parte assimilabili a un'altra categoria di nati cui, per molti anni, è stato precluso il riconoscimento dello status di figli (i cosiddetti figli incestuosi), destinatari di limitate forme di tutela, a causa della condotta dei genitori. Ciò ha indotto questa Corte a ravvisare una «capitis deminutio perpetua e irrimediabile», lesiva del diritto al riconoscimento formale di un proprio status filiationis, che è «elemento costitutivo dell'identità personale, protetta, oltre che dagli artt. 7 e 8 della citata Convenzione sui diritti del fanciullo, dall'art. 2 della Costituzione», e in contrasto con il principio costituzionale di eguaglianza (sentenza n. 494 del 2002).

2.4.1.4. Al riscontro vuoto di tutela dell'interesse del minore, che ha pieno riscontro nei richiamati principi costituzionali, questa Corte ritiene di non poter ora porre rimedio. Serve, ancora una volta, attirare su questa materia eticamente sensibile l'attenzione del legislatore, al fine di individuare, come già auspicato in passato, un «ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana» (sentenza n. 347 del 1998). Un intervento puntuale di questa Corte rischierebbe di generare disarmonie nel sistema complessivamente considerato.

Il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, dovrà al più presto colmare il denunciato vuoto di tutela, a fronte di incompressibili diritti dei minori. Si auspica una disciplina della materia che, in maniera organica, individui le modalità più congrue di riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore, nato da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, nei confronti anche della madre intenzionale.

In via esemplificativa, può trattarsi di una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento, ovvero dell'introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca, con una procedura tempestiva ed efficace, la pienezza dei diritti connessi alla filiazione. Solo un intervento del legislatore, che disciplini in modo organico la condizione dei nati da PMA da coppie dello stesso sesso, consentirebbe di ovviare alla frammentarietà e alla scarsa idoneità degli strumenti normativi ora impiegati per tutelare il “miglior interesse del minore”. Esso, inoltre, eviterebbe le “disarmonie” che potrebbero prodursi per effetto di un intervento mirato solo a risolvere il problema specificamente sottoposto all'attenzione di questa Corte. Come nel caso in cui si preveda, per il nato da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, il riconoscimento dello status di figlio, in caso di crisi della coppia e rifiuto dell'assenso all'adozione in casi particolari, laddove, invece, lo status – meno pieno e garantito – di figlio adottivo, ai sensi dell'art. 44 della legge n. 184 del 1983, verrebbe a essere riconosciuto nel caso di accordo e quindi di assenso della madre biologica alla adozione. Il terreno aperto all'intervento del legislatore è dunque assai vasto e le misure necessarie a colmare il vuoto di tutela dei minori sono differenziate e fra sé sinergiche.

Nel dichiarare l'inammissibilità della questione ora esaminata, per il rispetto dovuto alla prioritaria valutazione del legislatore circa la congruità dei mezzi adatti a raggiungere un fine costituzionalmente necessario, questa Corte non può esimersi dall'affermare che non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore, riscontrato in questa pronuncia.

## Per Questi Motivi

### LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) e 250 del codice civile, sollevate – in riferimento agli artt. 2, 3, 30 e 117, primo comma, della Costituzione, quest’ultimo in relazione agli artt. 2, 3, 4, 5, 7, 8 e 9 della Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176, e agli artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848 – dal Tribunale ordinario di Padova, con l’ordinanza indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 28 gennaio 2021.

F.to:

Giancarlo CORAGGIO, *Presidente*  
Silvana SCIARRA, *Redattore*  
Roberto MILANA, *Direttore della Cancelleria*

Depositata in Cancelleria il 9 marzo 2021.

*Il Direttore della Cancelleria*  
F.to: Roberto MILANA

## Corte costituzionale

Sentenza 9 marzo 2021, n. 33<sup>1</sup>

STATO CIVILE - PROVVEDIMENTO GIURISDIZIONALE STRANIERO DI ACCERTAMENTO DEL RAPPORTO DI FILIAZIONE TRA UN MINORE NATO ALL'ESTERO MEDIANTE IL RICORSO ALLA C.D. MATERNITÀ SURROGATA E IL GENITORE C.D. D'INTENZIONE - POSSIBILITÀ DI RICONOSCIMENTO DELL'EFFICACIA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO - PRECLUSIONE, SECONDO L'INTERPRETAZIONE DEL DIRITTO VIVENTE, PER CONTRASTO CON L'ORDINE PUBBLICO - DENUNCIATA VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI UGUAGLIANZA, NON DISCRIMINAZIONE, RAGIONEVOLEZZA E PROPORZIONALITÀ IN MATERIA DI FILIAZIONE NONCHÉ DI QUELLI SOVRANAZIONALI DI TUTELA DELLA VITA FAMILIARE DEL MINORE E DELLA GENITORIALITÀ - INAMMISSIBILITÀ DELLE QUESTIONI - INSUFFICIENTE TUTELA DEGLI INTERESSI DEL MINORE NELL'ATTUALE SITUAZIONE - NECESSITÀ INDIFFERIBILE CHE IL LEGISLATORE, IN PRIMA BATTUTA, ADEGUI IL DIRITTO VIGENTE.

Sono dichiarate inammissibili le questioni di legittimità costituzionale - sollevate dalla Corte di cassazione, sezione prima civile, in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU e agli artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione sui diritti del fanciullo - del combinato disposto degli artt. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, 64, comma 1, lett. g), della legge n. 218 del 1995 e 18 del d.P.R. n. 396 del 2000 che, secondo l'interpretazione del diritto vivente, precludono, per contrasto con l'ordine pubblico, il riconoscimento dell'efficacia nell'ordinamento italiano del provvedimento giurisdizionale straniero di accertamento del rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla c.d. maternità surrogata e il genitore c.d. "d'intenzione". L'interesse del minore deve essere bilanciato, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore. Al riguardo, il punto di equilibrio raggiunto dalla Corte EDU è corrispondente all'insieme degli evocati principi della Costituzione italiana, i quali per un verso non ostano alla non trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero di riconoscimento della doppia genitorialità ai componenti della coppia (eterosessuale od omosessuale) che abbia fatto ricorso all'estero alla maternità surrogata; per l'altro, impongono che, in tali casi, sia comunque assicurata tutela all'interesse del minore al riconoscimento giuridico del legame con coloro che esercitano di fatto la responsabilità genitoriale. Il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surro-

1 Nota di richiami: La Prima sezione civile (presidente Giacinto Bisogni, relatore Rosario Caiazza) aveva sollevato con l'ordinanza n. 8325 del 17 febbraio 2021 questione di costituzionalità rispetto al diritto vivente, così come interpretato da Sezioni unite, sentenza n. 12193/2019, valorizzando in particolare il Parere consultivo che la Corte EDU aveva espresso il 10 aprile 2019 in merito alla protezione che deve essere accordata alla relazione fra il nato da gestazione per altri e il genitore non biologicamente collegato allo stesso, ma con *status* acquisito in forza di legge straniera.

La Consulta affronta la questione non dando rilievo alla conformazione di genere della famiglia, dipanando un ragionamento che prescinde dall'orientamento sessuale dei genitori. Trovano sostanziale accoglimento i dubbi sollevati dalla sezione semplice, benché la sentenza dichiari l'inammissibilità. Con un chiaro monito, è attribuito al legislatore il compito di intervenire per garantire quella tutela effettiva degli interessi del minore, interessi che, tuttavia, attualmente non sono protetti. Spiccano i limiti cui va incontro l'adozione in casi particolari, secondo una critica a tutto campo che si rinviene anche nella coeva sentenza n. 32 depositata il medesimo giorno.

Il bilanciamento operato dalle Sezioni unite nel 2019 non aveva lasciato spazi per alcuna trascrizione, pervenendo ad un giudizio di contrarietà con l'ordine pubblico in termini generali ed astratti, senza tenere in considerazione spazi per un giudizio in concreto rispetto degli interessi del minore. La Corte costituzionale non sposa quel bilanciamento, quantomeno non alla luce dell'attuale assetto normativo, con i denunciati limiti dell'adozione in casi particolari. Non si rinviene nella sentenza alcun cenno al problema dei tempi dell'adozione, tutt'altro che conformi a quell'obbligo di celerità che la Corte EDU aveva individuato quale condizione - unitamente all'effettività del rimedio adottivo - per non violare la Convenzione.

Sarà interessante considerare la decisione che ora assumerà la Prima sezione quale giudice rimettente e presso il quale il giudizio dovrà essere riassunto. A fronte del giudizio espresso dal Giudice delle leggi, benché di monito, ben è possibile riponderare l'attuale assetto del diritto vivente, anche alla luce di un Parere che, almeno formalmente, l'arresto delle Sezioni unite del 2019 ignorerà. [A.S.]



gata non può che spettare, in prima battuta, al legislatore. A tal fine, quest'ultimo - quale titolare di un significativo margine di manovra, a fronte di un ventaglio di opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica - deve farsi carico di una disciplina che assicuri una piena tutela degli interessi del minore, in modo più aderente alle peculiarità della situazione, che sono assai diverse da quelle dell'adozione in casi particolari (c.d. "non legittimante"), prevista dall'art. 44, comma 1, lett. d), della legge n. 184 del 1983.

*Riferimenti normativi:* Legge n. 218/1995, art. 64 co. 1.

#### LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori: Presidente: Giancarlo CORAGGIO; Giudici : Giuliano AMATO, Silvana SCIARRA, Daria de PRETIS, Nicolò ZANON, Franco MODUGNO, Augusto Antonio BARBERA, Giulio PROSPERETTI, Giovanni AMOROSO, Francesco VIGANÒ, Luca ANTONINI, Stefano PETITTI, Angelo BU-SCEMA, Emanuela NAVARRETTA, Maria Rosaria SAN GIORGIO,

ha pronunciato la seguente

#### SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), dell'art. 64, comma 1, lettera g), della legge 31 maggio 1995, n. 218 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato), e dell'art. 18 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127), promosso dalla Corte di cassazione, sezione prima civile, nel procedimento vertente tra il Ministero dell'interno e altro e P. F. e F. B., in proprio e quali genitori di P. B.F., con ordinanza del 29 aprile 2020, iscritta al n. 99 del registro ordinanze 2020 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 35, prima serie speciale, dell'anno 2020.

Visti gli atti di costituzione di P. F. e F. B., in proprio e quali genitori di P. B.F., nonché l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;  
udito nell'udienza pubblica del 27 gennaio 2021 il Giudice relatore Francesco Viganò;  
uditi gli avvocati Antonio Saitta, in collegamento da remoto, ai sensi del punto 1) del decreto del Presidente della Corte del 30 ottobre 2020, e Alexander Schuster per P. F. e F. B., in proprio e quali genitori di P. B.F., nonché l'avvocato dello Stato Wally Ferrante per il Presidente del Consiglio dei ministri;  
deliberato nella camera di consiglio del 28 gennaio 2021.

## Ritenuto in fatto

1. Con ordinanza del 29 aprile 2020, la Corte di cassazione, sezione prima civile, ha sollevato – in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), agli artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176, e all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) – questioni di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), dell'art. 64, comma 1, lettera g), della legge 31 maggio 1995, n. 218 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato) e dell'art. 18 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127), «nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestione per altri (altrimenti detta "maternità surrogata") del c.d. genitore d'intenzione non biologico».
- 1.1. Secondo quanto espone il giudice a quo, il caso che ha dato origine al giudizio riguarda un bambino nato nel 2015 in Canada da una donna nella quale era stato impiantato un embrione formato con i game- ti di una donatrice anonima e di un uomo di cittadinanza italiana (P. F.), unito in matrimonio in Canada

– con atto poi trascritto in Italia nel registro delle unioni civili – con altro uomo, pure di cittadinanza italiana (F. B.), con il quale aveva condiviso il progetto genitoriale.

Al momento della nascita del bambino, le autorità canadesi avevano formato un atto di nascita che indicava come genitore il solo P. F., mentre non erano stati menzionati né F. B., né la madre surrogata che aveva partorito il bambino, né la donatrice dell'ovocita. Accogliendo il ricorso dei due uomini, nel 2017 la Corte Suprema della British Columbia aveva dichiarato che entrambi i ricorrenti dovevano essere considerati genitori del bambino, e aveva disposto la corrispondente rettifica dell'atto di nascita in Canada.

I due uomini avevano quindi chiesto all'ufficiale di stato civile italiano di rettificare anche l'atto di nascita del bambino in Italia, sulla base del provvedimento della Corte Suprema della British Columbia. In seguito al rifiuto opposto a tale richiesta, essi avevano chiesto alla Corte d'appello di Venezia il riconoscimento del provvedimento canadese in Italia ai sensi dell'art. 67 della legge n. 218 del 1995.

Nel 2018 la Corte d'appello di Venezia aveva accolto il ricorso, riconoscendo l'efficacia in Italia del provvedimento.

L'Avvocatura dello Stato aveva tuttavia interposto ricorso per cassazione nell'interesse del Ministero dell'interno e del Sindaco del Comune ove era stato trascritto l'originario atto di nascita del minore.

- 1.2. Investita di tale ricorso, la prima sezione civile della Corte di cassazione prende atto che nel frattempo è stata depositata la sentenza delle Sezioni unite civili 8 maggio 2019, n. 12193, la quale ha affermato il principio secondo cui non può essere riconosciuto nel nostro ordinamento un provvedimento straniero che riconosca il rapporto di genitorialità tra un bambino nato in seguito a maternità surrogata e il genitore "d'intenzione". Secondo le Sezioni unite, tale riconoscimento troverebbe infatti ostacolo insuperabile nel divieto di surrogazione di maternità, previsto dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione.

Tuttavia, la Sezione rimettente dubita della compatibilità di tale principio di diritto, costituente diritto vivente, con una pluralità di parametri costituzionali.

- 1.3. Anzitutto, il divieto di riconoscimento in esame violerebbe l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione ai diritti del minore al rispetto della propria vita privata e familiare (art. 8 CEDU), a non subire discriminazioni, a vedere preso in considerazione preminente il proprio interesse, a essere immediatamente registrato alla nascita e ad avere un nome, a conoscere i propri genitori, a essere da loro allevato e a non esserne separato (rispettivamente, artt. 2, 3, 7, 8 e 9 della Convenzione sui diritti del fanciullo), al principio della responsabilità comune dei genitori per l'educazione e la cura del figlio (art. 18 della medesima Convenzione), nonché ai diritti riconosciuti dall'art. 24 CDFUE.

La sussistenza di tali violazioni si desumerebbe in particolare, secondo la Corte rimettente, dal parere consultivo della grande camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, reso su richiesta della Corte di cassazione francese il 10 aprile 2019, con il quale si è affermato, da un lato, che il diritto al rispetto della vita privata del bambino, ai sensi dell'art. 8 CEDU, richiede che il diritto nazionale offra una possibilità di riconoscimento del legame di filiazione con il genitore d'intenzione; e, dall'altro, che tale riconoscimento non comporta necessariamente l'obbligo di trascrivere l'atto di nascita straniero nei registri dello stato civile, ben potendo il diritto al rispetto della vita privata del minore essere tutelato anche per altra via, e in particolare mediante l'adozione da parte del genitore d'intenzione, a condizione però che le modalità di adozione previste dal diritto interno garantiscano l'effettività e la celerità di tale procedura, conformemente all'interesse superiore del bambino.

Secondo la Sezione rimettente, l'attuale diritto vivente in Italia non sarebbe adeguato rispetto agli standard di tutela dei diritti del minore stabiliti in sede convenzionale, dal momento che la possibilità del ricorso all'istituto dell'adozione in casi particolari da parte del genitore "d'intenzione", ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera d), della legge 4 maggio 1983 n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), riconosciuta dalle Sezioni unite civili nella richiamata sentenza n. 12193 del 2019, non creerebbe «un vero rapporto di filiazione». Tale forma di adozione porrebbe infatti «il genitore non biologico in una situazione di inferiorità rispetto al genitore biologico»; non creerebbe legami parentali con i congiunti dell'adottante ed escluderebbe il diritto a succedere nei loro confronti; e non garantirebbe, comunque, quella tempestività del riconoscimento del rapporto di filiazione che è richiesta dalla Corte EDU nell'interesse del minore. D'altra parte, l'adozione in casi particolari resterebbe rimessa alla volontà del genitore "d'intenzione", lasciando così aperta la possibilità per quest'ultimo «di sottrarsi all'assunzione di responsabilità già manifestata e legittimata nel paese in cui il minore è nato»; e sarebbe, altresì, condizionata all'assenso all'adozione da parte del genitore biologico, che potrebbe non prestarlo in caso di crisi della coppia.

- 1.4. Il diritto vivente cristallizzato dalla pronuncia delle Sezioni unite risulterebbe, altresì, contrastante con gli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost., dai quali si evincerebbero – in materia di filiazione – i principi di uguaglianza, non discriminazione, ragionevolezza e proporzionalità.

Sarebbe infatti violato il diritto del minore all’inserimento e alla stabile permanenza nel proprio nucleo familiare, inteso come formazione sociale tutelata dalla Carta costituzionale, nonché il diritto alla stessa identità del minore, senza che tale violazione possa ritenersi giustificata nell’ottica di tutela della madre “surrogata”, che non trarrebbe comunque alcun vantaggio dal mancato riconoscimento del rapporto di filiazione tra il bambino e il genitore d’intenzione.

In secondo luogo, il figlio nato da maternità surrogata sarebbe discriminato rispetto a ogni altro bambino, in conseguenza di circostanze delle quali egli non porta alcuna responsabilità.

Sarebbe, altresì, irragionevole consentire di riconoscere il rapporto di genitorialità in capo al genitore biologico e non a quello “d’intenzione”, posto che il primo – avendo fornito i propri gameti nella formazione dell’embrione – sarebbe ancor più coinvolto nella pratica procreativa, dalla cui illiceità nel nostro ordinamento deriva l’asserita contrarietà all’ordine pubblico italiano del riconoscimento dello status di genitore del padre “d’intenzione”.

Infine, sarebbe irragionevole precludere al giudice la possibilità di valutare caso per caso l’interesse del minore al riconoscimento del legame con il genitore “d’intenzione”, con ciò sacrificandosi automaticamente la tutela dei diritti del bambino per condannare il comportamento dei genitori (sono citate le sentenze di questa Corte n. 7 del 2013, n. 31 del 2012 e n. 494 del 2002).

2. È intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall’Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che le questioni siano dichiarate inammissibili o infondate.
  - 2.1. L’inammissibilità discenderebbe: a) dall’erronea assunzione a parametro interposto del giudizio di costituzionalità del parere consultivo della Corte EDU, non vincolante e reso in base al Protocollo n. 16 alla CEDU, che non è stato ratificato dall’Italia; b) dall’omessa sperimentazione dell’interpretazione conforme: a fronte del novum costituito dal parere della Corte EDU, la Sezione rimettente avrebbe potuto e dovuto investire nuovamente della questione le sezioni unite, ai sensi dell’art. 374, terzo comma, del codice di procedura civile, invece di promuovere l’incidente di costituzionalità.
    - 2.2. Nel merito, le questioni sarebbero comunque infondate.
      - 2.2.1. Le conclusioni cui sono pervenute le sezioni unite della Corte di cassazione nella richiamata sentenza n. 12193 del 2019 non sarebbero contraddette dal parere della Corte EDU, che, pur affermando la necessità del riconoscimento del rapporto tra il minore nato all’estero tramite surrogazione di maternità e il genitore d’intenzione, riconosce un margine di apprezzamento degli Stati contraenti sulla scelta delle modalità di tale riconoscimento (trascrizione dell’atto di nascita straniero nei registri di stato civile oppure adozione).
        - 2.2.2. Per altro verso, l’adozione ex art. 44, primo comma, lettera d), della legge n. 184 del 1983 non configurerebbe un procedimento più lungo o complesso rispetto al riconoscimento dell’atto o provvedimento straniero e alla sua trascrizione nei registri di stato civile italiani, che presupporrebbe pur sempre l’attivazione di un procedimento giurisdizionale in caso di rifiuto di annotazione da parte dell’ufficiale di stato civile.
          - 2.2.3. Le norme censurate, nell’interpretazione offertane dalle sezioni unite della Corte di cassazione, sarebbero poi pienamente conformi agli orientamenti espressi da questa Corte nelle sentenze n. 221 del 2019 (che ha ritenuto non contrastante con la Costituzione la preclusione, per le coppie dello stesso sesso, all’accesso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo) e n. 237 del 2019 (che ha ritenuto inammissibile la questione di legittimità costituzionale della «norma che si desume» dagli artt. 250 e 449 del codice civile, 29, comma 2, e 44, comma 1, del d.P.R. n. 396 del 2000, 5 e 8 della legge n. 40 del 2004, censurata nella parte in cui non consentiva, ad avviso del rimettente, la formazione in Italia di un atto di nascita in cui venissero riconosciute come genitori di un cittadino di nazionalità straniera due persone dello stesso sesso). Nemmeno nella sentenza n. 162 del 2014 – che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa in caso di patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili – questa Corte avrebbe mai messo in discussione la legittimità del divieto di surrogazione di maternità di cui all’art. 12, comma 6, della legge 40 del 2004.
 

La stessa sezione prima civile della Corte di cassazione, in una pronuncia coeva all’ordinanza di rimessione (sentenza 22 aprile 2020, n. 8029), si sarebbe conformata ai principi stabiliti dalle Sezioni unite nella sentenza n. 12193 del 2019.
          - 2.2.4. Alla luce della giurisprudenza di questa Corte, della Corte EDU e della Corte di cassazione, pertanto, le norme censurate dalla Sezione rimettente non lederebbero alcuno dei parametri costituzionali invocati: non l’art. 2, da cui non discenderebbe alcun diritto alla genitorialità, inteso come aspirazione a procreare e a crescere dei figli; non l’art. 3, per l’incomparabilità tra la condizione di sterilità o infertilità delle coppie eterosessuali cui è consentita la procreazione medicalmente assistita, e la condizione di fisiologica infertilità delle coppie omosessuali; non gli artt. 30 e 31 Cost., poiché la tutela dell’interesse del minore non potrebbe essere affidata alla pratica della surrogazione di maternità, offensiva della dignità della donna e lesiva delle relazioni umane; non, infine, gli artt. 117, primo comma, Cost. e 8 CEDU, alla luce della sentenza della Corte EDU, grande camera, del 24 gennaio 2017, Paradiso e Campanelli contro Ita-

lia, che ha ritenuto insufficiente, per l'accertamento di un legame di «vita familiare», la mera esistenza di un progetto genitoriale, in assenza di legami biologici tra il minore e gli aspiranti genitori.

- 2.2.5. Non sussisterebbe, infine, alcuna discriminazione in base all'orientamento sessuale, atteso che la surrogazione di maternità è vietata tanto alle coppie eterosessuali, quanto a quelle omosessuali.
- 2.2.6. Né indicazioni di segno contrario si potrebbero trarre dagli artt. 12 CEDU e 9 CDFUE, che, nel riconoscere il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, demandano alle legislazioni nazionali il compito di disciplinare tali diritti.

La scelta del legislatore italiano di non equiparare unioni civili e matrimonio, per quanto concerne la filiazione, riposerebbe sull'esigenza di fornire adeguata tutela ai best interests del minore e si collocherebbe pienamente nel solco della giurisprudenza costituzionale, che ha da un lato escluso che l'aspirazione al riconoscimento giuridico dell'unione omosessuale possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione al matrimonio (sentenza n. 138 del 2010), e dall'altro lato ha posto l'accento sull'«elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità» (sentenza n. 272 del 2017).

- 2.2.7. Quanto all'art. 24 CDFUE, parimenti assunto a parametro interposto, non si rinverrebbe nell'ordinanza alcuna «disamina specifica» in relazione a tale profilo.
3. Si sono costituiti in giudizio F. B. e P. F., «in proprio e in qualità di genitori» del minore P. B.F., chiedendo l'accoglimento delle questioni sollevate dalla Corte di cassazione ed evidenziando come il riconoscimento degli interessi preminenti del minore, consacrato dalle fonti costituzionali e pattizie, faccia parte «di un patrimonio comune del costituzionalismo contemporaneo, che non può non essere partecipato anche dal nostro ordinamento».

Tali interessi risulterebbero irragionevolmente pregiudicati – con violazione degli artt. 2, 3, 30, 31, 117, primo comma, Cost., 8 e 14 CEDU – dalla disciplina censurata, che impedisce al giudice di compiere il bilanciamento più opportuno in ciascun caso concreto a salvaguardare tutti gli interessi in gioco, non essendo «costituzionalmente ammissibile che l'esigenza di verità della filiazione si imponga in modo automatico sugli interessi del minore» (è richiamata la sentenza di questa Corte n. 272 del 2017).

4. J.E. N., madre gestazionale del minore P. B.F., ha spiegato intervento ad adiuvandum, dichiarato inammissibile da questa Corte con ordinanza n. 271 del 2020.
5. Sono state depositate varie opinioni scritte ai sensi dell'art. 4-ter delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale. Con decreto del Presidente della Corte del 2 dicembre 2020, tutte le opinioni sono state ammesse, tranne quella presentata dalla Rete Italiana contro l'Utero in Affitto, in difetto di allegazioni e produzioni documentali atte a dimostrare il possesso dei requisiti di legittimazione richiesti dal comma 1 del richiamato art. 4-ter.
- 5.1. Con l'opinione presentata l'11 settembre 2020, l'Associazione Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica a.p.s. e l'Associazione radicale Certi Diritti a.p.s. auspicano l'accoglimento delle questioni, che non porrebbero in discussione il divieto di maternità surrogata vigente nell'ordinamento italiano, ma riguarderebbero unicamente lo status del minore nato attraverso tale pratica.

La preclusione al riconoscimento dello status filiationis costituito all'estero tramite surrogazione di maternità avrebbe effetti punitivi e discriminatori in danno di un soggetto terzo incolpevole, ossia il minore.

Le norme censurate sarebbero inoltre affette da «irrazionalità per inappropriata ed inefficacia», poiché il dato sociale dimostrerebbe l'ampia diffusione del fenomeno della genitorialità delle coppie dello stesso sesso e la «valutazione complessiva pubblica» in termini di «normalità, di pregi e di difetti, di positivo e negativo, come per tutte le coppie».

In subordine, le associazioni sollecitano una pronuncia di inammissibilità o infondatezza delle questioni, basata sulla possibilità di interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina censurata.

- 5.2. Con l'opinione presentata il 14 settembre 2020, l'Associazione Nazionale Famiglie Adottive e Affidatarie (ANFAA) auspica invece la reiezione delle questioni, osservando che l'istituto dell'adozione, disciplinato dalla legge n. 184 del 1983, realizza il diritto del minore ad avere una famiglia, nell'ambito di un procedimento che impone una previa rigorosa verifica dell'idoneità dei genitori affidatari e adottivi e nel quadro di un sistema che prevede severe sanzioni penali a presidio del rispetto delle procedure di adozione.

La maternità surrogata, non imponendo alcuna verifica sull'idoneità degli aspiranti genitori e consentendo una sorta di compravendita del minore, attuata attraverso lo sfruttamento delle madri gestazionali, sarebbe invece fenomeno assimilabile al traffico di minori, come tale meritevole di essere disincentivato e represso.

- 5.3. Con l'opinione presentata il 14 settembre 2020, anche l'Associazione Amici dei Bambini (Ai.Bi.), l'Associazione Comunità Papa Giovanni XXIII e l'associazione Famiglie per l'Accoglienza ritengono che la repressione penale della maternità surrogata non sia contraria all'interesse del minore, ma intenda, al contrario, tutelarla, proteggendo la relazione con la madre, che, invece, la surrogazione mira intenzionalmente a interrompere.



L'interesse del minore si realizzerebbe attribuendo la maternità a colei che partorisce e affidando – nel solo caso di abbandono del minore, o di incapacità della famiglia d'origine a garantirne la cura – all'adozione, attuata con le garanzie del procedimento giurisdizionale e previa puntuale verifica dell'idoneità degli aspiranti genitori adottivi, la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal dato biologico.

Tali elementi di garanzia per il minore sarebbero assenti nella surrogazione di maternità, la cui legittimazione – tramite il riconoscimento dello status filiationis costituito all'estero mediante il ricorso a detta pratica – rischierebbe di indebolire «la capacità del corpo sociale ad apprestare sostegno, tramite gli istituti dell'affidamento e della adozione, a minori che risultano privi di una adeguata famiglia di origine».

- 5.4. Con l'opinione presentata il 15 settembre 2020, l'Avvocatura per i diritti LGBTI a.p.s. auspica invece l'accoglimento delle questioni, sottolineando la necessità di distinguere tra divieto di surrogazione di maternità e tutela del nato a seguito del ricorso a tale pratica. Dalla giurisprudenza costituzionale si trarrebbe il principio per cui, «al di là delle scelte che i genitori possono compiere anche in violazione della legge italiana, l'interesse primario da salvaguardare deve rimanere quello del nato al riconoscimento formale del proprio status filiationis, elemento costitutivo della sua identità personale protetta, oltre che dagli artt. 7 e 8 della Convenzione dei diritti del fanciullo del 1989, anche dagli artt. 2, 30 e 31 della Costituzione».

Le conclusioni cui sono pervenute le sezioni unite della Corte di cassazione nella sentenza n. 12193 del 2019 si porrebbero in contrasto con la stessa giurisprudenza costituzionale, secondo cui il divieto della gestazione per altri non preclude al giudice di valutare nel singolo caso la sussistenza dell'interesse del minore a mantenere il proprio status nei confronti del genitore che non vanta con esso alcun legame biologico (è citata la sentenza n. 272 del 2017). Ciò tanto più che la legge n. 40 del 2004, pur vietando la surrogazione di maternità, nulla dispone quanto alle conseguenze per il nato da tale pratica.

Occorrerebbe infine considerare come altri ordinamenti, come quello francese e tedesco, pur vietando la gestazione per altri, apprestino tutela al minore nato dal ricorso a tale pratica, consentendo la trascrizione degli atti di nascita stranieri che indichino una doppia paternità.

6. Con articolata memoria illustrativa depositata in prossimità dell'udienza pubblica, le parti F. B. e P. F. hanno insistito per l'accoglimento delle questioni.
- 6.1. Queste ultime sarebbero pienamente ammissibili: il rimettente non avrebbe potuto disattendere la sentenza n. 12193 del 2019 delle sezioni unite della Corte di cassazione, qualificabile in termini di diritto vivente, ma solo sollevare questione di legittimità costituzionale della disciplina censurata, così come interpretata da detta pronuncia (sono citate le sentenze di questa Corte n. 299 del 2005 e n. 266 del 2006). Né sarebbe configurabile alcun obbligo di rimettere nuovamente le questioni alle Sezioni unite, atteso che l'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1 (Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie d'indipendenza della Corte Costituzionale) «non ammette alcun filtro preventivo fra il giudice a quo e la Corte».
- 6.2. Il parere del 10 aprile 2019 della Corte EDU sarebbe stato correttamente preso in considerazione dal rimettente non in quanto parametro interposto o fonte normativa vincolante, ma quale «strumento interpretativo che il giudice nazionale non può ignorare», essendo stato pronunciato all'unanimità dalla Grande camera e costituendo codificazione di un «diritto consolidato» relativo alla Convenzione.
- 6.3. La fattispecie in discussione nel giudizio a quo differirebbe sia da quella che veniva in rilievo nella sentenza n. 272 del 2017 di questa Corte (per il significativo collegamento con un ordinamento straniero, stante la cittadinanza canadese del minore P. B.F.), sia da quella oggetto della richiamata sentenza Paradiso e Campanelli della Corte EDU (per la sussistenza di un legame genetico tra uno dei genitori e il bambino), sia, infine, da quella considerata dalla Corte di cassazione, sezione prima civile, nella sentenza 11 novembre 2014, n. 24001 (per la piena conformità della gestazione per altri alla lex loci).
- 6.4. L'ordine pubblico di cui all'art. 64 della legge n. 218 del 1995 (cui rinvia l'art. 65 della stessa legge, a sua volta richiamato dal successivo art. 66), unico ostacolo al riconoscimento di uno status filiationis già stabilito dallo Stato di cittadinanza del minore, dovrebbe essere interpretato in senso restrittivo; e l'interesse del minore, al pari degli altri valori supremi dell'ordinamento che, con esso, determinano la nozione di ordine pubblico, non potrebbe che essere valutato dal giudice in ciascun caso concreto, conformemente alle indicazioni della sentenza n. 272 del 2017 di questa Corte e del parere consultivo della Corte EDU.
- 6.5. Anche il confronto con le esperienze di altri ordinamenti mostrerebbe come il divieto di maternità surrogata non sia d'ostacolo alla possibilità di garantire la continuità dello status familiare dei minori nati in Stati che ammettano tale pratica.
- 6.6. Il richiamo all'art. 24 CDFUE operato dal rimettente sarebbe meramente funzionale a dimostrare la sussistenza di un'irragionevole disparità di trattamento, rilevante ex art. 3 Cost.: mentre gli status familiari costituiti – anche a seguito di gestazione per altri – in uno Stato membro dell'Unione europea (o costituiti in uno Stato terzo e ivi riconosciuti) possono «circolare» negli altri Stati membri, in forza della

libertà di circolazione del cittadino dell'Unione, i minori italiani vedrebbero la propria continuità di status interrotta «per il sol fatto che entrambi i genitori sono italiani o per il fatto che non hanno risieduto in un altro Stato membro».

- 6.7. L'orientamento delle sezioni unite della Corte di cassazione negherebbe al minore la possibilità di conseguire l'«allineamento dello status giuridico con lo stato di fatto», in contrasto con le esigenze di tutela del diritto all'identità personale discendenti dalla stessa giurisprudenza costituzionale (sono citate le sentenze di questa Corte n. 494 del 2002 e n. 120 del 2001). Tale diritto, riconosciuto anche dall'art. 9, primo comma, della Convenzione sui diritti del fanciullo, implicherebbe «anche il riconoscimento della genitorialità così come affermata da altro Stato di cui il minore è cittadino e con il quale possiede un legame qualificato».
- 6.8. L'attuale assetto del diritto vivente implicherebbe per il minore nato da maternità surrogata una *capitis deminutio* del tutto analoga, se non più grave, rispetto a quella in danno ai figli cosiddetti incestuosi, rimossa da questa Corte con la sentenza n. 494 del 2002, atteso che il bambino dovrebbe patire le conseguenze sanzionatorie di una condotta posta in essere dai genitori, in nome di «una concezione “totalitaria” della famiglia».
- 6.9. Il riconoscimento dello status *filiationis* rispetto al genitore d'intenzione non minerebbe il diritto del minore a conoscere le proprie origini ma, al contrario, lo rafforzerebbe, in quanto proprio la prospettiva di poter conseguire la trascrizione dell'atto di nascita del minore nato all'estero da maternità surrogata incentiverebbe i genitori a versare nei registri di stato civile italiani la relativa documentazione, così consentendo al figlio di avere accesso alle informazioni relative alla propria nascita.
- 6.10. Quanto al ricorso all'adozione in casi particolari, esso non sarebbe conforme alle esigenze di tutela degli interessi del minore, considerati da un lato i limitati effetti di tale istituto e, dall'altro lato, le caratteristiche del procedimento di adozione, attivabile solo su domanda dell'adottante e con l'assenso dell'altro genitore. La procedura di adozione sarebbe inoltre caratterizzata da cadenze temporali particolarmente dilatate, pari a circa cinque anni, non compatibili con le esigenze di celerità evidenziate dalla Corte EDU nel parere del 10 aprile 2019. Del resto, la stessa Corte EDU, nella sentenza 28 giugno 2007, Wagner e J.M.W.L. contro Lussemburgo, avrebbe ritenuto insufficiente a garantire il rispetto dell'art. 8 CEDU la possibilità, offerta dall'ordinamento lussemburghese, dell'adozione «semplice» (assimilabile all'adozione in casi particolari) di una minore la cui adozione «piena», pronunciata in Perù, non era stata riconosciuta in Lussemburgo.

Al contrario, nel contesto del giudizio sulla riconoscibilità del provvedimento straniero ex art. 67 della legge n. 218 del 1995, la Corte d'appello potrebbe svolgere con celerità ogni opportuna indagine circa il contesto familiare e il legame tra minore e genitore d'intenzione e prendere altresì in considerazione le modalità di realizzazione della gestazione per altri nell'ordinamento straniero di volta in volta considerato.

- 6.11. Sarebbe infine estranea al *thema decidendum* ogni considerazione relativa all'orientamento sessuale dei soggetti che ricorrono alla gestazione per altri, alla luce dell'ininfluenza dell'orientamento sessuale sull'idoneità genitoriale.

## Considerato in diritto

1. Con l'ordinanza indicata in epigrafe, la Corte di cassazione, sezione prima civile, ha sollevato – in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31, 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), agli artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176, e all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) – questioni di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), dell'art. 64, comma 1, lettera g), della legge 31 maggio 1995, n. 218 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato) e dell'art. 18 del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127), «nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestione per altri (altrimenti detta “maternità surrogata”) del c.d. genitore d'intenzione non biologico».
2. In sostanza, le questioni di legittimità che questa Corte è chiamata a esaminare riguardano lo stato civile dei bambini nati attraverso la pratica della maternità surrogata, vietata nell'ordinamento italiano dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004.

Più in particolare, è qui in discussione la possibilità di dare effetto nell'ordinamento italiano a provvedimenti giudiziari stranieri che riconoscano come genitore del bambino non solo chi abbia fornito i propri gameti, e dunque il genitore cosiddetto "biologico"; ma anche la persona che abbia condiviso il progetto genitoriale pur senza fornire il proprio apporto genetico, e dunque il cosiddetto genitore "d'intenzione".

La prima sezione civile della Corte di cassazione dubita della legittimità costituzionale del diritto vivente, risultante dalla sentenza delle Sezioni unite civili 8 maggio 2019, n. 12193, che esclude il riconoscimento dell'efficacia nell'ordinamento italiano del provvedimento giurisdizionale straniero con il quale sia stato dichiarato un rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata e il genitore "d'intenzione" cittadino italiano, in ragione del ritenuto contrasto di tale riconoscimento con il divieto di surrogazione di maternità stabilito dal menzionato art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, qualificabile secondo le Sezioni unite come principio di ordine pubblico.

Tale soluzione violerebbe, ad avviso del giudice a quo, tutti i parametri costituzionali e sovranazionali sopra indicati, per le ragioni di cui si è analiticamente dato conto nel Ritenuto in fatto.

Conseguentemente, la prima sezione civile della Corte di cassazione solleva questioni di legittimità costituzionale del combinato disposto:

- dell'art. 64, comma 1, lettera g), della legge n. 218 del 1995, che vieta il riconoscimento di sentenze straniere allorché producano effetti contrari all'ordine pubblico;
- dell'art. 18 del d.P.R. n. 396 del 2000, che vieta la trascrizione nei registri dello stato civile italiani di atti formati all'estero contrari all'ordine pubblico; e
- dell'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, che prevede sanzioni penali a carico di chiunque «in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità».

3. Devono essere vagliate preliminarmente le eccezioni di inammissibilità formulate dall'Avvocatura generale dello Stato.
- 3.1. Non è fondata, anzitutto, l'eccezione che fa leva sul carattere non vincolante del parere consultivo reso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo il 10 aprile 2019, ampiamente citato nell'ordinanza di rimessione.

Il giudice rimettente, pur richiamando tale parere, invoca infatti correttamente – quale parametro interposto in un giudizio di legittimità costituzionale fondato, tra l'altro, sull'art. 117, primo comma, Cost. – l'art. 8 CEDU, che riconosce il diritto alla vita privata e familiare del minore: diritto sul quale si impernano le argomentazioni sviluppate nell'ordinanza di rimessione.

D'altra parte, non v'è dubbio che il parere consultivo reso dalla Corte EDU su richiesta della Corte di cassazione francese non sia vincolante, come espressamente stabilisce l'art. 5 del Protocollo n. 16 alla CEDU: né per lo Stato cui appartiene la giurisdizione richiedente, né a fortiori per gli altri Stati, tanto meno per quelli – come l'Italia – che non hanno ratificato il protocollo in questione. Cionondimeno, tale parere è confluito in pronunce successive, adottate in sede contenziosa dalla Corte EDU (sentenza 16 luglio 2020, D. contro Francia; decisione 19 novembre 2019, C. contro Francia ed E. contro Francia).

- 3.2. Infondata è altresì l'ulteriore eccezione di inammissibilità impernata sull'omessa sperimentazione da parte del Collegio rimettente di un'interpretazione conforme alla CEDU alla luce del citato parere consultivo; interpretazione, peraltro, che secondo l'Avvocatura generale dello Stato avrebbe dovuto essere rimessa nuovamente alle Sezioni unite, ai sensi dell'art. 374, terzo comma, del codice di procedura civile, dal momento che la richiamata sentenza n. 12193 del 2019 non avrebbe potuto tenere conto di tale parere, sopravvenuto alla decisione.

La Sezione rimettente ha plausibilmente motivato nel senso dell'impraticabilità di una interpretazione conforme, proprio in ragione dell'intervenuta pronuncia delle Sezioni unite, che ha formato il diritto vivente che il giudice a quo sospetta di contrarietà alla Costituzione. Ciò deve ritenersi sufficiente ai fini dell'ammissibilità di una questione di legittimità costituzionale (ex plurimis, da ultime, sentenze n. 75 del 2019, n. 39 del 2018, n. 259 e n. 122 del 2017).

D'altra parte, l'obbligo per una sezione semplice della Corte di cassazione di astenersi dal decidere in contrasto con il principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite attiene al piano dell'interpretazione della legge, non a quello della verifica della compatibilità della legge (così come interpretata dalle Sezioni unite) con la Costituzione; verifica, questa, che l'ordinamento italiano affida a ogni autorità giurisdizionale durante qualsiasi giudizio, consentendo a tale autorità di promuovere direttamente questione di legittimità costituzionale innanzi a questa Corte, senza dover sollecitare allo scopo altra istanza superiore di giudizio (art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, recante «Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie d'indipendenza della Corte costituzionale»; art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, recante «Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale»).

4. Deve invece essere dichiarata, d'ufficio, l'inammissibilità della questione formulata dal giudice a quo in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 24 CDFUE, non avendo la Sezione rimettente motivato sulla sua riconducibilità all'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea

ai sensi dell'art. 51 CDFUE, ciò che condiziona la stessa applicabilità delle norme della Carta (ex multis, sentenze n. 190 del 2020, n. 279 del 2019, n. 37 del 2019). Il che non esclude, naturalmente, che le norme della Carta possano essere comunque tenute in considerazione come criteri interpretativi degli altri parametri, costituzionali e internazionali, invocati dal giudice rimettente (come è accaduto, ad esempio, nelle sentenze n. 102 del 2020 e 272 del 2017 per l'appunto in relazione all'art. 24 CDFUE).

5. Quanto alle restanti questioni sottoposte alla Corte, anche esse debbono essere dichiarate inammissibili, per le ragioni di seguito esposte.
- 5.1. Il diritto vivente censurato dal giudice a quo si impernia sulla qualificazione, operata dalle sezioni unite civili della Corte di cassazione, del divieto penalmente sanzionato di surrogazione di maternità di cui all'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004 come «principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali», tra cui segnatamente la dignità umana della gestante.

Questa Corte si è recentemente espressa in termini analoghi, osservando che la pratica della maternità surrogata «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane» (sentenza n. 272 del 2017). A tale prospettiva si affianca l'ulteriore considerazione – su cui pongono l'accento anche l'Avvocatura generale dello Stato e una parte degli amici curiae – che gli accordi di maternità surrogata comportano un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate; situazioni che, ove sussistenti, condizionerebbero pesantemente la loro decisione di affrontare il percorso di una gravidanza nell'esclusivo interesse dei terzi, ai quali il bambino dovrà essere consegnato subito dopo la nascita.

Tali preoccupazioni stanno verosimilmente alla base della condanna di «qualsiasi forma di maternità surrogata a fini commerciali» espressa dal Parlamento europeo nella propria Risoluzione del 13 dicembre 2016 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea nel 2015 (2016/2009-INI) (paragrafo 82).

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

Più precisamente, si tratta di fornire una risposta all'interrogativo se il diritto vivente espresso dalle Sezioni unite civili, alla luce della complessità della vicenda, sia compatibile con i diritti del minore sanciti dalle norme costituzionali e sovranazionali invocate dal giudice a quo.

- 5.3. Questa Corte ha recentemente avuto modo di rammentare (sentenza n. 102 del 2020) che il principio secondo cui in tutte le decisioni relative ai minori di competenza delle pubbliche autorità, compresi i tribunali, deve essere riconosciuto rilievo primario alla salvaguardia dei “migliori interessi” (best interests) o dell’“interesse superiore” (intérêt supérieur) del minore, secondo le formule utilizzate nelle rispettive versioni ufficiali in lingua inglese e francese, fu espresso anzitutto nella Dichiarazione universale dei diritti del fanciullo, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1959. Di qui tale principio è confluito – tra l'altro – nell'art. 3, comma 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo e nell'art. 24, comma 2, CDFUE. Tale principio è stato altresì considerato dalla giurisprudenza della Corte EDU come specifica declinazione del diritto alla vita familiare di cui all'art. 8 CEDU (ex multis, Grande camera, sentenza 26 novembre 2013, X contro Lettonia, paragrafo 96).

Il principio in parola è stato felicemente riformulato da una risalente sentenza di questa Corte, con riferimento all'art. 30 Cost., come necessità che nelle decisioni concernenti il minore venga sempre ricercata «la soluzione ottimale “in concreto” per l'interesse del minore, quella cioè che più garantisca, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior “cura della persona”» (sentenza n. 11 del 1981); ed è stato ricondotto da plurime pronunce di questa Corte altresì all'ambito di tutela dell'art. 31 Cost. (sentenze n. 272 del 2017, n. 76 del 2017, n. 17 del 2017 e n. 239 del 2014).

- 5.4. I parametri costituzionali e sovranazionali (questi ultimi rilevanti nell'ordinamento italiano per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost.) invocati dall'ordinanza di rimessione convergono, dunque, attorno al principio della ricerca della soluzione ottimale in concreto per l'interesse del minore. Principio che deve essere ora declinato in relazione alle peculiarità delle situazioni all'esame.

Non v'è dubbio, in proposito, che l'interesse di un bambino accudito sin dalla nascita (nel caso oggetto del giudizio a quo, ormai da quasi sei anni) da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo è quello di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia, ovviamente senza che ciò abbia implicazioni quanto agli eventuali rapporti giuridici tra il bambino e la madre surrogata.

E ciò, quanto meno, da una duplice prospettiva.

Anzitutto, questi legami sono parte integrante della stessa identità del bambino (Corte EDU, sentenza 26 giugno 2014, Mennesson contro Francia, paragrafo 96), che vive e cresce in una determinata famiglia, o comunque – per ciò che concerne le unioni civili – nell'ambito di una determinata comuni-



tà di affetti, essa stessa dotata di riconoscimento giuridico, e certamente riconducibile al novero delle formazioni sociali tutelate dall'art. 2 Cost. (sentenza n. 221 del 2019). Sicché indiscutibile è l'interesse del bambino a che tali legami abbiano riconoscimento non solo sociale ma anche giuridico, a tutti i fini che rilevano per la vita del bambino stesso – dalla cura della sua salute, alla sua educazione scolastica, alla tutela dei suoi interessi patrimoniali e ai suoi stessi diritti ereditari –; ma anche, e prima ancora, allo scopo di essere identificato dalla legge come membro di quella famiglia o di quel nucleo di affetti, composto da tutte le persone che in concreto ne fanno parte. E ciò anche laddove il nucleo in questione sia strutturato attorno ad una coppia composta da persone dello stesso sesso, dal momento che l'orientamento sessuale della coppia non incide di per sé sull'idoneità all'assunzione di responsabilità genitoriale (sentenza n. 221 del 2019; Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 22 giugno 2016, n. 12962; sezione prima civile, sentenza 11 gennaio 2013, n. 601).

Sotto un secondo e non meno importante profilo, non è qui in discussione un preteso "diritto alla genitorialità" in capo a coloro che si prendono cura del bambino. Ciò che è qui in discussione è unicamente l'interesse del minore a che sia affermata in capo a costoro la titolarità giuridica di quel fascio di doveri funzionali agli interessi del minore che l'ordinamento considera inscindibilmente legati all'esercizio di responsabilità genitoriali. Doveri ai quali non è pensabile che costoro possano ad libitum sottrarsi (per una analoga sottolineatura, si veda la sentenza n. 347 del 1998, che – seppur nel diverso contesto della fecondazione eterologa – già evocava i diritti del minore «nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità»).

Proprio per queste ragioni, del resto, l'ormai consolidata giurisprudenza della Corte EDU afferma la necessità, al metro dell'art. 8 CEDU, che i bambini nati mediante maternità surrogata, anche negli Stati parte che vietino il ricorso a tali pratiche, ottengano un riconoscimento giuridico del «legame di filiazione» (lien de filiation) con entrambi i componenti della coppia che ne ha voluto la nascita, e che se ne sia poi presa concretamente cura (sentenza *Menesson contro Francia*, paragrafo 100; sentenza *D. contro Francia*, paragrafo 64).

Né l'interesse del minore potrebbe ritenersi soddisfatto dal riconoscimento del rapporto di filiazione con il solo genitore "biologico", come è accaduto nel caso dal quale è scaturito il giudizio a quo, in cui l'originario atto di nascita canadese, che designava come genitore il solo P. F., era stato trascritto nei registri di stato civile italiani. Laddove, infatti, il minore viva e cresca nell'ambito di un nucleo composto da una coppia di due persone, che non solo abbiano insieme condiviso e attuato il progetto del suo concepimento, ma lo abbiano poi continuativamente accudito, esercitando di fatto in maniera congiunta la responsabilità genitoriale, è chiaro che egli avrà un preciso interesse al riconoscimento giuridico del proprio rapporto con entrambe, e non solo con il genitore che abbia fornito i propri gameti ai fini della maternità surrogata.

- 5.5. È peraltro vero che l'interesse del bambino non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco.

La frequente sottolineatura della "preminenza" di tale interesse ne segnala bensì l'importanza, e lo speciale "peso" in qualsiasi bilanciamento; ma anche rispetto all'interesse del minore non può non rammentarsi che «[t]utti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri [...]. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona» (sentenza n. 85 del 2013).

Gli interessi del minore dovranno essere allora bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore; scopo di cui si fanno carico le sezioni unite civili della Corte di cassazione, allorché negano la trascrivibilità di un provvedimento giudiziario straniero, nella parte in cui attribuisce lo status di genitore anche al componente della coppia che abbia partecipato alla surrogazione di maternità, senza fornire i propri gameti.

- 5.6. Di tale bilanciamento tra gli interessi del bambino e la legittima finalità di disincentivare il ricorso a una pratica che l'ordinamento italiano considera illegittima e anzi meritevole di sanzione penale – bilanciamento alla cui necessità alludeva anche la già menzionata sentenza n. 272 del 2017 di questa Corte – si è, del resto, fatta carico anche la giurisprudenza della Corte EDU, poc'anzi citata.

Dal complesso delle pronunce rese sul tema dalla Corte di Strasburgo, si evince che – anche a fronte della grande varietà di approccio degli Stati parte rispetto alla pratica della maternità surrogata – ciascun ordinamento gode, in linea di principio, di un certo margine di apprezzamento in materia; ferma restando, però, la rammentata necessità di riconoscimento del «legame di filiazione» con entrambi i componenti della coppia che di fatto se ne prende cura.

La Corte EDU riconosce, in particolare, che gli Stati parte possano non consentire la trascrizione di atti di stato civile stranieri, o di provvedimenti giudiziari, che riconoscano sin dalla nascita del bambino lo status di padre o di madre al "genitore d'intenzione"; e ciò proprio allo scopo di non fornire incentivi,

anche solo indiretti, a una pratica procreativa che ciascuno Stato ben può considerare potenzialmente lesiva dei diritti e della stessa dignità delle donne che accettino di portare a termine la gravidanza per conto di terzi.

Tuttavia, la stessa Corte EDU ritiene comunque necessario che ciascun ordinamento garantisca la concreta possibilità del riconoscimento giuridico dei legami tra il bambino e il “genitore d’intenzione”, al più tardi quando tali legami si sono di fatto concretizzati (Corte EDU, decisione 12 dicembre 2019, C. contro Francia ed E. contro Francia, paragrafo 42; sentenza D. contro Francia, paragrafo 67); lasciando poi alla discrezionalità di ciascuno Stato la scelta dei mezzi con cui pervenire a tale risultato, tra i quali si annovera anche il ricorso all’adozione del minore.

Rispetto, peraltro, a quest’ultima soluzione, la Corte EDU sottolinea come essa possa ritenersi sufficiente a garantire la tutela dei diritti dei minori nella misura in cui sia in grado di costituire un legame di vera e propria “filiazione” tra adottante e adottato (Corte EDU, sentenza 16 luglio 2020, D. contro Francia, paragrafo 66), e «a condizione che le modalità previste dal diritto interno garantiscano l’effettività e la celerità della sua messa in opera, conformemente all’interesse superiore del bambino» (ibidem, paragrafo 51).

- 5.7. Il punto di equilibrio raggiunto dalla Corte EDU – espresso da una giurisprudenza ormai consolidata – appare corrispondente anche all’insieme dei principi sanciti in materia dalla Costituzione italiana, parimenti invocati dal giudice a quo.

Essi per un verso non ostano alla soluzione, cui le sezioni unite civili della Cassazione sono pervenute, della non trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero, e a fortiori dell’originario atto di nascita, che indichino quale genitore del bambino il “padre d’intenzione”; ma per altro verso impongono che, in tal caso, sia comunque assicurata tutela all’interesse del minore al riconoscimento giuridico del suo rapporto con entrambi i componenti della coppia che non solo ne abbiano voluto la nascita in un Paese estero in conformità alla *lex loci*, ma che lo abbiano poi accudito esercitando di fatto la responsabilità genitoriale.

Una tale tutela dovrà, in questo caso, essere assicurata attraverso un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino.

Ogni soluzione che non dovesse offrire al bambino alcuna chance di un tale riconoscimento, sia pure *ex post* e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice, finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata.

Proprio questo rischio, d’altronde, questa Corte ha inteso evitare allorché ha dichiarato l’illegittimità costituzionale di una norma che vietava il riconoscimento dei figli nati da incesto, precludendo loro l’acquisizione di un pieno status *filiationis* in ragione soltanto della condotta penalmente illecita dei loro genitori (sentenza n. 494 del 2002), e allorché – più recentemente – ha dichiarato pure costituzionalmente illegittima l’automatica applicazione della sanzione accessoria della sospensione dall’esercizio della responsabilità genitoriale in capo al genitore autore di un grave delitto commesso a danno del figlio, in ragione della possibilità che tale automatismo – finalizzato anche a lanciare un messaggio di deterrenza nei confronti dei potenziali autori di reati – finisse per risolversi in un pregiudizio per gli stessi interessi del minore (sentenza n. 102 del 2020).

- 5.8. Come correttamente sottolinea l’ordinanza di rimessione, il possibile ricorso all’adozione in casi particolari di cui all’art. 44, comma 1, lettera d), della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), ritenuto esperibile nei casi all’esame dalla stessa sentenza n. 12193 del 2019 delle Sezioni unite civili, costituisce una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali rammentati.

L’adozione in casi particolari non attribuisce la genitorialità all’adottante. Inoltre, pur a fronte della novella dell’art. 74 cod. civ., operata dall’art. 1, comma 1, della legge 10 dicembre 2012, n. 219 (Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali), che riconosce la generale idoneità dell’adozione a costituire rapporti di parentela, con la sola eccezione dell’adozione di persone di maggiore età, è ancora controverso – stante il perdurante richiamo operato dall’art. 55 della legge n. 184 del 1983 all’art. 330 cod. civ. – se anche l’adozione in casi particolari consenta di stabilire vincoli di parentela tra il bambino e coloro che appaiono socialmente, e lui stesso percepisce, come i propri nonni, zii, ovvero addirittura fratelli e sorelle, nel caso in cui l’adottante abbia già altri figli propri. Essa richiede inoltre, per il suo perfezionamento, il necessario assenso del genitore “biologico” (art. 46 della legge n. 184 del 1983), che potrebbe non essere prestato in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia, nelle quali il bambino finisce per essere così definitivamente privato del rapporto giuridico con la persona che ha sin dall’inizio condiviso il progetto genitoriale, e si è di fatto presa cura di lui sin dal momento della nascita.

Al fine di assicurare al minore nato da maternità surrogata la tutela giuridica richiesta dai principi convenzionali e costituzionali poc’anzi ricapitolati attraverso l’adozione, essa dovrebbe dunque essere disciplinata in modo più aderente alle peculiarità della situazione in esame, che è in effetti assai distante

da quelle che il legislatore ha inteso regolare per mezzo dell'art. 44, comma 1, lettera d), della legge n. 184 del 1983.

- 5.9. Il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata – nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, nei termini sopra precisati – non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco.

Di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica, questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore.

## per questi motivi

### LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), dell'art. 64, comma 1, lettera g), della legge 31 maggio 1995, n. 218 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato), e dell'art. 18 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127), sollevate – in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), agli artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176, e all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) – dalla Corte di cassazione, sezione prima civile, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 28 gennaio 2021.

F.to:

Giancarlo CORAGGIO, *Presidente*  
Francesco VIGANÒ, *Redattore*  
Roberto MILANA, *Direttore della Cancelleria*

Depositata in Cancelleria il 9 marzo 2021.

*Il Direttore della Cancelleria*  
F.to: Roberto MILANA

## Cassazione, Sezioni unite civili

# Sentenza 31 marzo 2021, n. 9006<sup>1</sup>

STATO CIVILE – TRASCRIZIONE – ADOZIONE STRANIERA CONGIUNTA PIENA DA PARTE DI UNA COPPIA DI UOMINI – RIFIUTO DELL’UFFICIALE DELLO STATO – OMOGENITORIALITÀ – CONTRARIETÀ ALL’ORDINE PUBBLICO – ESCLUSIONE

In tema di efficacia nell’ordinamento interno di atti adottati all’estero, non contrasta con i principi di ordine pubblico internazionale il riconoscimento degli effetti del provvedimento giurisdizionale straniero di adozione di minore da parte di coppia omoaffettiva maschile che attribuisca lo “status” genitoriale secondo il modello dell’adozione piena, non costituendo elemento ostativo il fatto che il nucleo familiare sia omogenitoriale, ove sia esclusa la preesistenza di un accordo di surrogazione di maternità a fondamento della filiazione.

Riferimenti normativi: Legge n. 218 del 1995, artt. 41, 64, 65, 66.

### LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. CURZIO Pietro	- Primo Presidente -
Dott. D’ASCOLA Pasquale	- Presidente di sez. -
Dott. VIRGILIO Biagio	- Presidente di sez. -
Dott. DE STEFANO Franco	- Presidente di sez. -
Dott. D’ANTONIO Enrica	- Consigliere -
Dott. ACIERNO Maria	- rel. Consigliere -
Dott. FERRO Massimo	- Consigliere -

1 Nota di richiami: Sono cristallizzate in maniera importante alcune considerazioni delle Sezioni unite in tema di omogenitorialità. Evidentemente vi era necessità di ribadire che l’ordinamento italiano non nutre alcun pregiudizio rispetto al riconoscimento della bigenitorialità in capo a due uomini, non constando evidenze scientifiche che consenta di dare un giudizio negativo. Il massimo consenso nomofilattico attinge ai propri precedenti, precedenti che tuttavia non erano apparsi sufficienti alla Prima sezione civile per escludere non solo la contrarietà all’ordine pubblico, ma anche per garantire il diritto del minore a mantenere quella pienezza di *status filiationis* che gli deriva dal diritto dello Stato di New York. Ad avviso della sezione semplice, si sarebbe dovuto prendere in considerazione il depotenziamento dell’adozione piena statunitense in adozione in casi particolari ex art. 44.

Si tratta di un arresto che contribuisce anche a fare chiarezza rispetto alla competenza e al rimedio giurisdizionale da esperire. Rigettato è il motivo di ricorso che contestava il rimedio ex art. 67 della legge n. 218/1995, ovvero il ricorso sommario di cognizione in grado unico avanti alla Corte di appello. Quella di Milano aveva quindi correttamente ritenuto la propria competenza con l’ordinanza del 9 giugno 2017 (disponibile su [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)). Le Sezioni unite individuano la competenza del Tribunale per i minorenni solo nel caso in cui tutti i requisiti soggettivi di cui alla legge n. 183 del 1984, art. 36, comma 4, siano rinvenibili nel caso concreto. Non rileva solo la residenza all’estero degli adottanti, ma anche la comune cittadinanza italiana. Non corrette apparirebbero quindi quelle sentenze emesse dai Tribunali per i minorenni di deliberazione di adozioni pronunciate all’estero in assenza delle condizioni previste per far operare il rinvio ex art. 41, comma 2°, legge n. 218/1995. Non si tratta solo di una questione di competenza, ma anche di litisconsorzio passivo dell’ufficiale di stato civile e di limitazione dei poteri del pubblico ministero interveniente, secondo quanto stabilito dalle Sezioni unite con la sentenza n. 12193/2019. Inoltre – e ancor prima – si dovrà chiedere la trascrizione direttamente all’ufficiale di stato civile competente e solo in caso di rifiuto andrà adita la Corte di appello. Se trovasse applicazione, invece, il procedimento di deliberazione avanti al Giudice minorile, non vi sarebbe necessità di alcuna previa richiesta all’ufficiale di stato civile. Questo, anzi, dovrebbe opporre un rifiuto, non per ragioni di ordine pubblico, bensì di insuscettibilità alla trascrizione diretta.

Da segnalare nella sentenza l’anomalia di un ricorso per cassazione che è affermato essere proposto dal Ministero dell’interno, oltre che dal Sindaco quale ufficiale di Governo nella materia dello stato civile. Il Ministero, tuttavia, era parte assente tanto nel giudizio di merito quanto nella fase avanti alla Sezione semplice (vedasi l’ordinanza interlocutoria dell’11 novembre 2019, n. 29071). [A.S.]



Dott. GIUSTI Alberto  
Dott. CARRATO Aldo

- Consigliere -  
- Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

### SENTENZA

sul ricorso 21223-2017 proposto da:

SINDACO DI (OMISSIS), QUALE UFFICIALE DI GOVERNO MINISTERO DELL'INTERNO, in persona del Sindaco pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO; - ricorrente -

contro

M.L.A.M., in proprio e - congiuntamente con F.R.L., nella qualità di genitori esercenti la responsabilità genitoriale per il minore F.- M.J.G. elettivamente domiciliati in ROMA, VIA PIEMONTE 117, presso lo studio dell'avvocato GIULIA PERIN, che li rappresenta e difende unitamente all'avvocato ALEXANDER SCHUSTER; - controricorrenti -

avverso l'ordinanza della CORTE D'APPELLO di MILANO (r.g. 4416/2015), depositata il 09/06/2017; Udità la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 12/01/2021 dal Consigliere MARIA ACIERNO;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. DE RENZIS LUISA, che ha concluso per l'accoglimento del ricorso;

uditi gli avvocati Attilio Barbieri, per l'Avvocatura Generale dello Stato ed Alexander Schuster.

## Svolgimento del processo

1. M.L.A.M., cittadino italiano naturalizzato statunitense e residente negli (OMISSIS) ha chiesto all'ufficiale di stato civile di (OMISSIS) in Italia, la trascrizione dell'atto di nascita del minore F.J.G.- M. nato a (OMISSIS), riconosciuto negli (OMISSIS) quale figlio adottivo del ricorrente e di F.R. per effetto del provvedimento giurisdizionale della (OMISSIS) del (OMISSIS), come attestato dal certificato di adozione del (OMISSIS) nel quale è espressamente affermato che M.L.A.M. e F.R. sono i genitori adottivi del minore. La pronuncia statunitense, come da certificazione in atti, attribuisce lo status di genitori adottivi al ricorrente ed al suo partner (successivamente sposato), dando atto che l'adozione è stata pronunciata con il consenso preventivo dei genitori biologici e dopo un'indagine effettuata sugli adottanti, effettuata da agenzia pubblica equiparabile ai Servizi Sociali.
2. L'ufficiale dello stato civile ha rifiutato la trascrizione, ritenendo applicabile il regime giuridico relativo all'istituto dell'adozione internazionale e, conseguentemente competente L. n. 183 del 1984, ex art. 36, comma 4 il Tribunale per i minorenni.
3. Il ricorrente ha adito la Corte d'appello di Milano, ai sensi della L. n. 218 del 1995, al fine di ottenere il riconoscimento del provvedimento estero di adozione piena e legittimante del figlio minore, così come attestato nel certificato prodotto in modo che allo stesso fosse attribuito lo stato giuridico di figlio adottivo di M.L.A.M. e F.R..
4. La Corte d'Appello di Milano ha preliminarmente escluso la legittimazione ad agire del Sindaco, in qualità di Ufficiale di Governo, reputando che gli interessi pubblici in gioco fossero adeguatamente tutelati dalla partecipazione al giudizio del Procuratore generale.
- 4.1. Ha inoltre ritenuto inapplicabile, nella specie, la disciplina normativa dell'adozione internazionale, essendo incontestato che il ricorrente risiedesse da oltre un decennio negli (OMISSIS), avesse acquistato per naturalizzazione, anche la cittadinanza americana e che l'altro genitore adottivo fosse cittadino americano così come il minore. Ha, infine, ritenuto la propria competenza L. n. 218 del 1995, ex art. 41, comma 1, secondo il quale i provvedimenti stranieri in materia di adozione sono riconoscibili L. n. 218 del 1995, ex artt. 64, 65, 66.
- 4.2. In fatto, ha precisato che il giudice della (OMISSIS) ha valutato l'idoneità della coppia adottante (unitasi in matrimonio nel (OMISSIS)) all'esito di un'indagine eseguita anche attraverso le informazioni dei servizi sociali (Social Services Law) e, solo all'esito di tale indagine, acquisito il consenso preventivo dei genitori biologici ha emesso l'adoption order, ritenendo espressamente che il provvedimento fosse conforme al best interest of the child. E' stato rispettato il diritto di difesa, essendo stati convocati in giu-

- dizio i genitori biologici (the birth mother and the birth father) i quali, prestato il consenso, sono rimasti estranei al giudizio.
- 4.3. In diritto, l'oggetto della decisione è la verifica della eventuale contrarietà ai principi di ordine pubblico del provvedimento da riconoscere. Al riguardo la Corte ha affermato che la nozione cui far ricorso è quella di ordine pubblico internazionale; che, di conseguenza, la trama dei principi di ordine pubblico non può essere desunta esclusivamente sulla base dell'assetto normativo interno nel sistema plurale di cui è partecipe il nostro ordinamento; che di conseguenza il legame con l'ordinamento interno deve ritenersi limitato ai principi fondamentali desumibili in primo luogo dalla Costituzione nonché dai Trattati fondativi dell'Unione Europea e dalla Convenzione Europea dei diritti umani, così come inverte dalla Corte EDU, dalle Convenzioni sui diritti fondamentali cui l'Italia ha aderito. In questo quadro i diritti fondamentali si collocano su un piano sovraordinato rispetto alla normazione interna che ne detta le regole di dettaglio. Da tali premesse consegue che il giudice italiano chiamato a valutare la compatibilità dell'atto straniero dei cui effetti si chiede il riconoscimento nel nostro paese deve verificare non se l'atto si fonda su un tessuto normativo conforme o difforme da una o più norme interne ma se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali della persona umana come desumibili dalle fonti soprarichiamate.
- 4.3.1. Precisa la Corte territoriale che, in primo luogo, viene in luce, in tema di filiazione, il principio del preminente interesse del minore che costituisce una vera e propria clausola generale coerentemente riconosciuta nell'ordinamento internazionale ed interno, essendo declinato nelle fonti costituzionali ed essendo inverte nelle decisioni giurisprudenziali nazionali e sovranazionali. L'interesse preminente del minore, nel caso di specie, consiste nel poter conservare anche nel nostro ordinamento lo status filiationis acquisito all'estero in forza di un provvedimento giudiziario valido ed efficace. Ciò sia in relazione al diritto alla continuità degli status, stabilito nella L. n. 218 del 1995, art. 13, comma 3 e art. 33, commi 1 e 2 sia in relazione al diritto alla vita privata e familiare del minore che include tra le sue primarie manifestazioni la definizione della propria identità come essere umano relazionale e, dunque, all'interno del proprio nucleo familiare. Ove venisse negato il riconoscimento giuridico del provvedimento adottivo resterebbe gravemente sacrificata la posizione del minore in relazione allo sviluppo equilibrato della personalità in relazione all'identità costruita nel rapporto con i genitori, all'impossibilità di acquistare la cittadinanza italiana e di conseguire le tutele che da tale qualificato rapporto parentale conseguono.
- 4.4. Il riconoscimento dello status acquisito all'estero, secondo la Corte d'Appello, non è precluso dal bilanciamento con altri interessi coinvolti non potendo, in particolare, attribuirsi copertura costituzionale alla regola per cui nel nostro ordinamento l'adozione legittimante è consentita solo a coppie coniugate, essendo prevista, in via derogatoria, l'adozione di un solo coniuge, quando nel corso dell'affidamento preadottivo uno dei due coniugi decida di separarsi. Nè può assumere rilievo preminente e costituire un limite di ordine pubblico la natura omosessuale della coppia genitoriale, avendo tali unioni piena dignità costituzionale e dovendo assumersi come parametri di riferimento in relazione al riconoscimento di status filiationis non espressamente previsti nel nostro ordinamento interno gli artt. 2, 3 e 31 Cost. e non l'art. 29. La giurisprudenza, sovranazionale ed interna, di legittimità e di merito ha ampiamente riconosciuto, sia in materia di affidamento che di adozione, l'inesistenza di pregiudizi, scientificamente fondati, per lo sviluppo psico fisico del minore che nasca e cresca in una famiglia omogenitoriale. Ne consegue che l'attuale limitazione legislativa interna all'accesso all'adozione piena stabilita nella legge ordinaria non si configura come opzione costituzionalmente obbligata, tanto più dopo la recente riforma della filiazione tendente alla unificazione dello stato di figlio, sia di derivazione biologica che sociale. Il matrimonio, nella nuova disciplina, non si colloca più al centro delle relazioni familiari essendo sostituito dalla condizione di figlio e dal suo preminente interesse nelle diverse declinazioni proposte dalla legislazione e dalla giurisprudenza. Nel rispetto della ratio della riforma che induce a ricondurre la filiazione biologica e quella adottiva ad un unico status, non possono conseguire limitazioni ai diritti dei figli adottivi. Peraltro, anche la modifica dell'art. 74 c.c., unificando il regime della parentela discendente dalle varie tipologie di filiazione e ricomprendendovi anche quella adottiva, con esclusione dell'adozione di maggiorenni, conduce a questa conclusione, prospettando come principio ordinante la parificazione assoluta della condizione filiale.
5. Avverso tale pronuncia ha proposto ricorso per cassazione il Sindaco di S. in qualità di ufficiale di Governo, proponendo quattro motivi di ricorso. Hanno resistito con controricorso L. in proprio ed in rappresentanza del figlio minore e I e l'altro genitore adottivo.
6. La prima sezione civile con ordinanza interlocutoria 29071 del 2019 ha rimesso alle sezioni unite come questioni di massima di particolare importanza i seguenti quesiti:
- a) se possa costituire espressione di principi fondamentali ed irrinunciabili dell'ordinamento il disfavore dell'ordinamento interno all'accesso all'adozione legittimante per le coppie dello stesso sesso, desumibile dalla L. n. 184 del 1983, art. 6 che consente tale forma di adozione soltanto alla coppia coniugata e dalla L. n. 76 del 2016, art. 1, comma 20 che introduce nel nostro ordinamento il riconoscimento delle unioni civili tra persone dello stesso sesso ma esclude l'equiparazione con lo status coniugale in

relazione alle disposizioni di cui alla L. n. 184 del 1983 (fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti) oltre che dalla giurisprudenza di legittimità (S.U. 12193 del 2019) che ha limitato all'adozione non legittimante (L. n. 184 del 1983, art. 44 lett. d) la genitorialità sociale per la coppia omoaffettiva maschile che sia ricorsa alla gestazione per altri;

b) se il giudizio di compatibilità con l'ordine pubblico che l'autorità giudiziaria italiana deve compiere, ai sensi della L. n. 218 del 1995, artt. 41, 64, 65, 66 ai fini del riconoscimento in Italia di un provvedimento giudiziario straniero di adozione cd. legittimante, debba o meno includere la valutazione estera di adottabilità del minore.

7. In vista dell'udienza davanti alle S.U., il Procuratore generale ha depositato requisitoria scritta, illustrata in udienza, ed il controricorrente memoria illustrativa.

## Motivi della decisione

8. I primi tre motivi di ricorso prospettano questioni preliminari e pregiudiziali.
- 8.1. Con il primo motivo viene dedotta la violazione dell'art. 702 bis c.p.c., del D.P.R. n. 396 del 2000, artt. 95 e 96, della L. n. 218 del 1995, artt. 64 e 67 in relazione al rilevato difetto di legittimazione ad agire del Sindaco, in qualità di ufficiale di Governo. Afferma, al riguardo, la parte ricorrente, che il Sindaco è esattamente l'autorità amministrativa che ha negato la trascrizione, avendo eseguito, secondo le proprie specifiche competenze, il controllo di compatibilità della trascrizione con il limite costituito dall'ordine pubblico che è oggetto del controllo giurisdizionale. Inoltre, il procedimento che s'instaura non ha natura di volontaria giurisdizione e richiede la specifica attivazione del contraddittorio.
- La censura è fondata, come ritenuto anche dal Procuratore Generale, alla luce dei principi stabiliti nella recente pronuncia delle S.U. n. 12193 del 2019, cui si presta adesione e che sono stati così massimati: "Il rifiuto di procedere alla trascrizione nei registri dello stato civile di un provvedimento giurisdizionale straniero, con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero e un cittadino italiano, dà luogo, se non determinato da vizi formali, a una controversia di stato, da risolversi mediante il procedimento disciplinato dalla L. n. 218 del 1995, art. 67 in contraddittorio con il Sindaco, in qualità di ufficiale dello stato civile destinatario della richiesta di trascrizione, ed eventualmente con il Ministero dell'interno, legittimato a spiegare intervento in causa e ad impugnare la decisione in virtù della competenza ad esso attribuita in materia di tenuta dei registri dello stato civile".
- 8.2. La fondatezza della censura consente l'esame degli altri motivi, sia di natura preliminare e pregiudiziale che riguardanti il fondo del ricorso. Deve rilevarsi al riguardo che la sentenza impugnata non si è limitata al rilievo del difetto di legittimazione passiva del Sindaco ma ha esaminato analiticamente tutte le questioni che sono state prospettate nel presente ricorso, fondando la propria decisione su una specifica qualificazione giuridica della domanda, oggetto di discussione nel giudizio di merito ed in quello di legittimità e su un'ampia ricostruzione del limite costituito dai principi di ordine pubblico internazionale applicabili alla fattispecie, come illustrato nella parte narrativa nei paragrafi 4, 4.1, 4.2, 4.3, 4.4.
- 8.3. Non viene, infatti, prospettata, nella formulazione del primo motivo, né in quelli successivi, alcuna limitazione dell'illustrazione e dell'esame delle ragioni espresse negli atti difensivi del procedimento in unico grado svoltosi davanti alla Corte d'Appello di Milano da porsi in correlazione causale con l'erroneo rilievo del difetto di legittimazione passiva del Sindaco in qualità di ufficiale del Governo.
- 8.4. L'accoglimento della censura, in conclusione, determina nella parte ricorrente, il riconoscimento della piena legittimazione alla proposizione del ricorso ed all'esame delle censure successive.
- 8.5. infine il riconoscimento della legittimazione attiva della parte ricorrente assorbe l'esame dell'eccezione relativa al difetto di rappresentanza dell'Avvocatura generale dello Stato formulata dalle parti controricorrenti in memoria.
9. Con il secondo motivo viene dedotta la violazione e falsa applicazione dell'art. 102 c.p.c. per essere stato proposto il ricorso davanti la Corte d'Appello, avverso il rifiuto di trascrizione dell'Ufficiale dello Stato civile, soltanto da uno dei genitori adottivi indicati nel provvedimento estero. Afferma la parte ricorrente che la mancata partecipazione in giudizio dell'altro determina un macroscopico difetto d'integrazione del contraddittorio, dovendo essere qualificati litisconsorti necessari entrambi i genitori adottivi. La partecipazione in giudizio di uno solo di essi non consente la verifica ineludibile della condivisione dell'interesse, sotteso alla domanda, alla trascrizione dell'atto anche nell'altro genitore non potendosi ignorare che la decisione produce effetti anche nei confronti della parte pretermessa.
- 9.1. La Corte di Cassazione con la pronuncia n. 14987 del 2017 (non massimata), in fattispecie del tutto sovrapponibile riguardante la richiesta di trascrizione di un provvedimento di adozione di minore contenente l'indicazione in qualità di genitore adottante sia del ricorrente che dell'altro partner della coppia

omoaffettiva, ha affermato che l'atto da trascrivere ha natura inscindibile quanto al riconoscimento dello status e che sussiste un'ipotesi di litisconsorzio necessario.

- 9.2. Deve rilevarsi, tuttavia, che nel presente giudizio, il contraddittorio è stato integrato nel giudizio di legittimità con atto d'intervento successivo alla proposizione del ricorso. Secondo un orientamento consolidato della Corte di Cassazione, qualora il litisconsorte necessario pretermesso in primo grado, intervenga volontariamente nel giudizio di secondo grado accettando la causa nello stato in cui si trova, e nessuna delle altre parti resti privata di facoltà processuali non già altrimenti pregiudicate, non può essere rilevato il difetto di contraddittorio, nè si deve provvedere alla rimessione della causa davanti al primo giudice ma si deve procedere all'esame del merito ed alla decisione, anche in funzione dell'attuazione del principio costituzionale della ragionevole durata del processo. (Cass. 26631 del 2018). Il principio affermato, pur essendo riferito al giudizio d'appello, può orientare nella valutazione della censura prospettata nel presente giudizio. La Corte di Cassazione intende dare preminenza al principio di effettività nella valutazione dell'esercizio e della lesione del diritto di difesa. Non si sottrae a questo preventivo vaglio neanche l'astratta violazione del principio dell'integrità del contraddittorio. Ne consegue che l'intervento volontario e pienamente adesivo dell'altro genitore adottivo nel giudizio di legittimità, consente di verificare la condivisione dell'interesse sotteso alla domanda volta alla trascrizione del provvedimento che attesta la genitorialità adottiva della coppia omogenitoriale e la assenza di alcun pregiudizio al diritto di difesa dell'interveniente. Del resto, la formulazione, in modo meramente astratto, della censura contenuta nel secondo motivo, esclude anche in capo alla parte ricorrente che si sia determinato una qualsiasi limitazione all'esercizio del diritto di difesa, concretamente ricollegabile all'assenza dell'interveniente nella fase di merito ed in quella di legittimità che ha preceduto l'intervento.
10. Con il terzo motivo viene dedotta la violazione della L. n. 218 del 1995, artt. 41, 64, 65, 66; della L. n. 183 del 1984, artt. 35 e ss.; del D.P.R. n. 396 del 2000, art. 28, comma 2, lett. g) e art. 96; del D.Lgs. n. 150 del 2011, art. 30 nonché dell'art. 702 bis c.p.c. per avere la Corte d'Appello ritenuto la propria competenza a decidere. Afferma, al contrario, la parte ricorrente che la competenza sia esclusivamente da ascrivere al Tribunale per i minorenni. La richiesta formulata all'ufficiale di stato civile è stata formulata D.P.R. n. 396 del 2000, ex art. 28, comma 2, lett. g) che si riferisce ai "provvedimenti di adozione". Il giudizio è, di conseguenza, un'opposizione al rifiuto di trascrizione dell'atto, di competenza del tribunale nel cui circondario si trova l'ufficio dello stato civile presso il quale è registrato l'atto di cui tratta, come stabilito dal D.P.R. n. 396 del 2000, art. 95. Evidenzia, inoltre, il ricorrente che il diniego è stato comunicato il 19/12/2014 ed il ricorso introduttivo del presente giudizio risulta depositato nel 2016. Sotto un altro versante normativo, la L. n. 218 del 1995, art. 41, comma 2, prescrive che in materia di adozione dei minori si applichino le norme speciali, richiamando la L. n. 184 del 1983, art. 35, comma 5, nel quale è prevista una competenza per materia in favore del Tribunale per i minorenni del distretto in cui gli aspiranti hanno la residenza nel momento dell'ingresso in Italia. Secondo la ricostruzione sistematica offerta dalla parte ricorrente, la fattispecie in esame è assimilabile ad un'adozione internazionale in senso tecnico, con conseguente competenza esclusiva del Tribunale per i minorenni, il quale ha il compito di verificare che dal provvedimento risulti la sussistenza delle condizioni delle adozioni internazionali previste nell'art. 4 della Convenzione firmata all'Aja il 29 maggio 1993, ed in particolare la non contrarietà dell'adozione ai principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori. La L. n. 218 del 1995 ha fatto salve le disposizioni delle leggi speciali in materia di adozione con l'art. 41, comma 2 così predicando il perdurante valore e la prevalenza di queste norme sulla disciplina di carattere generale contenuta nella legge di diritto internazionale privato. Infine, la competenza del Tribunale per i minorenni sarebbe esclusiva anche ove la fattispecie in esame fosse riqualificabile come adozione non legittimante.
- 10.1. Al fine di stabilire se la Corte d'Appello abbia ritenuto correttamente la propria competenza è necessario esaminare, in primo luogo le norme di diritto internazionale privato applicabili astrattamente alla fattispecie dedotta nel presente giudizio.
- 10.2. In primo luogo, la L. n. 218 del 1995, art. 41, commi 1 e 2 che stabilisce: "I provvedimenti stranieri in materia di adozione sono riconoscibili in Italia ai sensi degli artt. 64, 65 e 66.

Restano ferme le disposizioni delle leggi speciali in materia di adozioni dei minori." Nella specie, la legge speciale che s'impone, secondo la parte ricorrente, come complesso normativo di applicazione necessaria per tutte le ipotesi di riconoscimento di provvedimenti stranieri in materia di adozione è la L. n. 184 del 1983, nella parte in cui (art. da 29 al 39 quater) disciplina la speciale procedura dell'adozione internazionale, introdotta, nel corpus originario della L. n. 184 del 1983, con la L. n. 479 del 1998 di ratifica ed esecuzione della Convenzione dell'Ala per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale del 29 maggio 1993. Tale complesso normativo prevede che l'intero procedimento relativo all'adozione internazionale, dall'idoneità degli adottanti alle modalità di acquisto dello status genitoriale sia assoggettato alla competenza esclusiva del Tribunale per i minorenni. Ai fini del riconoscimento del provvedimento estero di adozione (artt. 35 e 36), è necessaria la pregiudiziale verifica della



ricorrenza dei requisiti specifici indicati dalle norme e del rispetto della procedura normativamente imposta. Tuttavia, non tutti i provvedimenti esteri di adozione dei quali si chiede il riconoscimento confluiscono nella definizione normativa di “adozione internazionale”, ma al contrario, essa è limitata alle ipotesi in cui i richiedenti risiedano entrambi in Italia, o siano cittadini italiani risiedenti all'estero (art. 29 bis, comma 1 e 2). Nella specie il solo ricorrente è cittadino italiano ma ha, nel contempo ottenuto la cittadinanza degli (OMISSIS) per naturalizzazione. Entrambe le parti, infine, risiedono negli (OMISSIS). Difettano, di conseguenza, radicalmente le condizioni soggettive di applicabilità del regime giuridico dell'adozione internazionale al provvedimento adottivo estero oggetto del presente giudizio.

- 10.3. La competenza del Tribunale per i minorenni, infine, è esclusa anche alla luce della L. n. 183 del 1984, art. 36, comma 4 che si riproduce: “L'adozione pronunciata dalla competente autorità di un Paese straniero a istanza di cittadini italiani, che dimostrino al momento della pronuncia di aver soggiornato continuativamente nello stesso e di avervi avuto la residenza da almeno due anni, viene riconosciuta ad ogni effetto in Italia con provvedimento del tribunale per i minorenni, purché conforme ai principi della Convenzione”.

La disposizione prevede una modalità di riconoscimento del provvedimento adottivo estero da parte del Tribunale per i minorenni semplificata, nel caso in cui il riconoscimento venga richiesto da cittadini italiani che risiedano all'estero da almeno due anni ma ai richiedenti manca il requisito comune della cittadinanza italiana, così da escludere anche l'applicazione di questa norma ai fini della individuazione del giudice competente.

- 10.4. Deve essere esclusa anche la competenza del Tribunale ordinario D.P.R. n. 396 del 2000, ex artt. 95 e 96. L'art. 95 prevede espressamente che chi intende opporsi ad un rifiuto dell'ufficiale dello stato civile di ricevere in tutto od in parte una dichiarazione o di eseguire una trascrizione, un'annotazione od altro adempimento deve proporre ricorso al tribunale nel cui circondario si trova l'ufficio dello stato civile ma la disposizione, per quanto riguarda la rettificazione ed il rifiuto d'iscrizione riguarda atti formati in Italia. In ordine alle richieste di trascrizione, il sistema di controllo giurisdizionale fondato sui sopracitati artt. 95 e 96, deve coordinarsi con il regime giuridico del riconoscimento degli atti formati all'estero, in Unione Europea o fuori dell'Unione Europea, tenuto conto della tipologia di atto da riconoscere e del suo contenuto cogente. Ne consegue che dal rifiuto della trascrizione di un provvedimento estero costitutivo di uno status sorge una controversia che ha ad oggetto non la dimensione formale dell'atto o l'ambito delle attribuzioni e competenze dell'ufficiale di stato civile, cui è rimessa la prima sommaria deliberazione di compatibilità con l'ordine pubblico, ma l'accertamento della sussistenza delle condizioni previste dalla legge per il riconoscimento dell'efficacia dell'atto nel nostro ordinamento, sia sotto il profilo del rispetto delle garanzie processuali del contraddittorio che della non violazione del limite costituito dall'ordine pubblico. In relazione alla trascrizione, pertanto, la competenza del tribunale è residuale e marginale, non potendo avere ad oggetto provvedimenti di rifiuto che si fondino su una valutazione negativa del rispetto del limite costituito dall'ordine pubblico.
- 10.5. Il provvedimento adottivo estero il cui riconoscimento in Italia venga richiesto da cittadini stranieri stabilmente residenti all'estero in relazione ad un minore, anch'esso cittadino dello Stato estero di cittadinanza dei richiedenti è assoggettato, quanto all'individuazione del giudice competente ed al regime giuridico applicabile alla L. n. 218 del 1995, art. 41, comma 1 che, come già rilevato stabilisce: “I provvedimenti stranieri in materia di adozione sono riconoscibili in Italia ai sensi degli artt. 64, 65 e 66. La Corte Costituzionale con la pronuncia d'inammissibilità n. 76 del 2016 ha fornito rilevanti indicazioni in ordine all'ambito di applicazione dei due commi che compongono la L. n. 218 del 1995, art. 41 ed ha sottolineato la necessità di definire con esattezza le qualità soggettive dei richiedenti al fine di collocare il provvedimento da riconoscere nel corretto binario normativo sia in ordine al giudice competente che al contenuto del controllo giurisdizionale sull'atto estero. Nella pronuncia è stato, in particolare, evidenziato che i due commi della norma prevedono differenti e alternativi procedimenti per giungere al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di adozione e che la competenza del Tribunale per i minorenni, unitamente all'ampiezza del sindacato giurisdizionale ad essa connessa si applica, con riferimento all'ipotesi prevista nella L. n. 184 del 1983, art. 36, comma 4 solo quando il riconoscimento venga richiesto da cittadini italiani che, trasferendo fittiziamente la residenza all'estero mirano ad eludere la rigorosa disciplina nazionale in materia di adozione di minori in stato di abbandono. Nessuna delle condizioni giuridiche e fattuali emergenti dal quadro normativo e dall'elaborazione giurisprudenziale su di esso intervenuta è riscontrabile nella fattispecie dedotta nel presente giudizio.
- 10.6. Deve, ritenersi, in conclusione, come già posto in luce da S.U. n. 12193 del 2019, in relazione a fattispecie radicalmente diversa quanto alle modalità di costituzione dello status genitoriale all'estero, perché derivante da processo generativo fondato sulla gestazione per altri, ma parzialmente assimilabile quanto a condizioni soggettive del richiedente (cittadinanza italiana ma stabile residenza all'estero), che la controversia che origina dal rifiuto di trascrizione del provvedimento giurisdizionale estero di costituzione dello status filiationis, sia assoggettata al procedimento disciplinato dalla L. n. 218 del 1995, art. 67. Il rito applicabile come riconosciuto anche dalla parte ricorrente è delineato dalla L. n. 218 del 1995, art.

- 67 ed D.Lgs. n. 150 del 2011, art. 30 e la competenza in unico grado è da attribuire alla Corte d'Appello. Non sono previsti termini perentori per la proposizione del ricorso.
- 10.7. Non rileva, infine, la competenza del Tribunale per i minorenni nei procedimenti riguardanti le adozioni in casi particolari (L. n. 184 del 1983, art. 44) in quanto relativa a procedimenti che non hanno ad oggetto il riconoscimento dell'efficacia nel nostro ordinamento di provvedimenti stranieri in tema di status genitoriali, ma l'esame di richieste, provenienti da singoli o da coppie di provvedimenti giurisdizionali volti alla costituzione di una peculiare forma di genitorialità adottiva, alla luce delle condizioni previste dalle norme che ne regolano l'acquisto. Al riguardo non risulta formulata in via subordinata una domanda volta al riconoscimento della diversa forma di adozione regolata dalla L. n. 184 del 1983, art. 44.
11. Con il quarto motivo viene dedotta la violazione della L. n. 184 del 1983, art. 6 della L. n. 218 del 1995, artt. 16 e 65; del D.P.R. n. 396 del 2000, art. 18 nonché del D.P.R. n. 445 del 2000, art. 47 e L. n. 184 del 1983, art. 25. La parte ricorrente contesta la nozione di ordine pubblico internazionale adottata dalla Corte d'Appello di Milano, ritenendo che debbano esservi inclusi anche principi derivanti dalla legge ordinaria, specie se riguardanti i limiti di accesso alla filiazione ed alla costituzione degli status. In particolare, viene osservato nel motivo di ricorso, come non sia condivisibile che il limite costituito dall'eterosessualità della coppia adottante e la precondizione che tale coppia sia unita in matrimonio possano ritenersi principi recessivi in comparazione con il superiore interesse del minore, tenuto conto che il modello matrimoniale è costituzionalizzato e la stessa Corte Europea dei diritti umani ha ripetutamente evidenziato la discrezionalità degli Stati aderenti in relazione alle forme di riconoscimento delle unioni omoaffettive ed all'introduzione di limiti di accesso alla filiazione. E' stato inoltre evidenziato che la pronuncia n. 19599 del 2016 dalla quale la Corte d'Appello di Milano ha tratto la non condivisibile nozione di ordine pubblico internazionale, ha riguardato la richiesta di trascrizione di un atto di nascita di filiazione naturale relativo ad una coppia omogenitoriale femminile, ovvero una situazione di fatto non omologabile a quella oggetto del presente giudizio. Il provvedimento di adozione di cui si chiede il riconoscimento si pone in evidente contrasto con il principio stabilito alla L. n. 184 del 1983, art. 6 in base al quale l'accesso all'adozione legittimante è consentita solo ai coniugi uniti in matrimonio, ovvero a coppie sposate eterosessuali. L'esclusione delle coppie omogenitoriali è, inoltre, confermato dal divieto di accesso all'adozione legittimante per le coppie omoaffettive, contenuta nella L. n. 76 del 2016, art. 1 comma 20, ancorché formanti un'unione civile. Il legislatore, all'interno del margine di apprezzamento riconosciuto anche dalla Corte Europea dei diritti umani ha inteso marcare la differenza tra unione civile e matrimoniale proprio in relazione alla filiazione, ha escluso l'accesso al matrimonio per le coppie omoaffettive, ed ha stabilito che i matrimoni contratti all'estero da coppie omoaffettive possano essere trascritti soltanto come unioni civili. Questi principi, saldamente ancorati sul modello di unione matrimoniale sancito nell'art. 29 Cost., costituiscono un limite ostativo di ordine pubblico in relazione al riconoscimento di provvedimenti esteri di adozione piena di figlio minore da parte di una coppia omoaffettiva, anche se legata in matrimonio, per mancanza dei requisiti di accesso a tale forma di genitorialità, previsti nel nostro ordinamento interno. La legge applicabile è quella interna anche alla stregua delle regole di diritto internazionale privato, dal momento che l'art. 38 richiama espressamente l'applicazione del diritto interno quando è richiesta al giudice italiano l'adozione di un minore, idonea ad attribuirgli lo stato di figlio legittimo. Viene aggiunto che la L. n. 184 del 1983, art. 35, comma 3 prevede che in tema di adozione si debba accertare la non contrarietà ai principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori. Infine viene rilevato un vizio formale costituito dalla mancata allegazione delle autocertificazioni richieste D.P.R. n. 445 del 2000, ex art. 47.
12. L'ordinanza interlocutoria n. 29071 del 2019, come illustrato nel par. 5, ha sollecitato, inoltre, di verificare se il giudizio di compatibilità con l'ordine pubblico che l'autorità giudiziaria italiana deve compiere, ai fini del riconoscimento di un provvedimento giudiziario straniero di adozione cd. legittimante, debba o meno includere la valutazione estera di adottabilità del minore, tenuto conto che il controllo giurisdizionale eseguito si è fondato sull'accertamento del consenso preventivo dei genitori biologici.
13. Prima di entrare nel merito delle questioni sottoposte al vaglio delle S.U. deve rilevarsi che la sintetica prospettazione di un vizio formale del procedimento derivante dalla mancanza di autocertificazioni richieste dalla legge deve ritenersi nuova in quanto non risulta trattata nel provvedimento della Corte d'Appello di Milano e la parte ricorrente non ha dedotto di averla già prospettata in sede di merito. Se ne deve rilevare, in conclusione, l'inammissibilità.
14. Ritiene il Collegio di dover preliminarmente definire il perimetro del sindacato giurisdizionale in tema di riconoscimento di provvedimenti giurisdizionali esteri. L'esame del terzo motivo ha condotto ad escludere la riconducibilità della fattispecie all'adozione internazionale, così da assumere come paradigma valutativo nel caso di specie quello delineato dalla L. n. 218 del 1995, art. 64. Ne consegue che, incontestata la ricorrenza delle condizioni pure dettate dalla norma riguardanti la competenza del giudice straniero, la definitività della pronuncia estera, la non contrarietà con un giudicato interno, la insussistenza di una situazione processuale qualificabile come litispendenza, deve essere esaminato il profilo

del rispetto del principio del contraddittorio e la compatibilità della decisione con i principi di ordine pubblico internazionale. Sotto quest'ultimo versante la valutazione deve, per costante orientamento della giurisprudenza di legittimità, essere limitata agli effetti che l'atto è destinato a produrre nel nostro ordinamento e non alla conformità della legge estera, posta a base del provvedimento, alla nostra legge interna regolativa degli stessi istituti. Le S.U. nella pronuncia n. 11601 del 2017, che ha individuato la nozione di ordine pubblico internazionale cui il Collegio presta adesione, hanno ribadito che il controllo giurisdizionale è concentrato sugli effetti dell'atto. In tema di riconoscimento di atti esteri incidenti sui rapporti familiari, è stato affermato (tra le altre Cass. 9483 del 2013; 15143 del 2016) che deve escludersi il sindacato sulla correttezza giuridica della soluzione adottata né in relazione all'ordinamento straniero né in relazione a quello italiano (Cass. 17170 del 2020), non essendo consentito un controllo di tipo contenutistico sul provvedimento di cui si chiede il riconoscimento.

15. Definito l'oggetto del sindacato giurisdizionale, deve essere affrontata la questione relativa alla compatibilità degli effetti del provvedimento straniero con i principi di ordine pubblico che ove contrastanti possono limitarne od escluderne il riconoscimento. Si tratta della censura affrontata nel quarto motivo e nel primo dei due quesiti desumibili dall'ordinanza interlocutoria.
- 15.1. L'indagine da svolgere richiede in primo luogo il corretto inquadramento giuridico dell'atto di cui si chiede il riconoscimento. L'adoption order è un provvedimento giurisdizionale emesso dalla Surrogate Court dello Stato di New York che attribuisce alla parte ricorrente ed all'interveniente lo status di genitore adottivo del minore dopo aver preventivamente acquisito il consenso del birth father e della birth mother e dopo aver valutato l'idoneità della coppia adottante al fine di verificare la conformità del provvedimento da assumere al best interest of the child. Nel provvedimento, regolarmente depositato ed esaminato dal Collegio si dà, infatti, atto che "un investigation have been ordered and made and the written report of such investigation having been filed with the Court, as required by the Domestic Law". Il provvedimento non è dunque fondato soltanto sull'acquisito consenso dei genitori biologici ma anche sul risultato di un'indagine svolta secondo le prescrizioni normative della legge interna (Social Services Law).
- 15.2. La decisione è stata adottata nel rispetto del diritto di difesa di tutti i soggetti coinvolti (par. 8 decisione impugnata). La circostanza non è stata, peraltro oggetto di contestazione né della parte ricorrente né del Procuratore Generale.
- 15.3. La esposizione sintetica del contenuto e degli effetti del provvedimento estero pone in evidenza con nettezza l'estraneità della fattispecie oggetto del presente giudizio da quella formante oggetto della sentenza delle S.U. n. 12193 del 2019. Non viene sottoposto al controllo di compatibilità con i principi di ordine pubblico il riconoscimento di uno status genitoriale costituito all'estero per mezzo della tipologia di procreazione medicalmente assistita eterologa (d'ora in avanti p.m.a.) definibile come gestazione per altri. Alla base della costituzione dello status genitoriale adottivo della coppia richiedente non risulta esserci un accordo di surrogazione di maternità, realizzato mediante una forma di fecondazione eterologa penalmente vietata nel nostro ordinamento e per tale ragione ritenuta contraria ai principi vigenti di ordine pubblico. L'esistenza di entrambi i genitori biologici che hanno prestato il loro consenso all'adozione del minore porta ad escludere dall'esame del Collegio non soltanto la questione della compatibilità con i nostri principi di ordine pubblico della surrogazione di maternità ma anche quella, più generale, relativa all'incidenza diretta sui principi di ordine pubblico internazionale del divieto di accesso alla p.m.a. per le coppie omoaffettive, oggetto di un recente intervento della Corte Costituzionale (n. 221 del 2019), la quale, tuttavia, in un passaggio motivazionale rimanda al divieto di accesso alla genitorialità adottiva per le coppie formate da persone dello stesso sesso. La complessiva valutazione della pronuncia sarà esaminato nel par. 18.2.
16. Definiti gli effetti del provvedimento estero e precisato che oggetto del sindacato giurisdizionale è la compatibilità dello status genitoriale, di natura intrinsecamente adottiva, acquisito da coppia omogenitoriale maschile con i principi attualmente costituenti l'ordine pubblico internazionale, deve procedersi alla corretta individuazione del predetto parametro.
- 16.1. In astratto, la soluzione non appare disagevole perché il Collegio presta convinta adesione alla nozione di ordine pubblico internazionale elaborata nella pronuncia delle S.U. n. 16601 del 2017 e ribadita nella più recente n. 12193 del 2019. Entrambe le pronunce si collocano nel solco della concezione aperta ed universalistica dell'ordine pubblico internazionale, già espressa in precedenti orientamenti (Cass. 19599 del 2016 e 14878 del 2017) riconoscendo ai principi di ordine pubblico internazionale non soltanto la funzione di limite all'applicazione della legge straniera (L. n. 218 del 1995, art. 16) ed al riconoscimento di atti e provvedimenti stranieri (L. n. 218 del 1995, art. 64) e ma anche quella di promozione (S.U. 16601 del 2017) e garanzia di tutela dei diritti fondamentali della persona (Cass. n. 19405 del 2013), attraverso i principi provenienti dal diritto dell'Unione Europea, delle Convenzioni sui diritti della persona cui l'Italia ha prestato adesione e con il contributo essenziale della giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei diritti umani. Ma a comporre il complesso dei principi fondamentali e caratterizzanti il profilo etico giuridico dell'ordinamento di un determinato periodo storico, secondo



la definizione accolta da dottrina internazionalistica autorevole, concorrono non soltanto il sistema dei principi e valori derivanti dalla Costituzione ma anche quelli desumibili dalle leggi ordinarie quando “come nervature sensibili, fibre dell’apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l’ordinamento costituzionale”. (S.U. 16601 del 2017). La più ampia connotazione dei principi di ordine pubblico internazionale si è infine consolidato con la recente S.U. n. 12193 del 2019 nella quale viene sottolineata “la rilevanza della normativa ordinaria, quale strumento di attuazione dei valori consacrati nella Costituzione” e l’esigenza di valorizzare l’interpretazione della legge che “dà forma a quel diritto vivente dalla cui valutazione non può prescindere nella ricostruzione dell’ordine pubblico in un determinato momento storico”. La sintesi operata dalle S.U. di questa Corte, tra il rilievo dei valori condivisi dalla comunità internazionale ed il processo di armonizzazione tra gli ordinamenti giuridici che lo accompagna ed il sistema assiologico proveniente dalla Costituzione unitamente alle leggi che ad esso si ispirano, deve orientare nella ricognizione dei principi fondamentali che al momento del vaglio giurisdizionale costituiscono la trama dell’ordine pubblico internazionale. L’operazione da svolgere, come già evidenziato, non ha ad oggetto la coerenza della normazione interna di uno o più istituti con quella estera che ha condotto alla formazione del provvedimento giurisdizionale di cui si chiede il riconoscimento, ma la verifica della compatibilità degli effetti che l’atto produce (nella specie l’attribuzione di uno status genitoriale adottivo) con i limiti non oltrepassabili, costituiti dai principi fondanti l’autodeterminazione e le scelte relazionali del minore e degli aspiranti genitori (art. 2 Cost.; art. 8 Cedu); dal principio del preminente interesse del minore di origine convenzionale ma ampiamente attuato in numerose leggi interne ed in particolare nella recente riforma della filiazione (Legge Delega n. 219 del 2012, D.Lgs. n. 153 del 2013); dal principio di non discriminazione, rivolto sia a non determinare ingiustificate disparità di trattamento nello status filiale dei minori con riferimento in particolare al diritto all’identità ed al diritto di crescere nel nucleo familiare che meglio garantisca un equilibrato sviluppo psico-fisico nonché relazionale sia a non limitare la genitorialità esclusivamente sulla base dell’orientamento sessuale della coppia richiedente; dal principio solidaristico che è alla base della genitorialità sociale sulla base del quale la legge interna (L.n. 184 del 1983 così come modificata dalla L. n. 149 del 2001 e dalla recente legge sulla continuità affettiva n. 173 del 2015) ed il diritto vivente (CEDU caso Zhou contro Italia sentenza 21/4/2014 e S.H. contro Italia sentenza 13/10/2015; Cass. 3643 del 2020 e 1476 del 2021) hanno concorso a creare una pluralità di modelli di genitorialità adottiva, unificati dall’obiettivo di conservare la continuità affettiva e relazionale ove già stabilizzatasi nella relazione familiare.

- 16.3. I principi enucleati peraltro risultano strettamente interconnessi essendo l’uno funzionale all’inveramento dell’altro, così come le leggi, in larga parte riformatrici, che li esprimono e li attuano. Sulla base di questo quadro unificante di principi di ordine pubblico internazionale, può svolgersi la valutazione di compatibilità che forma oggetto del quarto motivo di ricorso e di uno dei quesiti posti nell’ordinanza interlocutoria.
17. La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 14007 del 2018, si è già espressa in merito alla trascrizione di una sentenza straniera (francese) con la quale era stata pronunciata l’adozione piena ed incrociata dei figli minori, biologici, di due donne cittadine francesi coniugate in Francia e residenti in Italia. Al riguardo, ha ritenuto che il preminente interesse del minore, da ritenersi coincidente con il diritto al mantenimento della stabilità della vita familiare consolidatasi con entrambe le figure genitoriali, positivamente e specificamente valutato dal giudice straniero, dovesse condurre ad escludere la contrarietà dell’atto all’ordine pubblico, “non incidendo l’orientamento sessuale sull’idoneità dell’individuo all’assunzione della responsabilità genitoriale”. Per comprendere i punti di contatto e le differenze con la fattispecie dedotta nel presente giudizio deve essere precisato che entrambe le partners dell’unione matrimoniale omoaffettiva, trascritta in Italia, sono ricorse alla p.m.a. eterologa per la rispettiva generazione biologica dei figli minori ed hanno ottenuto un titolo adottivo pieno come madri d’intenzione o madri sociali del figlio non biologico. In comune le due fattispecie hanno sia la provenienza della scelta genitoriale da un’unione omoaffettiva matrimoniale sia la riconduzione al modello dell’adozione piena o legittimante dello status genitoriale richiesto. Il provvedimento giurisdizionale estero in entrambe le fattispecie è rivolto al riconoscimento di una genitorialità sociale che sia del tutto equiparabile alla genitorialità biologica sorta dentro o fuori il matrimonio, ai fini del complesso di diritti e tutele dei figli minori, in particolare in relazione alla linea di parentela. Le differenze consistono nel genere femminile e maschile delle due coppie omogenitoriali e nell’accesso alla p.m.a. eterologa solo da parte della coppia omogenitoriale femminile. Si tratta, tuttavia, di caratteristiche recessive. La differenza di genere per le coppie omogenitoriali maschili costituisce un discrimine soltanto se il progetto genitoriale comune si fonda sul ricorso alla gestazione per altri (Cass. S.U. 12193 del 2019) pur essendo espressamente previsto che il preminente interesse del minore possa essere garantito, anche in questa ipotesi, mediante l’adozione in casi particolari. Ma il modello adottivo gradato è esclusivamente conseguenza del grave disvalore ricondotto, dalle S.U., alla scelta della gestazione per altri e alla necessità di trovare un bilanciamento che tenga conto di questa valutazione. Sul rapporto tra il preminente interesse del minore e la “legittima finalità di disincentivare il ricorso ad una pratica che l’ordinamento italiano considera illegittima ed



- anzi meritevole di sanzione penale” è intervenuta la recentissima sentenza della Corte Costituzionale n. 33 del 2021 con la quale è stato riaffermato il margine di apprezzamento degli Stati nel non consentire la trascrizione di atti di stato civile o provvedimenti giudiziari stranieri che fondino gli status genitoriali sulla surrogazione di maternità, pur sottolineando l’esigenza di un sistema di tutela del minore più efficace che non quello garantito dall’adozione in casi particolari. Ove, tuttavia, manchi la condizione negativa della gestazione per altri, e nella specie, anche l’operatività del divieto di accesso alla p.m.a. alle coppie omoaffettive, la contrarietà ai principi di ordine pubblico appare riconducibile soltanto alle norme interne limitative della genitorialità adottiva e al paradigma eterosessuale delle unioni matrimoniali.
- 17.1. Deve rilevarsi che l’ininfluenza dell’orientamento sessuale nelle controversie riguardanti l’affidamento dei minori e la responsabilità genitoriale all’interno del conflitto familiare costituiscono un approdo fermo nella giurisprudenza di legittimità (Cass. 601 del 2013), così come per l’accesso all’adozione non legittimante delle coppie omoaffettive (Cass. 12962 del 2016). La conclusione univocamente assunta dalla giurisprudenza di legittimità che si è espressa al riguardo si fonda sulla considerazione della mancanza di riscontri scientifici sulla inidoneità genitoriale di una coppia formata da persone dello stesso sesso. La conferma più rilevante, tuttavia, si ritrae dalla sentenza delle S.U. n. 12193 del 2019 che, pur affermando la contrarietà ai principi fondamentali che compongono l’ordine pubblico della genitorialità formatasi per effetto della gestazione per altri (o surrogazione di maternità) limitano a questo aspetto il contrasto reputando il divieto interno e la sanzione penale consequenziale espressione di valori fondamentali quali la dignità umana della gestante e l’istituto dell’adozione ma escludono che sia da ricondurre a principio fondamentale dell’ordinamento l’eterosessualità della coppia nella definizione dei limiti al riconoscimento di atti stranieri relativi a status filiali. Nella fattispecie dedotta nel giudizio che ha dato luogo alla sentenza n. 12193 del 2019, la caratteristica della omoaffettività e del genere maschile della coppia ha costituito un mero presupposto di fatto ma non l’oggetto della contrarietà ai principi di ordine pubblico, incentrata esclusivamente sul divieto di surrogazione di maternità, divieto già affermato nella sentenza n. 24001 del 2014 della Corte di Cassazione e, a determinate condizioni, confermato dalla sentenza della Grand Chambre della Corte Europea dei diritti umani del 24/1/2017, caso Paradiso e Campanelli, pronunce, queste ultime, nelle quali la coppia che rivendicava lo status genitoriale era eterosessuale.
- 17.2. Completa il quadro ricostruttivo la sentenza della Corte Costituzionale n. 272 del 2017, investita del sospetto d’incostituzionalità dell’art. 263 c.c. nella parte in cui non prevede che l’impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo se corrispondente al preminente interesse dello stesso. Nella pronuncia è stato escluso il valore assoluto del favor veritatis e ribadita la necessità del suo bilanciamento con l’interesse del minore che può prevalere, all’esito della concreta operazione di bilanciamento cui è tenuto il giudice. In questo contesto di principi volto a valorizzare la centralità della tutela del minore, anche la Corte Costituzionale riserva una peculiare valutazione alle ipotesi in cui lo status genitoriale su cui si concentra il sindacato giurisdizionale si fondi sul ricorso alla surrogazione di maternità, in relazione alla quale la tutela del minore, deve confluire nel modello gradato dell’adozione in casi particolari. Ma, fuori dalla gestazione per altri, in questa rilevante pronuncia che ha costituito un solido ancoraggio per la decisione delle S.U. n. 12193 del 2019, non viene individuato alcun ostacolo od impedimento alla piena valutazione dell’interesse preminente del minore nelle azioni sugli status genitoriali che possa ricondursi all’orientamento sessuale delle coppie, dandosi rilievo per un verso al profilo consensualistico nella determinazione consapevole della genitorialità, così come affermato espressamente nella L. n. 40 del 2004, art. 5 che vieta l’azione di disconoscimento in caso di p.m.a. eterologa, e per l’altro alla comparazione tra l’interesse effettivo del minore (alla stabilità dello status acquisito) con la verità della derivazione biologica.
- 17.3. In conclusione, nel contesto normativo e giurisprudenziale nel quale è maturata la sentenza delle S.U. n. 12193 del 2019 il limite, dovuto alla contrarietà ai principi di ordine pubblico internazionale, al riconoscimento di status genitoriali contenuti in provvedimenti esteri, richiesti da componenti di coppie omoaffettive, è stato individuato esclusivamente nel ricorso alla gestazione per altri, limite peraltro comune anche alle coppie eterosessuali. In particolare, non sono stati ritenuti incidenti sulla valutazione di compatibilità della omogenitorialità con i nostri principi di ordine pubblico internazionale i limiti derivanti dalla legislazione interna in tema di accesso all’adozione legittimante (L. n. 184 del 1983, art. 6) previsto soltanto per le coppie eterosessuali coniugate e dalla legge sulle unioni civili che non ha espressamente esteso alle coppie omoaffettive l’accesso all’adozione legittimante, lasciando tuttavia aperta la strada all’adozione in casi particolari, in quanto già riconosciuta dalla giurisprudenza sulla base delle norme vigenti (L. n. 76 del 2016, art. 1, comma 20). Non è stato ritenuto riconducibile ai principi di ordine pubblico internazionale il regime codicistico della prova della filiazione in relazione al riconoscimento di provvedimento estero costitutivo di status genitoriale in coppia omogenitoriale femminile (Cass. 19599 del 2016). La valutazione di compatibilità, anche in coerenza con le considerazioni svolte nella sentenza della Corte Cost. n. 272 del 2017, è stata, fino ad oggi, compiuta assumendo

come principi cardine il diritto del minore alla conservazione dell'identità e della stabilità familiare (Cass. 14007 del 2017) ed il favor verso la continuità degli status filiali da bilanciare, tuttavia, con il limite incompressibile della dignità dei soggetti coinvolti (S.U. 12193 del 2019), senza includere, però, nel perimetro dei principi di ordine pubblico internazionale né le norme interne che escludono l'accesso alle p.m.a. alle coppie omoaffettive né quelli che introducono il medesimo limite all'adozione legittimante, attualmente consentita soltanto a coppie unite in matrimonio. La condizione soggettiva costituita dall'eterosessualità della coppia che resiste all'interno del nostro ordinamento anche in relazione all'accesso all'unione matrimoniale, introduce un limite che definisce, allo stato attuale, la disciplina normativa applicabile ad alcuni istituti. Fino ad ora, tale limite non è stato elevato al rango di principio di ordine pubblico internazionale, alla luce della continua e crescente attenzione ad una prospettiva maggiormente inclusiva dei modelli relazionali e familiari che richiedono riconoscimento e tutela, realizzata mediante un'interpretazione aperta dell'art. 2 Cost. (Corte Cost. n. 138 del 2010 e 170 del 2014) e dell'art. 8 Cedu (Caso X ed altri contro Austria sentenza del 19/2/2013, Labassee contro Francia e Mennesson contro Francia sentenze del 26 giugno 2014; Avis consultatif del 9 aprile 2019, richiesto dalla Corte di Cassazione francese in applicazione del Protocollo 16 in vigore dal 1 agosto 2018, cui l'Italia non ha ancora aderito). In particolare, per le coppie omoaffettive la condivisione della necessità di un riconoscimento giuridico e di una tendenziale equiparazione al sistema di tutela proprio dell'unione matrimoniale è stata ampiamente realizzata con la L. n. 76 del 2016 dopo il forte monito della CEDU (sentenza del 21 luglio 2015, caso Oliari più altri contro Italia). Il margine di apprezzamento degli Stati e la conseguente discrezionalità legislativa interna nell'introdurre alcune condizioni a tale equiparazione oltre a non poter oltrepassare il limite della proporzionalità tra il sacrificio del diritto fondamentale in gioco e l'interesse di rilievo pubblicistico che sottende la limitazione, non modifica il riconoscimento, costituzionale e convenzionale, delle unioni omoaffettive come luoghi in cui si sviluppa la personalità dei soggetti coinvolti (art. 2 Cost.) anche in ordine all'aspirazione alla genitorialità, quando si formi in un contesto relazionale caratterizzato da stabilità giuridica ed effettiva (art. 8 Cedu) e, soprattutto non può incidere sulla centralità del preminente interesse del minore nelle decisioni che riguardano il suo diritto all'identità ed ad uno sviluppo individuale e relazionale equilibrato e senza strappi.

18. E' necessario verificare, tuttavia, anche in relazione alle espresse sollecitazioni della parte ricorrente, ampiamente articolate nella requisitoria del Procuratore Generale, se alla luce delle più recenti pronunce della Corte Costituzionale (la già citata n. 221 del 2019, n. 237 del 2019 e 230 del 2020) e di due recenti sentenze della prima sezione di questa Corte (n. 7668 e 8029 del 2020) non debba individuarsi una diversa griglia dei principi fondanti l'ordine pubblico che costituiscono il limite non valicabile ai fini del riconoscimento del provvedimento di adozione piena emesso dalla Corte dello Stato di New York, dedotto nel presente giudizio. In particolare, si tratta di verificare se il limite di accesso all'adozione piena alle coppie coniugate e la non estensione dell'equiparazione unione civile/matrimonio stabilita dalla L. n. 76 del 2016, art. 1, comma 20 al medesimo istituto adottivo possa determinare la contrarietà dell'atto di cui si chiede il riconoscimento ai principi fondamentali che disegnano la trama dell'ordine pubblico internazionale attuale.
- 18.1. E' di cruciale rilievo definire con esattezza le diverse situazioni in concreto esaminate dalla Corte Costituzionale e dalla Corte di Cassazione, al fine di individuare il perimetro applicativo dei principi precettivi in esse contenute.
- 18.2. Nella pronuncia n. 221 del 2019, relativa al sospetto d'incostituzionalità del divieto di accesso alle p.m.a. per le coppie omoaffettive, stabilito nella L. n. 40 del 2004, art. 5 la Corte Costituzionale esclude l'illegittimità costituzionale della limitazione osservando che la L. n. 40 del 2004, è una legge costituzionalmente necessaria ma non a rime obbligate in relazione a questa specifica condizione dell'accesso, perché "la scelta espressa dalle disposizioni censurate si rivela non eccedente il margine di discrezionalità del quale il legislatore fruisce, pur rimanendo quest'ultima aperta a soluzioni di segno diverso, in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale della fenomenologia considerata". La precisazione finale conduce ad escludere che la limitazione alle coppie eterosessuali dell'accesso alla p.m.a sia espressione di un valore fondante l'ordinamento, condiviso ed irrinunciabile, risultando piuttosto il frutto di una scelta di politica legislativa, peraltro maturata all'interno di una legge marcatamente espressiva di una delle scelte possibili in un campo eticamente sensibile che deve essere contestualizzata e che può essere ripensata. Dal 2004 ad oggi l'emersione giuridica e la riconducibilità all'interno dei diritti inviolabili della persona delle istanze provenienti dalle coppie omoaffettive, anche in relazione all'aspirazione alla genitorialità, è stata crescente e sempre più condivisa anche grazie all'opera di armonizzazione della Corte Europea dei diritti umani, già illustrata nel par. 17.3 e al nostro interno agli interventi della Corte Costituzionale e della Corte di legittimità (Corte Cost. 138 del 2010 e 170 del 2014 e Cass. 4184 del 2012). Deve aggiungersi che la Corte Costituzionale, in un altro passaggio motivazionale, nel superare il rilievo critico dell'effetto di discriminazione inversa che sarebbe prodotto dalla perdurante vigenza del divieto nel nostro ordinamento interno, mostra di essere del tutto consapevole del mutato quadro nella prospettiva di tutela multilivello dei diritti fondamentali ed afferma: "Il solo fatto che un divieto

possa essere eluso recandosi all'estero non può inoltre costituire una valida ragione per dubitare della sua conformità a Costituzione; diversamente opinando, la disciplina interna dovrebbe essere sempre allineata, per evitare una lesione del principio di eguaglianza, alla più permissiva tra le legislazioni estere che regolano la stessa materia".

In conclusione, pur mantenendo ferma la vigenza del divieto interno, ritenuto costituzionalmente legittimo, la Corte esclude che esso abbia carattere di principio assolutamente intangibile e ne riconosce, al contrario, la possibile mutevolezza, accettando, in particolare, la coesistenza nel nostro ordinamento di statuti giuridici diversi per fattispecie analoghe, divergenti solo perché gli atti che le contengono sono formati in uno Stato estero, e riconoscendo la diversità del paradigma normativo applicabile, a maglie più strette quello interno, a tessitura più larga quello fondato sui principi di ordine pubblico internazionale.

- 18.3. Nella successiva sentenza n. 237 del 2019, riguardante un giudizio sorto per il rifiuto opposto dall'ufficiale dello stato civile alla trascrizione di atto di nascita richiesto da coppia omogenitoriale femminile, la Corte Costituzionale, nel dichiarare l'inammissibilità della questione prospettata riafferma la legittimità della legislazione interna relativa alle limitazioni all'accesso a p.m.a. escludendone il carattere discriminatorio per orientamento sessuale ed evidenzia che anche la L. n. 70 del 2016 "non consente la filiazione sia adottiva che per fecondazione assistita". Anche in questa pronuncia, si conferma che le limitazioni sopra indicate sono compatibili e non "in distonia" con i parametri costituzionali ed in particolare con l'art. 3 Cost. ma senza tuttavia elevarne l'efficacia a principi fondanti dell'ordinamento ma, al contrario, sottolineandone, l'ancoraggio ad un'opzione legittima ma non universalmente condivisa.
- 18.4. Le medesime considerazioni vengono, infine, svolte (e sono molto valorizzate nella requisitoria del Procuratore Generale) nella recente sentenza n. 230 del 2020, sovrapponibile quanto alla fattispecie alla n. 237 del 2019 che si chiude anch'essa con una pronuncia d'inammissibilità. Il percorso motivazionale è analogo. La Corte esclude che un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata delle limitazioni della L. n. 40 del 2004 possa condurre ad un loro superamento ma non ritiene che tale superamento sia costituzionalmente imposto. Anche in questa pronuncia viene espressamente esclusa la riconducibilità del divieto e dello speculare paradigma eterosessuale a principio fondante, come può rilevarsi dal seguente passaggio argomentativo: "Se, dunque, il riconoscimento della omogenitorialità, all'interno di un rapporto tra due donne unite civilmente, non è imposto, vero è anche che i parametri evocati neppure sono chiusi a soluzioni di segno diverso, in base alle valutazioni che il legislatore potrà dare, non potendosi escludere la capacità della donna sola, della coppia omosessuale e della coppia eterosessuale in età avanzata di svolgere validamente anch'esse, all'occorrenza, le funzioni genitoriali. L'obiettivo auspicato dal rimettente, pertanto, è perseguibile per via normativa, implicando una svolta che, anche e soprattutto per i contenuti etici ed assiologici che la connotano, non è costituzionalmente imposta, (...) Anche l'altro profilo della questione, relativo a una diversa tutela del miglior interesse del minore, in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto con la madre intenzionale, è ben possibile, ma le forme per attuarla attendono, ancora una volta, al piano delle opzioni rimesse alla discrezionalità del legislatore".
- 18.5. Trova, infine, espresso fondamento nella diversità e coesistenza di due sistemi normativi di riferimento, il recente orientamento della Corte di Cassazione in tema di riconoscimento dello status genitoriale della madre d'intenzione nell'ipotesi in cui il minore sia nato in Italia mediante il ricorso a p.m.a. eterologa realizzata all'estero. Le pronunce n. 7668 e 8029 del 2020 hanno, coerentemente con i principi dettati dalla Corte Costituzionale sopra delineati, ritenuto che nel nostro ordinamento non possa iscriversi nell'atto di nascita anche la madre d'intenzione per l'operatività del divieto all'accesso alla p.m.a. delle coppie omoaffettive. E' stato tuttavia, precisato, (Cass.7668 del 2020) che la soluzione adottata non contrasta con la giurisprudenza di legittimità (Cass. 19599 del 2016 e 14878 del 2017) che in fattispecie analoghe aveva riconosciuto l'efficacia dell'atto di nascita nel quale era indicata anche la madre d'intenzione, formato all'estero, perché il paradigma normativo invocato è diverso. Nella trascrizione degli atti stranieri vi è l'esigenza che lo status acquisito all'estero circoli legittimamente con il solo limite dell'ordine pubblico internazionale, con il limite della surrogazione di maternità. Quando si deve applicare esclusivamente il paradigma proveniente dal diritto interno (L. n. 40 del 2004; disciplina codicistica della filiazione) questo rimane saldamente ancorato alla necessità di un rapporto biologico tra i genitori (Cass. 8029 del 2020). Lo strumento residuale dell'adozione in casi particolari consente comunque l'inserimento del minore nel nucleo familiare.
- 18.6. Oggetto del presente giudizio non è la coerenza di un sistema che accoglie la disparità di trattamento di minori che versano in situazioni di fatto del tutto omologabili ma soltanto la verifica della compatibilità di un provvedimento estero di adozione piena che attribuisce la genitorialità ad una coppia omogenitoriale maschile con i principi di ordine pubblico internazionale.
19. L'esame dei più recenti interventi della giurisprudenza costituzionale e di legittimità non consente, in conclusione, d'introdurre tra i principi di ordine pubblico internazionale che possono costituire il limite al riconoscimento dell'atto estero che forma oggetto del presente giudizio, le condizioni di accesso alla



- genitorialità adottiva legittimante contenute nella L. n. 184 del 1983, art. 6 e dalla L. n. 76 del 2016, art. 1, comma 20. I divieti all'accesso alle p.m.a., anch'essi, come osservato nei paragrafi immediatamente precedenti, non riconducibili ai principi di ordine pubblico internazionale, sono anche estranei al riconoscimento della genitorialità esclusivamente adottiva oggetto del presente giudizio. Nell'ordinamento coesistono principi di derivazione costituzionale e convenzionale che si pongono rispetto ad essi in una condizione di netta sovraordinazione e preminenza sia per la loro collocazione tra i diritti inviolabili della persona sia per il grado di condivisione che ne costituisce un tratto peculiare.
- 19.1. In primo luogo, come già rilevato, il principio del preminente interesse del minore nelle determinazioni che incidono sul suo diritto all'identità, alla stabilità affettiva, relazionale e familiare, contenuto nell'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali della Unione Europea, nell'art. 3 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e divenuto parte integrante della costruzione del diritto alla vita privata e familiare ad opera della Corte Europea dei diritti umani oltre che fondamento della riforma della L. n. 184 del 1983 ad opera della L. n. 149 del 2001 e della recente Legge sulla continuità affettiva (n. 173 del 2015) nonché di tutta la disciplina legislativa relativa alla responsabilità genitoriale, ed agli status filiationis (anche secondo la citata sentenza n. 272 del 2017 della Corte Costituzionale) essendo una delle estrinsecazioni più rilevanti dell'art. 2 Cost.
- 19.2. In secondo luogo il principio della parità di trattamento tra tutti i figli, nati all'interno e fuori del matrimonio o adottivi, che trova la sua fonte costituzionale negli artt. 3 e 31 Cost. e che è stato inverteo dalla recente riforma della filiazione (L. n. 219 del 2012; D.Lgs. n. 154 del 2013). Al riguardo, proprio in relazione alla filiazione adottiva, attualmente ripartita tra l'adozione legittimante e quella in casi particolare, deve essere rimarcata l'innovazione relativa all'art. 74 c.c. che ha reso unico, senza distinzioni, il vincolo di parentela che scaturisce dagli status filiali, con la sola eccezione dell'adozione dei maggiorenni, così da ingenerare perplessità in dottrina sulla compatibilità costituzionale della conservazione di un regime differenziato nei diversi modelli di genitorialità adottiva nel nostro ordinamento.
- 19.3. Il panorama dei principi intangibili in tema di tutela degli status filiali, fortemente caratterizzato dall'obiettivo di non creare discriminazioni nel regime giuridico di tutela dei minori si completa con la considerazione che il quadro attuale della genitorialità sociale è più composito di come rappresentato dalla parte ricorrente. Oltre alla espressa estensione alle persone singole della adozione in casi particolari, deve rilevarsi che la giurisprudenza costituzionale (Corte Cost. n. 183 del 1994) e la giurisprudenza di legittimità (Cass. 6078 del 2006; 3572 del 2011) che si sono trovate fin dagli anni 90 a confrontarsi con le richieste di costituzione di status genitoriali adottivi da parte di soggetti diversi dalle coppie coniugate eterosessuali, hanno unanimemente riconosciuto l'esigenza di ampliare le condizioni di accesso all'adozione legittimante ed hanno sollecitato il legislatore al riguardo, ritenendo che ciò corrispondesse non solo ad una sensibilità condivisa ma anche alle indicazioni della Convenzione sulle adozioni firmata a Strasburgo il 24/4/1967 che impone di trovare per il minore un "foyer stable et harmonieux". Infine, in tempi più recenti in relazione alle istanze delle coppie omoaffettive rivolte alla realizzazione della genitorialità all'interno di un nucleo relazionale stabile e prevalentemente sostenuto da un riconoscimento giuridico in Italia od all'estero è stata individuata proprio nel modello adottivo indicato nella L. n. 184 del 1983, art. 44, lett. d) la forma di riconoscimento minimo e residuale anche per i minori venuti al mondo all'esito di un accordo di surrogazione di maternità (Cass. S.U. 12193 del 2019, per la "residualità" di questo specifico modello adottivo, Corte Cost. 383 del 1999). Alla forte promozione della giurisprudenza costituzionale, sovranazionale e di legittimità di un regime giuridico interno di accesso alla genitorialità sociale meno restrittivo e più vicino alla evoluzione condivisa dei modelli relazionali e filiali si collega indissolubilmente il superamento, sotto il profilo dei principi di ordine pubblico internazionale, della limitazione alla coppia eterosessuale unita in matrimonio dell'accesso all'adozione legittimante stabilita nell'art. 6. Al riguardo non può condividersi quanto affermato nel ricorso e nella requisitoria del P.G. in relazione all'inclusione dell'art. 29 Cost. tra i parametri costituzionali dai quali desumere il limite di ordine pubblico internazionale applicabile alla fattispecie, in collegamento con la L. n. 184 del 1983, art. 6 e dalla L. n. 76 del 2016, art. 1, comma 20. L'unione matrimoniale così come prevista nell'art. 29 Cost. costituisce il modello di relazione familiare fornito, allo stato attuale della regolazione interna, del massimo grado di tutela giuridica ma in relazione agli status genitoriali non costituisce più, soprattutto dopo la riforma della filiazione, il modello unico o quello ritenuto esclusivamente adeguato per la nascita e la crescita dei figli minori e conseguentemente deve escludersi che possa essere ritenuto un limite al riconoscimento degli effetti di un atto che attribuisce la genitorialità adottiva ad una coppia omoaffettiva, peraltro unita in matrimonio negli (OMISSIS), tanto più che in relazione alla genitorialità sociale l'imitatio naturae manca ab origine ed è ampiamente compensata dalle ragioni solidaristiche dell'istituto e, con riferimento al minore, dalla realizzazione, da assoggettarsi a verifica giurisdizionale, del processo di sviluppo personale e relazionale più adeguato alla sua crescita.
- 19.4. Non può pertanto essere accolto il quarto motivo di ricorso, alla luce del seguente principio di diritto: "Non contrasta con i principi di ordine pubblico internazionale il riconoscimento degli effetti di un provvedimento giurisdizionale straniero di adozione di minore da parte di coppia omoaffettiva ma-



schile che attribuisca lo status genitoriale secondo il modello dell'adozione piena o legittimante, non costituendo elemento ostativo il fatto che il nucleo familiare del figlio minore adottivo sia omogenitoriale ove sia esclusa la preesistenza di un accordo di surrogazione di maternità a fondamento della filiazione”.

20. Rimane, tuttavia, da esaminare, la seconda questione di massima di particolare importanza sollevata, tuttavia, esclusivamente nell'ordinanza interlocutoria e non prospettata o riproposta né dal ricorrente né dal Procuratore Generale. Si evidenzia, al riguardo che l'adozione estera è stata pronunciata dopo aver acquisito il consenso dei genitori biologici e dunque si ritiene di dover verificare se la valutazione estera posta a base dell'adottabilità del minore debba comporre lo scrutinio di compatibilità con i principi di ordine pubblico internazionale.
- 20.1. Preliminarmente, in fatto, deve osservarsi che il provvedimento di adozione estero di cui si chiede il riconoscimento come precisato nel par. 15.1 non si è fondato solo sul consenso dei genitori biologici ma anche sugli esiti di un'indagine relativa all'idoneità della coppia adottante. Ciò significa che il controllo giurisdizionale non si è limitato al riscontro del consenso dei genitori del minore ma ha avuto carattere complessivo, investendo tutte le parti del giudizio.
- 20.2. Ritiene il Collegio che non possa escludersi in astratto la comparazione delle condizioni di adottabilità poste a base del provvedimento estero di cui si chiede il riconoscimento con i principi di ordine pubblico internazionale. Ove venga allegato dalle parti ed emerga con obiettività probatoria che la determinazione di privarsi del figlio minore da parte dei genitori biologici derivi da un intervento di carattere oneroso degli adottanti, o il consenso prestato sia la conseguenza di un accordo vietato e sanzionato penalmente nel nostro diritto interno perché incidente sui diritti inviolabili della persona, come l'accordo di surrogazione di minore, alla valutazione degli effetti “formali” dell'atto, (la costituzione di status genitoriale adottivo, che pure incontra il favor legislativo interno per la genitorialità sociale) deve collegarsi quella sulle modalità di produzione degli effetti predetti. Ugualmente ove sia stata dedotta e venga accertata la violazione delle condizioni previste dalla legge estera per l'accesso al modello genitoriale richiesto (secondo le indicazioni dalla sentenza della Grand Chambre CEDU, 24 gennaio 2017, caso Paradiso-Campanelli). Ma, deve rilevarsi, che nel presente giudizio nessun rilievo hanno dato le parti né nel merito né nella prospettazione delle censure del presente ricorso alla valutazione di adottabilità, così da doverne escludere il concreto esame non potendosi confondere il limite costituito dall'ordine pubblico internazionale con la regolamentazione giuridica interna dell'adozione legittimante. Proprio in relazione a quest'ultimo profilo deve rilevarsi che la giurisprudenza costituzionale e di legittimità hanno univocamente escluso che il fondamento consensuale di procedimenti adottivi esteri fosse da ritenere incompatibile con i principi di ordine pubblico. Si tratta di orientamenti che si sono sviluppati prima della regolamentazione giuridica convenzionale ed interna dell'adozione internazionale e che riguardano l'adozione di minori stranieri da parte di cittadini italiani. Si tratta, pertanto, di fattispecie diverse rispetto a quella oggetto del presente giudizio, perché assoggettabili a controlli più incisivi e alla competenza del Tribunale per i minorenni ma, anche per questa ragione, estremamente istruttive in relazione alla valutazione del profilo della consensualità.
- 20.3. La Corte Costituzionale con la sentenza n. 536 del 1989, relativa a procedimenti volti a dichiarare l'efficacia di sentenze estere di adozione di minori fondate sul consenso espresso dai genitori biologici davanti ad un notaio e successivamente omologate dall'autorità giudiziaria, ha affermato che il modello consensuale non è in contrasto con i principi ispiratori della L. n. 184 del 1983, non soltanto perché espressamente previsto nel nostro ordinamento per alcune fattispecie di adozione in casi particolari quanto per la “latitudine della formula usata nell'art. 31 (L. n. 218 del 1995 n.d.r.) per definire i provvedimenti stranieri a contenuto adottivo suscettibili di considerazione ai fini della declaratoria di efficacia in Italia” (...) adozione, affidamento preadottivo, altro provvedimento in materia di tutela e degli altri istituti di protezione dei minori”. La Corte ritiene che quando si possa riscontrare il “rispetto d'irrinunciabili garanzie” e “in presenza di provvedimenti a contenuto effettivamente adottivo” nell'adozione del modello consensuale che in via esclusiva, o in alternativa all'adozione legittimante è senz'altro molto diffuso nei paesi extraeuropei ed in molti paesi Europei (secondo quanto riferito nella sentenza) non si ravvisa un'aprioristica contrarietà ai principi fondamentali dell'ordinamento, dovendosi concentrare il controllo giurisdizionale sul provvedimento con il quale la procedura adottiva si chiude. Sono escluse, ai fini adottivi, le convenzioni meramente private, anche se recepite in atto notarile, ma la previsione normativa (ed il controllo giurisdizionale successivo) dell'effetto della rescissione del rapporto con i genitori biologici per effetto della libera prestazione del consenso non è contrario ai principi di ordine pubblico.

Di estremo rilievo anche in relazione al provvedimento estero oggetto del presente giudizio sono le considerazioni finali contenute nella sentenza della Corte Costituzionale: “E' ben vero che l'adozione consensuale può in concreto mascherare illecite cessioni (...) ma la constatazione dell'esistenza di questo fenomeno (...) non può condurre questa Corte a ritenere fondata una questione che poggia su generalizzazioni indimostrate”. La giurisprudenza di legittimità coeva aveva manifestato il medesimo orientamento. Il consenso dei genitori biologici all'allontanamento in via definitiva del minore che ga-

rantisca al minore di acquisire una nuova famiglia idonea, ove verificato da autorità giurisdizionale, non è ostativo al riconoscimento di provvedimenti di adozione esteri (Cass. n. 3904 del 1986; n. 8506 del 1987; n. 9912 del 1991).

- 20.5. L'esame del provvedimento giurisdizionale, alla luce delle deduzioni ed allegazioni delle parti, porta ad escludere il rilievo della condizione di adottabilità, sulla valutazione di compatibilità del provvedimento estero dedotto nel presente giudizio con i principi di ordine pubblico internazionale.
21. In conclusione il ricorso deve essere rigettato con compensazione delle spese processuali del presente giudizio, attesa la novità delle questioni esaminate.

## P.Q.M.

Rigetta il ricorso. Compensa le spese processuali del presente giudizio.  
In caso di diffusione devono essere omesse le generalità delle parti e i riferimenti geografici.  
Così deciso in Roma, nella camera di consiglio, il 12 gennaio 2021.  
Depositato in Cancelleria il 31 marzo 2021.

GenIUS

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

Codice ISSN: 2384-9495

*genius@articolo29.it*